

Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I : Kurallar

JEAN-MARIE HENCKAERTS
VE LOUISE DOSWALD-BECK



ICRC

Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku



Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Yayınları: 66

ISBN 978 - 2 - 940396 - 11- 5

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No: 12028)
Çiftehavuzlar Caddesi Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi No: 27/806 K: 9
Zeytinburnu/İstanbul (0-212) 565 01 22 - (0-212) 565 02 55
Kapak Tasarım : Nur Baylav

© Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005

Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Çırağan Caddesi, No: 36
Ortaköy 34357 İstanbul

International Committee of the Red Cross
19 Avenue de la Paix
1202 Geneva, Switzerland
T + 41 22 734 60 01 F + 41 22 733 20 57
www.icrc.org

ULUSLARARASI İNSANCIL TEAMÜL (ÖRF-ADET) HUKUKU

Uluslararası Kızılhaç Komitesi

CİLT 1

KURALLAR

Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck tarafından
Carolin Alvermann, Knut Dörmann ve Baptiste Rolle'nin katkılarıyla
yazılmıştır.

Türkçeye tercüme ile düzenleme:

Doç.Dr. A. Emre Öktem, Galatasaray Üniversitesi
Doç.Dr. Melike Batur Yamaner, Galatasaray Üniversitesi
Yrd. Doç. Dr. Dolunay Özbek, İstanbul Bilgi Üniversitesi
Araş. Gör. Bleda R. Kurt darcan, Galatasaray Üniversitesi
Araş. Gör. Mehmet Cengiz Uzun, Bahçeşehir Üniversitesi
Av. Abdullah Kaya, İstanbul Barosu, KAYA&KAYA Hukuk Bürosu

İÇİNDEKİLER

	ÇEVİRENLERİN ÖNSÖZÜ	XV
	ULUSLARARSI KIZILHAÇ KOMİTESİ BAŞKANI JACOB KELLENBERGER'İN ÖNSÖZÜ	XVII
	YARGIÇ ABDUL G. KOROMA'NIN ÖNSÖZÜ	XX
	YVES SANDOZ'UN ÖNSÖZÜ	XXII
	TEŞEKKÜRLER	XXVII
	GİRİŞ	XXXIII
	KULLANILAN KISALTMALAR	LXI
Bölüm I	Ayırt Etme İlkesi	
Alt Bölüm 1	Siviller İle Muhariplerin Ayırt Edilmesi	3
Kural 1.	<i>Muharipler ve siviller arasında ayırım gözetilmesi ilkesi.....</i>	<i>3</i>
Kural 2.	<i>Sivil halk arasında terör yayma amacıyla şiddet</i>	<i>8</i>
Kural 3.	<i>Muhariplerin tanımı.....</i>	<i>12</i>
Kural 4.	<i>Silahlı kuvvetlerin tanımı</i>	<i>15</i>
Kural 5.	<i>Sivillerin tanımı</i>	<i>18</i>
Kural 6.	<i>Saldırlara karşı korunmanın kaybı.....</i>	<i>21</i>
Altbölüm 2	Sivil Nitelikteki Mallarla Askeri Hedefleri Ayırd Etme	27
Kural 7.	<i>Sivil nitelikli mallar ve askeri hedefler arasında ayırım gözetilmesi ilkesi</i>	<i>27</i>
Kural 8.	<i>Askeri hedeflerin tanımı</i>	<i>31</i>
Kural 9.	<i>Sivil nitelikli malların tanımı</i>	<i>34</i>
Kural 10.	<i>Saldırlara karşı korunmanın kaybı.....</i>	<i>36</i>
Altbölüm 3	Ayırım Gözetmeyen Saldırlar	39
Kural 11.	<i>Ayırım gözetmeyen saldırılar.....</i>	<i>39</i>
Kural 12.	<i>Ayırım gözetmeyen saldırıların tanımı</i>	<i>42</i>
Kural 13.	<i>Alan bombardımanı</i>	<i>46</i>

Alt Bölüm 4	Saldırıda Orantılılık.....	49
Kural 14.	<i>Saldırıda orantılılık.....</i>	49
Alt Bölüm 5	Saldırı Önlemleri	55
Kural 15.	<i>Saldırıda tedbir alma ilkesi</i>	55
Kural 16.	<i>Hedeflerin doğrulanması</i>	59
Kural 17.	<i>Muharebe yöntem ve araçlarının seçimi.....</i>	61
Kural 18.	<i>Saldırıların etkilerinin değerlendirilmesi.....</i>	63
Kural 19.	<i>Saldırının icrası esnasında kontrol</i>	65
Kural 20.	<i>Zamanında uyarı</i>	67
Kural 21.	<i>Hedeflerin seçimi.....</i>	71
Alt Bölüm 6	Saldırıların Etkilerine Yönelik Önlemler	75
Kural 22.	<i>Saldırıların etkilerine yönelik tedbir alma ilkesi</i>	75
Kural 23.	<i>Askeri hedeflerin nüfusun yoğun olduğu bölgelerden uzğa konuşlandırılması</i>	79
Kural 24.	<i>Sivil kişi ve sivil nitelikteki malların askeri hedeflerin civarında uzaklaştırılması</i>	81
Bölüm II	Özel Bir Korumadan Yaralanan Kişiler ve Mallar	
Alt Bölüm 7	Sıhhi ve Dini Personel ve Mallar	87
Kural 25.	<i>Sıhhi personel</i>	87
Kural 26.	<i>Tıbbi nitelikte faaliyetler</i>	95
Kural 27.	<i>Dini personel.....</i>	97
Kural 28.	<i>Sıhhi birimler</i>	101
Kural 29.	<i>Sıhhi nakliye araçları</i>	107
Kural 30.	<i>Ayırt edici işaret taşıyan personel ve mallar</i>	113
Alt Bölüm 8	İnsancıl Yardım Personeli ve Malları.....	115
Kural 31.	<i>İnsancıl yardım personelinin güvenliği</i>	115
Kural 32.	<i>İnsancıl yardım faaliyetleri için kullanılan malların güvenliği</i>	119
Alt Bölüm 9	Barışı Koruma Görevinde Kullanılan Personel ve Malzeme	123
Kural 33.	<i>Barışı koruma görevinde kullanılan personel ve malzeme ..</i>	123

Alt Bölüm 10	Gazeteciler	127
Kural 34.	Gazeteciler	127
Alt Bölüm 11	Korunan Bölgeler	131
Kural 35.	Sıhhi bölgeler ve güvenlik bölgeleri	131
Kural 36.	Askerden arındırılmış bölgeler.....	132
Kural 37.	Savunulmayan yerler	134
Alt Bölüm 12	Kültürel Mallar	139
Kural 38.	Kültürel mallara karşı yapılan saldırılar	139
Kural 39.	Kültürel malların askeri amaçlarla kullanımı.....	143
Kural 40.	Kültürel mallara saygı gösterilmesi	145
Kural 41.	İşgal altındaki bir topraktan kültürel malların ihracı ve iadesi	148
Alt Bölüm 13	Tehlikeli Güçler İçeren Yapılar ve Tesisler	153
Kural 42.	Tehlikeli güçleri içeren yapılar ve tesisler.....	153
Alt Bölüm 14	Doğal Çevre	157
Kural 43.	Muhasamatın yürütülmesine ilişkin genel ilkelerin doğal çevreye uygulanması	157
Kural 44.	Askeri operasyonlar esnasında çevreye gereken özenin gösterilmesi	161
Kural 45.	Doğal çevreye verilen ağır zararlar	166
Bölüm III	Belirli Savaş Yöntemleri	
Alt Bölüm 15	Hayat Bağışlamayı Reddetmek.....	177
Kural 46.	Hayat bağışlanmayacağı yönelik emir ve tehdit.....	177
Kural 47.	Muharebe dışı kalmış kişilere karşı yapılan saldırılar.....	180
Kural 48.	Düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere karşı yapılan saldırılar	188
Alt Bölüm 16	Malların Yokedilmesi ya da Malların Müsaderesi.....	191
Kural 49.	Savaş ganimeti.....	191
Kural 50.	Hasmın mallarının yok edilmesi ya da müsaderesi	194
Kural 51.	İşgal altındaki toprakta kamu malları ve özel mallar	196
Kural 52.	Yağma	201

Alt Bölüm 17	Açlık ve İnsani Yardıma Ulaşma	205
Kural 53.	<i>Bir muharebe yöntemi olarak açlık</i>	205
Kural 54.	<i>Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırı</i>	209
Kural 55.	<i>İhtiyaç halindeki siviller için insancıl yardıma erişme hakkı</i>	214
Kural 56.	<i>İnsancıl yardımla görevli personelin dolaşım serbestisi</i> ...	221
Alt Bölüm 18	Aldatma.....	225
Kural 57.	<i>Savaş hileleri</i>	225
Kural 58.	<i>Beyaz bayrağın (elçilik bayrağının) uygunsuz kullanımı</i>	227
Kural 59.	<i>Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici işaretlerinin uygunsuz kullanımı</i>	229
Kural 60.	<i>Birleşmiş Milletler amblem ve üniformalarının uygunsuz kullanımı</i>	232
Kural 61.	<i>Uluslararası alanda tanınan diğer amblemlerin uygunsuz kullanımı</i>	234
Kural 62.	<i>Hasmın bayraklarının, sancaklarının, sembollerinin, askeri birlik işaretleri ya da üniformalarının uygunsuz kullanımı</i> ..	237
Kural 63.	<i>Tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin bayraklarının, sancaklarının, sembollerinin, askeri birlik işaretleri ya da üniformalarının uygunsuz kullanımı</i> ...	242
Kural 64.	<i>Yapılan anlaşmaya güvenen düşmanı gafil avlamak amacıyla muharebelerin askıya alınması yönünde bir anlaşma yapmak</i>	243
Kural 65.	<i>Hainlik</i>	245
Alt Bölüm 19	Düşmanla İletişim.....	253
Kural 66.	<i>Çatışmanın tarafları arasında düşmanca olmayan irtibat</i>	253
Kural 67.	<i>Elçilerin dokunulmazlığı</i>	256
Kural 68.	<i>Elçileri kabul ederken alınacak tedbirler</i>	258
Kural 69.	<i>Elçilerin dokunulmazlığının kaybı</i>	259
Bölüm IV	Silahlar	
Alt Bölüm 20	Silahların Kullanılmasına İlişkin Genel İlkeler	263
Kural 70.	<i>Gereksiz acıya sebep olacak silahlar</i>	263
Kural 71.	<i>Ayırım gözetmeden vuracak silahlar</i>	271

Alt Bölüm 21	Zehir	279
<i>Kural 72.</i>	<i>Zehir</i>	279
Alt Bölüm 22	Nükleer Silahlar	283
Alt Bölüm 23	Biyolojik Silahlar	285
<i>Kural 73.</i>	<i>Biyolojik silahlar</i>	285
Alt Bölüm 24	Kimyasal Silahlar	289
<i>Kural 74.</i>	<i>Kimyasal silahlar</i>	289
<i>Kural 75.</i>	<i>Toplumsal olayları bastırma ajanları</i>	294
<i>Kural 76.</i>	<i>Bitki öldürücüler</i>	296
Alt Bölüm 25	Açılan Mermiler	299
<i>Kural 77.</i>	<i>Açılan mermiler</i>	299
Alt Bölüm 26	Patlayıcı Mermiler	303
<i>Kural 78.</i>	<i>Patlayıcı mermiler</i>	303
Alt Bölüm 27	Esas Olarak Yeri Tespit Edilemeyen Parçalarla Yaralayan Silahlar	307
<i>Kural 79.</i>	<i>Esas olarak yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralayan mermiler</i>	307
Alt Bölüm 28	Tuzaklar	311
<i>Kural 80.</i>	<i>Tuzaklar</i>	311
Alt Bölüm 29	Kara Mayınları	313
<i>Kural 81.</i>	<i>Kara mayınlarının kullanımına sınırlamalar</i>	313
<i>Kural 82.</i>	<i>Kara mayınlarının döşendikleri yerlerin kayıt altına alınması</i>	317
<i>Kural 83.</i>	<i>Kara mayınların temizlenmesi ya da etkisiz hale getirilmesi</i>	319
Alt Bölüm 30	Yangın Çıkarıcı Silahlar	321
<i>Kural 84.</i>	<i>Sivillere ya da sivil nitelikli mallara karşı yangın çıkarıcı silahların kullanımı</i>	321
<i>Kural 85.</i>	<i>Muhariplere karşı yangın çıkarıcı silahların kullanımı</i>	323
Alt Bölüm 31	Kör Edici Lazer Silahları	327
<i>Kural 86.</i>	<i>Kör edici lazerli silahlar</i>	327

Bölüm V	Sivillere ve Muharebe Dışı Kalmış Kişilere Muamele	
Alt Bölüm 32	Temel Güvenceler.....	335
Kural 87.	İnsanca muamele.....	343
Kural 88.	Ayırım gözetmeme	345
Kural 89.	Cana kast	348
Kural 90.	İşkence, zalimane ya da gayriinsanî muameleler ve kişinin onuruna yönelik saldırılar	353
Kural 91.	Bedeni cezalar	358
Kural 92.	Sakatlamalar, tıbbi, bilimsel ya da biyolojik deneyler	359
Kural 93.	Tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimleri	362
Kural 94.	Kölelik ve köle ticareti	367
Kural 95.	Zorla çalıştırma.....	370
Kural 96.	Rehin alma	374
Kural 97.	Canlı kalkan	377
Kural 98.	Zorla kaybettirme	381
Kural 99.	Özgürlükten mahrum bırakma.....	385
Kural 100.	Adil yargılanma güvenceleri	395
Kural 101.	Kanunilik ilkesi	417
Kural 102.	Bireysel cezai sorumluluk	419
Kural 103.	Kolektif cezalar	420
Kural 104.	Dini kanaat ve uygulamalara saygı.....	422
Kural 105.	Aile hayatına saygı	426
Alt Bölüm 33	Muharipler ve Savaş Esiri Statüsü	431
Kural 106.	Savaş esiri statüsünden yararlanmanın koşulları.....	431
Kural 107.	Casuslar.....	436
Kural 108.	Paralı askerler	439
Alt Bölüm 34	Yaralılar, Hastalar ve Deniz Kazazedeleri	445
Kural 109.	Yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etme yükümlülüğü.....	445
Kural 110.	Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedelerinin tedavisi.....	449
Kural 111.	Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedelerinin kötü muamele ve yağmaya karşı korunması.....	453

Alt Bölüm 35	Ölüler	457
Kural 112.	Ölüleri arama ve toplama yükümlülüğü	457
Kural 113.	Ölülerin soyulmaya ve vücut bütünlüklerinin bozulmasına karşı korunması	460
Kural 114.	Ölülerin kalıntılarının ve kişisel eşyalarının iadesi.....	463
Kural 115.	Ölülerin defnedilmesi	466
Kural 116.	Ölülerin kimlik tespiti	469
Alt Bölüm 36	Kayıp Kişiler	473
Kural 117.	Kayıp kişilerin akıbeti hakkında bilgi verilmesi.....	473
Alt Bölüm 37	Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Kişiler.....	481
Kural 118.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanması.....	481
Kural 119.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kadınların tutuldukları yerler	484
Kural 120.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan çocukların tutuldukları yerler	486
Kural 121.	Enternöman merkezleri ve tutukevlerinin yeri.....	488
Kural 122.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin şahsi eşyalarının yağmalanması	490
Kural 123.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin kişisel bilgilerinin kaydedilmesi ve bildirimi	493
Kural 124.	ICRC'nin özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere erişimi	496
Kural 125.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin aileleri ile haberleşmeleri.....	499
Kural 126.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişileri ziyaret	502
Kural 127.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin şahsi inançlarına ve dini ibadetlerine saygı	504
Kural 128.	Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin serbest bırakılması ve ülkelerine iadesi	506
Alt Bölüm 38	Yerinden Edilme ve Yerinden Edilen Kişiler	513
Kural 129.	Yerinden etme.....	513
Kural 130.	Bir devletin kendi vatandaşlarını işgal ettiği bir toprağa yerleştirmesi	518

Kural 131.	Yerinden edilmiş kişilere muamele	520
Kural 132.	Yerinden edilmiş kişilerin geri dönüşü.....	525
Kural 133.	Yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet hakları	529
Alt Bölüm 39	Kendilerine Özgü Korumadan Faydalanan Diğer Kişiler..	533
Kural 134.	Kadınlar.....	533
Kural 135.	Çocuklar.....	537
Kural 136.	Çocukların askere alınması	541
Kural 137.	Çocuk askerlerin muhasamata katılması	544
Kural 138.	Yaşlılar, engelliler ve maluller	547
Bölüm VI	Uygulama	
Alt Bölüm 40	Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet.....	553
Kural 139.	İnsancıl hukuka riayet edilmesi	553
Kural 140.	Karşılıklılık ilkesi.....	556
Kural 141.	Silahlı kuvvetlerin hukuk danışmanları	558
Kural 142.	Silahlı kuvvetler bünyesinde uluslararası insancıl hukukun eğitimi.....	559
Kural 143.	Sivil halk bünyesinde uluslararası insancıl hukukun eğitimi.....	564
Alt Bölüm 41	Uluslararası İnsancıl Hukukun Tatbiki	569
Kural 144.	Erga omnes şekilde uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini sağlamak.....	569
Kural 145.	Misillemenin tanımı	573
Kural 146.	Korunan kişilere karşı misilleme	579
Kural 147.	Korunan mallara karşı misilleme.....	584
Kural 148.	Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda misilleme.....	587
Alt Bölüm 42	Sorumluluk ve Onarım	591
Kural 149.	Uluslararası insancıl hukukun ihlal edilmesinden doğan sorumluluk.....	591
Kural 150.	Onarım	598

Alt Bölüm 43	Bireysel Sorumluluk	613
Kural 151.	Bireysel sorumluluk	613
Kural 152.	Kendi emirleri üzerine işlenen savaş suçlarından komutanların sorumluluğu	618
Kural 153.	Komutanların, savaş suçlarını engellememe, cezalandırmama ya da bildirmemeden doğan sorumluluğu	621
Kural 154.	Hiyerarşik üstlerin hukuka aykırı emirlerine uymama.....	626
Kural 155.	Müdafaa amacıyla hiyerarşik üstlerin emrini ileri sürmek ...	628
Alt Bölüm 44	Savaş Suçları	633
Kural 156.	Savaş suçlarının tanımı	633
Kural 157.	Savaş suçlarında evrensel yetki.....	671
Kural 158.	Savaş suçlarının kovuşturulması.....	675
Kural 159.	Af.....	679
Kural 160.	Zaman aşımı.....	682
Kural 161.	Cezai alanda uluslararası işbirliği.....	686

ÇEVİRENLERİN ÖNSÖZÜ

Teamülün oluşumu, “olanlar” âleminde “olması gerekenler” âlemine geçişin, yani olgunun hukuka dönüşümünün esrarengiz hikâyesidir.

Her toplumsal düzen, bireylerin gelecekteki davranışlarına yönelik karşılıklı beklentileri üzerinde kuruludur. Hukuk düzeni, bu düzeni oluşturan üyelerin, birbirlerinin beklentilerini çok ciddiye almalarıyla kendini ayırt etmektedir. Merkezi bir örgütlenmenin olmadığı uluslararası toplumda, genel ya da ortak beklenti, zamanla hukuki bir yüküm görünümüne bürünür. Devletlerin uluslararası düzlemde, hatta kendi iç hukuk düzeninde tekrarlayarak geliştirdikleri bazı davranış biçimleri bazen o derecede kuvvetli beklentiler doğurur ki; beklentinin bir devlet tarafından yerine getirilmemesi diğer devletlerin kolektif tepkisiyle karşılaşır. Beklentiyi karşılıksız bırakan devlet, olağan davranış biçimini gerçekleştirmeye, başka bir deyişle kurala uymaya zorlanır. Artık uluslararası hukuk, olağan biçimde davranmayı teamül kuralı; davranıştan sapmayı ise hukuk ihlali olarak adlandırmakta ve bu ihlale, devletin uluslararası sorumluluğu sonucunu bağlamaktadır.

Teamül kuralı, oluşumundan sonra da esrarengiz niteliğini muhafaza eder; zira bağlayıcılığının ifadesi hiçbir yerde yazılı değildir. Ders kitapları, anayasalar, kanunlar, uluslararası andlaşmalar ondan söz eder. Ama bu belgelerin hiçbirinin metni teamül tespit etmek için kendi başına bağlayıcı olmadığı gibi, teamül bağlayıcılık kazanmak üzere bu belgelerin hiçbirine de muhtaç değildir. Hangi hukuk dalına ve alanına ait olursa olsun, devletlerin yaptıkları her türlü hukuki işlem; teamülün ispatı için değerli bir delil oluşturur. Ancak teamülün varlığını ve kapsamını kabul etmek için bu delilin ibrazı yetmez. Aynı zamanda, söz konusu işlemin, uluslararası yüküm öngören bir teamül kuralının ifadesi ve tutarlı bir uygulama bütünüünün bir parçası olduğunu ispat etmek gerekecektir; ki bu ayrı bir entellektüel çabayı beraberinde getirmektedir.

Bu çalışma, uluslararası insancıl teamül hukukuna ilişkin kuralların sağlıklı bir biçimde tespitine yönelik olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin çatısı altında yapılmış uzun soluklu bir araştırma ve incelemenin ürünüdür. Ulaşılabilen bütün uluslararası ve ulusal belgelerde yer alan insancıl hukuk düzenlemelerinin dökümünü ve tahlilini içermektedir.

Çalışma, büyük ve önemli silahlı kuvvetlere sahip bulunan bütün devletlerin dillerine çevrilmiştir. Böylece eser, gerek doğrudan insancıl hukuk kurallarının uygulayıcıları olan silahlı kuvvetler personelinin, gerekse bu konu üzerine çalışan akademisyen ve araştırmaların kullanımına kendi anadillerinde sunulmuştur. Eserin gecikmiş

sayılabilecek Türkçe çevirisini ilgililerin hizmetine sunmaktan onur ve mutluluk duyuyoruz.

Çeviride özgün İngilizce ve Fransızca metinler esas alınmış olup anlam farklılıklarının olduğu noktalarda çevirenler, sade ve anlaşılabilir bir ifadeye ulaşmayı hedeflemişlerdir. Bununla beraber, muhtemel hataların sorumluluğu çevirenlere aittir.

Eserin oluşmasında katkı ve emeği bulunan Av. Abdullah Kaya'ya, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne, Komite'nin Ankara temsilcisi Jean-Jacques Frésard'a, Galatasaray Üniversitesi'ne ve Beta Yayınevi'ne teşekkür etmeyi zevkli bir borç biliyoruz.

ÖNSÖZ

Dr. Jacob Kellenberger, Uluslararası Kızılhaç Komitesi Başkanı

Savaş hukuku, silahlı kuvvetlerin savaş meydanlarında karşı karşıya gelmelerinden doğmuştur. Ondokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar bu kurallar teamüli nitelikte kaldılar çünkü ezelden beridir var olmuşlardı ve medeniyetin taleplerine karşılık gelmekteydiler. Şiddeti sınırlamak medeniyetin özü olduğundan, tüm medeniyetler şiddeti – hatta şiddetin, savaş adını verdiğimiz bu kurumsallaşmış şeklini bile – asgaride tutmaya yönelik kurallar geliştirmiştir.

Uluslararası hukuku, hükümlerinin arasında ulaşılabilecek bir anlaşma konusu yaparak ve devlet uygulaması ile rızaya dayandırarak Grotius ve uluslararası hukukun diğer kurucu babaları, bu hukukun hem barış hem de savaş zamanı uygulanabilecek ve kültürlerin ve medeniyetlerin üstüne çıkabilen bir evrensel boyut kazanmasının yolunu açmış oldular. Ancak, çağdaş uluslararası insancıl hukukun gerçek öncüsü, Ondokuzuncu yüzyıl vizyoner Henry Dunant oldu. Yaralıları ve onlara yardım etmeye çalışanları koruyacak “bir sözleşme ile vaz edilmiş ve ihlal edilmez nitelikte uluslararası ilkeler” isteyerek Dunant insancıl hukuka ileriye doğru kararlı bir adım attırdı. 1864’te Harp halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı hakkında Cenevre Sözleşmesi’nin kabul edilmesini teşvik ederek Dunant ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin diğer kurucuları, ahdi uluslararası insancıl hukukun köşe taşı yerleştirmiş oldular.

Bu antlaşma önce 1906’da, sonra tekrar 1929’da ve 1949’da gözden geçirildi. Hastane gemilerini, savaş esirlerini ve sivilleri koruyan yeni sözleşmeler de kabul edildi. Sonuç, bugün yürürlükte olan uluslararası insancıl hukukun temelini teşkil eden 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi oldu. Bu Sözleşmelerin devletlerce kabulü, savaşın dehşetini hafifletecek ve etkilenenleri koruyacak kuralların, barış zamanında kabulünün mümkün olduğunu gösterdi.

Hükümetler ayrıca muhasamatın yürütülmesine dair bir dizi antlaşma kabul ettiler: 1868 St Petersburg Beyannamesi 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ve kimyasal ve bakteriyolojik silahların kullanılmasını yasaklayan 1925 Cenevre Protokolü.

Bu iki normatif akım 1977’de hem muhasamatın yürütülmesine hem de savaş mağdurlarının korunmasına dair kuralları günümüze uygun hale getiren, Cenevre Sözleşmelerine Ek İki Protokol’ün kabulüyle birleşti.

Zaten uzun bir liste oluşturan bu antlaşmalara yakın tarihte, başta 1980 Bazı Konvansiyonel Silahlara dair Sözleşme ve beş Protokolü, 1997 Ottawa Anti-

Personel Mayınların Yasaklanması Sözleşmesi, 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 1954 Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına dair Sözleşme'ye Ek 1999 Protokolü ve 2000 Çocukların Silahlı Çatışmaya Karıştırılmasına dair İhtiyari Protokol olmak üzere başka önemli sözleşmeler eklendi.

Ancak uluslararası insancıl hukukun kodifikasyonundaki bu kayda değer ilerleme, teamüli insancıl hukuku göz ardı etmemize neden olmamalı. Bu hukuk bütünüünün son derece önemli olmaya devam etmesinin üç sebebi var.

İlk olarak, Cenevre Sözleşmeleri bugün neredeyse evrensel bir taraf listesine sahip olmakla beraber, Ek Protokoller dâhil diğer önemli antlaşmalar için durum böyle değildir. Bu antlaşmalar sadece onları onaylamış olan devletlerin içinde veya onların arasında uygulanabilir. Öte yandan, bazen “genel” uluslararası hukuk olarak da tabir edilen uluslararası teamüli insancıl hukukun kuralları ise, şeklen bunlara katılmış olmalarını aramaksızın tüm devletleri ve ilgili olduğunca çatışmanın tüm taraflarını bağlar.

İkinci olarak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası insancıl hukuk, bu tür çatışmaların doğurduğu koruma ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bunların kabul edildiği diplomatik konferansta da ifade edildiği üzere, Cenevre Sözleşmeleri'nin ve bu Sözleşmelere Ek II. Protokol'ün ortak 3. maddeleri sadece en temel kurallar dizisini temsil eder. Birçok devletin, muhasamatın yürütülmesine ilişkin teamül hukukunun özünün uluslararası olan ve olmayan tüm silahlı çatışmalara uygulanacağı konusunda uyuştuklarından dolayı, devlet uygulamaları, yine aynı devletlerin diplomatik konferanslarda kabul etmiş olduklarının ötesine geçer.

Son olarak, uluslararası teamül hukuku, antlaşmaların yorumlanmasında yardımcı olabilir. Bir antlaşmanın iyi niyetle ve uluslararası hukukun tüm ilgili kuralları göz önüne alınarak yorumlanması gerektiği, yerleşik bir ilkedir.

Bunlar akılda tutularak, 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda (Cenevre, 1995) Kızılhaç Komitesi'ne verilen “çeşitli coğrafi bölgeleri ve farklı hukuk sistemlerini temsil eden uluslararası insancıl hukuk uzmanlarının yardımıyla ve hükümetlerin ve uluslararası örgütlerin uzmanlarına danışarak, uluslararası olan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukukun teamüli kuralları üzerine bir rapor hazırlamak ve bu raporu devletler ile yetkili uluslararası organlara dağıtmak” talimatı daha iyi anlaşılır. ICRC bu görevi şükran ve tevazuyla kabul etti – bu görev ile simgelendiği üzere uluslararası camianın kendisine olan güveninin kıymetini bildiği için şükranla ve eldeki bütün kaynaklar temelinde uluslararası teamül hukukunun mevcut durumunu tasvir etmenin içerdiği güçlüklerin tamamen farkında olduğu için tevazuyla.

ICRC, Hukuk Bölümü'nün iki elemanını bu çalışmayı yapmakla görevlendirdi. Uluslararası şöhrete sahip 12 uzmandan oluşan bir Yönlendirme Komitesi'nin rehberliğinde ICRC, 100'ü aşkın seçkin otoritenin yer aldığı geniş çaplı bir istişare

sürecine girişti. Bugünkü haliyle uluslararası insancıl teamül hukukunun mümkün olan en net “Fotoğrafi”nın çekilebilmesi fikriyle, bu raporu öncelikle bilimsel bir çalışma olarak gören ICRC, gerek raporu kaleme alanların gerekse danışılan uzmanların akademik özgürlüğüne saygı gösterdi.

ICRC bu raporun uluslararası insancıl teamül hukukunun hâlihazırdaki durumunun gerçekten de doğru bir değerlendirmesini sunduğuna inanmaktadır. Bu yüzden, uluslararası teamül hukukunun oluşumunun süre giden bir süreç olduğunun farkında olmakla beraber, günlük işlerinde bu çalışmanın sonuçlarını layıkıyla göz önüne alacaktır. Bu çalışma ayrıca, insancıl hukukun icrasına, açıklanmasına ve geliştirilmesine dair tartışmalara da temel teşkil etmelidir.

Nihayet, ICRC bu çalışmanın insancıl hukukun evrenselliğinin vurgulanmasına hizmet etmiş olmasında da memnuniyet duymaktadır. Tüm medeniyetler ve gelenekler, bugün insanlığın ortak mirasının bir parçası olan bu hukukun gelişimine katkıda bulunmuştur.

ICRC, zamanlarını ve bilgilerini cömertçe veren uzmanlara, Hukuk Bölümü'nün çalışanlarına ve özellikle de, bu benzersiz projeyi tamamına erdirerek işin büyüklüğü karşısında cesaretlerini yitirmeyi reddeden yazarlarına derin şükranlarını belirtmeyi ister.

Bu çalışmayı Cenevre Sözleşmelerinin taraf devletlerine, Ulusal Kızılhaç ve Kızılay Örgütlerine ve diğer insancıl örgütlere, hâkimlere, bilim insanlarına ve diğer ilgili kişilere sunarken ICRC'nin içten ümidi bunun, uluslararası insancıl hukukun kurallarının anlam ve önemini aydınlatması ve savaş mağdurları için daha geniş koruma sağlamasıdır.

ÖNSÖZ

Dr. Abdul G. Koroma, Uluslararası Adalet Divanı Yargıcı

Ne yazık ki, silahlı çatışmaların İkinci Dünya Savaşı sona erdiğinden beridir azaldığı söylenemez. Daha ziyade, tüm dünyada görülen ve gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan bir dizi çatışma, sivillerin ne derecede hedef haline geldiklerini ve yaralıların, hastaların, gözaltına alınanların ve sivil nüfusun uluslararası insancıl hukukun kendilerine sağladığı korumanın temin edilmesine gittikçe artan ihtiyacı daha önce hiç olmadığı kadar belirginleştirdi. Uluslararası insancıl hukukun giderek artan sayıdaki ihlallerinin nedenlerine dair çeşitli fikirler var. Uyması gerekenlerin bu kuralların farkında olmamalarından mı? Kuralların, bilindikleri takdirde dahi yetersiz kalmalarından mı? Kurallara uyulduğunu denetleme mekanizmalarının zayıflığından mı? Yoksa kuralların düpedüz göz ardı edilmesi mi? Bunların hepsinde bir ölçüde doğruluk payı var. Uluslararası insancıl hukukun daha etkili olması için, sorunun tek değil tüm bu yönlerinin ele alınması gereklidir. Elbette, insancıl kurallara evrensel riyeti sağlama amacına ulaşmanın ilk adımı, kuralların neyi talep ettiğini dile getirmektir; bu kuralların nasıl daha da geliştirilebileceği sorusu ancak bundan sonra ele alınabilir.

Uluslararası teamüli insancıl hukukun ve savaş mağdurlarının korunmasındaki rolünün bu incelemesi birkaç nedenle önemli ve vakitlidir. İlgili ahdi hukuk, savaşın çok çeşitli veçhelerini kapsamaktadır ancak ahdi hukuk, doğası itibarıyla hukukun bütününe resmedemez. Antlaşmalar tarafı olan devletleri bağlarsa da, teamül hukuku olmasaydı antlaşmaya taraf olmayanlar diledikleri gibi davranmakta serbest olurlardı. İlaveten, yazılı olmaları hasebiyle antlaşma kuralları iyice tanımlanırlar ve beledikleri davranış standartları konusunda açık olmalıdırlar; fakat bir antlaşma tarafların arasındaki anlaşmanın ürünü olduğundan, antlaşma kuralının yol göstericiliği ancak ulaşılan anlaşmanın samimiyeti ölçüsünde yararlı olur. Yazılı kurallar muğlak veya farklı yorumlara açık olamazlar. Uluslararası teamül hukuku, kesinlikten uzaklığıyla kötü şöhret sahibi olmakla beraber, ahdi hukuktan daha az faydalı değildir ve aslında birkaç avantajı dahi olabilir. Örneğin, uluslararası genel teamül hukukunun, oluşum aşamasında iken bir kurala açıkça ve ısrarlı şekilde muhalefet etmemiş devletleri de bağlayacağı yaygın olarak kabul edilir. Ayrıca, bir antlaşma rejiminin başarısının en önemli dayanaklarından biri, antlaşmanın amacını başarabilmek yönündeki siyasi iradenin ölçüsüdür ve kuralların yazılı olmasından daha fazla değilse de en az o kadar önemlidir.

Binaenaleyh, konu hakkında var olan teamüli kuralları dile getirmeyi amaçlayan bu çalışma, uluslararası insancıl hukuka saygıyı geliştirmeye ve savaş mağdurlarına daha iyi koruma sağlamaya yardımcı olacaktır. Askeri personel, hükümet yetkilileri, mahkemeler ve idari teşkilatlar ile sivil toplum örgütleri gibi, ilgili teamül hukukunun uygulanması, yaygınlaştırılması ve denetiminde rol alan çeşitli aktörlerin bilgili olmaları, uluslararası insancıl hukukun etkililiğinin güçlendirilmesi yönünde hayati bir ilk adımdır. Bu inceleme, bu amaca yönelik paha biçilmez bir katkıdır.

ÖNSÖZ

Dr. Yves Sandoz, Uluslararası Kızılhaç Komitesi üyesi; ICRC Uluslararası Hukuk ve Politika Geliştirme Şubesi'nin eski Direktörü; Cenevre ve Freiburg Üniversiteleri Öğretim Üyesi

Uluslararası insancıl teamül hukuk ile ilgili bir çalışmaya başlama kararı esas olarak, amacı insancıl olsa bile her girişim için göz önüne alınması gereken ve bize meşhur maliyet-etkinlik oranını verecek olan iki sorunun – ne kadar yararlı olacaktı ve masrafı ne olacaktı – cevabına bağlıydı.

Elbette, maliyet-etkinlik dengesi kriterini uygulamak, insancıl çalışmaya mutlaka uygun düşmeyebilir çünkü hayata ve refaha mali bir bedel koymak çok müstehzi olacaktır. Yine de, mali ve insan kaynaklarını (bir yandan bu kaynakları arttırmaya çalışırken) koştukları işlerde azami verimliliği sağlamak, ICRC gibi bir örgütün yöneticilerinin ahlaki yükümlülüğüdür. Zira savaşlar olduğu müddetçe, bundan etkilenenleri korumak ve onlara yardım etmek için yapılanlar hiçbir zaman yeterli olmayacak veya yeterince iyi olmayacaktır.

Uluslararası camia ICRC'ne ağır bir görev olan “uluslararası insancıl hukukun sadık şekilde uygulanması için çalışma” görevini vermiştir. Bu, sürekli bir ihtiyat içinde olma ödevini yükler. ICRC için tarafsızlık, yalnızca herhangi bir çatışmanın farklı mağdurları arasında ayrımcılıktan kaçınmak değil, aynı zamanda, yeryüzündeki tüm çatışmaların tüm mağdurlarına, bölgesel veya etnik tercihler yapmaksızın ve medya tarafında seçilmiş görüntülerin harekete geçirdiği duygulardan bağımsız olarak, hakkaniyetli muamele edilmesini sağlamaya daima çalışmak demektir.

Küresel ölçüdeki bu tarafsızlığı temin etme ve ayrımcılıktan kaçınma mülhazası, faaliyetlerini seçerken ICRC'ne yol gösterir. Bu seçimleri yapma zamanı geldiğinde, mağdurların acil gıda ve tıbbi bakım ihtiyaçlarını karşılamak mantıken önceliğini korur ve örgütün bütçesinin hiç tartışmasız en büyük kısmını harcar. Uzmanlar toplantısı için ödeme yapmak, nasıl olur da un çuvallarını yerine ulaştırmanın önüne geçebilir?

Ne var ki, seçimler bu kadar da katı değildir. Muharebe başladığında körlemesine harekete geçivermenin hiçbir şey kazandırmadığı tecrübe ile sabittir. Birçok örgüt, önce içinde çalışacağınız durumu, çatışmaya karışmış olanların zihniyetini ve yardım etmeye çalıştıklarınızın toplumunu ve kültürünü anlamadan etkili olunamayacağını zor yoldan öğrendi. Ve önce anlamanız gerektiği kadar, sadece muharipler tarafından değil – ki, Kızılhaç ve Kızılay amblemlerini ve bu amblemlerin temsil

ettikleri insanlık, taraflardan bağımsızlık ve yansızlık ilkelerini bilmeleri ve kabul etmeleri gereklidir – ama aynı zamanda faydalı olmaya niyet ettikleriniz tarafından da anlaşılmanız da gereklidir.

ICRC uzun tecrübeler sonunda, etkili olabilmek için tek tek değil birbirleriyle ilişki içinde ele alınması gereken faaliyetlerden oluşan geniş bir alanda faaliyette bulunması gerektiğine ikna olmuştur. Bu faaliyetlerin birbirlerini tamamlayıcı niteliği her geçen yılla giderek daha da açık olmuştur.

Bu faaliyetlerin her biri diğer faaliyetlere bağlı olup, hepsi tutarlı bir yapı oluşturacak şekilde birbirine geçer. Yani, sahada yapılan insancıl çalışmalar fikir tartışmalarını harekete geçirir, bu ise çeşitli türde uzmanlar toplantılarına dönüştükten sonra nihayet antlaşma hükümleri veya 1998'de Statüsü kabul edilmiş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi yeni uluslararası kuruluşlar halini alır. Sonraki görev, hükümetleri, meclisleri, üst düzey görevlileri, vb. aracılığıyla devletleri bunlara riayet etmenin önemine ikna ederek yeni kuralların evrensel olarak kabulü için çalışmaktır. Son olarak, her bir devlet, yeni kuralları ulusal mevzuatına dâhil edecek kanunları çıkarmaya, halkın temel insancıl ilkeleri bilmesini ve anlamasını sağlamaya, uluslararası insancıl hukukun okullarda ve üniversitelerde yeterince öğretilmesini sağlamaya ve konunun askeri eğitime dâhil edilmesine teşvik edilmelidir. Tüm bu çalışmaların nihai amacı savaş mağdurlarına faydalı olmak ve onlara yardıma çalışanların işlerini kolaylaştırmaktır.

Ancak bu hiçbir zaman yeterli olmayacaktır. Savaş acımasız olmaya devam edecek ve bu acımasızlığa mani olmayı hedefleyen kurallara hiçbir zaman yeterince riayet olmayacaktır. Yeni eylem biçimleri ve var olan kuralların yeterliliği ya da yeni gerçekliklere uygulanması ile ilgili yeni tartışmalar gerektiren yeni sorunlar ortaya çıkacaktır. Ve böylece hukukun ve insancıl gayretin büyük çarkı, hiçbir zaman tamamen erişilemeyebilecek bir hedefe yani, silahlı çatışmayı sona erdirmeye doğru dönmeye devam edecektir. Gerçekten de, bu hedef bazen sayısız savaşı acısı ve ızdırabı arasında uzaklaşıyor gibi görünebilir ama daima ona geri dönmeye çabalamalıyız.

Bir ofiste uluslararası insancıl hukukun gelişimi üzerine çalışan bir hukukçu yaralı insanları tedavi eden bir cerrahtan veya bir mülteci kampındaki beslenme uzmanından farklı bir iş yapmaktadır. Ama her üçü de, hukuk ve insancıl faaliyetin zgeçilmez döngüsü içinde kendi yerinde, aslında aynı amacın peşinde koşmaktadır.

Bununla beraber, hukuk uzmanlarının oynadığı rolü belirlemek, uluslararası insancıl teamül hukuku üzerine bir çalışmayı haklı kılmak için yeterli değildir. Yukarıda özetlenen sürecin bir parçası olarak ICRC son yıllarda hukuki durumu mütalaa etmeye ve bu konuda bilgiyi yaymaya hatırı sayılır kaynak ayırmıştır. Ancak bu kaynaklar sınırlı olduğundan, hukuki alanda çeşitli seçenekler arasında tercihler yapılması gerekmektedir. Daha iyi riayeti sağlamak için yeni hukukun gelişimine mi, ulusal mevzuatı teşvike mi, pratik uygulamanın belli veçhelerini aydınlatmaya mı, hassas konularda uzmanlara danışmaya mı, askeri kuvvetleri eğitmeye mi veya kamuoyunu harekete geçirmeye mi öncelik verilmelidir? Bu faaliyetlerin hepsi bir yere kadar önem taşır ama sorun önceliğin hangisine ait olduğudur. Teamül huku-

ku üzerine önerilen çalışmanın müstesna özelliği, bazı hususlarda geri adım atarak uzlaşmaya ve yarım ağız önlemlere hiç uygun olmamasıdır. Yapılacak seçim çalışmayı yapmak – ve iyi yapmak için gereken araçlara sahip olduğundan emin olmak – ve kıymetinin tamamen güvenilirliğine dayanacağı gerekçesiyle vazgeçmek arasındaydı.

Nihayetinde projeyi üstlenme kararı verildi. Bu zor görev ICRC'nin Hukuk Bölümü'ne verildi ve eksiksiz bir iş çıkarmaları için gerekli araçlar tahsis edildi. ICRC dünyanın önde gelen uzmanlarının geniş çaplı bölümünün gönüllü çalışmalarından istifade etme şansına eriştiği için müsrifçe kaynağa ihtiyaç olmadı. Ve cömertlikleri ve bağlılıkları için kendilerine ne kadar teşekkür etsek azdır. Ancak gereken idari işler ve toplantıları düzenleme ile çok sayıda metnin tercüme edilmesi işlerinin yanı sıra, bu çalışmanın dayanağını oluşturan, dünyanın tüm köşelerinden kaynaklara erişmek tabii ki para gerektirir.

O halde, böylesine bir yatırım nasıl haklı gösterilebilir? Büyük ölçüde kodifiye edilmiş olan ve devletlerin çok büyük bir çoğunluğunun bağlı olduğu antlaşmaların var olduğu bir hukuk dalında teamül olanın açıklanmasına neden geniş çaplı kaynak ayrılınsın? Bunun için birçok sebep gösterilebilir ama bana elzem görünen ikisini belirteceğim.

Bunların birincisi, uluslararası insancıl hukukta, daha etraflıca incelenmesi önemli olan, geniş ama az bilinen etki alanlarının her şeye rağmen halen olmasıdır. Özellikle, bazı savaş araçlarının ve yöntemlerinin kullanılmasının kısıtlanmasına ilişkin kuralların durumu böyledir. 1977 tarihli Ek Protokoller'de belirlenen bu kurallar, askeri kuvvetleri doğrudan ilgilendirir zira bu kuralları uygulayacak olan onlardır. Bunların oldukça müphem olmalarının sebebi, kabul edildikleri sırada herkesin daha kesin bir ifade üzerinde uzlaşmasının mümkün olmamasıdır.

Günümüzdeki silahlı çatışmaların büyük çoğunluğu iç çatışmayken, söz konusu kuralların çoğunun şeklen sadece uluslararası çatışmalara uygulanabilir olması nedeniyle sorun daha da hassasiyet kazanır. Ortalama bir kişi için bu tamamen saçma gelir. Gerçekten de, işgalciye karşı kullanılması yasaklanmış olan harp yöntemlerini, kendi nüfusuna karşı kullanabilme hakkı nasıl iddia edilebilir? Mamafih, tarihi nedenlerle tam da bu ayırım yapılmıştır. Elbette, günümüzde yapılan antlaşmalar bu farklılaştırmanın etkilerini yumuşatma eğilimi taşır. Farklılaştırma yine de vardır ve teamül hukuku üzerine bir çalışma bunun uygulamada ne ölçüde bulanıklaştığını ve devletlerin *opinio juris*'ine göre sorgulanmasını mümkün kılar.

ICRC çalışması ayrıca, uluslararası insancıl hukukun hangi amaca hizmet ettiğini ve nasıl uygulandığını sorarak, çeşitli hükümlerinin uygunluğunu inceleyerek ve günümüzde karşılaştığımız kimi sorunların şu ya da bu hükme yeni bir gözle bakmayı gerektirip gerektirmediğini tespit ederek, uluslararası insancıl hukuka bir bütün olarak bakmak için mükemmel bir fırsat yaratmaktadır.

Sorun belli bazı kuralların var olup olmadığından ziyade, bunların nasıl yorumlandığını bilmek olduğundan, bu çalışma yukarıdaki soruları cevaplamakta başlıca rolü oynamaktadır. Ama bu hiç de kolay bir konu değil. Başka ne olursa olsun,

çalışmanın sonuçları, hukukun aydınlatılması veya geliştirilmesi gereken alanlarını tespit etmek için ve askeri öğretilerle ulusal ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarının öğretilerinin birbirleriyle tutarlılığını güçlendirmek için her nasıl bir diyalog veya müzakere gerekiyorsa onun için değerli bir temel oluşturacaktır. Bu sebeple tutarlılık, uluslararası insancıl hukukun güvenilirliği için vazgeçilmezdir.

İkinci sebep çalışmanın sonuçlarından çok çalışmanın kendisinin içinde bulunur. Kurallara nasıl riayet edildiğini, tercüme edildiğini, öğretildiğini ve uygulandığını belirlemek için baştanbaşa tüm dünyada araştırma yapmak, sonra da hem başarıları hem de kalan boşlukları tespit etmek için bu bilgiyi karşılaştırmak – tüm bunlar, bu kuralların daha etkili uygulamasını temin etmek için, ilgi, araştırma ve yeni fikirleri kamçulamak için ve hepsinden ötesi, dünyadaki farklı kültürler arasında diyalogu teşvik etmek için en iyi yol değil midir? Bu girişim, dini ve kültürel sürtüşmeler şedit amaçlar için istismar edilmekteyken insanlık için yeni baştan bir gerginlik zamanında özel bir önem taşımaktadır. Cenevre Sözleşmeleri evrensel şekilde benimsenmiştir. Uluslararası insancıl hukuk kuralları, tüm beşeri kültürlerdeki kökleriyle bir nevi insanlığın ortak mirasını temsil etmektedir. Yani bu kurallar farklı kültürler arasında bir tutkal olarak görülebilir. Bu sebeple insanlara bu kuralları hatırlatmak ve bunlara riayet etmeye ikna etmek elzemdir. Bu çalışma, bunu yapmak için altın bir fırsat olmuştur.

Bu müthiş emeğin meyvesi önümüzde dururken, çemberin tamamlandığı düşünülebilir. Ne var ki, durum bunun tam tersidir ve bu çalışma bir sürecin sonu olarak değil bir başlangıç olarak düşünülürse amacına ulaşacağını vurgulayarak bitirmek isterim. Çalışma hem neyin başarıldığını ve hem de neyin hala bulanık kaldığını ve hala yapılması gerekenleri gözler önüne sermektedir.

Bu çalışma, gerçeğin, mutlak dürüstlük endişesiyle, yani hukuka söylemesini istediğimiz şeyi söyletmeye çalışmadan çekilmiş bir fotoğrafıdır. Çalışmaya uluslararası güvenilirliğini veren şeyin bu olduğuna eminim. Fakat gerçeğin mümkün olan en doğru yansıması olsa da, çalışma son sözü söyleme iddiasında değildir. Her şeyi kuşatıcı değildir – tercihler yapılmak zorundaydı – ve hiç kimse yanılmaz değildir. *De jure belli ac pacis*'in önsözünde Grotius okuyucularına şunu söyler: “*Bu eseri ellerine alacakların hepsinden, benim başkalarının fikirlerini ve yazdıklarını aktarıırken gösterdiğim müsamahanın aynını bana da göstermelerini diler ve istirham ederim.*” Bu çalışmayı gerçekleştirenlerin hedefi daha iyi nasıl söylenir? Okunsun, tartışılsın ve yorum yapılsın. Uluslararası insancıl hukukun ve hukukun gelişiminin ve daha çok riyeti sağlamanın yollarının yeniden incelenmesini harekete geçirsın. Hatta belki savaş mevzuunun ötesine geçilmesine yardımcı olur ve girdiğimiz bu yüzyılda bizi evrensel barışı inşa etmek için – ütöpik zaruret – hukukun üzerinde yükseldiği temeller olan ilkelerin değerini düşünmeye sevk eder. Uluslararası insancıl teamül hukuk üzerine bu çalışma değerli bir projenin kaydından daha fazlasıdır – her şeyin ötesinde, gelecek için bir mücadele davetidir.

TEŞEKKÜRLER

Bu çalışma, birçok kişinin sıkı çalışması ve bağlılığı olmasaydı mümkün olmazdı. Dünyanın dört bir köşesinden ve farklı uzmanlık alanlarına sahip kişiler bu çalışmaya, araştırma, kaleme alma, gözden geçirme, veri kontrol etme, düzeltme yapma, tashih ve uzman tavsiyesi biçimlerinde katkıda bulundu. Kendilerini vakfettikleri, destekleri ve yardımları için hepsine derinden müteşekkirimiz. Herkesi teker teker listelemeye çalıştıysak da, bu çalışmanın tamamlanmasında yardımcı olan ismi belirtilmemiş birçok kişinin de olduğunun bilincindeyiz. Hepsine içten minnetimizi belirtmek ve kasıtsız olarak yapabileceğimiz herhangi bir atlama için şimdiden özür dilemek isteriz.

Ulusal Araştırma Ekipleri

Devlet uygulamaları ile ilgili raporlar aşağıdaki ekiplerce hazırlanmıştır:

Almanya: Dr. Gregor Schotten ve Dr. Heike Spieker'in yardımlarıyla Profesör Horst Fischer

Amerika Birleşik Devletleri: Michael H. Hoffman ve Profesör Theodor Meron'un yardımlarıyla Burrus M. Carnahan

Angola: Albert Hilaire Anoubon Momo'nun ve André Ndomikolayi'nin yardımlarıyla, Profesör Maurice Kamto

Arjantin: Silvina Sandra Gonzalez Napolitano'nun ve Marta María Pastor'un yardımlarıyla Profesör Raúl Emilio Vinuesa

Avustralya: Gideon Boas'ın, Malcolm Langford'ın, Colin Andrew Hatcher'ın, Virginia Newell'in ve Shahyar Rousha'nın yardımlarıyla Profesör Timothy McCormack

Belçika: Isabelle Kuntziger'in, Garlone Egels'in ve Robert Remacle'in yardımlarıyla Profesör Eric David

Belçika Kızılhaçı'nın mali yardımı için müteşekkirimiz.

Birleşik Krallık: Dr. Jenny Kuper'in yardımıyla Profesör Françoise Hampson. Britanya Kızılhaçı'nın ve Dışişleri Bakanlığı'nın mali yardımları için teşekkür ederiz.

Bosna Hersek: Albay Mugo Geć (Bosna-Hersek Federasyonu) ve Nedeljko Milijević'in yardımıyla Profesör Liljana Mijović (Sırp Cumhuriyeti)

Botsvana: Profesör Oagile Key Dingake

Brezilya: Profesör Antônio Augusto Cançado Trindade

Cezayir: Profesör Ahmed Laraba

Çin: Profesör Yong Zhang'ın yardımıyla Profesör Tieya Wang (merhum)

El Salvador: Cristina Zeledon'un yardımıyla Profesör Antônio Augusto Cançado Trindade

Endonezya: Fadillah Agus, Kushartoyo Budisantoso, Arlina Permanasari, Andrey Sujatmoko ve Aji Wibowo'nun yardımlarıyla Profesör G.P.H. Haryomataram

Etiyopya: Alemu Brook'un yardımıyla Profesör Andreas Eshete

Fransa: Eloi Fillion, Claire Servoin, Karine Mollard-Bannelier, Davide Ferrarini, Dr. Béatrice Maurer, Karine Christakis, Isabelle Capette, François Darribehaude, Sonia Parayre ve Marianne Saracco'nun yardımlarıyla Profesör Paul Tavernier

Filipinler: Joel P. Raquedan ve Vincent Pepito F. Yambao, Jr.'ın yardımlarıyla Profesör Alberto T. Muyot

Güney Afrika: Profesör Michael Cowling

Hrvatistan: Profesör Ksenija Turković'in, Davorin Lapas'ın ve Ivica Kinder'in yardımlarıyla Profesör Maja Seršić

Hindistan: Dr. Umesh Veeresh Kadam (araştırma koordinatörü), Dr. M. K. Nawaz, Dr. S.V. Joga Rao, Dr. V. Vijaya Kumar, M. K. Balachandran, T. S. Matilal ve Rekha Chaturvedi'nin yardımlarıyla Profesör Nripendra Lal Mitra

Hollanda: Dr. Gerard Tanja'nın denetiminde Anna Nuiten, Profesör Frits Kalshoven, Hans Boddens Hosang, Katrien Coppens, Dr. Liesbeth Lijnzaad ve Hanneke van Sambeek.

T.M.C. Asser Enstitüsü'ne mali yardımları için teşekkür ederiz.

Irak: Dr. Janan Sukker'in yardımıyla Profesör Mohammed Abdallah Ad-Douri

İran: Farah Rahmani'nin yardımıyla Profesör Djamchid Momtaz

İspanya: Manuel Fernández Gómez, Profesör Dr. Julio Jorge Urbina, Juan Manuel García Labajo, Juan Carlos González Barral, Vicente Otero Solana, Dr. Gonzalo Jar Couselo, David Suárez Leoz, Dr. Francisco Alonso Pérez, Sonia Hernández Prada, Profesör Dr. Manuel Pérez González, Fernando Pignatelli Meca, Javier Guisández Gómez ve Federico Bordas'ın yardımlarıyla Dr. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

İsrail: Dr. Fania Domb'un yardımıyla Profesör Yoram Dinstein

İtalya: Dr. Enrico Casalini ve Dr. Marco Graziani'nin yardımlarıyla Profesör Paolo Benvenuti, Profesör Gabriella Venturini

Japonya: Profesör Akira Mayama, Yukiko Takashiba ve Hiromi Yoshino'nun yardımlarıyla Profesör Hisakazu Fujita

Kanada: Maria Molina'nın yardımıyla Profesör Katia Boustany (merhum)

Kolombiya: Raúl Hernández'in, Magaly Ramos'un, Sonia Torres'in ve Mauricio Reyes'in yardımlarıyla Fabricio López Sacconi

Kore Cumhuriyeti: Dr. Min-Hyo Lee'nin yardımıyla Profesör Jae-Ho Sung

Kuveyt: Profesör Eisa Al-Enezi

Küba: Doktor María de los Angeles de Varona Hernández

Lübnan: George Khalil Saad ve Abdelrahman Makki'nin yardımlarıyla Profesör Hassan Kassem Jouni

Malezya: Zalina binti Abdul Halim'in yardımıyla Profesör Nurhalida binti Mohamed Khalil

Mısır: Profesör Ahmed Abou El Wafa

Nikaragua: Cristina Zeledon'un yardımıyla Profesör Antônio Augusto Cançado Trindade

Nijerya: Dr. B. O. Okere ve Muhammed T. Ladan, Esq.'ın yardımlarıyla Profesör Amechi Uchegbu

Pakistan: Ahmar Bilal Soofi, Esq.

Peru: Silvina Sandra González Napolitano, Marta María Pastor ve Yesenia J. Cabezas Anicama'nın yardımlarıyla Profesör Raúl Emilio Vinuesa

Ruanda: Straton Nsengiyumva'nın yardımıyla Profesör Félicité Karomba

Rusya Federasyonu: Profesör Aslan Abashidze'nin yardımıyla Profesör Igor Pavlovitch Blishchenko (merhum)

Suriye: Dr. Amal Yaziji ve Maan Mahasen'in yardımlarıyla Profesör Muhammad Aziz Shukri

Şili: Daniela Kravetz'in yardımıyla Profesör Hernán Salinas Burgos

Uruguay: Silvina Sandra González Napolitano ve Marta María Pastor'un yardımlarıyla Profesör Raúl Emilio Vinuesa

Ürdün: Yarbay Muhannad Hijazi ve Dr. Ghazi Ar-Rashdan'ın yardımlarıyla Profesör Mohamed Yousef Olwan

Yugoslavya: Dejan Šahović, Dr. Miodrag Starčević ve Dr. Bosko Jakovljević'in yardımlarıyla Profesör Milan Šahović

Zimbabwe: Dr. Lovemore Madhuku'nun yardımıyla Profesör Joel Zowa

Uluslararası Araştırma Ekipleri

Uluslararası araştırma ekipleri uluslararası kaynaklardan uygulamaları toplamış, araştırmalarını ulusal araştırma ekiplerininkilerle bir araya getirmiş ve incelemenin ilk taslağını hazırlamıştır. Araştırmacılar, Richard Desgagné, Camille Giffard, Gustaf Lind, Gregor Schotten, Heike Spieker and Jean-François Quéguiner'dir.

Bu araştırmacılar, Yönlendirme Komitesi'nin toplantılarında uluslararası insancıl teamül hukukunun ilk bir değerlendirmesini ve akademik ve hükümet uzmanlarıyla istişareler sırasında ikinci bir değerlendirme sunan Raportörlerin gözetiminde çalışmıştır. Raportörler Profesörler Georges Abi-Saab, Ove Bring, Eric David, Horst Fischer, Françoise Hampson and Theodor Meron'dur.

Profesör Hampson'ın ve Profesör Bring'in çalışmalarına mali katkıları için sırasıyla Britanya ve İsveç Kızılhaç Derneklerine teşekkür ederiz.

Yönlendirme Komitesi

Bu çalışma, Profesörler Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Šahović and Raúl Emilio Vinuesa'dan oluşan Yönlendirme Komitesi'nin rehberliği ve tavsiyeleri doğrultusunda yürütülmüştür.

Akademik Uzmanlar ve Hükümet Uzmanları

Uluslararası araştırma ekiplerinin sunduğu ilk değerlendirme ili ilgili yorum yapmaya davet edilen uzmanlar, Abdallah Ad-Douri, Paul Berman, Sadi Çaycı, Michael Cowling, Edward Cummings, Antonio de Icaza, Yoram Dinstein, Jean-Michel Favre, William Fenrick, Dieter Fleck, Juan Carlos Gómez Ramírez, Jamshed A. Hamid, Arturo Hernández-Basave, Ibrahim Idriss, Hassan Kassem Jouni, Kenneth Keith, Githu Muigai, Rein Müllerson, Bara Niang, Mohamed Olwan, Raul C. Pangalangan, Stelios Perrakis, Paulo Sergio Pinheiro, Arpád Prandler, Pemmaraju Sreenivasa Rao, Camilo Reyes Rodríguez, Itse E. Sagay, Harold Sandoval, Somboon Sangianbut, Marat A. Sarsembayev, Muhammad Aziz Shukri, Parlaungan Sihombing, Geoffrey James Skillen, Guoshun Sun, Bakhtyar Tuzmukhamedov and Karol Wolfke'dir.

ICRC Araştırma Ekibi

ICRC'daki birçok kişi, özellikle de Cilt II için, araştırma yaparak, verileri kontrol ederek ve editöryel yardım sağlayarak bu inceleme üzerinde çalıştı. ICRC arşivlerindeki araştırmayı Etienne Antheunissens ve Tudor Hera yaptılar. Carolin Alvermann, Sarah Avrillaud, Gilles Benedick, Joanna Bourke-Martignioni, Angela Cotroneo, Eloi Fillion, Emanuela-Chiara Gillard, Neal Gilmore, Antoine Grand, Valérie Houetz, David Kootz, Carine Nassif, Anna Nuiten, Aurélie Legrand, François Moreillon, Stéphane Ojeda, Guilhem Ravier, Baptiste Rolle, Ion Smochina, Nadine Thwaites, Huyghen van den Eertwegh and Barbara Van der Beken, uzun süren yazım sürecinin farklı aşamalarında, Cilt II'nin nihai haline katkıda bulundular. Bunun yaparken Laila Bahaa-el-Din, Namuezi Fedi, Tristan Ferraro, Marie-Eve Friedrich, Francisco-Javier Leon-Diaz ve Nathalie Stadelmann'ın ve ulusal mevzuatla ve içtihatla ilgili ek bilgi sağlayan, sahadaki birçok ICRC çalışanının yardımlarından istifade ettiler. Jérémie Labbe Grenier, Yasmine Hadjoudj, Haleh Mehran and Tobias Schaffner en son olarak Cilt I'in dipnotlarının kontrol edilemesinin çetin işini tamamladılar. Tüm bu kişiler, kalpten gelen bir "teşekkür ederiz"i fazlasıyla hak ediyorlar.

Başta UNESCO'nun Paris'teki merkezinden Werner Simon ve Jan Hladik olmak üzere, Cenevre'deki BM Kütüphanesi'nin tüm çalışanlarının yanısıra, ICRC Enformasyon ve Belge Merkezi'nden Monica Cometti, Magalie Develon, Florence Gaspar, Brigitte Gremaud ve Jean Perrenoud'nun yardımları olmasaydı araştırma yapmak mümkün olmazdı.

Ayrıca, Patricia Barbey, Lydie Beguelin, Vojislava Bursac, Renée Bretton, Séverine Mueller-Moine, Christine Pellaton, Janine Rossier, Elodie Straub, Sandrine

Wagner ve Nina Zufferey'e vazgeçilmez bir idari destek sağladıkları için teşekkür etmek isteriz.

Raoul Bittel, Serge Bourgeois, Laurent Colassis, Isabelle Daoust, Marie-José d'Aprile, Richard Desgagné, Annemarie Dick, Knut Dörmann, María Teresa Dutli, Alexandre Faite, Emanuela-Chiara Gillard, Thomas Graditzky, Paul Hardy, Peter Herby, Rikke Ishøy, Bertrand Levrat, Charlotte Lindsey-Curtet, Barbara Jaeggi, Isabelle Kuntziger, Jean-Philippe Lavoyer, Kathleen Lawand, Dominique Loye, Louis Maresca, Nils Melzer, Laura Olson, Jelena Pejic, Cristina Pellandini, Gabor Rona, Anne Ryniker, Silvia Schaller, Anna Segall, Philip Spoerri, Sylvie van Lammeren and Ameer Zemmali dâhil olmak üzere, Cilt I'in taslaklarını gözden geçirmek için vakitlerini cömertçe ayıran ve derin bir kavrayışa dayanan birçok yorumları olan ICRC'daki tüm çalışma arkadaşlarımıza ve eski çalışma arkadaşlarımıza da ayrıca çok müteşekkirimiz.

Tüm taslakları okuyup yorum yapan ve yazım süreci boyunca paha biçilmez bir destek sağlayan Knut Dörmann, Emanuela-Chiara Gillard, Laura Olson, Gabor Rona and Jelena Pejic'e çok özel bir teşekkür borçluyuz.

Uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesiyle ilgili giriş kısmını gözden geçiren Maurice Mendelson ve Karol Wolfke'nin, Cilt I'in farklı taslaklarını gözden geçiren Sadi Çaycı, Edward Cummings, Eric David, Yoram Dinstein, William Fenrick, Dieter Fleck, Juan Carlos Gómez Ramírez, Michael Meyer, Theodor Meron, Raul Pangalangan, Peter Rowe, Milan Šahović, Marat Sarsembaev, Helen Upton, Elizabeth Wilmschurst ve Karol Wolfke'nin tavsiyeleri ve yapıcı eleştirileri için ve kültürel varlıklarla ilgili taslak bölümü gözden geçiren, UNESCO'dan Jan Hladik için özel bir minnet borcumuz var.

Knut Dörmann, Horst Fischer, Theodor Meron, Peter Herby'nin başında olduğu ICRC Mayın ve Silahlar Birimi, William Fenrick ve Antonio Cassese'ye, sırasıyla Cilt I ve II'nin I'den VI'ya Kısımlarını gözden geçirdikleri için ayrıca özel bir teşekkür borçluyuz.

Yazarlar, François Bugnion, Jean-Philippe Lavoyer and Yves Sandoz'un bu incelemenin ortaya çıkışı boyunca yaptıkları tavsiye, yorum ve desteklerinin kıymetini gerçekten bildiklerini belirtirler.

Son olarak, içten şükranlarımız, hem Cilt I'in hem de Cilt II'nin tashihi gibi devasa bir iş için Cristina Grisewood'a, metni dizgiye hazırlayan Philippa Youngman'a ve özellikle basımın denetimi için Finola O'Sullivan ve üretimin denetimi için Neil de Cort ve Alison Powell olmak üzere Cambridge University Press çalışanlarına gidiyor.

Bu çalışma, Mei ve Josef'in sabrı, desteği ve teşviği olmasaydı mümkün olmazdı.

Cenevre, Ağustos 2004

Jean-Marie Henckaerts

Louise Doswald-Beck

GİRİŞ

Uluslararası insancıl hukukun kökenleri tüm kıtalarda ve çağlar boyunca geliştiği haliyle orduların teamüli uygulamalarına dayanır. Uluslararası hukukun, geleneksel olarak “savaş kuralları ve adetleri” olarak adlandırılan bu dalı ne bütün ordular tarafından, ne mutlaka bütün düşmanlar nezdinde uygulanırdı, ne de tüm kurallar aynıydı. Ancak, tipik olarak görülen kalıp, temelde askerlik onuru kavramına dayalı olarak, muhariplere ve sivillere karşı davranışlarda sınırlılıktı. Kuralların içeriği genellikle gereksiz yere zalimce veya onursuz olarak görülen davranışların yasaklanmasını içerirdi ve sadece orduların kendileri tarafından geliştirilmemiş olup dini önderlerin yazılarından etkilenmişti.

Bu öfr ve adet hukuku kurallarının bir belgede toplanması açısından en önemli dönüm noktası, 1863’te Amerikan İç Savaşı sırasında 100 No.lu Genel Emir olarak yürürlüğe konan, Amerika Birleşik Devletleri’nin Harp Halindeki Ordularının Hükümeti için Talimatların Profesör Francis Lieber tarafından kaleme alınmasıdır. Bugün tanındığı ismiyle “Lieber Kodu”, savaş kuralları ve adetlerinin sonraki kodifikasyonunu ve diğer devletlerin benzer düzenlemeleri kabul etmelerini güçlü biçimde etkilemiştir. Birlikte 1874 Brüksel Konferansı’na sunulan savaş kuralları ve adetleri hakkında uluslararası bir sözleşme taslağının temelini oluşturmuşlardır. Konferans’ta bağlayıcı bir sözleşmenin kabul edilmemesine rağmen, Konferans çalışmalarının çoğu daha sonra 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ve Beyanları’nın oluşturulmasında kullanılmıştır. Bu anlaşmalar teamülün tüm veçhelerini kodifiye etmemişler, fakat teamülün süre giden etkisi, ilk olarak 1899 II. Lahey Sözleşmesi’nin girişine eklenen ve “Martens kaydı” olarak tabir edilen şu hüküm ile teyit edilmiştir.

“Daha kapsamlı bir savaş kuralları kanunu yayınlanana dek Yüksek Akit Taraflar, kabul ettikleri Düzenlemelerde yer almayan durumlarda nüfusun ve savaşanların, medeni milletler arasında yerleşmiş usullerin, insanlık kaidelerinin ve kamu vicdanının gereklerinin neticesi olan uluslararası hukuk ilkelerinin koruması ve hâkimiyeti altında olmaya devam ettiklerini beyan etmenin doğru olduğuna inanırlar.”

Kısmi kodifikasyonuna rağmen veya bu yüzden, teamül hukukuna atfedilen önem en açık şekilde hem Birinci hem de İkinci Dünya Savaşları’ndan sonraki savaş mahkemelerinin buna dayanmalarında görülür.¹

1 Bkz. Knut Dörmann, *Elemente of Ar Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Uluslararası insancıl hukukun gelişiminin arkasındaki itici güç, 1863'te kurulan Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) olmuştur. Savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin 1864, 1906, 1929 ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin kabul edilmesine giden süreci Komite başlatmıştı. Sırasıyla 1864 ve 1906 Cenevre Sözleşmeleri'ni deniz savaşına uyarlayan ve 1949 Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi'nin öncülü olan 1899 III. Lahey Sözleşmesi'nin ve 1907 X. Lahey Sözleşmesi'nin kaynağında Komite vardı. 1977'de iki Ek Protokol'ün kabulü ile neticelenen Cenevre Sözleşmeleri'ni tamamlama girişimini Komite yaptı. ICRC, 1980 Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme, anti-personel mayınları yasaklayan 1997 Ottawa Sözleşmesi ve 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü gibi pek çok diğer antlaşmanın hem gelişimini teşvik etti hem de müzakerelerinde rol oynadı. Bu rolün tasdiki, uluslararası camianın ICRC'ne "silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası insancıl hukukun sadık şekilde uygulanmasına" ve "silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası insancıl hukuk hakkında bilgilerin anlaşılması ve yaygın şekilde duyurulması ile bunun geliştirilmesine"² çalışması için görev vermesinde yansımaları bulur.

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin kabulünün üzerinden 50 yıldan fazla bir zaman ve bunlara Ek Protokoller'in kabulünün üzerinden ise neredeyse 30 yıl geçti. Maalesef bu yıllara damgasını vuran, tüm kıtalarda etkisini gösteren silahlı çatışmaların yaygınlaşması oldu. Bu çatışmalar boyunca Ek Protokoller'iyile birlikte Cenevre Sözleşmeleri – özellikle de dört Sözleşme'nin, uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanacak ortak 3. maddesi – savaş mağdurlarına, yani muhasamata katılmayan veya artık yer almayan kişilere (yaralı, hasta ve kazazedeler, çatışmayla ilişkili sebeplerle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişiler ve siviller) hukuki koruma sağladı. Ne var ki, bu antlaşmaların ve temel insancıl ilkelerin sayısız ihlalinin de olması, uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmiş olsaydı önlenebilecek olan ızdırap ve ölümlerle sonuçlandı.

Uluslararası insancıl hukukun ihlallerinin sebebinin ne olduğuna ilişkin genel kanı, kurallarının yetersizliğinden dolayı olduğu değil, fakat daha ziyade bunlara saygı göstermeye isteksizlikten, zorlama yollarının olmamasından ve bazı durumlar-

2 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, 23-21 Ekim 1986, Cenevre'de kabul edilen Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzüğü, sırasıyla madde 5(2)(c) ve (g). Tüzükler, Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf devletler ve Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi üyeleri tarafından kabul edilmiştir. ICRC'ne bu görev ilk olarak, 23-27 Ekim 1928'de Lahey'de toplanan 13. Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nda kabul edilmiş olan ve "uluslararası Sözleşmelerin ihlali iddialarına ilişkin tüm şikâyetler ve genel olarak özel tarafsız bir organca inceleme gerektiren tüm meseleler, münhasıran Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yetki alanındadır" hükmünü içeren Uluslararası Kızılhaç Tüzükleri'nin 7. maddesi ile verilmiştir. Bilahare 22 Temmuz-8 Ağustos 1952'de Toronto'da toplanan 18. Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nda kabul edilen Uluslararası Kızılhaç Tüzükleri'nin madde 6(4) ve (7) hükümleri, ICRC'nin "Cenevre Sözleşmeleri ile kendisine verilen görevleri yapa[cağımı], bu Sözleşmelerin sadakatle uygulanması için çalış[acağı] ve insancıl Sözleşmelerin ihlalleri iddialarına dair şikâyetleri dinle[yeceğini]" ve "Cenevre Sözleşmeleri'nin devamlı ıslahı ve yayılması için çalış[acağı]" belirtir.

da uygulanmaları ile ilgili belirsizliklerden dolayı olduğu, fakat aynı zamanda siyasi liderlerin, komutanların, muhriplerin ve kamunun bunlar hakkındaki cehaletinden dolayı olduğu yönündedir.

Cenevre’de 30 Ağustos ile 1 Eylül 1993 tarihleri arasında toplanan Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, özellikle uluslararası insancıl hukukun ihlallerini ele alma yollarını tartıştı ama yeni antlaşma hükümlerinin kabul edilmesini önermedi. Bunun yerine, konsensüs ile kabul edilen Sonuç Bildirisi’nde, “insancıl hukukun uygulamasını daha etkili hale getirme gereğini” yeniden teyit etti ve İsviçre hükümetine “bu hukukun tam saygı görmesini ve bu hukuka riayet edilmesini teşvik etmenin pratik yollarını incelemek ve Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı’nın bir sonraki oturumuna ve devletlere sunulacak bir rapor hazırlamak üzere ucu açık bir Hükümetler Arası uzmanlar grubunu toplama”³ çağrısında bulundu.

Savaş Mağdurlarının Korunması İçin hükümetler arası Uzmanlar Grubu bu amaçla Ocak 1995’te Cenevre’de buluştu ve özellikle hukuk hakkında daha iyi bilinenmeyi ve bunun daha etkili uygulamasını sağlayacak önleyici tedbirler yoluyla uluslararası insancıl hukuka saygıyı arttırma amacına yönelik bir dizi tavsiye kabul etti. hükümetler arası Uzmanlar Grubu’nun II. Tavsiyesi:

*“ICRC’nin, çeşitli coğrafi bölgeleri ve farklı hukuk sistemlerini temsil eden uluslararası insancıl hukuk uzmanlarının yardımıyla ve hükümetlerin ve uluslararası örgütlerin uzmanlarına danışarak, uluslararası olan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukukun teamüli kuralları üzerine bir rapor hazırlamaya ve bu raporu devletler ile yetkili uluslararası organlara dağıtmaya davet edilmesi”*⁴ içermektedir.

Aralık 1995’te Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı bu tavsiyeyi benimseyerek, ICRC’yi, uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukukun teamüli kurallarına dair bir rapor hazırlaması için resmen görevlendirdi.⁵ Elinizdeki inceleme, bu göreve binaen yapılan araştırmanın neticesidir.

Incelemenin amacı

Uluslararası insancıl antlaşmalar hukuku gayet gelişmiş olup, savaş mağdurlarına koruma sağlayarak ve caiz savaş araç ve yöntemlerini kısıtlayarak, savaşın çok çeşitli veçhelerini kapsar. 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi ve bunların 1977 tarihli Ek

3 Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, Cenevre, 30 Ağustos – 1 Eylül 1993, Sonuç Bildirisi, *International Review of the Red Cross Uluslararası Kızılhaç Dergisi*, sayı 296, 1993, s.381.

4 Savaş Mağdurlarının Korunması İçin Hükümetler arası Uzmanlar Grubu Toplantısı, Cenevre, 23-27 Ocak 1995, Tavsiye II, *International Review of the Red Cross*, sayı 310, 1996, s.84.

5 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Cenevre, 3-7 Aralık 1995, Karar I, Uluslararası insancıl hukuk: Hukuktan eyleme; Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans’ın izleme raporu, *International Review of the Red Cross*, sayı 310, 1996, s.58

Protokoller'i, silahlı çatışmaya katılmayan veya artık yer almayan kişilerin korunmasına dair kapsamlı bir koruma rejimi getirir. Savaş araçlarının ve yöntemlerinin ahdi hukuk ile düzenlenmesi, 1868 St. Petersburg Beyannamesi, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ve 1925 Cenevre Gaz Protokolü'ne kadar geri gider ve daha yakın tarihte 1972 Biyolojik Silahlar Sözleşmesi, 1977 Ek Protokolleri, 1980 Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme ile beş Protokolü, 1993 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi ve anti-personel mayınları yasaklayan 1997 Ottawa Sözleşmesi konuyu ele almıştır. Silahlı çatışma durumunda kültürel varlıkların korunması, 1954 Lahey Sözleşmesi ve iki Protokolü'nde detaylı şekilde düzenlenmiştir. 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, yetkisine tabi savaş suçlarının bir listesini içermektedir.

Ancak, bu antlaşmaları mevcut silahlı çatışmalara uygulamaya iki önemli engel bulunmaktadır. İlki, antlaşmaların yalnızca onları onaylamış olan devletlere uygulanmasıdır. Bu, uluslararası insancıl hukukun farklı antlaşmaları, ilgili devletlerin hangi antlaşmaları onaylandığına bağlı olarak, farklı silahlı çatışmalara uygulanacak demektir. 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesini neredeyse tüm devletler onaylamışsa da, Ek I. Protokol henüz evrensel oranda taraf bulmamıştır. Protokol yalnızca kendisini onaylamış olan çatışma tarafları arasında uygulanacağından, bugünkü etkinliği sınırlıdır zira uluslararası silahlı çatışmalarda yer alan devletlerin bir kısmı Protokol'e taraf değildir. Aynı şekilde Ek II. Protokol, kendisini onaylamış olan devletin ülkesinde vuku bulan silahlı çatışmalarda uygulanır. Bu Protokol'ü 150 kadar devlet onaylamışsa da, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların ülkesinde vuku bulmakta olduğu muhtelif devletler onaylamamıştır. Uluslararası olmayan bu gibi silahlı çatışmalarda, dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesi çoğu kere, uygulanabilecek yegâne antlaşma hükmü olmaktadır.

İkinci olarak, bu antlaşmalar hukuku bolluğu, günümüz silahlı çatışmalarının büyük bölümünü yeterli ayrıntıyla düzenlememektedir. Bunun ana nedeni, günümüz silahlı çatışmalarının çoğunluğunun, sayıları artmaktaysa da uluslararası çatışmalardan çok daha az miktarda antlaşma kurallarına tabi olan, uluslararası olmayan çatışmalar olmasıdır. Aslında sadece sınırlı sayıda antlaşma, ismen sayılırsa, tadil edilmiş haliyle Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, anti personel mayınları yasaklayan Ottawa Sözleşmesi, Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi ve İkinci Protokolü ve yukarıda değinilen Ek II. Protokol ile dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanır. Ortak 3. madde temel önemi haiz olmakla birlikte, sadece kabaca bir minimum standartlar çerçevesi sağlar ve fazla ayrıntı içermez. Ek II. Protokol, ortak 3. maddeyi faydalı bir şekilde tamamlar ama yine de Ek I. Protokol'de bulunan uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin kurallardan daha az ayrıntılıdır.

Ek II. Protokol esasa ilişkin yalnızca 15 madde içerir, oysaki Ek I. Protokol'dekiler 80'in üzerindedir. Bu rakamlar o kadar önemli olmayabilir ama yine de uluslararası olan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların düzenlenmesine ilişkin, bu ikincisinin kurallardan, tanımlardan, ayrıntılardan ve zorunluluklardan

yoksunluktan muzdarip olduğu, kayda değer bir farklılık olduğunu gösterir. Günümüzdeki silahlı çatışmaların çoğunluğunun uluslararası olmamasına rağmen, hâkim durum işte budur.

Özellikle, Ek II. Protokol, muhasamatın yürütülmesine ilişkin sadece çok temel bir düzenleme içerir. Madde 13 “doğrudan düşmanlıklara katıldıkları süre dışında ... ne sivil halk ne de sivil kişiler saldırı hedefi olmayacağını” düzenler. Ancak Ek I. Protokol’den farklı olarak Ek II. Protokol fark gözetme ve orantılılık ilkelerine dair özgül kurallar ve tanımlar içermez.

Sağduyu, bu kuralların ve savaşın sürdürülmesi biçimlerine getirdikleri sınırlamaların, uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalara eşit şekilde uygulanmasını bekler. Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme’nin 2001’de uluslararası olmayan çatışmaları da kapsayacak şekilde tadil edilmiş olması, bu fikrin uluslararası camiada geçerliliğinin arttığına işaret eder.

Bu inceleme uluslararası teamül hukukunun birçok kuralının hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulandığına dair kanıtlar sağlamakta ve devletlerin uygulamasının mevcut ahdi hukukun ne kadar ötesine geçip uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak kuralları genişlettiğini göstermektedir. Özellikle, muhasamatın yürütülmesinin düzenlenmesinde Ek II. Protokol’deki boşluklar devletler uygulaması ile büyük ölçüde doldurularak, Ek I. Protokol’dekilere benzer fakat uluslararası olmayan silahlı çatışmalara teamül hukuku olarak uygulanan kuralların doğmasına yol açmıştır.

Bu nedenle, uluslararası teamül hukuku kurallarını bilmek, uluslararası insancıl hukukun uygulaması, yaygın olarak duyurulması ve zorlayıcılığının sağlanmasında yer alan hükümet yetkilileri, silah taşıyanlar, uluslararası örgütler, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi’ni oluşturanlar ve hükümet-dışı örgütler gibi birçok aktöre yarar. Uluslararası insancıl teamül hukuku üzerine bir inceleme ayrıca uluslararası teamül hukuku kavramının doğasında var olan belirsizlikleri ve tartışmaya açıklıkları azaltmaya da yardımcı olabilir.

Uluslararası teamül hukuku kurallarını bilmek, uluslararası teamül hukukuna dayanmak gereken bazı durumlarda da faydalı olur. Bu özellikle mahkemelerin ve uluslararası örgütlerin çalışmalarında kendisini gösterir. Gerçekten de mahkemeler sıklıkla uluslararası teamül hukukunu uygulamak zorundadır. Mesela, Statü’sünün 3. maddesi uyarınca savaş kuralları ve adetlerinin ihlalleri üzerinde yetkili olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi için durum böyledir. Bunun sonucunda Mahkeme, uluslararası insancıl hukukun bazı ihlallerinin, uluslararası teamül hukuku uyarınca yetkisine giren ihlaller olup olmadığını tespit etmek zorunda kalmıştır. Ek olarak, birçok ülkede uluslararası teamül hukuku iç hukuk kaynaklarındandır ve ulusal mahkemelerin önünde ileri sürülebilir ve yargı konusu olabilir. Uluslararası teamül hukuku uluslararası örgütlerin çalışmalarında da, genel olarak üye devletlerin tümünü bağlayan kuralları ifade etmesi hasebiyle ilgili bir konudur.

İncelemenin kapsamı

Bu inceleme, uluslararası insancıl hukukun her bir ahdi kuralının teamüli niteliğini belirlemeyi hedeflememesi nedeniyle, mutlak biçimde mevcut antlaşmaların yapısını izlememektedir. Daha ziyade, uluslararası teamül hukukunda hangi kuralların bulunduğunu belirlemek üzere konuları, tümevarımsal şekilde devletler uygulaması temelinde incelemeyi hedeflemiştir. Tercih edilen yaklaşım her bir antlaşma hükmünü teamül olup olmadığını belirlemek üzere incelemeyi içermediğinden, belli bir antlaşma hükmünün sırf bu incelemede yer almadığı için teamül *olmadığı* sonucuna da varılamaz. Bu bağlamda, ortak 3. maddeleri de dâhil olmak üzere 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin hükümlerinin büyük çoğunluğunun teamül olarak değerlendirildiğini belirtmek önemlidir. Aynı şey 1907 Lahey Düzenlemeleri için de geçerlidir (bkz. aşağıda). Dahası, Cenevre Sözleşmeleri 192 devlet tarafından onaylandığına göre, neredeyse tüm devletler için ahdi olarak bağlayıcıdır.

Denizde savaşa uygulanacak teamül hukukunu incelememeye karar verilmiştir zira bu alan yakın tarihte önemli bir yeniden değerlendirmenin, yani Denizde Savaşa Dair San Remo Elkitabı'nın⁶ konusu olmuştur. Bununla beraber, Elkitabı'nda yer alan genel kurallar, tüm savaş biçimlerine uygulanacak kuralların teamüli niteliğini değerlendirmekte yararlı olacaktır.

Bir kısım konu, bu basıya dâhil edilmek için yeterince ayrıntılı olarak geliştirilememiştir ama bunlar daha ileriki bir güncellemeye dâhil edilebilir. Örneğin Martens Kaydı, özel koruma altındaki kişilerin ve varlıkların teşhisi ve sivil savunma bu konuların arasındadır.

İlgili olduğu yerlerde, uluslararası insan hakları hukuku uygulamaları da incelemeye dâhil edilmiştir. Bunun sebebi, bizzat insan hakları antlaşmalarının açık hükümleri uyarınca, olağanüstü haller zamanında bazı hükümlerine belli koşullara bağlı olarak aykırı davranılabilsede, uluslararası insan hakları hukukunun silahlı çatışmalar sırasında da uygulanmaya devam etmesidir. İnsan hakları hukukunun silahlı çatışma sırasında da uygulanmaya devam ettiği, devletlerin hareketlerini incelemekle görevlendirilerek antlaşma ile kurulmuş organlarca ve Uluslararası Adalet Divanı'nca (bkz. Alt-Bölüm 32, giriş) defaatle teyit edilmiştir. Ancak bu inceleme, insan hakları teamül hukukunun bir değerlendirmesi olma iddiasında değildir. Bunun yerine, insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukukun kıyas edilebilecek ilkelerini desteklemek, güçlendirmek ve aydınlatmak amacıyla dâhil edilmiştir. Ek olarak, uluslararası hukukun ayrı dalları olmaya devam etseler de insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk başlıca üç nedenle birbirlerini doğrudan etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir. İlk olarak, insan hakları hukukuna uygunluk

6 Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Uluslararası İnsancıl Hukuk Enstitüsü'nce toplanan uluslararası hukukçular ve deniz kuvvetleri uzmanları tarafından hazırlanmıştır, Cambridge University Press, 1995

değerlendirmesi bazen uluslararası insancıl hukuka riayetini veya bunu ihlalin belirlenmesini gerektirir. Örneğin, olağanüstü hallerde alınan tedbirler, eğer diğer sebeplerin yanı sıra, uluslararası insancıl hukuku ihlal ediyorlarsa, insan hakları hukukunca hukuka aykırı olur.⁷ Buna mukabil, uluslararası insancıl hukuk, yorumu için insan hakları hukukuna atıf yapmak gereken kavramlar, örneğin, hiç kimse için “elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami mahkeme tarafından”⁸ hariç bir suçtan hüküm verilemeyeceği hükmünü içerir. İkinci olarak, uluslararası insancıl hukukta insan hakları tarzı hükümler bulunur (örneğin Ek I.Protokol’ün 75. maddesi ve Ek I.Protokol’ün 4. ve 6. maddeleri) ve insan hakları hukukunda insancıl hukuk tarzı hükümler bulunur (örneğin çocuk askerler hakkında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’deki ve Çocukların Silahlı Çatışmada Yer Almalarına Dair Ek Protokol’ündeki hükümler). Üçüncü ve en önemlisi olarak, devletlerin ve uluslararası örgütlerin, silahlı çatışmalar esnasındaki devlet davranışlarını insan hakları hukuku ışığında yorumladıkları yaygın bir uygulama vardır.⁹

Uluslararası Teamül Hukukunun Değerlendirilmesi

Uluslararası Adalet Divanı’nın Statüsü, uluslararası teamül hukukunu «hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın delili» olarak tasvir etmektedir¹⁰. Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığının iki unsuru, yani bir yandan devletlerin uygulamasını (*usus*) ve diğer yandan bu uygulamanın bir hukuk kuralı uyarınca-kuralın niteliğine göre- zorunlu, yasak ya da caiz olduğu yönünde devletlerin kanaatini (*opinio juris sive necessitatis*) gerektirdiği hususu genel kabul görür. Uluslararası Adalet Divanı’nın Kıta Sahaneliği davasında beyan ettiği gibi: «Uluslararası Teamül Hukuku’nun özünün öncelikle devletlerin etkili uygulamasında ve *opinio juris*’inde aranması gerektiği aşikârdır.»¹¹ Bu iki unsurun anlamı ve kesin içeriği çok sayıda araştırmacının yazılmasına yol açmıştır. İşbu incelemede, bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını tespit etmek için, Uluslararası Adalet Divanı’nın özellikle Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davalarından tanımladığı klasik yönteme başvurulmuştur.¹²

7 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 15 ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 27, Sözleşmelerin bazı hükümlerine aykırı tedbirlerin devletlerin “diğer uluslararası hukuk yükümlülükleriyle bağdaşmaz olmaması” gerektiğini belirtir. Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı ise aykırı tedbirlere izin vermez.

8 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 3(1)(d).

9 Özellikle bkz., Temel Güvenceler hakkındaki Alt-Bölüm 32.

10 Uluslararası Adalet Divanı’nın Statüsü, madde 38, par. 1, bent b).

11 Uluslararası Adalet Divanı, *Kıta Sahaneliği* davası, (*Libya Arap Cemahiriyesi /Malta*), karar, 3 Haziran 1985, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1985, pp. 29–30, par. 27.

12 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davaları*, karar, 20 Şubat 1969, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil*, 1969, s. 3.

Devletlerin uygulaması

Devletlerin uygulamasını değerlendirmek için, iki ayrı sorunu, yani öncelikle, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunan uygulama vakalarının seçimini ve ikinci olarak, bu uygulamanın gerçekten de bir uluslararası teamül hukuku kuralı yaratıp yaratmadığı hususunun değerlendirilmesi sorununu ele almak uygun olacaktır.

Devletlerin uygulamalarının seçimi

İşbu incelemeye yönelik olarak toplanan ve ikinci ciltte özetlenmiş bulunan uygulama, aşağıdaki ölçütler temelinde göre seçilmiştir:

i) Devletlerin maddi işlemleri gibi sözlü işlemleri de, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunan bir uygulama oluşturmaktadırlar. Maddi işlemler, örneğin, savaş meydanındaki davranışları, bazı silahların kullanımı ile muhtelif kişi kategorilerine yapılan muameleyi de içerir. Sözlü işlemler, askeri el kitaplarını, ulusal mevzuatı, ulusal içtihadı, silahlı kuvvetlere ve güvenlik kuvvetlerine verilen talimatları, savaş zamanındaki askeri duyuruları, diplomatik protestoları, resmi hukuk danışmanları tarafından verilen danışma görüşlerini, sözleşme tasarıları hakkında hükümetlerin ifade ettikleri yorumları, yürütme organlarının kararlarını ve bunların uygulanmalarını düzenleyen metinleri, uluslararası mahkemelere sunulan layihaları, uluslararası örgütlerde ve uluslararası konferanslar sırasında yapılan beyanları ve uluslararası örgütlerin kararları karşısında hükümetlerin aldıkları vaziyetleri içerir.

Uygulamanın, maddi işlemler kadar sözlü işlemleri de kapsadığı telakkisi, başlıca uluslararası hukuk mercilerinin ve bizzat devletlerin benimsedikleri yaklaşımı izlemektedir. Uluslararası Adalet Divanı *Bahkçılık Alanlarında Yetki*¹³, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler*¹⁴, *Gabcıkovo-*

13 Uluslararası Adalet Divanı, *Bahkçılık Alanlarında Yetki* (Birleşik Krallık İzlanda'ya karşı), Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh ve Ruda'nın, Toplu bireysel görüşü 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 47; Dillard'ın bireysel görüşü, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 56-58; De Castro'nun bireysel görüşü, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 81-88; Waldock'un bireysel görüşü, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 119-120; Gros'nun muhalif görüşü, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 135; Petrén'in muhalif görüşü, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 161. Hakimler, söz konusu iddiaların sonuca ulaşip ulaşmadığına bakmaksızın bazı deniz parçaları hakkındaki iddia ve taleplere dayanarak teamül kurallarının varlığına hükmetmişlerdir; ayrıca Bkz. aynı hakimlerin *Bahkçılık Alanlarında Yetki* (Almanya Federal Cumhuriyeti İzlanda'ya karşı), davasındaki görüşleri, 25 Temmuz 1974, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1974, s. 175.

14 Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler* (Nikaragua Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı), esas, karar, 27 Haziran 1986, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1986, s. 100, par. 190. Divan, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafında ifade edilen kuvvet kullanma yasağının uluslararası teamül hukukundaki geçerliliğinin bir diğer teyidini, «devletlerin temsilcilerinin bu yasağı sadece uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi değil, aynı zamanda bu hukukun temel ya da esaslı bir ilkesi olarak zikrettikleri olgusunda» bulmuştur.

*Nagymaros Projesi*¹⁵ dâhil olmak üzere bazı davalarda resmi beyanları, devlet uygulaması olarak dikkate alınmıştır.

Aynı şekilde, Uluslararası Hukuk Komisyonu da devletlerin sözlü işlemlerini uluslararası teamül Hukuku'nun oluşumuna bir katkı telakki etmiştir. Bu şekilde yaklaştığı Devletlerin Sorumluluğu Hakkında Maddeler Tasarısı'nda «zaruret hali»nin teamüli nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁶

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası insancıl teamül hukuk kurallarının oluşumunu değerlendirmek için «esasen devletlerin resmi beyanları, askeri el kitapları ve yargı kararlarına dayanmak gerektiğini» beyan etmiştir.¹⁷

Uluslararası Hukuk Derneği «devletlerin sadece maddi işlemlerinin değil, sözlü işlemlerinin de devlet uygulamasını oluşturucu nitelikte olduğu» değerlendirmesini yapmış ve « uluslararası mahkemelerin uygulamasının, uygulama örnekleri olarak ele alınan sözlü işlem örnekleriyle dolup taşıdığını» vurgulamıştır. Bizzat devletler bu işlem türüne düzenli biçimde böyle muamele etmektedirler».¹⁸

Maddi ya da sözlü olsun, ilgili ve anlamlı uygulama ancak resmi uygulamaya dayanmaktadır. Bu itibarla, silahlı çatışmaların taraflarının maddi işlemleri, ancak resmi bir uygulamayı temsil ettikleri ölçüde uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunabilirler.

Bazı davranışlardan kaçınma da, ilgili ve anlamlı olduğu hallerde dikkate alınmıştır. Bu kaçınma türüne ileride daha ayrıntılı biçimde geri döneceğiz.

ii) Bir devletin yürütme, yasama ve yargı organlarının uygulaması, uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkıda bulunabilir. Devlet, yürütme, yasama ve yargı kudretlerini kapsar. Bu üç kudretin organları uluslararası düzlemde devletin

15 Uluslararası Adalet Divanı, *Gabcikovo-Nagymaros Projesi* (Macaristan/Slovakya), 25 Eylül 1997 tarihli karar, *Recueil*, Uluslararası Adalet Divanı, 1997, s. 39-46, par. 49-58. Divan, «zaruret hali» kavramının, uluslararası teamül hukuku tarafından, uluslararası hukuka uygun olmayan bir olgunun haksızlığını ortadan kaldıran bir sebep oluşturduğunu beyan etmiştir. Divan bu sonuca varırken, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletin Sorumluluğu Hakkında Maddeler Taslağı'nın mukabil maddesini kaleme alırken kullandığı çok sayıda resmi beyan dâhil olmak üzere muhtelif malzeme dayanmıştır.

16 Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletin Sorumluluğu Hakkında Maddeler Taslağı, Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllığı 1980, Cilt II, İkinci Bölüm, Birleşmiş Milletler Belgesi A/CN.4/SER.A/1980/Add.1, 1980, p. 29. Uluslararası Hukuk Komisyonu, vardığı sonuçları, hükümet temsilcilerinin ya da hukukçuların beyanlarına dayandırmıştır. Başka bir örneğe şurada rastlanabilir: Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllığı, 1950, Cilt II, s. 374. Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası teamül hukuku alanında aşağıdaki ispat unsurlarını zikretmiştir: Uluslararası belgeler, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ve ulusal mevzuat ile diplomatik yazışmalar, ulusal hukuki danışmanların görüşleri ve uluslararası örgütlerin uygulamaları.

17 Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Du_ko Tadic alias «Dule»'ye karşı*, n° IT-94-AR72, Müdafaanın yetkisizlik ilk itirazına ilişkin istinaf başvurusu hakkında karar, 2 Ekim 1995, par. 99.

18 Uluslararası Hukuk Derneği, Uluslararası Teamüli (Genel) Hukukun Oluşumu Hakkında Komite'nin Nihai Raporu, Uluslararası Genel Teamül Hukukunun oluşumuna uygulanabilir ilkeler hakkında bildiri, 69. Konferans raporu, Londra, 2000, ilke 4 ve ilgili (a) yorumu, s. 725-726 (bundan sonra «Uluslararası Hukuk Derneği Raporu»).

sorumluluğunu doğurabilirler ve onun uluslararası ilişkileri üzerinde etki doğuran vaziyetler alabilirler.¹⁹ Bir devletin muhtelif organlarının aldıkları vaziyetler arasında ihtilaf halinde uygulamanın iç düzlemde tutarsız olduğuna hükmedilir ve bu halde uygulama uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkıda bulunmaz.

iii) Hiçbir zaman aleni kılınmamaları halinde işlemler uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkıda bulunamazlar.²⁰ Söz konusu işlemler başka devletler bakımından meçhul kalıp bunlara istediklerinde tepki verme fırsatı vermediği sürece bu husus gerçekliğini korur. Uygulamanın hesaba katılabilmesi için aleni olması, ya da bir ölçüde duyurulması gerekir. Bu, zorunlu olarak, uygulamanın yayınlanması ya da bütün dünyanın dikkatine duyurulması gerektiği anlamına gelmez, fakat uygulama, en azından, başka bir devlete ya da Uluslararası Kızılhaç Komitesi dâhil olmak üzere uluslararası yetkili bir örgüte duyurulmuş olmalıdır. Devletler, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ile uluslararası toplumun kendisine emanet ettiği uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına katkıda bulunma ve «(uluslararası insancıl hukukun) iddia edilen her türlü ihlali hakkında şikâyetleri kabul etme» görevi çerçevesinde iletişimde bulunurlar.²¹ Bu itibarla, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin duyuruları, çoğunlukla mahrem nitelikte olmakla beraber, sadece özel nitelikte işlemler değildir ve devlet uygulaması olarak hesaba katılırlar.

iv) Uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olmalarına rağmen uluslararası mahkemelerin kararları,²² devlet uygulaması oluşturmazlar. Bu husus, uluslar arası mahkemelerin, ulusal yargı organlarından farklı olarak, devlet organı olmayışları ile açıklanmaktadır. Buna rağmen, uluslar arası yargı kararları da çalışmaya dâhil edilmiştir, zira uluslar arası bir yargı mercii bir teamüli uluslar arası hukuk kuralının varlığına hükmederse, bu hüküm ağırlıklı bir ispat aracı niteliği taşır. Dahası, kararların emsal niteliği olduğu için uluslararası mahkemeler de devletlerin ve uluslararası örgütlerin sonraki uygulamalarını etkileyerek bir uluslararası teamül kuralının oluşumuna katkıda bulunabilirler.

Buna mukabil, devletlerin uluslararası mahkemelerde ileri sürdükleri görüşler bariz bir biçimde devlet uygulamasının bir türünü oluşturmaktadır.

v) Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliği vardır ve bunlar üye devletlerden bağımsız olarak, kendi ehliyetleriyle uluslararası ilişkilere katılabilirler. Bu itibarla örgütlerin uygulamaları uluslar arası teamül hukukunun oluşumuna katkıda

19 Bu konuyla ilgili olarak şu kaynakta daha ayrıntılı ve kapsamlı bir mantık yürütümü ile uluslararası içtihadı göndermelere ulaşılabilir: Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıdaki dipnot 18, ilke 9, s. 728-729, şu kararlara göndermede bulunmaktadır: Uluslararası Adalet Divanı, *Nottebohm (ikinci safha) (Liechtenstein Guatemala'ya karşı)*, karar, 6 Nisan 1955, Uluslararası Adalet Divanı, *Recueil* 1955, s. 22 ve *Lotus (Fransa Türkiye'ye karşı)*, karar, Uluslararası Adalet Divanı *Série A* n° 10, 7 Eylül 1927, s. 23, 26 ve 28-29.

20 Örn. bkz., Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, ilke 5, s. 726.

21 Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Hareketinin Statüleri, yukarıda dipnot 2 madde 5, par. 2, bent c).

22 Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü, art. 38, par. 1, bent d).

bulunabilir.²³ İşte bu yüzden, işbu inceleme, örneğin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin uluslararası insancıl hukuka Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin saygı göstermesine ilişkin sirkülerini anlamlı ve ilgili bir uygulama olarak değerlendirmiştir; bunun sebebi, özellikle, «bu sirkülerde yer alan talimatların, savaş kanun ve teamüllerinin en temel ve esaslı ilkelerini yansıtmaması»dır ki «Genel Sekreter'in de, Sözleşme ve Protokollerin başka bir bağlamda ulusal birlikler bakımından bağlayıcı olacak uluslararası teamül niteliğindeki hükümleri ile asgari müşterek olarak zorunlu biçimde bağlı saymadığı» kabul edilmektedir.²⁴

Diğer yandan, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin resmi beyanları –özellikle uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında çağrılar ve muhtıralar- anlamlı ve ilgili uygulama olarak incelemeye dâhil edilmiştir, zira Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası hukuki kişilikle donatılmıştır.²⁵ Örgütün uygulaması özellikle anlamlıdır, zira devletler bu örgüte «silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası insancıl hukukun sadakatle uygulanması için çalışmak ve muhtemel gelişmelerini hazırlamak» görevini resmen emanet etmişlerdir.²⁶ Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi de, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uygulamasının anlamlı olduğu ve uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir teamül kurallarının oluşumu bakımından önemli bir etmen oluşturduğu kanaatindedir.²⁷ Dahası, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin beyanlarının yol açtığı resmi tepkiler devlet uygulaması oluştururlar.

vi) Uluslararası örgüt ya da konferanslar tarafından kararların müzakere edilmesi ve benimsenmesi ile oy açıklamaları, ilgili devletlerin işlemlerini oluşturur. Kararların kendi başlarına bağlayıcı gücü olmadığı –nadir istisnalar saklı kalmak üzere- kabul edilmektedir; dolayısıyla, bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumunun değerlendirilmesinde şu veya bu karara atfedilen değer, kararın içeriğine, kabul derecesine ve kendisine eşlik eden devletlerin uygulamasının tutarlılığına bağlıdır.²⁸ Kararın arkasına aldığı destek ne kadar genişse karara o kadar önem atfetmek uygun düşer. Dolayısıyla, anlamlı olmaları halinde çekimser ya da

23 Örn. Bkz. Uluslararası Adalet Divanı, *Soykırım suçunun önlenmesi ve bastırılması sözleşmesine çekinceler vakası*, Danışma görüşü 28 Mayıs 1951, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1951, s. 25. Divan, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin tevdi mercii sıfatıyla uygulamasını hesaba katmıştır.

24 Daphna SHRAGA, «UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, s. 408.

25 Örn. Bkz. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Blagoje Simic ve suç ortaklarına karşı, dava n° IT-95-9-PT*, Bir tanığın ifadesine ilişkin usul ve ispat tüzüğü'nün 73. maddesinin uygulanmasına ilişkin savcılık dilekçesi hakkında karar, 27 Temmuz 1999, 1 Ekim 1999 tarihli emirname ile kamuya ilan edilmiştir, par. 46 ve dipnot 9.

26 Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Hareketinin Statüleri, yukarıda dipnot, madde 5, par. 2, bent c) ve g).

27 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Tadic* davası, yukarıda dipnot 17, par. 109.

28 Bu şartların önemi, Uluslararası Adalet Divanı'nın şu kararında vurgulanmıştır: *Nükleer Silahların Tehdidinin ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu*, Danışma görüşü, 8 Temmuz 1996, Uluslararası Adalet Divanı, *Recueil* 1996, s. 254-255, par. 70 ilâ 73.

olumsuz oy gerekçelerine işbu incelemede işaret edilmiştir; zira bu oylar çoğu zaman, zorunlu olarak kararın bütününe değil, bazı bölümlerine ilişkin ihtilaflara dayanmaktadır. Aynı şekilde, kararların kaleme alınışı sırasında devletlerin yaptıkları beyanlar devlet uygulaması oluştururlar ve anlamlı olmaları halinde incelemeye dâhil edilmişlerdir.

vii) Silahı muhalif grupların –davranış kodları, uluslararası insancıl hukukun bazı kurallarına saygı gösterme taahhütleri ve diğer beyanlar gibi– uygulamaları, devlet uygulaması oluşturmaz. Bu tür uygulama, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bazı kuralların kabulüne ilişkin ispat unsurları içerebilse de, hukuki kapsamı belirsizdir ve incelemenin II. cildine «diğer uygulama türleri» başlığı altında dâhil edilmiştir.

Devletlerin uygulamasının değerlendirilmesi

Devletlerin uygulaması, bir uluslar arası teamül kuralını doğumuna yol açacak kadar “yoğun” olup olmadığını tespit etmek üzere değerlendirilmelidir.²⁹ Bir uluslararası teamül hukuku kuralının doğumuna yol açmak için, devletlerin uygulaması hemen hemen yeknesak, sık ve temsil edici olmalıdır. İlke olarak, bu ölçütlerin yerine getirecek yeterli bir uygulamanın oluşması için belli bir zaman gerekmele beraber hiçbir kesin süre aranmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı’nın Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davalarında beyan ettiği gibi:

“Sadece kısa bir sürenin geçmesi, kendi başına ve zorunlu olarak, kökeninde tamamen ahdi olan bir kuraldan yola çıkarak yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumuna engel oluşturmamakla beraber, ne kadar kısa olursa olsun bu süre zarfında, menfaatleri özel olarak etkilenenler dâhil olmak üzere devletlerin uygulamasının, zikredilen hüküm istikametinde sık ve hemen hemen tekdüze olması ve bir hukuk kuralı ya da hukuki bir yükümlüğün söz konusu olduğu hususunun genel olarak tanındığını tespit edecek şekilde tezahür etmesi zorunluluğu devam etmektedir³⁰.”

Devletlerin uygulamasının bir uluslararası teamül hukuku kuralının doğumuna yol açması için ilk etmen bu uygulamanın hemen hemen tekdüze olmasıdır. Bunun için, muhtelif devletlerin bazıları belli bir biçimde davranırken diğerleri tamamen farklı bir davranış benimseyerek bunların taban tabana zıt davranışlar olmaması gerekmektedir. Sığınma Hakkı davasında Uluslararası Adalet Divanı, uygulamanın, diplomatik sığınma hakkına ilişkin bir uluslararası teamül hukuku kuralı istihraç edilebilmesi için yeterince tekdüze olmadığı bir durumu ele almak zorunda kalmıştır. Divan, bu konuda şu hususları beyan etmiştir:

29 “Yoğun” terimi Sir Humphrey Waldock, tarafından kullanılmıştır. «General Course on Public International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106, 1962, s. 44.

30 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*, yukarıda dipnot 12, s. 43, par. 74.

i. Divan'a ibraz edilen olgular, diplomatik sığınma uygulamasında ve muhtelif vesilelerle ifade edilen resmi görüşlerde o kadar çok belirsizlik ve çelişki, o kadar çok çalkantı ve uyumsuzluk sergilemektedir; bazı devletlerin onaylayıp bazılarının ise reddettikleri sığınma sözleşmelerinin birbiri ardınca hızla dizilişinde o kadar çok tutarsızlık vardır ve muhtelif vakalarda uygulama siyasi menfaat mülahazalarının o denli etkisinde kalmış ve uygulama, siyasi yerindelik mülahazalarından o derecede etkilenmiştir ki bütün bunlardan, hukuk olarak kabul edilen sabit ve tekdüze bir teamül istihraç etmek mümkün değildir³¹.

Balıkçılık Alanlarında Yetki davasında Uluslararası Adalet Divanı, körfezlerin on millik kapanış çizgisine ilişkin benzer bir durumu ele almak zorunda kalmış ve olayda bu kuralın bazı devletler tarafından, hem ulusal kanunlarında hem de antlaşma ve sözleşmelerinde benimsendiği ve bazı tahkim kararları bu kuralı devletlerarasında uygulasa da, buna mukabil başka devletlerin başka bir sınır benimsediklerine hükmetmiştir. Dolayısıyla; on mil kuralı uluslararası hukukun bir genel bir kuralı yetkinliğini edinmemiştir³².

Bununla beraber Divan, aynı davada, değerlendirme yaparken, bir devletin uygulamasındaki «görünürdeki ya da gerçek birkaç belirsizlik ya da çelişkiye fazla önem atfetmenin yersiz olduğunu» belirtmiştir.³³ Uygulamanın yeterince benzer olması yeterlidir. Uluslararası Adalet Divanı, işte böyle yeterli bir benzerliği esas alarak Kıta Sahaneliği davalarında münhasır ekonomik bölgenin artık teamül hukukunun bir parçası olduğuna hükmetmiştir. Böyle bir bölgenin muhtelif ilanları tam bir aynıyet göstermeseler bile Divan'ın bu sonuca varması için yeterince benzerlik gösteriyorlardı³⁴.

Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihadı, –ilk bakışta ilgili uygulamanın tekdüzelğine halel getirir gibi görünen– aykırı bir uygulamanın bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumunu engellemediğini göstermektedir, yeter ki bu aykırı uygulama başka devletlerce mahkûmiyete konu olsun ya da ilgili hükümetçe inkâr edilsin ve böylece resmi bir uygulamayı temsil etmesin. Bu tür mahkûmiyet ya da inkârlar yoluyla başlangıçtaki kural aslında teyit edilmiş olmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler davasında bu tür bir durumu ele almış ve kuvvet kullanmama ve müdahale etmeme ilkelerinin teamüli niteliğini inceleyerek şu hususları beyan etmiştir:

Söz konusu kuralların uygulanmasının, devlet uygulamasında mükemmel olmasını, yani devletlerin tam bir sübutla, kuvvete başvurmaktan ya da başka devlet-

31 Uluslararası Adalet Divanı, *Sığınma Hakkı Davası (Kolombiya Peru'ya karşı)*, karar, 20 Kasım 1950, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1950, s. 277.

32 Uluslararası Adalet Divanı, *Balıkçılık Alanları Davası, (Birleşik Krallık Norveç'e karşı)*, karar, 18 Aralık 1951, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1951, p. 131.

33 *Ibid.*, s. 138.

34 Uluslararası Adalet Divanı, *Kıta Sahaneliği davası (Tunus Libya Arap Cemahiriyesi'ne karşı)*, karar, 24 Şubat 1982, Uluslararası Adalet Divanı *Recueil* 1982, p. 74, par. 100 ve Kıta Sahaneliği davası, yukarıda dipnot 11 s. 33, par. 34.

lerin içişlerine müdahale etmekten kaçınmalarını beklememek lazımdır. Divan, bir kuralın teamüli olarak tespit edilmesi için, mukabil uygulamanın kuralla mutlak bir hassasiyetle uyumlu olması gerektiği kanaatinde değildir. Teamüli kuralların varlığını çıkarsamak için Divan, devletlerin davranışlarının genel olarak bu kurallarla uyumlu olmasını ve belli bir kuralla uyumsuz devlet davranışı örneklerinin yeni bir kuralın tanınmasının tezahürleri olarak değil ve fakat söz konusu kuralın ihlalleri olarak muamele görmesini yeterli saymaktadır. Eğer bir devlet, tanınmış bir kuralla görünür biçimde bağdaşmaz surette hareket ediyor ve fakat davranışını bizatihi kuralda yer alan istisna ya da haklılık gerekçelerini zikrederek müdafaa ediyorsa, bu devletin davranışı gerçekten bu temelde haklılık kazansın veya kazanmasın, bu durumdan kuralın zayıfladığından ziyade teyit edildiği sonucu çıkar³⁵.

Bu sonuç, devletlerin kendilerini destekleyen sözlü uygulamalarını sergileyen pek çok olgunun ve buna paralel olarak ihlallerine ilişkin sayısız delilin bulunduğu belli sayıdaki insancıl hukuk kuralları bakımından özellikle anlamlıdır. İhlaller, faillerinin özür dilemesine ya da başka devletlerin mahkûm etmesine yol açmışsa, bunlar söz konusu kuralın varlığını şüpheye düşürecek nitelikte değildirler. Uluslararası teamül hukukunun mevcut bir kuralını değiştirmek isteyen bir devlet, bunu, bir hukuk kuralı uyarınca hareket ettiğini belirterek, resmi uygulaması yoluyla yapmalıdır.

ii) Bir uluslararası teamül hukuku kuralının doğması için gerekli ikinci etmen ise, söz konusu devlet uygulamasının hem sık hem de temsil edici olmasıdır. Bununla beraber evrensel olması zorunlu değildir; «genel» bir uygulama yeterlidir³⁶. Kesin bir devlet sayısı ya da yüzdesi aranmamaktadır; gerekli katılımı kesin miktarlara bağlamak imkânsıdır, zira diğer sebeplerin yanı sıra, bu ölçüt bir bakıma nicel olmaktan ziyade niteldir. Başka bir deyişle, söz konusu olan sadece belli bir uygulamaya kaç devletin katıldığı değil, fakat aynı zamanda hangi devletlerin katıldığıdır.³⁷ Uluslararası Adalet Divanı'nın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davaları zikredilecek olursa, uygulama, «menfaatleri özel olarak etkilenen» devletleri kapsamalıdır.³⁸

Bu, iki sonuca götürür: birincisi, eğer bütün «menfaatleri özel olarak etkilenen devletler» temsil ediliyorsa, devletlerin çoğunluğunun bu uygulamaya etkin bir biçimde katılmış olmaları temel bir şart değildir, fakat «menfaatleri özel olarak etkilenen devletler»in uygulamasına en azından muvafakat göstermiş olmaları gerekir ve ikincisi, eğer «menfaatleri özel olarak etkilenen devletler» bir uygulamayı kabul etmiyorlarsa, gördüğümüz gibi, oybirliği aranmasa bile, bu uygulama bir teamüli insancıl hukuk kuralının doğumuna yol açamaz³⁹. «Menfaatleri özel olarak etkilenen» dev-

35 Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler yukarıda* dipnot 14, s. 98, par. 186.

36 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, ilke 14, p. 734.

37 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, 14. ilkenin (d) ve(e) yorumları s. 736-737.

38 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davaları*, yukarıda dipnot 12, s. 43, par. 74.

39 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, 14. ilkenin (e) yorumu, s. 737.

letlerin teşhisi şartlara göre değişebilir. Örneğin, kör edici lazer silahlarının hukuka uygunluğu konusunda «menfaatleri özel olarak etkilenen devletler», bu silahların geliştirilmesi sürecine girişmiş olan devletler olarak teşhis edilmiştir. İnsancıl yardım alanında, halkları bu tür bir yardıma ihtiyaç duyan devletler ya da sıklıkla bu tür bir yardımda bulunan devletler «menfaatleri özel olarak etkilenmiş» sayılmalıdırlar. Herhangi bir uluslararası insancıl hukuk kuralı bakımından, bir silahlı çatışmaya katılmış olan devletler, belli bir kural açısından incelenen uygulamalarının bu silahlı çatışma için anlamlı olduğu hallerde, «menfaatleri özel olarak etkilenen devletler» dirler. Uluslararası insancıl hukukun belli alanlarında menfaatleri özel olarak etkilenen devletler bulunmakla beraber, bütün devletlerin, çatışmaya taraf olmasalar bile, başka devletlerin insancıl hukuka saygı göstermelerini talep etmekte hukuki bir menfaatleri olduğu da şüphesiz doğrudur. (bkz. kural 144'ün yorumu). Bu itibarla, dar anlamda «menfaatleri özel olarak etkilenen veya etkilenmesin» bütün devletlerin uygulamaları dikkate alınmalıdır.

Bu inceleme, uluslararası insancıl hukuk normlarına karşı «ısrarlı itirazcı» olmanın hukuken mümkün olup olmadığı sorusunu çözüme bağlamamaktadır. Sayısız uzmanın, *jus cogens* normları halinde ısrarlı itirazcı olunamayacağı hükmüne varmalarının ötesinde, başka yazarlar ise, bu doktrinin günümüzde geçerliliğini bile tartışma konusu etmektedirler⁴⁰. İsrarlı itirazcı olmanın hukuken mümkün olduğu kabul edilse bile, ilgili devlet, yeni bir normun ortaya çıkışına norm oluşum halindeyken itiraz etmiş ve bu andan itibaren ısrarlı bir biçimde itiraz etmeye devam etmiş olmalıdır; «müteakip itirazcı» kavramı kabul edilemez..

iii) Üçüncü etmen, hemen hemen tekdüze, sık ve temsil edici bir uygulamanın benimsenmesi yoluyla bir uluslararası teamül hukuku kuralının ortaya çıkması için gerekli zaman dilimine ilişkindir. Yukarıda işaret edildiği üzere, bu ölçütleri yerine getirecek yeterlilikte bir uygulamanın oluşmasından önce belli bir zamanın geçmesi mutaden gerekmele birlikte, tanımlanmış bir süre yoktur. Belirleyici etmeni oluşturan daha ziyade, tekdüzelik, kapsayıcılık ve temsil edicilik anlamında yeterince yoğun bir uygulamanın birikmesidir⁴¹.

Opinio juris

Bir uluslararası teamül hukuku normunun varlığını tespit etmek için gerekli ikinci ölçüt *opinio juris*, yani uygulamanın, bir hukuk kuralına cevap verdiği yönündeki hukuki kanaatten kaynaklanmasıdır. Uygulama ve hukuki kanaatin hangi kesin şekil uyarınca ifade edilmeleri gerektiği hususu, söz konusu kuralın bir yasağa, bir yüküme ya da sadece belli bir biçimde davranma hakkına ilişkin oluşuna göre değişebilir.

40 Bu meselenin derinlemesine bir incelemesi için Bkz. Maurice H. MENDELSON, «The Formation of Customary International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272, 1998, s. 227 ilâ 244.

41 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, 12. ilkenin (b) yorumu, s. 731.

Bir yasağın varlığını tespit eden uygulama –örneğin kimsenin sağ bırakılmamasını emretmenin yasak olduğuna dair kural (bkz. kural 46)– sadece bu davranışın yasak olduğunu teyit eden beyanları ve yasaklanan davranışın gerçekleştiği vakaların mahkûm edilişlerini (yerine göre, eleştirilen devletin kendini haklı gösterme çabaları ya da özürleri de eşlik edebilir) değil ve fakat aynı zamanda yasaklanan davranış karşısında maddi olarak kaçınma uygulamalarını da içerir. Uygulama, büyük ölçüde kaçınma ve sessiz kalmaya dayanmakla beraber, kaçınmanın uluslararası topluluğun bu yönde meşru bir beklentisine dayandığını gösteren işaretler olmalıdır.

Bir yükümlüğün –örneğin yaralı ve hastaların tedavi edilmesini gerektiren kural bkz. kural 110)- varlığını tespit eden uygulama, esasen, bu gerekliliğe uygun davranışlara dayanır. Kibarlık ya da nezakete dayalı bir davranış değil, hukuki bir yükümlüğe saygı göstermenin söz konusu olduğu, ya bu davranışın zorunluluğunun ifadesi ile ya da böyle bir davranışın yokluğu halinde başka devletlerin yönelttikleri bir eleştiri ile ispat edilecektir. Başka devletler eleştiri yönelttikten sonra, eleştiriye uğrayan devletin, kaçınma davranışını, kendini kural çerçevesinde haklı göstermeye çalışarak açıklaması da mümkündür.

Belli bir davranışa izin veren bir kuralın –örneğin devletlerin ulusal mahkemelelerine savaş suçları bakımından evrensel yetki tanıma hakkı olduğunu öngören kural (bkz. Kural 157) varlığını tespit eden uygulama, böyle bir davranışa gerekli kılmaksızın bu şekilde hareket etme hakkını tanıyan işlemlere dayanabilir. Örneğin, bazı devletlerin bu tip tedbirler alıp da diğerlerinin protesto etmedikleri haller söz konusu olabilir.

Bu inceleme gerçekleştirilirken, uygulamadan kaynaklanan unsurlar ile hukuki kanaatten kaynaklanan unsurları kesin bir biçimde ayırt etmek son derece hassas –ve geniş ölçüde teorik- bir nitelik arz etmiştir. Çoğu zaman, tek ve aynı işlem aynı anda uygulamayı ve hukuki kanaati yansıtmaktadır. Uluslararası Hukuk Derneğinin de vurguladığı gibi Uluslararası Adalet Divanı «gerçekte, uluslararası teamül hukukunda ayrı unsurlar bulunduğu (ya da bulunabileceği) hususunun, aynı davranışın her ikisini de aynı anda izhar edemeyeceğini de beraberinde getirdiğini sarahaten beyan etmemiştir. İki elemanı birbirinden ayırtmak çoğu zaman zor, hatta imkânsızdır.»⁴² Bu hususun gerçekliği, özellikle şu noktada ortaya çıkmaktadır ki, sözlü işlemlerin devlet uygulamasını oluşturduğu kabul edilir ve bunlar çoğunlukla, aynı zamanda, ilgili devletin hukuki kanaatini de yansıtır.

Yeterince yoğun bir uygulamanın mevcut ise, uygulama genel olarak bir *opinio juris*'i yansıtır; dolayısıyla çoğu halde *opinio juris*'in varlığını ayrıca ispatlamak zorunlu değildir. Buna mukabil, uygulamanın bulanık olduğu bazı durumlarda, tea-

42 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot18, par. 10(c), s. 718. Bu meselenin derin bir incelemesi için Bkz. Peter HAGGENMACHER, «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 90, 1986, s. 5.

mülün oluşumunda uygulamanın rol oynayıp oynamadığını tespit etmek için *opinio juris* önemli bir rol oynar. Devletlerin, davranışlarının sebebi açıkça belirmeksizin ne harekete geçtikleri ne de tepki verdikleri kaçınma hallerinde durum çoğu zaman böyledir. Örneğin, açık denizde cereyan eden bir çatmayı müteakiben Türkiye'nin kovuşturma yapma hakkına Fransa'nın itiraz ettiği Lotus davasında Uluslararası Daimi Adalet Divanı bu tür bir durumu tahlil etmiştir. Fransa, bu tür kovuşturmaların yokluğunun, haksız fiilin işlendiği geminin bayrak devleti dışındaki devletler bakımından kovuşturmayı yasaklayan bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını ispat ettiğini ileri sürmüştür. Ancak Divan, diğer devletlerin, menfaat eksikliği ya da bayrak devletinin bir mahkemesinin daha pratik bir merci olacağı kanaatinden ziyade, kovuşturma yapma hakları olmadığını düşündükleri için kovuşturma icra etmekten kaçındıkları hususunun berrak bir biçimde ortaya çıkmadığına hükmederek bu mantık yürütümünü reddetmiştir. Divan, kaçınmanın «kaçınma ödevi bilinci saikiyle gerçekleştiğine» işaret eden hiçbir hususun olmadığını beyan etmiştir.⁴³

Danimarka ve Hollanda'nın, kıta sahanlıklarının sınırlarının, diğerlerinin yanı sıra, belli sayıda devletin böylece hareket ettikleri gerekçesiyle, eşit mesafe ilkesi uyarınca tespit edilmesini gerektiren bir teamüli kuralın varlığını öne sürdükleri Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davalarında Uluslararası Adalet Divanı başka bir bulanık durumu tahlil etmiştir. Divan, bu devletlerin eylemlerinin sebeplerinin ancak tahminlere konu olabileceğine ve söz konusu devletlerin böyle davranırken bir uluslararası teamül hukuku kuralını uyguladıklarına inandıkları sonucuna varmaya izin veren hiçbir hususun bulunmadığına kanaat getirmiştir.⁴⁴ Başka bir deyişle, kıta sahanlıklarını eşit mesafe ilkesine göre sınırlayan devletler bu ilkeye uygun hareket etmişlerdi, fakat bu ilke ile bağlı saydıkları sonucuna varmaya izin veren hiçbir husus yoktu. İşte esasen, uygulamanın bulanık olduğu bu tür vakalarda gerek Uluslararası Daimi Adalet Divanı gerekse halefi olan Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası teamül hukuku normlarının oluşumu bakımından bulanık uygulamanın da pekâlâ dikkate alınması gerektiğine işaret eden bir *opinio juris*'in varlığını uygulamadan bağımsız olarak tespit etmenin mümkün olup olmadığı meselesini daha özel bir biçimde incelemişlerdir.⁴⁵

Pek çok sayıda kuralın bazı davranışlardan kaçınmayı gerektirdiği uluslararası insancıl teamül hukuku alanında, *opinio juris*'i değerlendirmek için kaçınmalar sorun doğurmaktadırlar, zira *opinio juris*'i değerlendirmek için kaçınmanın tesadüfi olmayıp meşru bir beklentiye dayandığını ispat etmek zorunludur. Böyle bir kaçınma gereğinin bildirge ve belgelerde yazılı olması halinde, söz konusu davranıştan kaçınma yönündeki hukuki gerekliliğin varlığı genel olarak ispat edilebilir. Dahası, bu kaçınmalar söz konusu davranışın belli bir tartışmaya yol

43 Uluslararası Adalet Divanı, Lotus davası, yukarıda dipnot 19, s. 28.

44 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davaları, yukarıda dipnot 12, s. 43-44, par. 76-77.

45 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18 ci-dessus, ilke 17 (iv) ve ilgili yorum.

açmasından sonra gerçekleşir; bu ise, kaçınmanın bir hukuki yüküm hissinden kaynakladığını ispat etmek her zaman kolay olmamakla beraber, kaçınmanın tesadüfle bir ilgisi bulunmaması gerektiği yönündeki tezi desteklemektedir. Bu meselenin özel bir örneği, sadece uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir ahdi hukukun söz konusu kaçınmayı gerektiren sarih bir kural içerdiği durumda, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bazı davranışlardan kaçınma durumudur. Kullanımlarının yasaklanmasını uzun süre önce, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin kuralların bugünkü kadar kamuoyu nezdinde bilinmediği ve kabul görmediği bir dönemde bir antlaşmada hükme bağlandığı bazı silahların kullanımından kaçınma durumu buna örnek oluşturmaktadır. Böyle bir kullanımdan ya da yasaklanmış davranıştan kaçınmanın, özellikle diğer devletleri doğrudan ilgilendirmeyen uluslararası olmayan silahlı çatışmalar halinde, başka devletlerin yorumlarına yol açma ihtimali pek azdır. Uygulanabilir hukuk hakkındaki görüş alışverişi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından, uluslararası silahlı çatışmalara göre daha az aydınlatıcıdır, zira ikinci durumda iki ya da daha çok devleti karşılıklı davranışları doğrudan ilgilendirir, oysa birinci durumda, genellikle sadece bir devlet doğrudan etkilenir.

Öyle görünmektedir ki, uluslararası mahkeme ve divanlar, bazen bir kuralın uluslararası barış ve güvenlik için ya da insan varlığının korunması için temenni edilebilir olması halinde ve aksi yönde önemli bir *opinio juris* bulunmaması şartıyla, bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığına hükmetmektedirler⁴⁶. Örnek olarak, Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin, 1907 Lahey Sözleşmelerinin hükümlerinin artık teamül hukuku oluşturduğu yönünde vardığı sonuç⁴⁷ ve Uluslararası Adalet Divanı'nın, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler davasında*, başka devletlerin iç ve dış işlerine karışmama kuralının uluslararası teamül hukukunun parçası olduğu yönünde vardığı sonuç⁴⁸ örnek gösterilebilir. Ancak, menfaatleri özel olarak etkilenenler dâhil olmak üzere belli sayıda devletlerarasında aksi yönde bir *opinio juris*'in varlığı hakkında şüphe götürmez deliller olduğunda, uluslararası içtihat, bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığının tespit edilemediğine hükmetmiştir; örneğin, Uluslararası Adalet Divanı'nın, nükleer silahların kullanımının hukuka uygunluğu meselesine ilişkin Nükleer Silahlar vakasında verdiği danışma görüşünde⁴⁹ ve istimlak tazminatları

46 Uluslararası mahkemelerin yaklaşımının bu özelliğinin analizi için Bkz. Frederic L. KIRGIS, «Custom on a Sliding Scale», *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, s. 146.

47 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, *Uluslararası Askeri Mahkeme Önünde Büyük Savaş Suçları Davası*, 1 Ekim 1946, Resmi Belgeler, Cilt I, s. 267.

48 Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler davası*, yukarıda dipnot 14, s. 106–110, par. 202–209.

49 Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahların Tehdidinin ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu*, yukarıda dipnot 28 s. 255, par. 73. Uluslararası Adalet Divanı'nın vardığı bu sonuç, yeterince sabit bir *opinio juris*'in varlığına ilişkin bir tahlille bağlantılıydı. Bu bağlamda Divan, nükleer silahların kullanımının hukuka aykırılığını teyit eden Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarının –ki bunlar devletlerin geniş bir çoğunluğu tarafından benimsenmiş kararlardır–, yüksek sayıda aleyhte ve çekimsiz oy nedeniyle, bir teamül hukuku kuralı yaratan bir *opinio juris*'in varlığını tespit etmek için yeterli olmadıklarına hükmetmiştir.

hakkında kanunun muhtemel tadili meselesine ilişkin olarak tek hakemin verdiği Texaco Libya'ya karşı tahkim kararında⁵⁰ böyle olmuştur.

Uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin çoğunun konusu, davranışları insancıl sebeplerle düzenlemek olduğuna göre, uluslararası teamül hukukunun evriminin bu cephesi bu hukuk dalı bakımından özellikle anlamlıdır. Bazı hallerde, kural lehinde bariz bir çoğunluk uygulaması bulunmasına ve böyle bir kural evleviyetle temenni edilir olmasına rağmen, bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını tespit etmek henüz mümkün değildir.

Ahdi hukukun etkisi

Uluslararası teamül hukuku normlarının varlığını tespit etmek için antlaşmalar da anlamlıdır, zira devletlerin uluslararası bazı uluslararası hukuk kurallarını nasıl algıladıklarını değerlendirmeye yardımcı olurlar. İşte bu yüzden, bir antlaşmanın onaylanması, yorumlanması ve uygulanması –onay anında yapılan çekince ve yorum beyanları dâhil olmak üzere- işbu incelemede dikkate alınmıştır. Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı davalarında Uluslararası Adalet Divanı, bir antlaşmanın onaylanma derecesinin uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi bakımından anlamlı olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu davada Divan, «şu ana kadar elde edilen onay ve katılmaların önemli olduğunu ve fakat yeterli olmadığını» ve bu hususun özellikle antlaşma-dışı uygulamanın aksi yönde olduğu bir bağlamda geçerli olduğunu beyan etmiştir⁵¹. Aksine, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler* davasında Divan, müdahale yasağı kuralının teamüli statüsünün değerlendirilmesinde, Birleşmiş Milletler Şartı'nın dünyanın neredeyse bütün devletleri tarafından onaylanmış olmasına ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarının, özellikle, oylama yapılmaksızın benimsenen Devletlerarasında dostane ilişkilere temas eden 2625(XXV) sayılı kararın çok geniş bir çoğunluk tarafından benimsenmiş olmasına büyük ağırlık tanımıştır⁵². Bir antlaşmanın yürürlüğe girmemesine rağmen, antlaşma hükmünün bir teamül normunu yansıtmaması mümkündür, yeter ki menfaatleri özel olarak etkilenen devletleri de kapsayan, yeterince yaygınlık ve benzerlik gösteren bir uygulama bulunsun; böyle bir durumda kurala kayda değer bir muhalefet gösterilmesi ihtimali pek düşüktür⁵³.

50 *Texaco-Calasiatic Libya'ya karşı*, tahkim kararı, 19 Ocak 1977, par. 80 ilâ 91, *Journal du Droit international*, vol. 104, 1977, s. 350. Tek hakem, Devletlerin Ekonomik Hakları ve Ödevleri Şartı ile Yeni Bir Uluslararası Ekonomik Düzen Kurulmasına İlişkin Bildirge'nin lehine, menfaatleri özel olarak etkilenen devletler grubunun yeterli bir desteğinin bulunmadığına hükmetmiştir.

51 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı* davaları, yukarıda dipnot, s. 42, par. 73.

52 Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler*, yukarıda dipnot 14, s. 99–100, par. 188.

53 Uluslararası Adalet Divanı, *Kıta Sahanelığı (Libya Arap Cemahiriyesi Malta'ya karşı)*, yukarıda dipnot 11, s. 33, par. 34. Münhasır ekonomik bölge taleplerinin sayısı 56'ya varmıştı ve bunların arasında birkaç tane menfaatleri özel olarak etkilenen devlet de vardı..

Uygulamada, ahdi normların kaleme alınışı uluslararası toplumun hukuki kanaatinin hassas biçimde ifade edilmesine katkıda bulunur ve devletlerin müteakip davranışları ve hukuki kanaatleri üzerinde inkâr edilemez bir etki doğurur. Bu, Uluslararası Adalet Divanı tarafından Kıta Sahaneliği davasında tanınan bir olgudur:

Çok taraflı sözleşmeler, teamülden kaynaklanan kuralları tescil ederek ve tanımlayarak, hatta geliştirerek önemli bir rol oynamaları mümkün olmakla beraber, uluslararası teamül hukukunun özünün öncelikle devletlerin etkin uygulaması ve *opinio juris*'inde aranması gerektiği aşikârdır⁵⁴.

Divan, antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun önceden mevcut kurallarının kodifiye edebilecekleri gibi bu antlaşmaların içerdiği normlara dayalı yeni teamüllerin oluşturulmasının temellerini atabileceğini de böylece tanımış olmaktadır. Divan, « çok geniş ve temsil edici bir katılımın da menfaatleri özel olarak etkilenen devletleri kapsamak şartıyla, yeterli olabileceğini» belirtecek kadar ileri gitmiştir⁵⁵.

Uluslararası Hukuk Derneği, bu içtihadı özetlerken bir (çok taraflı) antlaşma ile teamül arasında dört türlü karşılıklı etkileşim ihtimali bulunduğuna işaret etmiştir: antlaşma, mevcut teamülün ispat unsurlarını getirebilir; devletlerin uygulaması vasıtasıyla yeni teamüllerin benimsenmesi için ilham ya da model oluşturabilir; oluşum halindeki teamülün “billurlaşması” denilen olguyu destekleyebilir; nihayet, söz konusu kural esasen normatif nitelikli ise ve yeni bir genel hukuki yükümlülük ihdas etmek amacıyla devletler tarafından geniş ölçüde benimsenmişse, yeni bir teamülün doğumuna bile yol açabilir. Bu muhtelif sonuçların hiçbirisi karine yoluyla varsayılmaz; her bir vakada ispat unsurlarını incelemek uygun düşer⁵⁶.

Bu inceleme, çok sayıda devletin onaylamasının sadece bir işaret olduğu ve başta söz konusu antlaşmaya taraf olmayan devletlerin uygulaması olmak üzere başka unsurlara göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatiyle, temkinli bir yöntem izlemiştir. Teamül kuralının varlığını ispat etmek için, taraf olmayan devletlerin düzenli uygulaması önemli bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Buna mukabil, taraf olmayan devletlerin aykırı uygulaması, aksi istikamette öneli bir ispat unsuru olarak değerlendirilmiştir. Bir antlaşmaya taraf devletlerin, taraf olmayan devletlere yönelik uygulaması da özellikle anlamlıdır.

Ancak, işbu inceleme, uluslar arası insancıl hukukun başlıca antlaşmalarına taraf olmayan devletlerin uygulaması ile kendini sınırlamamıştır. Uygulamanın incelenmesini, örneğin sadece, Ek Protokolleri onaylamayan otuz kadar devletle sınırlamak, uluslararası teamül hukukunun yaygın ve temsil edici bir uygulamaya dayanmasını arayan ölçütü karşılayamazdı. Dolayısıyla, teamül normlarının varlığı değerlendirilirken, işbu incelemenin kaleme alındığı tarihte Ek I. Protokol'ün 164 devlet ve Ek II. Protokol'ün 159 devlet tarafından onaylanmış olduğu hususu hesaba katılmıştır.

54 Uluslararası Adalet Divanı, Kıta Sahaneliği (*Libya Arap Cemahiriyesi Malta'ya karşı*), yukarıda dipnot 11, s. 29–30, par. 27.

55 Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davaları, yukarıda dipnot 12, s. 42, par. 73.

56 Uluslararası Hukuk Derneği Raporu, yukarıda dipnot 18, ilke 20–21, 24, 26 ve 27, s. 754 ilâ 765.

Aynı şekilde, teamül hukukunun değerlendirilmesinde Cenevre Sözleşmeleri'nin 192 devlet tarafından onaylandığı hesaba katılmıştır; bu unsur yorumlarda tekrarlanmamıştır.

Nihayet, insancıl hukukun teamüli niteliğine temas eden en önemli yargı kararları, teamüli nitelikte sayılan kuralları zikreden yorumlarda tekrarlanmamıştır. Bu duruma, Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin vardığı şu hüküm örnek gösterilebilir: Mahkemeye göre, 1907 tarihli Lahey Tüzüğü'nde yer alan kurallar, «şüphesiz biçimde, uluslar arası hukukta bir gelişme gerçekleştirmişlerdir. 1939'da, bütün medeni milletler Sözleşme'de yer alan bu kuralları, kabul etmişlerdi ve onlara, savaş kanun ve teamüllerinin kodifiye ifadesi gözüyle bakıyorlardı»⁵⁷. *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler* davası bakımından da durum böyledir. Bu davada Uluslararası Adalet Divanı, Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin, bütün silahlı çatışmalarda uygulanabilir nitelikte «bir asgari» oluşturan «en temel insani mülahazaları» yansıttığına hükmetmiştir⁵⁸. Aynı durum, Uluslararası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahlar vakasında vardığı, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin hükümlerinin büyük çoğunluğunun uluslararası teamül hukuku kapsamına girdiği yönündeki hüküm bakımından da geçerlidir⁵⁹. Aynı yaklaşımla, yorumlarda tekrarlanmamakla beraber şu hususu da vurgulamak önemlidir ki, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü bakımından, «Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statü'sünde yer alan suç tanımlarının, yeni bir hukuk yaratmayıp mevcut uluslararası teamül hukukunu yansıtmaları gerektiği» hususunda bir konsensüs oluşmuştur.»⁶⁰

Incelemenin Düzeni

Kendisine verilen görevi yerine getirmenin en iyi yolunu belirlemek için ICRC, incelemenin Yönlendirme Komitesi'ni oluşturan bir grup akademik uluslararası insancıl hukuk uzmanına danıştı. Yönlendirme Komitesi, Profesörler, Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Šahović ve Raúl Emilio Vinuesa'dan oluşmaktaydı. Yönlendirme Komitesi Haziran 1996'da bir Eylem Planı kabul etti ve araştırma Ekim 1996'da başladı. Eylem Planı uyarınca araştırma, devletler uygulamasını yansıtan hem ulusal hem de

57 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, *Uluslararası Askeri Mahkeme Huzurunda Büyük Savaş Suçluları Davası*, yukarıda dipnot 47.

58 Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler* davası, yukarıda dipnot 14, s. 114, par. 218.

59 Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahların Tehdidinin ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu*, Danışma görüşü, yukarıda dipnot 28, s. 257–258, par. 79 ve 82.

60 Philippe KIRSCH, «Foreword», in Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, yukarıda dipnot 1 ci-desus, s. xiii; ayrıca Bkz. Bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına İlişkin Hazırlık Komitesi'nin Raporu, cilt. I (Hazırlık Komitesinin 1996 yılı Mart-Nisan ve Ağustos Aylarındaki Çalışmaları), Genel Kurul, Resmi Belgeler, doc. Nations Unies A/51/22, 13 Eylül 1996, par. 54.

uluslararası kaynaklar kullanılarak yürütüldü. Bu kaynaklarda yapılan araştırma, incelemenin Eylem Planı'nda tanımlanan altı bölümüne odaklandı:

- Ayrım gözetme ilkesi
- Özel olarak korunan kişiler ve varlıklar
- Belli savaş yöntemleri
- Silahlar
- Sivillere ve savaş dışı kişilere yapılacak muamele
- Uygulamaya geçirme

Benimsenen araştırma yöntemini büyük ölçüde açıklayan, ulusal ve uluslararası kaynaklara erişebilme ölçüsüdür.

Ulusal uygulama kaynaklarında araştırma

Ulusal kaynaklara erişim ülkenin içinden daha kolay olacağından, ulusal araştırmacılarla işbirliğine başvurulmaya karar verildi. Bu amaçla yaklaşık 50 ülke (Afrika'da 9, Asya'da 15, Avrupa'da 11, Amerika kıtalarında 11 ve Avustralya / Asya'da 1) seçildi ve devlet uygulaması hakkında rapor vermek üzere her birinde bir araştırmacı veya araştırma grubu belirlendi (bkz. Ek I). Yönlendirme Komitesi ülkeleri, coğrafi temsil esasına göre olduğu kadar değişik savaş yöntemlerinin kullanıldığı farklı türlerde silahlı çatışmalarla tecrübeleri temelinde seçti. Sonuçta, devletler uygulaması hakkında bir dizi rapor ortaya çıktı. Diğer ülkelerin kayda değer uygulamaları, uluslararası kaynakların ve ICRC arşivlerinde araştırma ile belirlendi (bkz. *infra*).

Ulusal araştırmacıların topladığı devlet uygulamaları askeri elkitapları, ulusal mevzuat, ulusal içtihat, silahlı kuvvetlerin ve güvenlik güçlerinin talimatnameleri, savaş sırasındaki askeri yazışmalar, diplomatik protestolar, resmi hukuk müşavirlerinin görüşleri, hükümetlerin sözleşme taslakları hakkındaki yorumları, idari karar ve düzenlemeler, uluslararası mahkemeler önündeki iddia ve savunmalar, uluslararası örgütlerde ve uluslararası konferanslarda yapılan beyanlar ve uluslararası örgütlerin kararları hakkındaki hükümet pozisyonlarını içermektedir.

Devlet uygulamaları raporlarına dâhil olmayan ülkelerin askeri elkitapları ve ulusal mevzuatları da araştırıldı ve toplandı. Bu iş, ICRC'nin dünya çapındaki delegasyon ağı ve ICRC Uluslararası İnsancıl Hukuk Danışma Servisi tarafından toplanan kapsamlı ulusal mevzuatlar koleksiyonu sayesinde kotarıldı. İlave araştırmanın amacı aynı zamanda, incelemenin mümkün olan en güncel şekilde olmasını ve imkân olduğu ölçüde de 31 Aralık 2002'ye kadarki gelişmeleri göz önünde tutmasını sağlamaktı. Bazı durumlarda daha yakın tarihli uygulamaları dâhil etmek de mümkün olmuştur.

Uluslararası uygulama kaynaklarında araştırma

Uluslararası kaynaklardan seçilip ayrılan devlet uygulamaları, her biri incelemenin bir kısmına odaklanmış altı ekip tarafından toplandı. Bu ekipler aşağıdaki kişilerden oluşmaktadır:

Kısım I. Ayrım gözetme ilkesi

Raportör: Georges Abi-Saab

Araştırmacı: Jean-François Quéguiner

Kısım II. Özel olarak korunan kişiler ve varlıklar

Raportör: Horst Fischer

Araştırmacılar: Gregor Schotten ve Heike Spieker

Kısım III. Belirli savaş yöntemleri

Raportör: Theodor Meron

Araştırmacı: Richard Desgagné

Kısım IV. Silahlar

Raportör: Ove Bring

Araştırmacı: Gustaf Lind

Kısım V. Sivillere ve savaş dışı kişilere yapılacak muamele

Raportör: Françoise Hampson

Araştırmacı: Camille Giffard

Kısım VI. Uygulama

Raportör: Eric David

Araştırmacı: Richard Desgagné

Bu ekipler Birleşmiş Milletler'in ve başta Afrika Birliği (eski Afrika Birliği Örgütü), Avrupa Konseyi, Körfez İşbirliği Konseyi, Arap Devletleri Ligi, Amerikan Devletleri Örgütü, İslam Konferansı Örgütü ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı olmak üzere diğer uluslararası örgütlerin çatısı altındaki uygulamayı araştırdılar. Bağımsız Devletler Topluluğu'nun, Parlamentolar Arası Birlik'in ve Bağlantısızlar (Non-Aligned) Hareketi'nin uygulamaları da araştırıldı. Bu örgütlerin uygulamalarına erişim, bunlarla bağlantılarını devam ettiren ICRC delegasyonları aracılığıyla sağlandı.

Uluslararası seviyedeki devlet uygulamaları, Birleşmiş Milletler çerçevesinde özellikle Güvenlik Konseyi'nce, Genel Kurul'ca ve İnsan Hakları Komisyonu'nca

kabul edilen kararlar, Birleşmiş Milletler'in yaptığı ad hoc soruşturmalar, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları ve bunun hükümetlerden aldığı yorumlar, BM Genel Kurulu'nun komitelerinin çalışmaları, BM Genel Sekreteri'nin raporları, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun tematik ve ülke özelindeki işlemleri, İnsan Hakları Komitesi'ne, İşkenceyi Önleme Komitesi'ne, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne ve Çocuk Hakları Komitesi'ne rapor verme usulleri, antlaşmaların hazırlık çalışmaları ve devletlerin uluslararası ve bölgesel mahkemelere sundukları dâhil olmak üzere çeşitli kaynaklarda yansımalarını bulur.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığına dair delil oluşturdukları ölçüde, uluslararası içtihat da toplandı.

ICRC arşivlerinde araştırma

Ulusal ve uluslararası kaynaklarda yapılan araştırmayı tamamlayıcı olarak ICRC, 20'si Afrika'da, 8'i Asya'da, 8'i Avrupa'da ve 2'si Amerika kıtalarında meydana gelmiş yakın tarihli yaklaşık 40 silahlı çatışmaya ilişkin olarak kendi arşivine de baktı (bkz. Ek II). Bu çatışmalar genel olarak, ülke raporlarında ele alınmamış ülkelerin ve çatışmaların da kapsanması gözetilerek seçildi.

Bu üçayaklı yaklaşımın – yani ulusal, uluslararası ve ICRC'nin kaynaklarının araştırılması – sonucu dünyanın her yanından uygulamaların aktarılabilmesidir. Ne var ki, işin doğası gereği, bu araştırmanın tüketici olduğunun iddia edilemez. Bu inceleme için yapılan araştırma, sonucunun güncel uluslararası teamül hukukunu ortaya koymasını temin etmek için özellikle son 30 yıldaki uygulamalara odaklanmıştır, ama hala ilgili olduğu yerde daha eski uygulamalar da aktarılmıştır.

Araştırma sonuçlarının bir araya getirilmesi

Araştırmanın tamamlanması üzerine, toplanmış olan tüm uygulamalar özetlendi ve incelemenin farklı alanlarını kapsayan birkaç ayrı kısım halinde birleştirildi. Bu işi kendileriyle ilgili olan kısımlar için yukarıdaki altı araştırma ekibi yaptı. Ardından bu bir araya getirilmiş uygulamaları içeren bölümler, bir ICRC araştırmacıları grubu tarafından gözden geçirildi, ekler yapıldı ve güncellendi. Bunlar “Uygulama” başlıklı Cilt II'de yayınlanmıştır. Bu kadar hacimli bölümlerin yayınlanmasının sebebi iki yönlüdür. İlk olarak, bu çalışmaya başvuranlar, her bir uluslararası teamül hukuku kuralının devletler uygulamasındaki dayanağını doğrulayabilmelidir. Cilt I'deki her kural, dayandığı uygulamanın bulunacağı Cilt II'nin ilgili alt-bölüm ve kısma atıf vermektedir. İkinci olarak, toplanarak sıralanmış olan bilgi bolluğunun yayınlanmasının yararlı olacağı değerlendirilmiştir. Böylece, birçok uygulamacı ve araştırmacı devşirilen bu uygulamaları kendi mesleki amaçları için kullanabilecektir.

Uzmanlarla istişare

İstişarelerin ilk turu için ICRC uluslararası araştırma ekiplerini, toplanan uygulamalar temelinde uluslararası insanlı teamül hukukunun bir ön-değerlendirmesini içeren “kısa özet” hazırlamaya davet etti. Bu özetler Yönlendirme Komitesi’nce Cenevre’de yapılan üç toplantıda tartışıldı (bkz. Ek III). Bu ilk tur istişarelerin temelinde “özetler” güncellendi ve ikinci bir istişare turunda ICRC tarafından Yönlendirme Komitesi ile iki toplantıya katılmak üzere dünyanın tüm bölgelerinden davet edilerek şahısları adına katılan bir grup akademik ve hükümet uzmanına sunuldu (bkz. Ek III). Cenevre’deki bu iki toplantıda uzmanlar toplanan uygulamaların değerlendirilmesinde yardımcı oldular ve atlanan bazı uygulamalara dikkat çektiler.

Raporun yazılması

Yönlendirme Komitesi’nin, akademik uzmanlar ve hükümet uzmanları tarafından gözden geçirilen değerlendirmesi, nihai raporun yazılmasında temel alındı. Çalışmanın yazarları uygulamayı tekrar inceledi, teamülün mevcudiyetini bir daha değerlendirdi, kuralların kaleme alınış şeklini ve sırasını gözden geçirdi ve yorumların taslağını hazırladı. Taslak metinler ICRC Hukuk Bölümü’ne sunularak elemanlarının son derece yardımcı olan yorum ve fikirleri alındı. Üzerine, her Alt-Bölüm ek bir okuyucu tarafından daha gözden geçirildi: Uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi hakkındaki giriş bölümü için Maurice Mendelson, Bölüm I için Knut Dörmann, Bölüm II için Theodor Meron, Bölüm III için Horst Fischer, Bölüm IV için Peter Herby’nin başında olduğu ICRC Mayın ve Silahlar Birimi, Bölüm V için William Fenrick ve Bölüm VI için Antonio Cassese. Bu okuyucuların ve ICRC Hukuk Bölümü’nün yorumları doğrultusunda ikinci bir taslak hazırlanarak yazılı istişare amacıyla Yönlendirme Komitesi’ne, akademik ve hükümet uzmanları grubuna ve ICRC Hukuk Bölümü’ne sunuldu. Alınan yorumlar dikkate alınarak metin daha da geliştirildi ve son şeklini aldı.

Bu çalışma, ICRC Hukuk Bölümü’nün o sırada Müdür Yardımcısı ve daha sonra Müdür’ü olan Louise Doswald-Beck’in himayesinde başlatılmıştır. Jean-Marie Henckaerts, çalışmanın genel idaresinin sorumluluğunu üstlenmiştir ve Cilt I’in Bölüm I, II, III ve V’in kaleme almıştır. Louise Doswald-Beck, Bölüm IV ve VI’nın yanı sıra Bölüm I’in 14. ve 32. Alt-Bölümlerini kaleme almıştır. Giriş kısımları her ikisi tarafından kaleme alınmıştır. Metni kaleme alırken Carolin Alvermann, Knut Dörmann ve Baptiste Rolle’in önemli katkılarından istifade etmişlerdir. İncelemenin içeriğinin sorumluluğu beraberce yazarlara aittir.

Ek I. Ulusal araştırma

Aşağıdaki devletler, uluslararası insanlı hukuk üzerine ulusal uygulamalar hakkında derinlemesine bir inceleme amacıyla, yerel birer uzman tarafından coğrafi

temsil ve silahlı çatışma tecrübeleri temelinde seçilmiştir. Diğer devletlerin önemli uygulamaları uluslararası kaynaklarda ve ICRC arşivlerinde bulunmuştur.

Afrika

Angola, Botswana, Cezayir, Etiyopya, Güney Afrika, Nijerya, Ruanda, Mısır, Zimbabwe.

Asya

Çin, Endonezya, Filipinler, Hindistan, Irak, İran, İsrail, Japonya, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Lübnan, Malezya, Pakistan, Suriye, Ürdün.

Avustralya / Asya

Avustralya

Avrupa

Almanya, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna-Hersek, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İtalya, Rusya Federasyonu, Yugoslavya.

Amerika kıtaları

Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Brezilya, El Salvador, Kanada, Kolombiya, Küba, Nikaragua, Peru, Şili, Uruguay.

Ek II. ICRC arşivlerinde araştırma

Hakkında ICRC arşivlerinde araştırma yapılacak çatışmalar, devlet uygulamaları hakkındaki raporlardan hiçbirine dâhil olmayan devlet ve toprakları içerecek şekilde seçilmiştir.

Afrika

Angola, Batı Sahra, Burundi, Cibuti, Çad, Çad-Libya, Eritre-Yemen, Etiyopya (1973-1994) Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Liberya, Mozambik, Namibya, Nijerya-Kamerun, Ruanda, Senegal, Senegal-Moritanya, Sierra Leone, Somali, Somali-Etiyopya, Sudan, Uganda.

Asya

Afganistan, Hindistan (Jammu ve Keşmir), Kamboçya, Papua Yeni Gine, Sri Lanka, Tacikistan, Yemen, Yemen-Eritre (aynı zamanda Afrika başlığı altında).

Avrupa

Ermenistan-Azerbaycan (Dağlık Karabağ), Eski Yugoslavya (Yugoslavya'da çatışma (1991-1992), Bosna-Hersek'teki çatışma (1992-1996), Hırvatistan'daki

çatışma (Krajinas) (1992-1995)), Gürcistan (Abhazya), Kıbrıs, Rusya Federasyonu (Çeçenistan), Türkiye.

Amerika kıtaları

Guatemala, Meksika.

Ek III. Uzmanlarla istişare

1. Yönlendirme Komitesi ile istişare (1998)

Birinci toplantı, 28 Nisan – 1 Mayıs 1998: Belirli savaş yöntemleri; Silahlar.

İkinci toplantı, 16-18 Ağustos 1998: Ayrım gözetme ilkesi; Özel olarak korunan kişiler ve varlıklar.

Üçüncü toplantı, 14-17 Ekim 1998: Sivillere ve savaş dışı kişilere yapılacak muamele; Uygulama.

Yönlendirme Komitesi, Profesörler Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Šahović ve Raúl Emilio Vinuesa'dan oluşmaktadır.

2. Akademik uzmanlar ve hükümet uzmanlarıyla istişare (1999)

Birinci toplantı, 4-8 Ocak 1999: Belirli savaş yöntemleri; Silahlar, Özel olarak korunan kişiler ve varlıklar.

İkinci toplantı, 1-5 Mayıs 1999: Ayrım gözetme ilkesi; Sivillere ve savaş dışı kişilere yapılacak muamele; Uygulama.

Aşağıdaki akademik uzmanlar ve hükümet uzmanları, şahısları adına istişarelerde yer almaları üzere, ICRC tarafından davet edilmiştir:

Abdallah Ad-Douri (Irak), Paul Berman (Birleşik Krallık), Sadi Çaycı (Türkiye), Michael Cowling (Güney Afrika), Edward Cummings (Amerika Birleşik Devletleri), Antonio de Icaza (Meksika), Yoram Dinstein (İsrail), Jean-Michel Favre (Fransa), William Fenrick (Kanada), Dieter Fleck (Almanya), Juan Carlos Gómez Ramírez (Kolombiya), Jamshed A. Hamid (Pakistan), Arturo Hernández-Basave (Meksika), İbrahim İdriss (Etiyopya), Hassan Kassem Jouni (Lübnan), Kenneth Keith (Yeni Zelanda), Githu Muigai (Kenya), Rein Müllerson (Estonya), Bara Niang (Senegal), Mohamed Olwan (Ürdün), Raul C. Pangalangan (Filipinler), Stelios Perrakis (Yunanistan), Paulo Sergio Pinheiro (Brezilya), Arpád Prandler (Macaristan), Pemmaraju Sreenivasa Rao (Hindistan), Camilo Reyes Rodríguez (Kolombiya), Itse E. Sagay (Nijerya), Harold Sandoval (Kolombiya), Somboon Sangianbut (Tayland), Marat A. Sarsembayev (Kazakistan), Muhammad Aziz Shukri (Suriye), Parlaungan Sihombing

(Endonezya), Geoffrey James Skillen (Avustralya), Guoshun Sun (Çin), Bakhtyar Tuzmukhamedov (Rusya) and Karol Wolfke (Polonya).

3. Akademik uzmanlar ve hükümet uzmanlarıyla yazılı istişareler (2002-2004)

Yukarıda belirtilen uzmanlar iki adet taslak üzerine yorum yapmaya davet edilmiştir ve uzmanların bir bölümün gönderdiği yazılı yorumlar dikkate alınmıştır.

KISALTMALAR

I.Cenevre Sözleşmesi	: Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi.
II.Cenevre Sözleşmesi	: Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi.
III.Cenevre Sözleşmesi	: Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi.
IV.Cenevre Sözleşmesi	: Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi.
AB	: Avrupa Birliği.
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı.
ATNUTO	: Birleşmiş Milletler'in Doğu Timor için Geçici İdari Yönetimi
BMTK	: BM Tazminat Komisyonu.
CCW	: Kimyasal Silahlar Sözleşmesi.
CDDH	: İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı.
CE/EC/AB	: Avrupa Topluluğu
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi.
CSCE/AGİK	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
CIJ/ICJ/UAD	: Uluslararası Adalet Divanı.
CIJ <i>recueil</i>	: Uluslararası Adalet Divanı'nın karar, danışma görüşü ve emirnamelerinin derlemesi.
CIS/BDT	: Bağımsız Devletler Topluluğu.

DKC	: Demokratik Kongo Cumhuriyeti.
ECOSOC/EKOSOK	: Ekonomik ve Sosyal Konsey.
Ek I.Protokol	: 2 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol.
Ek II.Protokol	: 2 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol.
ENMOD	: Çevreyi Modifiye Tekniklerinin Askeri Amaçlarla ya da Diğer Düşmanca Şekillerde Kullanılmasının Engellenmesi Sözleşmesi.
FMLN	: Farabundo Marti Ulusal Kurtuluş Cephesi (El Salvador)
FRY/YFC	: Federal Yugoslavya Cumhuriyeti.
ICRC/CICR/UKHK	: Uluslararası Kızılhaç Komitesi.
ICTR /TPIR/RUCM	: Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi.
ICTY/TPIY/EYUCM	: Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi.
IHL/UIH	: Uluslararası İnsancıl Hukuk.
LOAC/SÇH	: Silahlı Çatışma Hukuku.
OAS/ADÖ	: Amerika Devletleri Örgütü.
OAU/ABÖ	: Afrika Birliği Örgütü.
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı.
OIC/İKÖ	: İslam Konferansı Örgütü.
OSCE/AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı.
SFRY/YSFC	: Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti.
SPLM/A	: Sudan Halkın Kurtuluşu Hareketi.
STÖ	: Sivil Toplum Örgütleri
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği.
UAM/IMT	: Uluslararası Askeri Mahkeme.
UCM /CPI	: Uluslararası Ceza Mahkemesi.
UNESCO/BMEBKO	: Birleşmiş Milletler'in Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
UNMIK/BMKGYM	: Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetim Misyonu

- UNOMIL/MONUSIL** : Birleşmiş Milletler'in Liberya'daki Gözlemci Misyonu
- UNOMSIL** : Birleşmiş Milletler'in Sierra Leone'deki Gözlemci Misyonu
- UHK/CDI** : Uluslararası Hukuk Komisyonu.
- UN/BM** : Birleşmiş Milletler.
- WHO/DSÖ** : Dünya Sağlık Örgütü.

BÖLÜM I

AYIRT ETME İLKESİ

SİVİLLER İLE MUHARİPLERİN AYIRT EDİLMESİ

Kural 1. – Bir çatışmanın tarafları, siviller ile muharıpleri her zaman birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırıları yalnızca muharıplere yönelik olabilir. Sivillere karşı saldırı yapılamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kuralın üç unsuru birbirine bağımlıdır ve her birine ilişkin uygulama diğerlerinin geçerliliğini pekiştirir. Bu kuralda, «muharip» terimi alışılmış anlamında kullanılmıştır; sivil kişilere sağlanan saldırıdan korumadan yararlanmayan kişileri işaret etmektedir, fakat savaş esiri ya da muharip statüsü hakkını içermemektedir (bkz. alt bölüm XXXIII). Bu kural çatışma dışı kaldığı kabul edilen kişilere saldırı yasağıyla (bkz. Kural 47) ve çatışmalara doğrudan katılmaları dışında sivil kişilerin saldırılardan korunduğunu belirten kural ile birlikte okunmalıdır (bkz. Kural 6). Sivillere karşı misilleme sorunu XLI. alt bölümde ele alınmıştır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Siviller ile muharıplerin ayırt edilmesi ilkesi ilk olarak «Devletlerin savaş sırasındaki tek meşru amacının düşmanın askeri güçlerinin zayıflatılması» olduğunu belirten Saint-Petersburg Bildirgesinde dile getirilmiştir¹.

Lahey Tüzüğü açıkça siviller ile muharıplerin ayırt edilmesini zorunluluğunu dile getirmemektedir fakat «savunulmayan şehirlere, köylere, yerleşim yerlerine ya da binalara ne şekilde olursa olsun saldırılmasını ya da bunların bombalanmasını»

1 Saint-Petersburg Bildirgesi (1868), başlangıç (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 83 içinde nakledilmiştir).

yasaklayan 25. maddesi bu ilke üzerine kurulmuştur². Ayırt etme ilkesi şimdi Ek I.Protokolün hiçbir çekinceye konu olmayan 48. maddesiyle 51. ve 52. maddelerin 2. Fıkralarında yer almaktadır.³ Ek I.Protokole göre «saldırıları» terimi «düşmana karşı savunma ya da saldırı nitelikli şiddet eylemleri» anlamına gelmektedir⁴.

Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. ve 52. maddelerinin «hiçbir şekilde bir çekinceye konu olmaması gerektiğini, çünkü bunun I.Protokolün özünü reddederek Protokolün konusuyla uyumsuz olacağını» belirtmiştir⁵. Aynı diplomatik konferans sırasında Birleşik Krallık 51. Maddenin 2. Fıkrasının uluslararası teamül hukukunun mevcut bir kuralının «yararlı bir teyidini » içerdiğini beyan etmiştir⁶.

Sivilleri hedef alan saldırı yasağı aynı zamanda Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin 2. Protokolünde, değiştirilmiş 2. Protokolünde ve 3. Protokolünde, ayrıca Anti personel Mayın Yasağına İlişkin Sözleşmede yer almaktadır.⁷ Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca, «genel olarak sivil halka ya da muhasamata doğrudan katılmayan sivillere karşı bilinçli saldırıda bulunmak» uluslararası bir silahlı çatışmada vuku bulduğu takdirde savaş suçu oluşturmaktadır⁸

Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinki de dâhil önemli sayıda askeri el kitabı, siviller ile muhariplerin ayırt edilmesi ve sivilleri hedef alan saldırıların yapılmaması gerektiğini belirtmektedir⁹.

İsveç'in uluslararası insancıl hukuk el kitabı ayırt etme ilkesini Ek I.Protokolün 48. Maddesinde dile getirildiği şekilde, uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olarak tanımlamaktadır¹⁰. Ayrıca Ek I.Protokole taraf olmayan ya da henüz o tarihte taraf olmamış devletlerinki de dâhil, sivil halka karşı saldırıda bulunma eylemini suç olarak kabul eden önemli sayıda ulusal mevzuat örneği de mevcuttur¹¹.

2 Lahey Tüzüğü (1907), m. 25.

3 Ek I.Protokol (1977), m. 48 (konsensüsle benimsenmiştir) (II cilt, 1 alt bölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir), m.51, par. 2 (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 154) ve m. 52, par. 2 (79 lehte, 0 aleyhte ve 7 çekimser oyla kabul edilmiştir)(ibid., par. 85).

4 Ek I.Protokol (1977), m. 49.

5 Meksika, CDDH (Silahlı Çatışmalarda Uygulanan Uluslararası İnsancıl Hukukun Teyidine ve Gelişmesine İlişkin Diplomatik Konferans) sırasındaki beyan (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 146, 307, 536 ve 800 içinde nakledilmiştir).

6 Birleşik Krallık, CDDH sırasında beyan, (ibid., par. 319, 537 ve 803).

7 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin 2. Protokolü (1980), m. 3, par. 2 (ibid., par. 157); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle 2. Protokolü (1996), m. 3, par. 7 (ibid., par. 157); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle 3. Protokolü (1980),m. 2, par. 1 (ibid., par. 158); Ottawa Sözleşmesi (1997), başlangıç (ibid., par. 3).

8 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) i) (ibid., par. 160).

9 Bkz. Şu devletlerin sahra talimnameleri (ibid., par. 10-34 ve 173-216), özellikle, Birleşik Devletler(ibid., par. 33-34 ve 214-215), Fransa (ibid., par. 21 ve 188), Endonezya (ibid., par. 192), İsrail(ibid., par. 25 ve 193-194), Kenya (ibid., par. 197) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 212-213).

10 İsveç, UİH El kitabı (ibid., par. 29).

11 Bkz. Şu devletlerin mevzuatı:(ibid., par. 217-269), özellikle Azerbaycan (ibid., par. 221-222), Endonezya (ibid., par. 243) ve İtalya (ibid., par. 245).

Ramallah'da toplanan İsrail Askeri Mahkemesi 1969 yılında Kassem davasında sivillerin doğrudan saldırı hedefi yapılmaması ilkesinin uluslararası insancıl hukukun temel kurallarından biri olduğunu kabul etmiştir¹². Ayrıca Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkiler de dâhil olmak üzere, bu kuralı dile getiren resmi beyanlar da bulunmaktadır¹³. Bu kural aynı zamanda Ek I.Protokole taraf olan Devletlerce taraf olmayanlara karşı ileri sürülmüştür¹⁴.

Pek çok devlet *Nükleer Silahlar* davasında Uluslararası Adalet Divanına bildirdikleri görüşlerde ayırt etme ilkesini dile getirmiştir¹⁵. Divan *Nükleer Silahlar* davasına ilişkin danışma görüşünde ayırt etme ilkesinin uluslararası insancıl hukukun «temel ilkelerinden» ve «uluslararası teamül hukukunun ihlal edilemez ilkelerinden» biri olduğunu beyan etmiştir¹⁶.

ICRC Ekim 1973'de -Ek I.Protokolün kabulünden önce- Orta Doğu çatışmasının taraflarına muharipler ile sivilleri ayırt etmeye saygı göstermeye çağrısı yaptığında ilgili devletler olumlu yanıt vermişlerdir¹⁷.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün 13. Maddesinin 2. fıkrası sivil halkın ve sivil kişilerin saldırı hedefi olmasını yasaklamaktadır¹⁸. Sivil halka karşı saldırı yöneltme yasağı Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş Şekliyle 2. Protokolünde de yer almaktadır¹⁹. Bu yasak 2001'de oybirliği ile Sözleşmenin 1. maddesinde yapılan değişikliklerle uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanabilirlik kazanan Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin 2. Protokolünde de yer almaktadır²⁰. Anti personel Mayınların Yasaklanmasına İlişkin Ottawa Sözleşmesi, Sözleşmenin, diğer ilkelerin yanı sıra, «sivilleri muhariplerden ayırt etme ilkesi üzerine» kurulu olduğunu belirtmektedir²¹.

12 İsrail, Ramallah'ta toplanan Askeri Mahkeme, Askeri savcı Omar Mahmoud Kassem ve diğerlerine karşı davası (ibid., par. 271).

13 Örn. Bkz. şu devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 49), Almanya (ibid., par. 290-291 ve 293), Azerbaycan (ibid., par. 273), Çin (ibid., par. 279), Birleşik Devletler (ibid., par. 51-53 ve 322-329), Fransa (ibid., par. 41 ve 285), İran (ibid., par. 296-297), Irak (ibid., par. 298), Pakistan (ibid., par. 311-312) ve Birleşik Krallık (ibid., par.321)

14 Örn. Bkz. şu devletlerin beyanları: Türkiye hakkında Almanya (ibid., par. 292) ve Irak (ibid., par. 293), Irak ve İran hakkında İspanya (ibid., par. 315), ve İsrail hakkında Lübnan (ibid., par. 304) ve Pakistan (ibid., par. 312.)

15 Bkz. şu devletlerin beyanları: Mısır (ibid., par. 40 ve 283), Ekvator(ibid., par. 39), Birleşik Devletler (ibid., par. 329), Salomon Adaları (ibid., par. 48), Hindistan (ibid., par. 42), Japonya (ibid., par. 43), Yeni Zelanda (ibid., par. 45), Hollanda (ibid., par. 309), Birleşik Krallık (ibid., par. 50 ve 321) ve İsveç (ibid., par. 316).

16 UAD, Nükleer Silahlar Davası, danışma görüşü (ibid., par. 434).

17 Bkz. ICRC, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Orta Doğu'daki faaliyetleri(ibid., par. 445).

18 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 156).

19 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle 2. Protokolü (1996), m. 3, par.7 (ibid., par. 157).

20 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin 3. Protokolü (1980),m. 2, par. 1 (ibid., par. 158).

21 Ottawa Sözleşmesi (1997), başlangıç (ibid., par. 3).

Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsüne göre, genel olarak sivil halka ya da muhasamata doğrudan katılmayan sivillere karşı bilinçli saldırılarda bulunmak, böyle bir eylem uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada meydana geldiği takdirde, savaş suçu oluşturmaktadır²². Ayrıca bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan diğer sözleşmelerde de yer almaktadır²³.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen ve uygulanmış olan askeri el kitapları sadece ilkinin hedef alınması için muhariplerle siviller arasında bir ayırım yapmanın zorunlu olduğunu belirtmektedir²⁴. Ne tür olursa olsun bir silahlı çatışmada sivillere saldırmak önemli sayıda devletin mevzuatına göre suç oluşturmaktadır²⁵. Ayırt etme ilkesini dile getiren ve sivillere yönelik saldırıları kınayan uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bazı resmi beyanlar da bulunmaktadır²⁶. Yukarıda sözü edilen *Nükleer Silahlar* davasında devletlerce Uluslararası Adalet Divanına sunulan netice-i talepler tüm silahlı çatışmalara uygulanır şekilde genel ifadelerle kaleme alınmıştı.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir karşı resmi uygulama tespit edilmemiştir. Bu kural, özellikle silahlı çatışmalara doğrudan katılmayan sivilleri muharip olmayan kategorisine dâhil ederek muhariplerle

22 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) i) (ibid., par. 160).

23 Bkz. Örn. Hırvatistan ve RFSY arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 6, 97 ve 167); Bosna Hersek çatışmasına taraflar arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992) (1992), par. 2.5 (ibid., par. 7, 98 ve 168); San Remo El Kitabı (1994), par. 39 ve 41 (ibid., par. 8 ve 99); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.1 (ibid., par. 9, 100 ve 171); İslam'da İnsan Hakları üzerine Kahire Bildirgesi (1990), m. 3 a) (ibid., par. 165); İnsancıl İlkelere Saygıya İlişkin Lahey Açıklaması (ibid., par. 166); Doğu Timor'daki BM Geçici Yönetimi (ATNUTO), Tüzük No. 2000/15 (2000), par. 6.1, bent (e) i) (ibid., 172).

24 Bkz., örn. Şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 189), Arjantin (ibid., par. 173), Benin (ibid., par. 177), Kamerun (ibid., par. 178), Kanada (ibid., par. 179), Kolombiya (ibid., par. 181-182), Yeni Zelanda (ibid., par. 203), Hollanda (ibid., par. 201), Filipinler (ibid., par. 205), Togo (ibid., par. 211) ve Yugoslavya (ibid., par. 216).

25 Bkz., örn. Şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 241), Ermenistan (ibid., par. 218), Avustralya (ibid., par. 220), Azerbaycan (ibid., par. 221-222), Beyaz Rusya (ibid., par. 223), Belçika (ibid., par. 224), Bosna Hersek (ibid., par. 225), Kanada (ibid., par. 228), Kolombiya (ibid., par. 230), Kongo (ibid., par. 232), Hırvatistan (ibid., par. 234), İspanya (ibid., par. 259), Estonya (ibid., par. 239), Gürcistan (ibid., par. 240), İrlanda (ibid., par. 244), Litvanya (ibid., par. 248), Nijer (ibid., par. 254), Norveç (ibid., par. 255), Yeni Zelanda (ibid., par. 252), Hollanda (ibid., par. 250), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 231), Birleşik Krallık (ibid., par. 265), Slovenya (ibid., par. 257), İsveç (ibid., par. 260), Tacikistan (ibid., par. 261), Vietnam (ibid., par. 266), Yemen (ibid., par. 267) ve Yugoslavya (ibid., par. 268); ayrıca Bkz. uluslararası olmayan silahlı çatışma dönemlerinde de uygulanan şu devletlerin mevzuatları: Macaristan (ibid., par. 242), İtalya (ibid., par. 245), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 237 ve Slovakya (ibid., par. 256), ayrıca Arjantin (ibid., par. 217), Burundi (ibid., par. 226), El Salvador (ibid., par. 238), Ürdün (ibid., par. 246), Nikaragua (ibid., par. 253) ve Trinidad ve Tobago'nun mevzuat taslakları (ibid., par. 262).

26 Bkz., örn. şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 294-295), Belçika (ibid., par. 274), Fransa (ibid., par. 286 ve 288-289), Malezya (ibid., par. 306), Uganda (ibid., par. 317), Hollanda (ibid., par. 308), Filipinler (ibid., par. 47) ve Slovenya (ibid., par. 314).

muharip olmayanları ayırt etme ilkesi olarak bazen farklı biçimde ifade edilmiştir²⁷.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada bu kuralın ihlal edildiğine ilişkin iddialar çoğu kez Devletlerin kınamalarına yol açmıştır²⁸. Aynı şekilde BM Güvenlik Konseyi Afganistan, Angola, Azerbaycan, Burundi, eski Yugoslavya, Gürcistan, Lübnan, Liberya, Ruanda, Sierra Leone, Somali, Tacikistan ve İsrail tarafından işgal edilen topraklardakiler de dâhil olmak üzere, pek çok uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmada sivillere yönelik saldırıları kınamış ya da bu saldırıların durdurulması çağrısında bulunmuştur²⁹.

Daha 1938'de, Milletler Cemiyeti Kurulu «sivil halkların kasıtlı bombalanmasının yasadışı» olduğunu açıklamıştı³⁰. 1965'de XX. Uluslararası Kızılhaç Konferansı silahlı çatışmalar sırasında savaşıma sorumluluğuna sahip her hükümetin ve diğer her türlü otoritenin sivil halka saldırma yasağına saygı göstermek zorunda olduğunu

27 Bkz., örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Hırvatistan (ibid., par. 718), Ekvator (ibid., par. 20 ve 721), Birleşik Devletler (ibid., par. 34 ve 737), Macaristan (ibid., par. 724), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 185, 583 ve 720) ve İsveç (ibid., par. 733); İsrail, Ramallah'ta toplanan Askeri Mahkeme, Askeri savcı Omar Mahmoud Kassem ve diğerlerine karşı davası (ibid., par. 271); şu devletlerin beyanları: Belçika (ibid., par. 274), Kolombiya (ibid., par. 840), Mısır (ibid., par. 40), Birleşik Devletler (ibid., par. 53, 328), Salomon Adaları (ibid., par. 48), Hindistan (ibid., par. 42), İran (ibid., par. 296), Japonya (ibid., par. 43) ve Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 302); BM Güvenlik Konseyi, karar 771 (ibid., par. 337) ve karar 794 (ibid., par. 338); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1992/S-1/1 (ibid., par. 388); BM Genel Sekreteri, mültecilere ve bir çatışmadan etkilenen diğer kişilere yönelik insancıl yardım hareketlerinin korunmasına ilişkin rapor (ibid., par. 57); Güvenlik Konseyinin 837 (1993) sayılı kararının 5. Paragrafı uyarınca sunulan, 5 Haziran 1993'te Birleşmiş Milletler Güçlerine karşı Somali'de yönetilen saldırılarla ilgili olarak Genel Sekreter adına yürütülen araştırma raporu (ibid., par. 58); UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 61). Belçika (ibid., par. 12) («sivil halkla muhasamata katılanları» ayırd etme) ve İsveç'in (ibid., par. 29) («muhasamata katılan ve bu nedenle meşru hedef olan kişilerle sivil halkın mensuplarını» ayırd etme sahra talimnamelerinde; Yeni Zelanda'nın beyanında (ibid., par. 45) («muharipler ve silahlı çatışmaya doğrudan katılmayan kişiler»i ayırd etme); BM Genel Kurulunun 2444 (XXIII) sayılı kararında (ibid., par. 55) («muhasamatta yer alan kişilerle sivil halk mensuplarını» ayırd etme) ve 2675 (XXV) sayılı kararında (ibid., par. 56) («muhasamatta aktif olarak yer alan kişilerle sivil halkları» ayırd etme) örneklerinde olduğu gibi başka formülasyonlar da bulunmaktadır.

28 Bkz., örn. şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 290 ve 292-295), Avustralya (ibid., par. 272), Bosna Hersek (ibid., par. 276), Çin (ibid., par. 279), Hırvatistan (ibid., par. 281), İspanya (ibid., par. 315), Fransa (ibid., par. 284, 286 ve 288-289), İran (ibid., par. 297), Kazakistan (ibid., par. 301), Lübnan (ibid., par. 305), Uganda (ibid., par. 317), Pakistan (ibid., par. 311-312), Hollanda (ibid., par. 308), Slovenya (ibid., par. 314) ve Yugoslavya (ibid., par. 331).

29 Bkz., örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 564 (ibid., par. 336), karar 771 (ibid., par. 337), karar 794 (ibid., par. 338), karar 819 (ibid., par. 339), karar 853 (ibid., par. 340), karar 904 (ibid., par. 341), karar 912 (ibid., par. 342), karar 913 (ibid., par. 343), karar 918, 925, 929 ve 935 (ibid., par. 344), karar 950 (ibid., par. 345), karar 978 (ibid., par. 346), karar 993 (ibid., par. 347), karar 998 (ibid., par. 348), karar 1001 (ibid., par. 349), karar 1019 (ibid., par. 350), karar 1041 (ibid., par. 351), karar 1049 ve 1072 (ibid., par. 352), karar 1052 (ibid., par. 353), karar 1073 (ibid., par. 354), karar 1076 (ibid., par. 355), karar 1089 (ibid., par. 356), karar 1161 (ibid., par. 357), karar 1173 ve 1180 (ibid., par. 358) ve karar 1181 (ibid., par. 359).

30 Milletler Cemiyeti, Kurul, 30 Eylül 1938'de alınan karar (ibid., par. 378).

açıklamıştır³¹. Bunun ardından, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1968’de kabul edilen silahlı çatışmalarda insan haklarına saygıya ilişkin bir karar ayırt etme ilkesinin tüm silahlı çatışmalarda uygulanabilir olduğunu belirtmiştir³². 1999’da XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansınca kabul edilen 2000-2003 Eylem Planı bir silahlı çatışmanın tüm taraflarından «sivil halka ya da muhasamata doğrudan katılmayan sivillere yönelik saldırıya ilişkin mutlak yasağa» saygı göstermelerini istemiştir³³. BM Güvenlik Konseyi 2000’de kabul ettiği silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasına ilişkin kararında tüm silahlı çatışma durumlarında bilinçli olarak sivilleri hedef alan uygulamaya yönelik kınamasını tekrarlamıştır³⁴.

Uluslararası Adalet Divanının Nükleer Silahlar davasına, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin özellikle Tadic, Martić ve Kupreškic davalarına ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonunun Arjantin La Tablada’da meydana gelen olaylara ilişkin içtihatları siviller ile muhاریpleri ayırt etme zorunluluğunun uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir teamül kuralı olduğuna ilişkin ek kanıt oluşturmaktadır³⁵.

ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan çatışmalara taraf olanlara muhاریpler ve siviller arasındaki ayırt etme ilkesine saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur³⁶.

Kural 2. – Asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylem ya da tehditleri yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

31 XX. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XXVIII (ibid., par. 60 ve 429).

32 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2444 (XXIII) (oybirliğiyle kabul edilmiştir, 111 lehte oy) (ibid., par. 55 ve 379).

33 XXVII. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, 2000-2003 yılları için Eylem Planı (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 433).

34 BM Güvenlik Konseyi, karar 1296 (2000) (ibid., par. 361).

35 UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 61 ve 434); ICTY, *Savcı Duško Tadic alias «Dule»’ye karşı davası*, savunmanın yetkisizlik iddiasına ilişkin istinaf mahkemesi kararı (ibid., par. 435), Savcı Milan Martić’e karşı iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 437 ve 552) ve Savcı Zoran Kupreškic ve diğerlerine karşı, karar (ibid., par. 441 ve 883); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, dava 11.137 (Arjantin) (ibid., par. 64, 443 ve 810).

36 Bkz., örn., ICRC’nin uygulaması (ibid., par. 67-75).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ek I.Protokolün 51. Maddesinin 2. fıkrası «asıl amacı sivil nüfus içinde terör yaratmak olan şiddet eylemleri ya da tehditleri»ni yasaklamaktadır³⁷. Bu kural hiç bir çekinceye konu olmamıştır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan Diplomatik Konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. Maddesinin «I. Protokolün özünü reddederek bu Protokolle uyumsuz olacağı için hiçbir çekinceye konu olmaması gerekecek» kadar temel olduğunu belirtmiştir³⁸. Aynı Diplomatik Konferans sırasında, Birleşik Krallık 51. Maddenin 2. Fıkrasının uluslararası teamül hukukunun mevcut bir kuralının «yararlı bir teyidi»ni içerdiğini dile getirmiştir³⁹.

Asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylemlerine ya da tehditlerine ilişkin yasak önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır⁴⁰. Bu kuralın ihlali pek çok devletin mevzuatında bir suç oluşturmaktadır.⁴¹ Yasak resmi beyanlarla da teyit edilmiştir⁴². Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkileri de kapsamaktadır⁴³. Bu kural Ek I.Protokole taraf Devletlerce taraf olmayanlara karşı da ileri sürülmüştür⁴⁴.

ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına «sivil halk arasında terör yaratma amaçlı yöntemlere» ilişkin yaşağa saygı göstermeleri çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir⁴⁵.

Asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylemlerine ya da tehditlerine ilişkin yaşağın IV. Cenevre Sözleşmesinin 33. Maddesindeki, daha geniş kapsamlı olarak, «tüm yıldırma ya da korkutma yöntemlerine» ilişkin yasakla perçinlen-

37 Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 2 (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 477).

38 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par.146,307,536 ve 800)

39 Birleşik Krallık, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 319, 537 ve 803).

40 Bkz., örn. Şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 500), Arjantin (ibid.,par. 489), Avustralya (ibid., par. 490), Belçika (ibid., par. 491-492), Benin (ibid., par. 493), Kamerun (ibid., par. 494), Kanada (ibid., par. 495), Kolombiya (ibid., par. 496), Hırvatistan (ibid., par. 497), Ekvator (ibid., par. 498), İspanya (ibid., par. 507), Birleşik Devletler (ibid., par. 511-512), Fransa (ibid., par. 499), Macaristan (ibid., par. 501), Kenya (ibid., par. 502), Nijerya (ibid., par. 505), Yeni Zelanda (ibid., par. 504), Hollanda (ibid., par. 503), Rusya (ibid., par. 506), İsveç (ibid., par. 508), İsviçre (ibid., par. 509), Togo (ibid., par. 510) ve Yugoslavya (ibid., par. 513).

41 Bkz.,örn., şu devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 514), Avustralya (ibid., par. 515), Bangladeş (ibid., par. 516), Bosna Hersek (ibid., par. 517), Çin (ibid., par. 518), Kolombiya (ibid., par. 519), Fildişi Sahilleri (ibid., par. 520), Hırvatistan (ibid., par. 521), İspanya (ibid., par. 530), Etiyopya (ibid., par. 523), İrlanda (ibid.,par. 524), Litvanya (ibid., par. 525), Norveç (ibid., par. 527), Hollanda (ibid., par. 526), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 522), Slovakya (ibid., par. 528), Slovenya (ibid., par. 529) ve Yugoslavya (ibid., par. 531).

42 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 538- 540), İsrail (ibid., par. 534) ve Lübnan (ibid., par. 535).

43 Bkz., örn., şu devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 511-512 ve 538-540), Fransa (ibid., par. 499), İsrail (ibid., par. 534) ve Kenya (ibid., par. 502).

44 Örn. olarak Bkz. Lübnan'ın İsrail konusundaki beyanı (ibid., par. 535).

45 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Eylemi (ibid., par. 556).

diği söylenebilir⁴⁶. Bu maddenin kabulünden önce, Birinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan sorumluluklar Komisyonunun raporu «sistemik terör yaymayı» savaş hukukunun ve adetlerinin ihlallerine dâhil etmişti⁴⁷.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün 13. Maddesinin 2. fıkrası asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylemlerini ya da tehditlerini yasaklamaktadır⁴⁸. Bu yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan diğer sözleşmelerde yer almaktadır⁴⁹.

Amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylem ya da tehditlerine ilişkin yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır⁵⁰. Bu kuralın türü ne olursa olsun silahlı çatışmalarda ihlali pek çok devletin mevzuatında suç sayılmaktadır⁵¹. Bu kuralı dile getiren uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanlar da bulunmaktadır⁵².

Asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylemlerine ya da tehditlerine ilişkin yasağın Ek II.Protokolün 4. Maddesinin 2. Fıkrasının d) bendindeki, daha geniş kapsamlı olarak, «terörizm eylemlerine» ilişkin yasakla perçinlendiği söylenebilir⁵³. «Terörizm eylemleri» Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesinin ve Uluslararası Sierra Leone Özel Mahkemesinin statülerinde savaş suçları olarak tanımlanmıştır⁵⁴. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Sierra Leone için özel bir

46 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m.33 (ibid., par. 476). Bu düzenlemenin burada incelenen kuralla ilgisi şu eserde açıklanmıştır: Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4538.

47 Sorumluluklar Komisyonunun raporu (1919) (II. cilt., 1. Alt bölüm, par. 481 içinde nakledilmiştir).

48 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 479).

49 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 485); Bosna-Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 486).

50 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 500), Arjantin (ibid., par. 489), Avustralya (ibid., par. 490), Benin (ibid., par. 493), Kamerun (ibid., par. 494), Kanada (ibid., par. 495), Kolombiya (ibid., par. 496), Hırvatistan (ibid., par. 497), Ekvator (ibid., par. 498), İspanya (ibid., par. 507), Macaristan (ibid., par. 501), Kenya (ibid., par. 502), Yeni Zelanda (ibid., par. 504), Hollanda (ibid., par. 503), Rusya (ibid., par. 506), Togo (ibid., par. 510) ve Yugoslavya (ibid., par. 513).

51 Bkz., örn., şu devletlerin mevzuatları: Bosna Hersek (ibid., par. 517), Kolombiya (ibid., par. 519), Hırvatistan (ibid., par. 521), İspanya (ibid., par. 530), Etiyopya (ibid., par. 523), İrlanda (ibid., par. 524), Litvanya (ibid., par. 525), Norveç (ibid., par. 527), Slovenya (ibid., par. 529), ve Yugoslavya (ibid., par. 531); ayrıca Bkz. Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 522) ve Slovakya'nın uluslararası olmayan silahlı çatışmayı da içeren mevzuatı (ibid., par. 528), ayrıca Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 514).

52 Örn. olarak Bkz. Botswana (ibid., par. 533) ve Birleşik Devletlerin beyanları (ibid., par. 540).

53 Ek II.Protokol (1977), m. 4, par. 2 bent d) (konsensüsle benimsenmiştir). Bu düzenlemenin burada düzenlenen kuralla ilgisi şu eserde açıklanmıştır: Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Cenevre, 1986, par. 4538.

54 ICTR Statüsü (1994), m. 4, bent 1 d) (II.cilt, 1. alt bölüm, par. 487 içinde nakledilmiştir); Sierra Leone Özel Mahkemesinin Statüsü (2002), m. 3, bent 1 d) (ibid., par. 480).

uluslararası mahkeme kurulmasına ilişkin raporunda, Ek II.Protokolün 4. Maddesinin ihlallerinin uzun süredir uluslararası teamül hukukunun ihlalleri olarak değerlendirildiğine dikkat çekmiştir⁵⁵.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiçbir karşı resmi uygulamaya rastlanmamıştır⁵⁶. Bu kuralın ihlalleri genellikle devletler tarafından da kınanmıştır. Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda sivil halkı terörize eden eylemleri kınayan pek çok karar almıştır⁵⁷. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki *Dukic*, *Karadžic* ve *Mladic* ve *Galic* davalarında iddianamelerdeki suçlamalar arasında savaş hukukunun ve adetlerinin ihlali olarak sivil halka karşı terör eylemleri de yer almaktadır (ilk ikisi için yasadışı saldırı suçlamaları kapsamında)⁵⁸. İlk Derece Mahkemesi *Galic* davasına ilişkin 2003'deki kararında sanığın «Mahkemenin Statüsünün 3. Maddesince cezalandırılan Ek I.Protokolün 51. Maddesinde yasak olduğu belirtilen asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylemlerinden (...), [savaş hukukunun ve adetlerinin ihlalleri]» suçlu bulunduğu hükmetmiştir⁵⁹.

ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan çatışmalara taraf olanlara muharıpler ve siviller arasındaki ayırımı saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur.⁶⁰

Örnekler

Uygulamada bahsedilen bu kuralca tanımlanan yasağın kapsamına giren şiddet eylemleri örnekleri amacı sivil halk arasında terör yaratmak olan vurma operasyonları, saldırıya destek operasyonlarını⁶¹, kör ve sistematik bombardımanları⁶² ve şehirlerin düzenli bombardımanlarını⁶³ ayrıca şiddet durumlarını, tecavüzleri, kadınlara ve çocuklara yapılan işkenceleri ve kötü muameleleri⁶⁴ ve katliamları

55 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için özel bir uluslararası mahkeme kurulmasına ilişkin rapor (ibid., par. 545).

56 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 540), İsrail (ibid., par. 534) ve Lübnan (ibid., par. 535).

57 Bkz., örn. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 49/196 (ibid., par. 541) ve karar 53/164 (ibid., par. 542); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1992/S-2/1,1993/7, 1994/72 ve 1995/89 (ibid., par. 543).

58 ICTY, Savcı Đorđe Đukic'e karşı davası, ilk iddianame (ibid., par. 551), Savcı Radovan Karadžic ve Ratko Mladic'e karşı, ilk iddianame (ibid., par. 553), ve Savcı Stanislav Galic'e karşı, ilk iddianame (ibid., par. 554).

59 ICTY, dava n° IT-98-29-T, Savcı Stanislav Galic'e karşı, karar ve görüş, 5 Aralık 2003, par. 769.

60 Bkz., örn.,ICRC'nin uygulaması (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 556-558 ve 561 içinde nakledilmiştir).

61 Avustralya, Defence Force El kitabı (ibid., par. 490).

62 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 53/164 (ibid., par. 542).

63 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Eski Yugoslavya topraklarında insan hakları durumu araştırma görevli özel raportör, rapor (ibid., par. 546).

64 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri, silahlı çatışma döneminde sistematik tecavüz, seks köleliği ve köleliğe benzer uygulamalara ilişkin rapor (ibid., par. 547).

içermektedir⁶⁵. Sivil halka yönelik terör eylemlerinden bahseden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin önündeki yukarıda sayılan davalardaki iddianameler sivil hedeflere bilinçli ve rastgele ateş açmaya⁶⁶, sivil gruplanmalara karşı yasadışı ateş açmaya⁶⁷ ve sivil bölgelere yönelik uzun süreli bir bombalama ve ateş açma kampanyasına ilişkindi.⁶⁸ Bu örnekler sivil halkı terörize etmeye yönelik yaşağı ihlal eden çok sayıda eylemin aynı zamanda özel yasaklamalara da konu olduğunu göstermektedir.

Kural 3. – Sıhhi ve dini personel dışında, çatışmaya taraf olanların silahlı kuvvetlerini oluşturan herkes muhariptir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural uluslararası silahlı çatışmalarda uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır. Ayırt etme ilkesi gereğince (bkz. Kural 1), Devletin silahlı kuvvetlerinin mensupları hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda muharip olarak değerlendirilebilirler. Bununla birlikte, muharip statüsü sadece uluslararası silahlı çatışmalarda mevcuttur (bkz. XXXIII. alt bölümdeki ilk not).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kuralın temeli «savaşan tarafların silahlı kuvvetlerinin muhariplerden ve muharip olmayanlardan oluşabileceğini» öngören Lahey Tüzüğünde bulunmaktadır⁶⁹. Bu kural şimdi Ek I.Protokolün 43. Maddesinin 2. Fıkrasında yer almaktadır⁷⁰.

Muharibe ilişkin bu tanım önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır⁷¹. Bu tanım resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla desteklen-

65 AGİT, Kosovo/Kosova, as seen as told, An analysis of the human rights findings of the AGİT Kosovo Verification Mission (ibid., par. 549).

66 ICTY, Savcı Đorđe Đukic'e karşı, ilk iddianame (ibid., par. 551).

67 ICTY, Savcı Radovan Karadžic ve Ratko Mladic'e karşı, ilk iddianame, (ibid., par. 553).

68 ICTY, Savcı Stanislav Galic'e karşı, ilk iddianame (ibid., par. 554).

69 Lahey Tüzüğü (1907), m. 3 (ibid., par. 571).

70 Ek I.Protokol (1977), m. 43, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 572).

71 Bkz., örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 599), Almanya (ibid., par. 587), Arjantin (ibid., par. 574), Avustralya (ibid., par. 575), Belçika (ibid., par. 576), Benin (ibid., par. 577), Kamerun (ibid., par. 578), Kanada (ibid., par. 579), Kolombiya (ibid., par. 580), Hırva-

miştir⁷². Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de kapsamaktadır⁷³.

Aksi resmi uygulamaya rastlanmamıştır.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesi ve Ek II.Protokol «*silahlı kuvvetler*»den bahsetmektedir ve Ek II.Protokol «*muhalif silahlı kuvvetler ya da örgütlü silahlı gruplar*» kavramlarını kullanmaktadır. Bu kavramlar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uygulamada daha kesin biçimde tanımlanmamıştır. Ayırt etme ilkesinin (bkz. Kural 1) amacı doğrultusunda Devletin silahlı kuvvetleri muharip olarak değerlendirilebilse de, uygulamada karşıt silahlı grupların mensuplarının durumu açık değildir. Bununla birlikte uygulama, muhasamata doğrudan katılan kişilerin sivillere tanınan saldırılara karşı korunmayı kaybedeceklerini işaret etmektedir (bkz. Kural 6).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda muhasamata doğrudan katılan kişiler bazen «*muharip*» olarak adlandırılırlar. Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 1970'de kabul edilen silahlı çatışmalarda insan haklarına saygıya ilişkin bir kararda, «her türlü silahlı çatışmada muharip» ifadesini kullanmaktadır⁷⁴. Daha yenilerde, «*muharip*» terimi Kahire Bildirgesinde ve Kahire Eylem Planında her iki tip çatışma için kullanılmıştır⁷⁵. Bununla birlikte bu terim, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan muharip ya da savaş esiri statüsünü içermeden bu kişilerin sivillere tanınan saldırılardan korunmadan yararlanmadıklarını göstermek için sadece alışılmış anlamında kullanılmaktadır(bkz. XXXIII. alt bölüm). Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda muhasamata doğrudan katılmanın hukukiliği ulusal mevzuatça belirlenmektedir. İngilizcede bu kişilere fighters denilebilir, fakat bu terim bazı dillerde «*muharip*» olarak çevrilebilir, bu nedenle tamamen tatmin edici değildir.

Sözleşmelerin hükümleri uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu «savaşçılara» (fighters) uygulanabilecek değişik terimler kullanılmaktadır, ör.: Muhasamata doğrudan katılan kişiler (*persons taking active part in the hostilities*)⁷⁶;

tistan (ibid., par. 581-582), Ekvator (ibid., par. 584),İspanya (ibid., par. 600), Birleşik Devletler (ibid., par. 604-606), Fransa (ibid., par. 585-586), Macaristan (ibid., par. 588), Endonezya (ibid., par. 589), İsrail (ibid., par. 590), İtalya (ibid., par. 591-592), Kenya (ibid., par. 593), Madagaskar (ibid., par. 595), Yeni Zelanda (ibid., par. 597), Hollanda (ibid., par. 596), Kore Cumhuriyeti(ibid., par. 594), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 583), Rusya (ibid., par. 598), İsveç (ibid., par. 601), Togo (ibid., par. 602) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 603).

72 Bkz. örn. şu devletlerin uygulamaları: Arjantin (ibid., 611), Hindistan (ibid., par. 612), Irak (ibid., par. 613), Japonya (ibid., par. 614), Ürdün(ibid., par. 615) ve Suriye (ibid., par. 619).

73 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 604-606), Fransa (ibid.,par. 585), Endonezya (ibid., par. 589), İsrail (ibid., par. 590), Kenya (ibid., par. 593) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 603).

74 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2676 (XXV), 9 Aralık 1970, başlangıç ve par. 5.

75 Kahire Bildirgesi, par. 68 ve 69, ve Kahire Eylem Planı, par. 82, her ikisi de Afrika Birliği ve Avrupa Birliği 3 ve 4 Nisan 2000'de Afrika-Avrupa Zirvesi sırasında kabul edilmiştir.

76 Cenevre Sözleşmeleri (1949),ortak m. 3.

muhafif silahlı kuvvetlerin ya da örgütlü silahlı grupların mensupları⁷⁷, muhasamata doğrudan katılan kişiler (*persons who take a direct part in hostilities*)⁷⁸, muhasamata doğrudan katılan sivil kişiler⁷⁹; muhasamata doğrudan katılan siviller⁸⁰ ve karşı savaşan⁸¹. Karşıt silahlı grupların mensuplarının nitelendirilmesine ilişkin belirsizlik daha ileride 5. ve 6. Kuralların yorumlarında ele alınacaktır.

Yorum

Bu kurala göre, silahlı kuvvetlerin parçası olmaları halinde dahi sıhhi personel ve dini personel muharip olmayan olarak değerlendirilmektedir. I. Cenevre Sözleşmesine göre, geçici sıhhi personel sadece sağlık görevi sırasında muharip olmayan gibi saygı görmeli ve korunmalıdır (bkz. 25. kuralın yorumu)⁸². Sivillere olduğu gibi (bkz. Kural 6), muharip olmayanlara gösterilecek saygı da bunların muhasamata doğrudan katılmaktan kaçınmaları şartına bağlıdır. Almanya'nın ve Birleşik Devletlerin askeri el kitapları, sıhhi personel ve dini personel dışında, silahlı kuvvetlerin başka muharip olmayan mensuplarının bulunabileceğine işaret etmektedir. Almanya'nın askeri el kitabı «*muhariplerin doğrudan muhasamata katılabilecek kişiler, yani bir silahın ya da bir silahlanma sisteminin kullanımına katılma gibi zorunlu bir fonksiyonu yerine getirenler*» olduğunu belirtmekte ve bunu «*yargıçlar, memurlar ve el işçileri gibi silahlı kuvvetlerin mensubu olan fakat savaşma görevi olmayan kişiler muharip olmayanlardır*»⁸³ diyerek kesinleştirmektedir. Birleşik Devletlerin Deniz Kuvvetleri el kitabı «*sivil korunmanın sivil personeli ve kendilerine sivil koruma rolü verilmiş silahlı kuvvetler mensuplarının*» sıhhi ve dini personel gibi ilaveten muharip olmadığını belirtmektedir⁸⁴.

Bununla birlikte silahlı kuvvetlerin muharip olmayan mensuplarıyla tanım olarak mensup olmayan, silahlı kuvvetlere eşlik eden sivilleri karıştırmamak gerekir.⁸⁵

Bazı ülkelerde belli bir yaş dilimindeki nüfusun tümü silahlı çatışmalarda silahlı kuvvetlere alınabilirken sadece etkin olarak kaydolmuş, yani silahlı kuvvetlere etkin olarak katılmış kişiler muharip olarak değerlendirilebilirler. Mobilize edilebilmek ilgili kişiyi saldırı konusu olabilecek muharip yapmaz⁸⁶.

77 Ek II.Protokol (1977), m. 1, par. 1 (58 lehte, 5 aleyhte ve 29 çekimser oyla kabul edilmiştir) (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 633 içinde nakledilmiştir).

78 Ek II.Protokol (1977), m. 4, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir).

79 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 756).

80 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) i).

81 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) ix).

82 I. Cenevre Sözleşmesi(1949), m. 25 (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 7 içinde nakledilmiştir).

83 Almanya, sahra talimnamesi (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 587 içinde nakledilmiştir).

84 Birleşik Devletler, Naval Handbook (ibid., par. 605).

85 Bkz. III. Cenevre Sözleşmesi(1949), m. 4/A, par. 4.

86 Bu sonuç mevcut çalışma kapsamında Mayıs 1999'da üniversite mensupları ve hükümet uzmanlarıyla yapılan ikinci görüşmedeki fikir alışverişine, ve uzmanların bu konudaki konsensüsüne dayanmaktadır. Uzmanlar ayrıca yedeklerin ne zaman etkin olarak silahlı kuvvetler mensubu olduklarını belirlemek için bir Devletin mevzuatını incelemenin gerekli olabileceğini dile getirmişlerdir.

Kural 4. – Çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetleri, astlarının hareketlerinden bu tarafa karşı bir komuta zinciri ile sorumlu olan örgütlü ve silahlı güçler, gruplar ve birimlerden oluşur.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır. Ayırt etme ilkesinin amacı açısından, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda Devletin silahlı kuvvetlerine de uygulanabilir.⁸⁷

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kural Ek I.Protokolün 43. maddesinde düzenlenmiştir.⁸⁸

Pek çok askeri el kitabı çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetlerinin, bu taraf önünde astlarının davranışından sorumlu bir komutanın emri altına konmuş tüm örgütlü silahlı gruplardan oluştuğunu dile getirmektedir⁸⁹. Bu tanım resmi beyanlar ve ilgili uygulama ile desteklenmiştir⁹⁰. Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerininkini de kapsamaktadır⁹¹.

Asıl olarak, silahlı kuvvetlerin bu tanımı çatışmanın taraflarından biri adına savaşan ve onun komutası altına giren bütün kişileri kapsamaktadır. Bunun sonucunda muharipten, çatışmanın taraflarından biri adına düşmanca eylemlerde bulunan sorumlu komuta altındaki her bir kişi anlaşılır. Silahlı kuvvetlere ait şartlar gruplara da uygulanır. Silahlı kuvvetlerin mensupları saldırı konusu olabilir.

Silahlı kuvvetlerin bu tanımı Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesinde yer alan hangi muharibin savaş esiri statüsüne hakkı olduğunu belirlemeyi amaçlayan

87 Bkz. CDDH, Tutanaklar, Cilt X, CDDH/I/238/Rev.1, p. 98; Ayrıca Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC,Genève, 1986, par. 4462.

88 Ek I.Protokol (1977), m. 43, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 1. Alt bölüm, par. 631 içinde nakledilmiştir).

89 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 647), Arjantin (ibid., par. 637), Avustralya (ibid., par. 638), Kanada (ibid., par. 642), Hırvatistan (ibid., par. 644), İspanya (ibid., par. 659), Macaristan (ibid., par. 648), İtalya (ibid., par. 651), Kenya (ibid., par. 652), Nijerya (ibid., par. 656), Yeni Zelanda (ibid., par. 655), Hollanda (ibid., par. 654), Birleşik Krallık (ibid., par. 662), Rusya (ibid., par. 657) ve İsveç (ibid., par. 660).

90 Bkz., örn., şu devletlerin uygulaması: Almanya (ibid., par. 672), Belçika (ibid., par. 670), Fransa (ibid., par. 671), İran (ibid., par. 673), Hollanda (ibid., par. 676) ve Suriye (ibid., par. 677).

91 Bkz., örn., şu devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 665), Fransa (ibid., par. 671), Kenya (ibid., par. 652) ve Birleşik Krallık.

daha eski tanımlara dayanmaktadır. Lahey Tüzüğü'nün I. maddesi savaş kurallarının, hak ve ödevlerinin sadece orduya değil aynı zamanda şu dört şartı yerine getiren milis ve gönüllü birliklerine de uygulandığını belirtmektedir:

1. başlarında astlarından sorumlu bir kişinin bulunması;
2. sabit ve uzaktan tanınabilir ayırt edici bir işaretlerinin bulunması;
3. silahları açıkça taşımaları ve
4. operasyonlarında savaş kuralları ve adetlerine uygun davranmaları.

Tüzük ayrıca milislerin ya da gönüllü birliklerin (bazen «*düzensiz*» silahlı kuvvetler olarak adlandırılan) orduyu ya da bir kısmını oluşturdukları ülkelerde, bunların «*ordu*» tanımına dâhil olduğunu belirtmektedir⁹². Bu tanım örgütlü direniş hareketlerinin eklenmesiyle III. Cenevre Sözleşmesinin 4. Maddesinde de kullanılmıştır⁹³. Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesi silahlı kuvvetlerin tüm mensuplarının muharip olduğunu kabul eder ve örgütlü direniş hareketleri de dâhil olmak üzere, milislerin ve diğer gönüllü birliklerin savaş esiri statüsüne hakkı olan muharipler olarak değerlendirilebilmek için dört şartı yerine getirmelerini ister. Bu tanımların altında yatan mantık düzenli silahlı kuvvetlerin zorunlu olarak bu dört şartı yerine getirmeleridir; bu nedenle bu şartlar açık olarak kendileri için belirtilmemiştir. Ek I.Protokolde bulunan tanım düzenli silahlı kuvvetler ile diğer silahlı gruplar ya da birimler arasında ayırım yapmaz, fakat bir çatışmanın tarafının silahlı kuvvetlerini bu taraf önünde astlarının davranışından sorumlu bir komuta altında bulunan silahlı bütün kuvvetler, bütün gruplar ve bütün birimler olarak tanımlar. Her iki tanım, bir çatışmanın tarafı için savaşan herkesin-III. Cenevre Sözleşmesinin 4. maddesinin deyimiyile çatışmanın bir tarafına «*ait olan*» -, muharip olduğu yolundaki, aynı düşüncüyü ifade etmektedir. Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesinde sayılan dört şart, temel farkı silahlı kuvvetlerin tanımındaki görüşülürlük şartının kaldırılması olarak, iki şarta indirgenmiştir. Bu görüşülürlük kriteri bir muharibin savaş esiri statüsü hakkı açısından anlamlıdır (bkz. Kural 106). Ek I.Protokol böylece silahlı kuvvetler tanımındaki bu şartı kaldırmış (madde 43) ve onu muharipler ve savaş esirlerine ilişkin maddeye koymuştur (madde44).

Bunun dışında, Ek I.Protokolün 43. maddesi savaş kurallarına ve adetlerine saygı gerekliliğinden bahsetmemektedir, fakat uluslararası İnsancıl Hukuka saygıyı sağlayan bir iç disiplin rejimine bağlı olma gerekliliğinden bahsetmektedir. Bununla birlikte bu değişiklik, muharipler arasında, kimin savaş esiri statüsüne hakkı olduğu belirlemek için kullanılan silahlı kuvvetler tanımını kökünden değiştirmemektedir. Bir iç disiplin rejimi şartı kumandanların ve diğer hiyerarşik üstlerin sorumluluğuna ilişkin kuralları tamamlamakta (bkz. Kural 152 ve 153), ve uluslararası insancıl hukuka uygun emirler verme zorunluluğunun doğal bir sonucunu temsil etmektedir (bkz. 139. kuralın yorumu)⁹⁴.

92 Lahey Tüzüğü (1907), m. 1 (ibid., par. 628).

93 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 4 (ibid., par. 630).

94 Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 1675.

Ek I.Protokolün 43. ve 44. maddeleri daha önce III. Cenevre Sözleşmesinin 85. maddesinde «*elinde tutan gücün mevzuatı uyarınca savaş esiri yapılmadan önceki eylemlerinden dolayı kovuşturulan savaş esirleri mahkûm olsalar bile bu Sözleşmeden yararlanacaklardır*» hükmünün bir teyididir. Bir başka ifadeyle, bunlar statülerini muhafaza etmektedirler. Bu hükümler «*kuvvetlerinin teamüli hukukun ya da silahlı çatışmalara ilişkin sözleşmeler hukukunun şu ya da bu hükmüne saygı göstermedikleri gerekçesiyle bağımsız ya da düzensiz silahlı kuvvetler mensuplarını savaş esiri statüsünden mahrum bırakacak tüm tereddütleri dışlamaktadır (elinde tutan gücün yorumuna göre)*»⁹⁵. Savaş esiri statüsünün kaybına yol açabilecek davranışlar sadece sivil halkı ayırt etmemek (bkz. Kural 106) ya da ajan olarak (bkz. Kural 107) ya da paralı asker olarak yakalanmaktır (bkz. Kural 108).

Ek I.Protokolün 43. maddesinde yer alan tanım, bugün genel bir şekilde bir silahlı çatışmanın tarafına ait bütün silahlı grup tiplerine, bir silahlı kuvvet oluşturup oluşturmadıklarını tespit etmek için uygulanmaktadır. Demek ki artık düzenli silahlı kuvvetler ile düzensizleri ayırt etmenin bir gereği yoktur.

Ek I.Protokolün 43. maddesindeki şartları yerine getiren tüm gruplar silahlı kuvvetlerdir.

Paramiliter örgütlerin ya da polis ya da jandarma kuvvetleri gibi düzene saygıyı sağlamayla görevli hizmetlerin silahlı kuvvetlere dâhil edilmesine ilişkin özel uygulamalara rastlanmıştır⁹⁶. Bu tür Paramiliter örgütlerin bir Devletin silahlı kuvvetlerine dâhil edilmesine örnek olarak, Piskoposun Başbakan olmasından sonra ulusal orduya dâhil edilen Zimbabve'de Piskopos Muzorewa'nın Birleşik Afrika Ulusal Kongresine (United African National Congress) bağlı özel yardımcı kuvvetlerini ve Assam'daki Hindistan Sınır Güvenliği Kuvvetini gösterebiliriz⁹⁷. Düzene saygıyı sağlamakla görevli silahlı hizmetlere örnek olarak Filipinler jandarma kuvvetlerini (Constabulary) ve İspanyol la Guardia Civil'i gösterebiliriz⁹⁸.

Paramiliter örgütlerin ya da düzene saygıyı sağlamakla görevli hizmetlerin silahlı kuvvetlere dâhil edilmesi genellikle yasa gibi resmi bir metinde dile getirilir. Resmi dâhil etmenin bulunmadığı durumlarda, bu tür grupların statüleri, olguların ışığında ve silahlı kuvvetleri tanımlayan kriterlere göre belirlenmelidir. Bu birimlerin mensupları muhasamata katıldıkları ve silahlı kuvvetleri tanımlayan şartlara cevap verdiği zaman mensupları muharip olarak değerlendirilir. Bunun dışında, Ek I.Protokol çatışmaya her taraf olanın çatışmanın diğer taraflarına bu tür dâhil olma

95 Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf (éd.), New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 239.

96 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları: Almanya (II. cilt, 1. altbölüm, par. 690 içinde nakledilmiştir),Arjantin (ibid., par. 688), Belçika (ibid., par. 685), Kanada (ibid., par. 689),İspanya (ibid., par. 693 ve 696), Fransa (ibid., par. 686), Yeni Zelanda (ibid., par. 692), Hollanda (ibid., par. 691) ve Filipinler (ibid., par. 695) Hindistan (ibid., par. 698), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 699), Suriye (ibid., par. 700) ve Zimbabve (ibid., par. 697).

97 Bu örnekler Yeni Zelanda, sahra talimanmesinde sayılmıştır (ibid., par. 692).

98 Filipinler, Decree on the Constitution of the Integrated National Police (ibid., par. 695); İspanya, Military Criminal Code (ibid., par. 696).

durumlarını bildirmesini istemektedir⁹⁹. Ek I.Protokolün onayı sırasında Belçika ve Fransa tüm Taraf Devletlere böyle bir genel bildirimde bulunmuştur¹⁰⁰. Bildirim yükümlülüğünün bu şekilde yerine getirilmesi Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında Çalışma Grubu Raportörü tarafından açıkça tanınmıştır¹⁰¹. Muharipler ile kişileri ayırt etme zorunluluğu nedeniyle (bkz. Kural 1), bu bildirim önemlidir; aslında, her tarafın silahlı kuvvetler mensupları kimin silahlı kuvvetlere mensup ve kimin sivil bir kişi olduğunu bilmek zorundadır. Polis kuvvetleri ve jandarma genel olarak silah ve üniforma taşımalarına rağmen bu üniformaların kural olarak silahlı kuvvetlerinkinden farklı olması sebebiyle bunları birbirine karıştırma riski özellikle önemlidir. Bildirim ilgili birimlerin statülerini belirlemez fakat karışıklıkları önlemek için yararlıdır ve böylece ayırt etme ilkesine saygıyı güçlendirir.

Kural 5. – Sivillerden, silahlı kuvvetler mensubu olmayan kişiler anlaşılır. Sivil nüfus, sivillerin oluşturduğu nüfustur.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır. Uygulamada, karşıt silahlı grupların mensuplarının, silahlı kuvvetler mensupları olarak mı yoksa sivil kişiler olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusunun açıkça çözümlenmemesine rağmen, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sivillerin silahlı kuvvetlere mensup olmayan kişiler olduğu tanımı Ek I.Protokolün, hiç bir çekincenin konulmadığı, 50. Maddesinde dile getirilmiştir¹⁰².

Bu kural önemli sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır¹⁰³. Bu kural

99 Ek I.Protokol (1977), m. 43, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 684).

100 Belçika, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında dile getirilen yorumlayıcı beyanlar (ibid., par. 685); Fransa, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında dile getirilen çekinceler ve beyanlar (ibid., par. 686).

101 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Cenevre, 1986, par. 1682.

102 Ek I.Protokol (1977), m. 50 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt 1. alt bölüm, par. 705 içinde nakledilmiştir).

103 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 731), Arjantin (ibid., par. 712), Avustralya (ibid., par. 713), Benin (ibid., par. 714), Kamerun (ibid., par. 715), Kanada (ibid.,

ilgili uygulamada dile getirilmiştir¹⁰⁴. Bu uygulama Ek Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de kapsamaktadır¹⁰⁵.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 yılında verdiği Blaškic kararında sivilleri «*silahlı kuvvetlere dâhil olmayan, ya da artık dâhil olmayan, kişiler*» olarak tanımlamıştır¹⁰⁶.

Bu kuralın aksine bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Bazı durumlarda, uygulama sivillerin muhasamata katılmayan kişiler oldukları kriterini eklemektedir. Bu ek kriter yalnızca doğrudan muhasamata katılan sivil kişinin saldırılara karşı korumasını kaybedeceğine ilişkin kuralı kuvvetlendirmektedir. (bkz. Kural 6). Bununla birlikte, bu durumdaki bir sivil savaş esiri statüsüne hakkı olan bir muharibe dönüşmemektedir; yakalanması halinde, adil yargılanma güvencelerine saygı gösterilmesi koşuluyla, sadece silahlı çatışmaya katılmasından dolayı ulusal mevzuata göre yargılanabilir (bkz. Kural 100).

İstisna

Bu kuralın bir istisnası vardır: Bu da, henüz işgal edilmemiş bir toprağın halkının düşmanın yaklaşması üzerine işgal birlikleriyle savaşmak için, silahlı kuvvet şeklinde örgütlenecek zamanı bulamadan, silaha sarılması durumu olan “la levée en masse”dır. Bu kişiler silahlarını açıkça taşımaları ve savaş hukuku ve adetlerine saygı göstermeleri halinde muhariptirler (bkz. 106. kuralın yorumu).

Burada Lieber Koduna ve Brüksel Bildirgesine uzanan uluslararası teamül hukukunun eski bir kuralı söz konusudur¹⁰⁷. Bu kural Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesinde kodifiye edilmiştir¹⁰⁸. Günümüzde uygulama alanı sınırlı da olsa, çok yakın tarihliler de dâhil olmak üzere, pek çok sahra talimnamelerinde la levée en masse yer almaktadır¹⁰⁹.

par. 716), Kolombiya (ibid., par. 717), Hırvatistan (ibid., par. 718-719), Ekvator (ibid., par. 721), İspanya (ibid., par. 732), Birleşik Devletler (ibid., par. 736-737), Fransa (ibid., par. 722-723), Macaristan (ibid., par. 724), Endonezya (ibid., par. 725), İtalya (ibid., par. 727), Kenya (ibid., par. 728), Madagaskar (ibid., par. 729), Hollanda (ibid., par. 730), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 720), Birleşik Krallık (ibid., par. 735), İsveç (ibid., par. 733), Togo (ibid., par. 734), ve Yugoslavya (ibid., par. 738).

104 Bkz. örn. İsrail (ibid., par. 726), Ürdün (ibid., par. 743), Ruanda (ibid., par. 746) ve Suriye'nin rapor edilen uygulamaları (ibid., par. 747).

105 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 736-737), Fransa (ibid., par. 722), Endonezya (ibid., par. 725), İsrail (ibid., par. 726), Kenya (ibid., par. 728) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 735).

106 ICTY, Savcı Tihomir Blaškic'e karşı, karar (ibid., par. 751).

107 Lieber Kodu (1863), m. 49 ve 51; Brüksel Bildirgesi (1874), m. 10.

108 Lahey Tüzüğü (1907), m. 2; III. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 4/A, par. 6.

109 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 731 içinde nakledilmiştir), Benin (ibid., par. 714), Kamerun (ibid., par. 715), Kanada (ibid., par. 764), Kenya (ibid., par. 728), Madagaskar (ibid., par. 729) ve Togo (ibid., par. 734).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün taslağı şu tanımı içermekteydi: «*silahlı kuvvetler mensubu olmayan her kişi sivil sayılır*» ve «*sivil halk tüm sivil kişileri kapsar*»¹¹⁰. Bu tanımın ilk kısmı şu şekilde değiştirilmişti: «*silahlı kuvvetler ya da örgütlü bir silahlı grup mensubu olmayan her kişi sivil sayılır*», ve iki kısmı Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan Diplomatik Konferansın III. Komisyonunca oybirliğiyle kabul edilmişti¹¹¹. Bununla birlikte, bu tanım konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir¹¹². Bundan dolayı, Ek I.Protokol, her ne kadar bu terimler birçok maddede kullanılmış olsa da, ne sivil kişilerin tanımını ne de sivil halkın tanımını içermektedir¹¹³.

Ek II.Protokolün birinci maddesinde kullanılan «muhalif silahlı kuvvetler ya da (...) sorumlu komuta altındaki (...) örgütlü silahlı gruplar», terimlerinin uluslararası silahlı çatışmalarda uygulandığı şekliyle silahlı kuvvetleri tanımlayan esaslı kriterleri zımnen tanımladığı (bkz. Kural 4), ve bundan sivil kişilerin silahlı kuvvetler ya da bu tür örgütler mensubu olmayan tüm kişiler olduğu sonucunun çıktığı söylenebilir¹¹⁴. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilen sonradan kabul edilen sözleşmeler, bunları tanımlamadan, «*siviller*» ve «*sivil halk*» terimlerini aynı şekilde kullanmışlardır¹¹⁵.

Devletin silahlı kuvvetlerinin mensuplarının sivil kişiler olmadıkları şüphesizdir; bununla birlikte, uygulama karşıt silahlı gruplar mensuplarının muhasamata doğrudan katılma durumunda saldırılara karşı korunmanın kaybına ilişkin 6. kurala tabi siviller olup olmadıkları ya da bu tür grupların mensuplarının, 6. Kuralın uygulamasından bağımsız olarak, saldırı konusu olup olamayacakları noktasında daha az nettir. Kolombiya askeri el kitabı «*sivil kişiler*» terimini «askeri muhasamata doğrudan katılmayan kişiler (iç çatışma, uluslararası çatışma)» olarak tanımlasa da¹¹⁶, el kitaplarının büyük bir kısmı sivillere ilişkin olarak muhariplere göre olumsuz bir tanım vermekte ve örgütlü karşıt silahlı kuvvetler mensuplarına ilişkin hiçbir şey söylememektedir.

110 ICRC tarafından CDDH'ya sunulan Ek II.Protokol taslağı, m. 25 (ibid., par. 706).

111 III. Komisyonca kabul edildiği şekliyle Ek II.Protokol taslağı, m. 25 (ibid., par. 706).

112 Bkz. ibid., par. 706.

113 Ek II.Protokol (1977), m. 13 - 15 ve 17 - 18.

114 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch et Waldemar A. Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 672.

115 Bkz., örn., *Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü*, (1996), m. 3, par. 7-11; *Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü* (1980), m. 2; *Ottawa Sözleşmesi* (1997), başlangıç; *UCM Statüsü* (1998),m. 8, par. 2, bent e), i), iii) ve viii).

116 Kolombiya, *Eğitmen El kitabı* (ibid., par. 717).

Kural 6. – Siviller, muhasamata doğrudan katılmaları durumu hariç, saldırılara karşı koruma altındadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 1, Kısım F.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır. Canlı kalkan kullanımı 97. kuralın konusunu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sivillerin saldırılara karşı korumalarını silahlı çatışmalara doğrudan katılmaları halinde ve katılımları süresince kaybedeceklerine ilişkin kural Ek I.Protokolün hiç çekinceye konu olmayan 51. Maddesinin 3. Fıkrasında yer almaktadır¹¹⁷. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. Maddesinin «özünü reddederek I. Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır¹¹⁸. Aynı Diplomatik Konferans sırasında, Birleşik Krallık 51. Maddenin 3. Fıkrasında yer alan sivil kişilerin saldırılardan bağımsızlığı istisnasının uluslararası teamül hukukunun mevcut bir kuralının «yararlı bir teyidini» oluşturduğunu açıklamıştır¹¹⁹. Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmeyi onaylarken, Birleşik Krallık, «doğrudan muhasamata katılmaları hali dışında ve bu katılım süresi hariç olmak üzere» sivil kişilerin Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanacaklarını açıklamıştır¹²⁰.

Önemli sayıda askeri el kitabı muhasamata katılmaları durumunda sivil kişilerin saldırılardan korunmayacağını belirtmektedir¹²¹. Bu kural resmi beyanlarla olduğu kadar rapor edilen uygulamayla da desteklenmiştir¹²².

117 Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 3 (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 755).

118 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 800).

119 Birleşik Krallık, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 803).

120 Birleşik Krallık, Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin onay belgesine eşlik eden beyan (ibid., par. 757).

121 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 781), Almanya (ibid., par. 770), Avustralya (ibid., par. 762), Benin (ibid., par. 763), Kanada (ibid., par. 764), Kolombiya (ibid., par. 765), Hırvatistan (ibid., par. 766), Ekvator (ibid., par. 768), İspanya (ibid., par. 782), Birleşik Devletler (ibid., par. 787-788), Fransa (ibid., par. 769), Hindistan (ibid., par. 771), Endonezya (ibid., par. 772), İtalya (ibid., par. 773), Kenya (ibid., par. 774), Madagaskar (ibid., par. 775), du Nijerya (ibid., par. 779-780), Yeni Zelanda (ibid., par. 778), Hollanda (ibid., par. 776-777), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 767), Birleşik Krallık (ibid., par. 786), İsveç (ibid., par. 783), Togo (ibid., par. 784) ve Yugoslavya (ibid., par. 789).

122 Bkz., örn. Belçika (ibid., par. 792) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 804-806) beyanları ve Şili (ibid., par. 793), Birleşik Devletler (ibid., par. 807), Ürdün (ibid., par. 796) ve Malezya'nın (ibid., par. 799) uygulamaları.

Bu uygulama I. Ek Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkini de kapsamaktadır¹²³.

ICRC 1973 Ekiminde –Ek I.Protokolün kabulünden önce– Orta Doğu çatışmasının taraflarına doğrudan muhasamata katılmaları durumu ve bu katılım süresi dışında, sivil kişilerin saldırılardan başışıklığına saygı göstermeleri için çağrıda bulunduğu Devletler olumlu yanıt vermişlerdir (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye)¹²⁴.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün 13. Maddesinin 3. Fıkrası uyarınca, sivil kişiler doğrudan saldırılardan, «*doğrudan muhasamata katılmaları durumu ve bu katılım süresi dışında*» korunmaktadırlar¹²⁵. Bu kurala ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin diğer belgelerde rastlanmaktadır.¹²⁶

Sivil kişilerin muhasamata doğrudan katılmaları halinde saldırılardan korunmadıklarına ilişkin kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan pek çok sahra talimnamelerinde yer almaktadır¹²⁷.

Arjantin’de La Tablada’da meydana gelen olaylara ilişkin başvuruda, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, bireysel ya da bir grubun mensubu olarak, çatışmalara doğrudan katılan sivillerin aktif olarak çatışmalara katıldıkları süre boyunca, meşru askeri hedefe dönüştüklerine karar vermiştir¹²⁸.

Karşit silahlı grupların mensuplarının siviller olarak değerlendirilebileceği ölçüde (bkz. 5. kuralın yorumu), bu kural bu gruplarla hükümetin silahlı kuvvetleri arasında bir farklılık yaratıyormuş gibi görünebilir. Bu kuralın uygulaması karşit silahlı gruplarının mensuplarına karşı yapılan saldırının sadece bu kişilerin muhasamata doğrudan katıldıkları süre boyunca meşru olurken, hükümete ait silahlı kuvvetlere yönelik saldırının her zaman meşru olacağı anlamına gelebilir. Karşit silahlı kuvvetlerin mensupları, bu gruplara aidiyetlerinden dolayı, sürekli olarak muhasamata katılır olarak değerlendirilse ya da sivil kişiler olarak değerlendirilmese bu asimetri mevcut olmazdı.

123 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 787-788 ve 804-807), Fransa (ibid., par. 769), Hindistan (ibid., par. 771), Endonezya (ibid., par. 772), Kenya (ibid., par. 774), (ibid., par. 799), Nijerya (ibid., par. 779) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 786).

124 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu’daki Eylemi (ibid., par. 813).

125 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par.756).

126 Bkz. örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 759); Bosna-Hersek’teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992) (1992), par.2.5 (ibid., par. 760); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.2 (ibid., par. 761).

127 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 781), Almanya (ibid., par. 770), Avustralya (ibid., par. 762), Benin (ibid., par. 763), Kolombiya (ibid., par. 765), Hırvatistan (ibid., par. 766), Ekvator (ibid., par. 768), İspanya (ibid., par. 782), İtalya (ibid., par. 773), Kenya (ibid., par. 774), Madagaskar (ibid., par. 775), Nijerya (ibid., par. 779), Hollanda (ibid., par. 776), Togo (ibid., par. 784) ve Yugoslavya (ibid., par. 789).

Sivil bir kişiye yönelik saldırının hukukiliğinin «doğrudan muhasamata katılma»dan tam olarak ne anlaşılması gerektiğine ve bu doğrudan katılımın hangi anda başlayıp bittiğine ilişkin soruya bağlı olduğu açıktır. Aşağıda göreceğimiz gibi, muhasamata doğrudan katılıma ilişkin kesin bir tanım henüz bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu terimlere ne anlam verilirse verilsin, saldırılara karşı korunmanın tutuklama ve takibata ilişkin koruma sağlama anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.

Tanım

«*Muhasamata doğrudan katılma*» ifadesinin kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu «muhasamata doğrudan katılma» ifadesinin genel olarak «*doğaları ya da amaçları itibariyle, düşmanın personeline ya da mallarına gerçek zararlar vermek amacı olan eylemler*» anlamına gelir şekilde anlaşıldığını belirtmiştir¹²⁹. Pek çok sahra talimnamelerinden anlaşıldığı üzere, sivil bir kişinin düşman kuvvetlere ait kişilere ya da mallara karşı şiddet eylemlerinde bulunmak için silah ya da başka araçlar kullandığı zaman, saldırılardan korunmasını kaybedeceği açık ve kuşkusuzdur¹³⁰.

Bununla birlikte, örneğin doğrudan katılımın her somut olay bazında tespit edilmesi gerektiğini belirterek ya da sadece doğrudan katılımın siviller için saldırılara karşı korumalarının kaybıyla sonuçlanacağına ilişkin genel kuralı tekrarlayarak «*doğrudan katılma*» ifadesinin yorumlanma şekline ilişkin bilgi içermeyen pek çok uygulama örneği de bulunmaktadır.¹³¹ Ekvator ve Birleşik Devletlerin askeri el kitapları askeri kuvvetler için koruma, istihbarat ajanı ya da gözetleyici görevi yapma

128 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, dava 11.137 (Arjantin) (ibid., par. 810).

129 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Third report on human rights in Colombia (ibid., par. 811).

130 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 820), Belçika (ibid., par. 821), El Salvador (ibid., par. 823), Ekvator (ibid., par. 822), Birleşik Devletler (ibid., par. 827 ve 830), Hindistan (ibid., par. 824), Hollanda (ibid., par. 825) ve Yugoslavya (ibid., par. 831).

131 Bkz., örn., Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak m. 3 (ibid., par. 754); Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 3 (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 755); Ek II.Protokol (1977), m.13, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 756); Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 759); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Anlaşma (1992) (1992), par. 2.5 (ibid., par. 760); BM Genel Sekreterinin Sirküleri(1999), m.5.2 (ibid., par. 761); şu devletlerin uygulamaları: Almanya (ibid., par. 770), Avustralya (ibid., par. 762), Belçika (ibid., par. 792), Benin (ibid., par. 763), Kanada (ibid., par. 764), Kolombiya (ibid., par. 765), Hırvatistan (ibid., par. 766), Ekvator (ibid., par. 768), İspanya (ibid., par. 782), Birleşik Devletler (ibid., par. 787-788 ve 804-806), Fransa (ibid., par. 769), Hindistan (ibid., par. 771), Endonezya (ibid., par. 772), İtalya (ibid., par. 773), Ürdün (ibid., par. 796), Kenya (ibid., par. 774), Madagaskar (ibid., par. 775), Malezya (ibid., par. 799), Yeni Zelanda (ibid., par. 778), Hollanda (ibid., par. 776), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 767), Birleşik Krallık (ibid., par. 757 ve 786), İsveç (ibid., par. 783), Togo (ibid., par. 784), ve Yugoslavya (ibid., par. 789); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, dava 11.137 (Arjantin) (ibid., par. 810).

gibi muhasamata doğrudan katılma eylemine ilişkin pek çok örnek vermektedirler¹³². Aynı şekilde, Filipinler'in uygulamasına ilişkin rapor muhbir, mesajcı ya da gözetleyici sıfatıyla hareket eden sivillerin saldırılara karşı korumalarını yitirdiklerini belirtmektedir¹³³.

Kolombiya'daki insan haklarına ilişkin bir raporda, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu «*doğrudan*» katılımı «*dolaylı*» katılımdan ayırmaya çalışmıştır:

“Eylemleri karşı tarafın askeri gücünü ya da savaş gücünü desteklemekle sınırlı sivil kişiler ya da başka herhangi bir şekilde sadece dolaylı olarak muhasamata katılan sivil kişiler, sadece bu sebepten ötürü, muharip olarak görülemezler.”

Aslında, dolaylı katılma –bir ya da birden çok silahlı tarafa mal satmak, taraflardan birinin davasına olan sempatisini ifade etmek, ya da daha açık şekilde, silahlı taraflardan birince yapılan akını engellemekten kaçınmak– karşı taraf için derhal somut zarar tehdidi taşıyan şiddet eylemleri içermez¹³⁴.

Doğrudan ve dolaylı katılma arasındaki ayırım daha önce El Salvador'daki insan haklarının durumunu incelemekle görevli Birleşmiş Milletler özel temsilcisi tarafından yapılmıştı¹³⁵. Bununla birlikte, uluslararası hukukun Devletlere doğrudan ya da dolaylı olarak muhasamata katılma eylemini suç olarak tanımlayan bir mevzuat kabul etmesini yasaklamadığı açıktır.

Ruanda'nın uygulamasına ilişkin rapor uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda doğrudan katılma teşkil eden eylemler arasında bir ayırım yapmakta ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda lojistik desteği doğrudan katılma teşkil eden eylemlerden saymamaktadır. Ruanda ordusunda görevli subaylarca bir ankete verilen cevaplara göre, örneğin yiyecek sağlamak, cephane taşımak ya da mesaj ulaştırmak için uluslararası bir silahlı çatışma sırasında silahlı kuvvetlerini izleyen silahsız siviller sivil statülerini kaybetmektedirler. Bununla birlikte, uluslararası olmayan bir silahlı çatışma kapsamında, çatışmanın taraflarından biriyle işbirliği yapan silahsız siviller her durumda sivil olarak kalmaktadırlar. Rapora göre, bu ayırım silahlı iç çatışmalarda sivillerin gücü altında buldukları tarafla işbirliği yapmaya mecbur bırakıldıkları gerçeğiyle meşrulaştırılmaktadır¹³⁶.

Buna rağmen, yukarıda sayılan tereddüde yer bırakmayan birkaç örnek – özellikle düşman kuvvetlerin personeline ve malına karşı şiddet eylemlerinde bulunmak için silah ya da başka araçlar kullanma- bir kenara bırakılırsa, Devletlerin uygulamalarının doğrudan muhasamata katılmanın aynı ve açık bir tanımına ulaştırmadığı sonucuna varılabilir.¹³⁷

132 Ekvator, Naval El kitabı (ibid., par. 822); Birleşik Devletler, Air Force Commander's Handbook (ibid., par. 829).

133 Filipinler'in uygulamasına ilişkin rapor (ibid., par. 849).

134 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Third report on human rights in Colombia (ibid., par. 811).

135 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, El Salvador'daki insan haklarının durumunu incelemekle görevli özel temsilci, kesin rapor (ibid., par. 853).

136 Ruanda'nın uygulamasına ilişkin rapor (ibid., par. 850).

137 ICRC 2003'den itibaren doğrudan katılma kavramını kesinleştirmek için bir dizi uzmanlar toplantısı düzenlemiştir.

Birçok askeri el kitabı askeri hedef teşkil eden tesislerde – örneğin cephane fabrikaları- çalışan sivil kişilerin muhasamata doğrudan katılmadıklarını, fakat bu askeri hedefe yönelik saldırılara ilişkin riskleri kabul etmeleri gerektiğini belirtmektedir.¹³⁸ Bu sivil kişiler arasındaki yaralanmalar ve ölümler, meşru bir hedefe yönelik saldırının, gece saldırmak gibi, saldırı araç ve yöntemlerinin seçilmesine ilişkin mümkün olan tüm önlemlerin alınarak asgariye indirilmesi gereken, arızı zarar olarak kabul edilir (bkz. Kural 17). Bu kişilerin, bir saldırının konusu olabilecek, muharip benzeri oldukları tezi Devletlerin yakın tarihli uygulamalarıyla desteklenmemektedir.

Bir kişinin statüsüne ilişkin şüphenin bulunduğu durumlar

Bir kişinin şüphe halinde nasıl sınıflandırılacağı sorusu karmaşık ve zordur.

Uluslararası silahlı çatışmalar için, Ek I.Protokol «şüphe halinde, söz konusu kişinin sivil olarak kabul edileceğini» açıkça belirterek sorunu çözmeye çalışmaktadır.¹³⁹ Bazı Devletler kuralı askeri el kitaplarına yazmışlardır.¹⁴⁰ Diğerleri böyle bir kuralın katı yorumlanmasının askeri planda getireceği sonuçlar konusunda çekincelerde bulunmuşlardır. Özellikle, Fransa ve Birleşik Krallık, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında bu karinenin, Ek I.Protokolün diğer hükümlerine uygun olarak bir komutanın sorumluluğu altındaki birliklerin güvenliğini sağlama ya da askeri durumunu koruma yükümlülüğünden üstün sayılmayacağını belirtmişlerdir.¹⁴¹ Birleşik Devletlerin deniz kuvvetleri el kitabına göre: Muhasamata doğrudan katılım her somut olay bazında belirlenmelidir. Karadaki muharipler ruhlarında ve vicdanlarında belirli bir sivil kişinin kasti bir saldırının konusu olup olamayacağını bu kişinin davranışına, bulunduğu yere, giyimine ve o anda sahip oldukları diğer bilgilere dayanarak belirlemelidirler.¹⁴²

Öncekilerin ışığında, şüphe halinde, spesifik durumun şartları ve güçlükleri göz önüne alınarak bir saldırıyı haklı göstermek için yeterli bilginin bulunduğunu tespit

138 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (II. cilt, 2. alt bölüm, par. 640 içinde nakledilmiştir), Avustralya (ibid., par. 635), Kanada (ibid., par. 636), Kolombiya (ibid., par. 637), Hırvatistan (ibid., par. 638), Ekvator (ibid., par. 639), İspanya (ibid., par. 645-646), Birleşik Devletler (ibid., par. 648), Macaristan (ibid., par. 641), Madagaskar (ibid., par. 642), Yeni Zelanda (ibid., par. 644), Hollanda (ibid., par. 643) ve İsviçre (ibid., par. 647).

139 Ek I.Protokol (1977), m. 50, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 1. alt bölüm, par. 887 içinde nakledilmiştir).

140 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 904), Arjantin (ibid., par. 893), Avustralya (ibid., par. 894), Kamerun (ibid., par. 895), Kanada (ibid., par. 896), Kolombiya (ibid., par. 897), Hırvatistan (ibid., par. 898), İspanya (ibid., par. 905), Macaristan (ibid., par. 900), Kenya (ibid., par. 901), Madagaskar (ibid., par. 902), Hollanda (ibid., par. 903), İsveç (ibid., par. 906) ve Yugoslavya (ibid., par. 908).

141 Fransa, Ek I.Protokolün onayı sırasında dile getirilen çekinceler ve bildirimler (ibid., par. 888); Birleşik Krallık, Ek I.Protokolün onayı sırasında dile getirilen çekinceler ve bildirimler (ibid., par. 889).

142 Birleşik Devletler, Naval Handbook (ibid., par. 830).

etmek için dikkatli bir değerlendirme yapmak gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Statüsü şüpheli her kişiye otomatik olarak saldırılamaz.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, bir kişinin statüsüne ilişkin şüphe durumu Devletlerin uygulamalarında hiç ele alınmamıştır. Bu nedenle, bu alandaki teammül hukukuna ilişkin hiç bir sonuç çıkarılamaz, fakat bu konuda açık bir kuralın varlığı, sivil halkın saldırılardan korunmasını kuvvetlendireceği için, arzu edilir. Bu yönden, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yukarıda uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin açıklanan aynı dengeli yolun izlenmesi doğru görünmektedir.

SİVİL NİTELİKTEKİ MALLARLA ASKERİ HEDEFLERİ AYIRT ETME

Kural 7. – Çatışmaya taraf olanlar, her zaman, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırıları yalnızca askeri hedeflere yönelik olmalıdır. Saldırıları sivil nitelikteki mallara yönelik olamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 2, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır. Bu kuralın üç unsuru kendi aralarında birbirine bağlıdır ve her birine ilişkin uygulama diğerlerinin geçerliliğini kuvvetlendirmektedir. Sivil nitelikteki mallara karşı misilleme sorusu XVI. alt bölümde ele alınacaktır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kural Ek I.Protokolün, hiç bir çekinceye konu olmayan, 48. ve 52. maddesinin 2. Fıkrasında dile getirilmiştir.¹ Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 52. Maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.² Sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Ek Protokolünde ve III. Ek Protokolünde de yer almaktadır.³ Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «sivil mallara yani askeri hedef olmayan mallara karşı

1 Ek I.Protokol (1977), m. 48 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 2. alt bölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir) ve m.52, par. 2 (79 lehte, 0 aleyhte ve 7 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 50).

2 Meksika, CDDH sırasındaki beyan(ibid., par. 79).

3 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par.7 (ibid., par. 107); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü (1980), m. 2, par. 1 (ibid., par. 106).

kasti saldırılarda bulunmak» uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁴

Sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etme yükümlülüğü ve sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁵ İsveç'in uluslararası İnsancıl Hukuk el kitabı, özellikle, Ek I.Protokolün 48. maddesinde kaleme alındığı şekliyle ayırt etme ilkesini uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olarak tanımlamaktadır.⁶ Pek çok Devletin silahlı çatışma sırasında sivil nitelikteki mallara saldırmayı suç olarak kabul eden mevzuatı bulunmaktadır.⁷ Ayrıca, bu kurala başvuran önemli sayıda resmi beyan bulunmaktadır.⁸ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de kapsamaktadır.⁹

Pek çok Devlet, Nükleer Silahlar davasında, Uluslararası Adalet Divanına sundukları layihalarında, sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etme ilkesini dile getirmiştir.¹⁰ Danışma görüşünde Mahkeme ayırt etme ilkesinin uluslararası İnsancıl Hukukun «temel ilkelerinden», ve «uluslararası teamül hukukunun çığnenemez ilkelerinden» biri olduğunu belirtmiştir.¹¹ ICRC 1973 Ekiminde -Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına sivil nitelikteki mallarla askeri hedefleri ayırt etme ilkesine saygı göstermeleri için çağrıda bulunduğu ilgili Devletler olumlu yanıt vermişlerdir (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye).¹²

4 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) ii) (ibid., par. 108).

5 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya, Arjantin, Avustralya, Belçika, Benin, Kamerun, Kanada, Hırvatistan, İspanya, Birleşik Devletler, Fransa, Macaristan, İsrail, Nijerya, Yeni Zelanda, Hollanda, des Filipinler, İsveç, İsviçre ve Togo (ibid., par. 7), Endonezya (ibid., par. 8), İsveç (ibid., par. 9), Güney Afrika, Almanya, Arjantin, Avustralya, Belçika, Benin, Kamerun, Kanada, Kolombiya, Hırvatistan, Ekvator, İspanya, Birleşik Devletler, Fransa, İtalya, Kenya, Lübnan, Madagaskar, Nijerya, Yeni Zelanda, Hollanda, Birleşik Krallık, Togo ve Yugoslavya (ibid., par. 115), Arjantin (ibid., par. 116) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 117).

6 İsveç, UİH El Kitabı (ibid., par. 9).

7 Bkz., örn., şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 128), Avustralya (ibid., par. 119), Azerbaycan (ibid., par. 120), Kanada (ibid., par. 122), Kongo (ibid., par. 123), Hırvatistan (ibid., par. 124), İspanya (ibid., par. 138), Estonya (ibid., par. 126), Gürcistan (ibid., par. 127), Macaristan (ibid., par. 129), İrlanda (ibid., par. 130), İtalya (ibid., par. 131), Mali (ibid., par. 132), Norveç (ibid., par. 136), Yeni Zelanda (ibid., par. 134), Hollanda (ibid., par. 133), Birleşik Krallık (ibid., par. 140), Slovakya (ibid., par. 137) ve Yemen (ibid., par. 141); ayrıca Bkz. şu devletlerin kanun tasarıları: Arjantin (ibid., par. 118), Burundi (ibid., par. 121), El Salvador (ibid., par. 125), Nikaragua (ibid., par. 135) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 139).

8 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Hırvatistan (ibid., par. 145), AB ve üye devletleri, Birleşik Devletler ve SSCB (ibid., par. 147), Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Arap Emirlikleri (ibid., par. 157), Birleşik Devletler (ibid., par. 160-163), Fransa (ibid., par. 148), Irak (ibid., par. 150), İran (ibid., par. 149), Meksika (ibid., par. 151), Mozambik (ibid., par. 152), Birleşik Krallık (ibid., par. 158-159), Slovenya (ibid., par. 155) ve İsveç (ibid., par. 156).

9 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları: Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Devletler (ibid., par. 7, 115, 117 ve 160-163), Fransa (ibid., par. 7, 115 ve 148), Endonezya (ibid., par. 8), Irak (ibid., par. 150), İran (ibid., par. 149), Kenya (ibid., par. 115) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 115 ve 158-159).

10 Bkz. şu Devletlerin Nükleer Silahlar davasında UAD'ye sunulan yazılı belgeleri: Mısır (ibid., par. 16), İran (ibid., par. 23), Japonya (ibid., par. 25), Birleşik Krallık (ibid., par. 32) ve İsveç (ibid., par. 156).

11 UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü, (ibid., par. 179).

12 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 102).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etme ilkesi Ek II.Protokol taslağında yer almaktaydı, fakat konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.¹³ Bu nedenle, Ek I.Protokolde, her ne kadar Ek II.Protokolün 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan genel korumanın bunları da kapsayacak kadar geniş olduğu belirtilmişse de, ne bu ilke ne de sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı yer almaktadır.¹⁴

Bununla birlikte, sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yeni tarihli bir Sözleşmeye dâhil edilmiştir: Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü.¹⁵ Bu yasak 2001'de oybirliğiyle kabul edilen Sözleşmenin birinci maddesindeki değişikliklerle uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir kılınan Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolünde de yer almaktadır.¹⁶ Ayrıca, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin İkinci Protokolü sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etme ilkesini uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kültürel malların korunmasını tanımlamak için temel olarak kullanmaktadır.¹⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsü uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivil nitelikteki mallara yönelik saldırıları açıkça savaş suçu olarak tanımlamamaktadır. Bununla birlikte, «çatışmanın gereklerince mutlak zorunlu olma» durumu dışında, karşı tarafın mallarını tahrip etmeyi savaş suçu olarak tanımlamaktadır.¹⁸ Böylece, sivil nitelikteki bir mala yönelik saldırı, çatışmanın gerekleri tarafından zorunlu kılınmamışsa, statü uyarınca savaş suçu oluşturur. Malların tahribi 50. Kuralın konusunu oluşturmaktadır ve bu kuralı oluşturan uygulama bunun varlığını da desteklemektedir. İlgili diğer nokta: Statü insancıl yardım ya da barışı koruma misyonu kapsamında kullanılan tesislere, mala, birimlere ya da taşıtlara yönelik saldırıları, bu nesnelere «uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun sivil nitelikteki mallara sağladığı korumaya hakkı olduğu» sürece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu olarak düzenlemektedir.¹⁹

Ayrıca, sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan diğer hukuki belgelerde de yer almaktadır.²⁰

13 ICRC tarafından CDDH'ya sunulan Ek II.Protokol tasarısı, m. 24, par. 1 (ibid., par. 2).

14 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch et Waldemar A. Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 677.

15 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 7 (II. cilt, 2. alt bölüm, par. 107 içinde nakledilmiştir).

16 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü (1980), m. 2, par. 1 (ibid., par. 106).

17 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin İkinci Protokolü (1999), m. 6, bent 1 a) (II. cilt, 12. alt bölüm, par. 21 içinde nakledilmiştir).

18 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) xii).

19 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) iii).

20 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (II. cilt, 2. alt bölüm, par. 3, 60 ve 111 içinde nakledilmiştir); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl

Sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etme zorunluluğu gibi sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.²¹ Önemli sayıda devletin ne tür olursa olsun, silahlı çatışmalarda sivil nitelikteki mallara saldırıyı suç olarak öngören mevzuatı vardır.²² Bu kuralı temel alan ulusal içtihat örnekleri de bulunmaktadır.²³ Ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bir dizi resmi beyan bu kurala gönderme yapmaktadır.²⁴ Uluslararası Adalet Divanı önündeki Nükleer Silahlar davasında sunulan, yukarıda sözü edilen görüşler, tüm çatışma türlerine uygulanabilir şekilde genel terimlerle dile getirilmiştir.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin hiç bir aksine resmi uygulamaya rastlanmamıştır. Örneğin Bosna Hersek'teki, Lübnan'daki, Sudan'daki ve İran ve Irak arasındaki çatışmalar sırasında Devletler ve uluslararası örgütler sivil nitelikteki mallara yönelik saldırıları genellikle kınamışlardır.²⁵ Daha 1938'de, Milletler Cemiyeti Kurulu «havadan hedef alınan hedefler meşru askeri hedeflerin olması ve belirlenebilmesi gerektiğini» açıklamıştır.²⁶ Daha yakın bir zamanda, 1999'da kabul edilen silahlı çatışmalarda sivil kişilerin korunmasına ilişkin bir kararda, BM Güvenlik Konseyi «uluslararası hukuk tarafından korunan nesnelere karşı saldırıları» şiddetle kınamıştır.²⁷

Uluslararası Adalet Divanının ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihatları hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağının teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sağlamak-

hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992) (1992), par. 2.5 (ibid., par. 4, 61 ve 112); San Remo El Kitabı(1994), par. 39 ve 41 (ibid., par. 5 ve 62); BM Genel Sekreterinin Sirküleri(1999), m. 5.1 (ibid., par. 6, 63 ve 113); İslam'da insan haklarına ilişkin Kahire Bildirgesi (1990), m. 3 b) (ibid., par. 109); İnsancıl İlkelerle saygıya ilişkin Lahey Açıklaması (ibid., par. 110).

21 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya, Benin, Hırvatistan, Nijerya, Filipinler ve Togo (ibid., par. 7) Güney Afrika, Almanya, Benin, Kolombiya, Hırvatistan, Ekvator, İtalya, Kenya, Lübnan, Madagaskar, Togo ve Yugoslavya (ibid., par. 115).

22 Bkz., örn., şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 128), Avustralya (ibid., par. 119), Azerbaycan (ibid., par. 120), Kanada (ibid., par. 122), Kongo (ibid., par. 123), Hırvatistan (ibid., par. 124),İspanya (ibid., par. 138), Estonya (ibid., par. 126), Gürcistan (ibid., par. 127), Norveç (ibid., par. 136), Yeni Zelanda (ibid., par. 134) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 140); Bkz. uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dışlamayan Macaristan (ibid., par. 129), İtalya (ibid., par. 131) ve Slovakya'nın mevzuatları(ibid., par. 137), ayrıca Arjantin (ibid., par. 118), Burundi (ibid., par. 121), El Salvador (ibid., par. 125), Nikaragua (ibid.,par. 135) ve Trinidad ve Tobago'nun kanun taslakları (ibid., par. 139).

23 Bkz., örn., Kolombiya, idari dava no 9276 (ibid., par. 142); Hırvatistan, dava RA. R. (ibid., par. 143).

24 Bkz.Voir AB ve üye devletlerinin (ibid., par. 147), Birleşik Devletlerin (ibid., par. 147), Mozambik (ibid., par. 152), Slovenya (ibid., par. 155) ve SSCB'nin(ibid., par. 147) beyanları.

25 Bkz. örn. AB ve üye devletlerinin (ibid., par. 147) Hırvatistan (ibid., par. 145), Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Devletler (ibid., par. 147), İran (ibid., par. 149), Birleşik Krallık (ibid., par. 159), Slovenya (ibid., par. 155) ve SSCB'nin beyanları(ibid., par. 147); BM Güvenlik Konseyi, karar 1052 (ibid., par. 164); BM Genel Kurulu, karar 50/193 (ibid., 168) ve karar 51/112 (ibid., par. 169); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1993/7 (ibid., par. 170), karar 1994/75 (ibid., par. 171) ve karar 1995/89 (ibid., par. 173); İKÖ Temas Grubu (Suudi Arabistan, Mısır, İran, Pakistan, Senegal ve Türkiye), BM Güvenlik Konseyi Başkanına mektup (ibid., par. 177).

26 Milletler Cemiyeti, Kurul, 30 Eylül 1938'de kabul edilen karar (ibid., par. 167).

27 BM Güvenlik Konseyi, karar 1265 (ibid., par. 165).

tadır.²⁸ 1999'da XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansınca kabul edilen 2000-2003 yıllarına ilişkin Eylem Planı, bir silahlı çatışmanın tüm taraflarından «sivil nitelikteki mallara yönelik saldırı yasağına» saygı göstermelerini istemektedir.²⁹ ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına sivil nitelikteki malları askeri hedeflerden ayırt etmeye saygı gösterme ve saldırıları sivil nitelikteki mallara yöneltmemeye çağrısında bulunmuştur.³⁰

Yorum

Pek çok Devlet, Ek I.Protokolün 52. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan, «saldırıların sıkıca askeri hedeflerle sınırlı olması gerektiği» kuralının, sadece sivil nitelikteki mallara doğrudan saldırıyı yasakladığını ve askeri hedeflere yönelik saldırıların arzi neden olduğu zarar sorununu ele almadığının altını çizmiştir.³¹ Bu açıklamaların konusu, sivil nitelikteki mallara zarar veren bir saldırının askeri bir hedefe yöneltildiği ve sivil mallara verilen zararlar aşırı olmadığı müddetçe hukuk dışı olmadığı hususunda ısrar etmektir. Bu düşünce mevcut kuralın kaleme alınmasında «yönelik saldırılar» kelimeleriyle yansıtılmıştır. Aynı açıklama, “mutatis mutandis,” 1. Kural için de geçerlidir.

Kural 8. – Askeri hedefler, niteliği, yeri, amacı ya da kullanımı itibariyle askeri faaliyete katkıda bulunan ve o zamanki koşullar altında, kısmen veya tamamen tahrip edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisizleştirilmesi kesin bir askeri avantaj sağlayacak olan mallarla sınırlıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 2, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır.

28 UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 179); ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava ortaklarına karşı, karar (ibid., par. 180), ve Savcı Dario Kordic ve Mario Cerkez'e karşı, Ortak Savunma Dilekçesi hakkında Karar ve Hüküm (ibid., par. 182).

29 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, 2000-2003 yıllarına ilişkin Eylem Planı(konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 178).

30 Bkz., örn., ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 185-186 ve 188-193).

31 Bkz. Ek Protokollerin onaylanması sırasında dile getirilen çekinceler ve beyanlar ve diğer beyanlar: Avustralya (ibid., par. 51), Kanada (ibid., par. 52 ve 71), Birleşik Devletler (ibid., par. 92), Fransa (ibid., par. 53), İtalya (ibid., par. 54), Yeni Zelanda (ibid., par. 55), Hollanda (ibid., par. 80), Almanya Federal Cumhuriyeti (ibid., par. 75) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 56 ve 86).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Askeri hedefe ilişkin bu tanım Ek I.Protokolün hiç bir çekinceye konu olmayan 52. Maddesinin 2. Fıkrasında kaleme alınmıştır.³² Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 52. maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.³³ Tanım sonraki tarihli sözleşmelerde düzenli olarak kullanılmıştır, bu sözleşmeler özellikle Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmesinin II. Protokolü, değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü ve III. Protokolü ve Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin İkinci Protokolüdür.³⁴

Bu tanım önemli sayıda askeri talimnamede yer almaktadır.³⁵ Bu tanım resmi beyanlarla desteklenmiştir.³⁶ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de kapsamaktadır.³⁷

NATO'nun Yugoslavya Federal Cumhuriyetine karşı bombalama kampanyasını incelemek için oluşturulan Komite askeri hedeflere ilişkin tanımın teamül hukukundan kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır.³⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Askeri hedeflere ilişkin bu tanım Ek I.Protokole dâhil edilmemiş olsa da, bunun ardından uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan sözleşmelerde yer almıştır, bu sözleşmeler özellikle Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü ve Kültürel Malların Korunmasına İlişkin İkinci Protokolüdür.³⁹ Bu tanım 2001'de oybirliğiyle kabul edilen Sözleşmenin birinci

32 Ek I.Protokol (1977), m. 52, par. 2 (79 lehte 0 aleyhte ve 7 çekimses oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 319).

33 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 353).

34 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), m. 2, par. 4 (ibid., par. 321); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, m. 1, par.3 (ibid., par. 321); Kültürel Malların Korunmasına İlişkin İkinci Protokol (1999), m. 1, par. 6 (ibid., par. 322).

35 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, Almanya, Arjantin, Avustralya, Belçika, Benin, Kamerun, Kanada, Kolombiya, Hırvatistan, İspanya, Birleşik Devletler, Fransa, Macaristan, İtalya, Kenya, Madagaskar, Yeni Zelanda, Hollanda, Birleşik Krallık, İsveç ve Togo (ibid., par. 328), Ekvator (ibid., par. 331), Birleşik Devletler (ibid., par. 339),Endonezya (ibid., par. 333) ve Yugoslavya (ibid., par. 340).

36 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 350, 360 ve 364), Fransa (ibid., par. 364), Irak (ibid., par. 348), İran (ibid., par. 347), İsrail (ibid., par. 364), Ürdün (ibid., par. 351), Suriye (ibid., par. 355) ve Türkiye (ibid., par. 364).

37 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 328, 350, 360 ve 364), Fransa (ibid., par. 364), Irak (ibid., par. 347), Irak (ibid., par. 348), İsrail (ibid., par. 364), Kenya (ibid., par. 328), Birleşik Krallık (ibid., par. 328) ve Türkiye (ibid., par. 364).

38 ICTY Savcılık Bürosu, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (ibid., par. 365).

39 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü (1996), m. 2, par. 6) (ibid., par. 321); Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin İkinci Protokolü (1999), m.1, par. 6 (ibid., par. 322).

maddesindeki değişiklikle uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir kılınan Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolünde de yer almaktadır.⁴⁰ Askeri hedeflere ilişkin bu tanım uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁴¹ Bu tanım bazı ulusal mevzuatlarda da bulunmaktadır.⁴² Ayrıca, bu tanım uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanlarda dile getirilmiştir.⁴³

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, farklı bir askeri hedef tanımının resmi olarak yapılmadığı anlamında, hiç bir aksi uygulamaya rastlanmamıştır. Birleşik Devletlerin uygulamasına ilişkin rapor, bu ülkenin Ek I.Protokolün 52. maddesinin 2. fıkrasındaki tanımın teamüli niteliğini kabul ettiğini ve Birleşik Devletlerin deniz kuvvetleri el kitabında yer alan «düşmanın savaşa ya da savaş çabasını destekleme kapasitesine» gerçek bir katkı şeklindeki düzenlemenin, başka askeri hedefleri saklayan toprak bölgelerini, tesisleri ve savaş gücünü destekleyen ekonomik tesisleri kapsar şekilde bu tanımın geniş anlamda anlaşılması gerektiğini düşünen hükümetin duruşunu yansıttığını göstermektedir.⁴⁴

Yorum

Pek çok Devlet hedef seçimlerini bir saldırının farklı parçalarından değil, bütününden beklenebilecek askeri avantajı değerlendirerek yapacaklarını belirtmişlerdir.⁴⁵ Avustralya, Ekvator ve Birleşik Devletlerin sahra talimnameleri beklenen askeri avantajın saldıran kuvvetler ya da müttefik kuvvetler için artmış bir güvenlik derecesini içerebileceğini belirtmektedirler.⁴⁶

Pek çok sahra talimnamesi askeri hedeflerin içinde ya da yakınında sivil kişilerin bulunmasının bu hedefleri saldırılardan korumadığını belirtmiştir.⁴⁷ Örneğin bir cephane fabrikasında çalışan sivil kişilerin durumu böyledir.

Bu uygulamaya göre, bu kişiler kendileri muharip olmadan, bu askeri hedefe yönelik saldırı riskini paylaşırlar. Bu bakış açısı resmi beyanlarla ve işaret edilen uygu-

40 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmesinin III. Protokolü (1980), m. 1, par. 3 (ibid., par. 321).

41 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, Almanya, Benin, Kanada, Kolombiya, Hırvatistan, İtalya, Kenya, Madagaskar ve Togo (ibid., par. 328), Ekvator (ibid., par. 331) ve Yugoslavya (ibid., par. 340).

42 Bkz., örn. İspanya (ibid., par. 342) ve İtalya'nın mevzuatları (ibid., par. 341).

43 Bkz. örn., Kolombiya (ibid., par. 346) ve Filipinler'in beyanları (ibid., par. 354).

44 Donanma Elkitabı yollama yapan (ibid., par. 339) Birleşik Devletlerin Uygulamasına İlişkin Rapor (ibid., par. 361).

45 Bkz. şu Devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 332), Avustralya (ibid., par. 329), Kanada (ibid., par. 320), İspanya (ibid., par. 320 ve 337), Birleşik Devletler (ibid., par. 359), Fransa (ibid., par. 320), İtalya (ibid., par. 334) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 336).

46 Bkz. Avustralya (ibid., par. 329), Ekvator (ibid., par. 331) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 339) sahra talimnameleri.

47 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 640), Avustralya (ibid., par. 635), Kanada (ibid., par. 636), Kolombiya (ibid., par. 637), Hırvatistan (ibid., par. 638), Ekvator (ibid., par. 639), İspanya (ibid., par. 645-646), Birleşik Devletler (ibid., par. 648), Macaristan (ibid., par. 641), Madagaskar (ibid., par. 642), Yeni Zelanda (ibid., par. 644), Hollanda (ibid., par. 643) ve İsviçre (ibid., par. 647).

lamayla desteklenmiştir.⁴⁸ Bununla birlikte, bu saldırılar orantılılık ilkesine (bkz. Kural 14) ve saldırıda önlem alma zorunluluğuna her zaman saygı göstermek zorundadır (bkz. Kural 15-21). Canlı kalkan kullanma yasağı bu açıdan da önemlidir (bkz. Kural 97).

Örnekler

Devletlerin uygulaması çoğu zaman askeri hedef örneği olarak, içinde düşman muhاریlerin konuşlandığı kurumları, binaları ve konumları, malları ve silahlarıyla birlikte askeri ulaşım ve iletişim araçlarını göstermektedir.⁴⁹ Askeri amaçlar için kullanılabilen sivil ulaşım ve iletişim araçları gibi, askeri ve sivil kullanımı olan tesislere ilişkin olarak ise, uygulama bunların sınıflandırılmasının son tahlilde askeri hedef tanımının uygulanmasının analizine bağlı olduğunu düşünmektedir.⁵⁰ Askeri operasyonları etkin olarak destekleyen ekonomik hedefler de, onlara karşı yapılacak saldırının inkâr edilemez bir askeri avantaj getirmesi koşuluyla, askeri hedef örneği olarak sayılmıştır.⁵¹ Ayrıca, önemli sayıda askeri el kitabı ve resmi beyan tanımıda yer alan koşulları sağlaması durumunda bir yerin askeri hedef teşkil edebileceğini teyit etmektedir.⁵²

Kural 9. – Askeri hedef olmayan tüm mallar sivil nitelikte mallardır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 2, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu

48 Bkz., örn., Belçika (ibid., par. 651) ve Birleşik Devletlerin beyanları (ibid., par. 652-653).

49 Bkz., ibid., par. 417-492 içinde nakledilen uygulama.

50 Bkz., ibid., par. 493-560 içinde nakledilen uygulama.

51 Bkz. ibid., par. 561-596 içinde nakledilen uygulama.

52 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 601), Belçika (ibid., par. 602-604), Benin (ibid., par. 605), Ekvator (ibid., par. 608), İspanya (ibid., par. 615), Birleşik Devletler (ibid., par. 619), Fransa (ibid., par. 609), İtalya (ibid., par. 610611), Madagaskar (ibid., par. 612), Yeni Zelanda (ibid., par. 614), Hollanda (ibid., par. 613), Birleşik Krallık (ibid., par. 618), İsveç (ibid., par. 616) ve Togo (ibid., par. 617), ayrıca şu devletlerin beyanları: Belçika (ibid., par. 622), Kanada (ibid., par. 597 ve 623), İspanya (ibid., par. 597), Birleşik Devletler (ibid., par. 599 et 627-628), Fransa (ibid., par. 598), İtalya (ibid., par. 597), Yeni Zelanda (ibid., par. 597), Pakistan (ibid., par. 599), Hollanda (ibid., par. 597, 599 ve 625), Almanya Federal Cumhuriyeti (ibid., par. 597 ve 624) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 597, 599 ve 626).

oluşturmaktadır. Sivil nitelikteki malların tanımı askeri hedef tanımıyla birlikte okunmalıdır: sadece askeri hedef tanımına uyan mallar saldırı konusu olabilir; diğer mallar saldırılara karşı korunmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Askeri hedefe ilişkin bu tanım Ek I.Protokolün hiç bir çekinceye konu olmayan 52. maddesinin 1. fıkrasında kaleme alınmıştır.⁵³ Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 52. maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.⁵⁴ Tanım sonraki tarihli sözleşmelerde düzenli olarak kullanılmıştır, bu sözleşmeler özellikle Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü, değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü ve III. Protokolüdür.⁵⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün imzalanması sırasında, Mısır, Statüdeki «sivil nitelikteki mallar» kavramını Ek I.Protokolde kaleme alınan tanıma uygun olarak anlamının yerinde olacağını açıklamıştır.⁵⁶

Sivil nitelikteki mallara ilişkin bu tanım, Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkiler de dâhil⁵⁷, çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁵⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu tanım Ek II.Protokole dâhil edilmemiş olsa da, bunun ardından uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan bir sözleşmede yer almıştır, bu sözleşme Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolüdür.⁵⁹ Bu tanım 2001'de oybirliğiyle kabul edilen Sözleşmenin birinci maddesindeki değişikliklerle uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir kılınan Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolünde de yer almaktadır.⁶⁰ Sivil nitelikteki mallara

53 Ek I.Protokol (1977), m. 52, par. 1 (79 lehte, 0 aleyhte ve 7 çekimses oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 660).

54 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 679).

55 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü (1980), m. 2, par. 5 (ibid., par. 661); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 2, par. 7 (ibid., par. 661); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü (1980), m. 1, par. 4 (ibid., par. 662).

56 Mısır, UCM Statüsünün imzalanması sırasındaki beyan (ibid., par. 663).

57 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 665), Fransa (ibid., par. 669), Kenya (ibid., par. 665) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 665).

58 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, Arjantin, Avustralya, Kamerun, Kanada, Kolombiya, İspanya, Birleşik Devletler, Kenya, Madagaskar, Hollanda ve Birleşik Krallık (ibid., par. 665), Benin (ibid., par. 666), Hırvatistan (ibid., par. 667), Ekvator (ibid., par. 668), Birleşik Devletler (ibid., par. 673), Fransa (ibid., par. 669), İtalya (ibid., par. 670), İsveç (ibid., par. 671), Togo (ibid., par. 672) ve Yugoslavya (ibid., par. 674).

59 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 2, par.7 (ibid., par. 661).

60 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü (1980), m. 1, par. 4 (ibid., par. 662).

ilişkin bu tanım uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁶¹

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, farklı bir sivil nitelikteki mallar tanımının resmi olarak yapılmadığı anlamında, hiç bir aksi uygulamaya rastlanmamıştır. Bazı askeri el kitapları sivil nitelikteki malları «askeri amaçlarla kullanılmayan mallar» olarak tanımlamaktadır.⁶² Bu tanım bu kural ile uyumsuz değildir; bu tanım daha ziyade sivil nitelikteki malların askeri amaçlarla kullanıldıkları takdirde askeri hedeflere dönüşerek korumalarını kaybedecekleri hususunun altını çizmektedir (bkz. Kural 10).

Örnekler

Devletlerin uygulamasına göre, sivil bölgeler, köyler, şehirler, iskân bölgeleri, yerleşimler, binalar ve evler ve okullar⁶³, sivil ulaşım araçları⁶⁴, hastaneler, sıhhi binalar ve teşekküller⁶⁵, tarihi eserler, ibadet yerleri ve kültürel mallar⁶⁶, ve doğal yerler⁶⁷ son tahlilde askere hedefe dönüşmemeleri koşuluyla, “a priori” sivil nitelikte mallar olarak kabul edilirler (bkz. Kural 10). Bu tür mallara yönelik saldırılar genellikle kınanmıştır.⁶⁸

Kural 10. – Sivil mallar askeri hedef oluşturmaları durumu dışında ve askeri hedef oluşturdukları süre dışında, saldırılara karşı korunurlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 2, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır.

61 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, Kolombiya, Kenya ve Madagaskar (ibid., par. 665), Benin (ibid., par. 666), Hırvatistan (ibid., par. 667), Ekvator (ibid., par. 668), İtalya (ibid., par. 670), Togo (ibid., par. 672) ve Yugoslavya (ibid., par. 674).

62 Bkz., şu Devletlerin el kitapları: Benin (ibid., par. 666), Hırvatistan (ibid., par. 667), Fransa (ibid., par. 669), İtalya (ibid., par. 670) ve (ibid., par. 672).

63 Bkz. ibid., par. 199-264 içinde nakledilen uygulama.

64 Bkz. ibid., par. 265-315 içinde nakledilen uygulama.

65 Bkz. II.cilt, 7. alt bölüm içinde nakledilen uygulama.

66 Bkz. II. cilt, 12. alt bölüm içinde nakledilen uygulama.

67 Bkz. II. cilt, ch. 14. alt bölüm içinde nakledilen uygulama.

68 Bkz., örn., AB ve üye devletleri, Birleşik Devletler ve SSCB (II. cilt, 2. Alt bölüm, par. 147 içinde nakledilmiştir), Hırvatistan (ibid., par. 145), Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Arap Emirlikleri (ibid., par. 157), Mozambik (ibid., par. 152), Birleşik Krallık (ibid., par. 159) ve Slovenya'nın (ibid., par. 155) beyanları.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivil nitelikteki malların korumalarını kaybetmelerini sadece askeri hedeflerin saldırı konusu yapılabileceklerini düzenleyen temel kural ile birlikte okumak gerekir. Bundan, sivil nitelikteki bir mal sivil niteliğini kaybedecek ve askeri hedef statüsünü kazanacak şekilde kullanıldığında, saldırı konusu olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu düşünce, «askeri hedef olmamaları koşuluyla» sivil mallara kasti saldırılarda bulunmayı savaş suçu olarak tanımlayan Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsünde karşımıza çıkmaktadır.⁶⁹

Önemli sayıda askeri el kitabı sivil nitelikteki malların askeri hedef oluşturmaları durumunda ve askeri hedef oluşturdukları süre boyunca, saldırılara karşı korumalarını kaybettiklerine ilişkin kuralı içermektedir.⁷⁰ Bu kapsamda, sivil nitelikteki malların korunmasını kaybetmesi sıklıkla «askeri amaçlarla kullanılan» ya da «askeri eylemler için kullanılan» ifadeleriyle dile getirilmektedir.⁷¹ Bu ifadeler bu kural ile uyumsuz değildirler ve her halükarda, 8. kuralda yer alan askeri hedeflere ilişkin tanımı kabul etmiş Devletlerce kullanılmaktadırlar.

Malın statüsüne ilişkin şüphenin bulunduğu durumlar

Bir malın şüphe halinde nasıl sınıflandırılacağı tamamen açık değildir. Ek I.Protokol «şüphe halinde, ibadet yeri, ev, başka tür bir yerleşim ya da okul gibi, normalde sivil kullanıma hasredilen bir malın askeri harekete gerçek bir katkıda bulunma amacıyla kullanılmadığı varsayılır» düzenlemesiyle bir cevap getirmektedir.⁷² Bu düzenleme hiç bir çekinceye konu olmamıştır. Üstelik Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 52. maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.⁷³ Şüphe halinde sivil nitelik karinesi Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolünde de yer almaktadır.⁷⁴

69 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) ii); ayrıca Bkz. m. 8, par. 2, bent b) ix) ve m. 8, par. 2, bent e) iv) (dine, eğitime, sanata, bilime ya da hayır işlerine vakfedilmiş binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandıkları yerlere karşı saldırılar) ve m. 8, par. 2, bent b) v) (savunulmayan şehirlere, köylere, yerleşimlere ya da binalara karşı saldırılar).

70 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (II. cilt, 2. alt bölüm, par. 687 içinde nakledilmiştir), Belçika (ibid., par. 688), Kamerun (ibid., par. 689), Kanada (ibid., par. 690), Kolombiya (ibid., par. 691), (ibid., par. 692), İspanya (ibid., par. 703), Birleşik Devletler (ibid., par. 704-705), Fransa (ibid., par. 693), İsrail (ibid., par. 694), İtalya (ibid., par. 695), Kenya (ibid., par. 696), Madagaskar (ibid., par. 697), Yeni Zelanda (ibid., par. 701), (ibid., par. 698-700) ve Rusya (ibid., par. 702).

71 Bkz., örn., Avustralya (ibid., par. 687), Kanada (ibid., par. 690), Birleşik Devletler (ibid., par. 705 ve 710-711), Hollanda (ibid., par. 700) ve Rusya'nın (ibid., par. 702) uygulaması.

72 Ek I.Protokol (1977), m. 52, par. 3 (79 lehte, 0 aleyhte ve 7 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 719).

73 Meksika, CDDH sırasında beyan(ibid., par. 751).

74 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8, bent a) (ibid., par. 720).

Ek I.Protokolde dile getirilen bir malın sivil niteliğine ilişkin karine önemli sayıda devletin sahra talimnamelerinde da yer almaktadır.⁷⁵ Birleşik Devletlerin hava kuvvetleri el kitabı bu kuralı içermesine rağmen⁷⁶, 1992'de Birleşik Devletler Savunma Departmanınca Kongreye sunulan bir raporda bu kuralın teamüli olmadığı ve bir malın kesin kullanımını belirleme görevini savunmada olana değil saldırıda bulunana verdiği, yani bu sorumluluğu malı kontrol edene değil etmeyene verdiği için, geleneksel savaş hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu dengesizlik, saldırıdan muhariplerde nadiren bulunan bir kesinlik isteyerek, savaşın gerçeklerine ters düşecektir. Diğer yandan, savunmada bulunana sivil ve askeri malları ayırma yükümlülüğünü savsaklaması konusunda cesaretlendirecektir.⁷⁷ İsrail'in uygulamasına ilişkin rapora göre, İsrail Devleti bu karinenin sadece sahadaki kumandanın zayıf bir yanlış yapma olasılığının değil, «önemli» bir şüphenin var olabileceğini düşündüğü zaman uygulanacağını düşünmektedir. Bunun sonucunda, saldırıya ya da saldırmama kararı, saldırıda bulunmamayı haklı göstermeye yetecek kadar büyük bir yanlış riskinin bulunup bulunmadığına karar vermek zorunda olan sahadaki kumandana aittir.⁷⁸

Öncekilerin ışığında, şüphe halinde, bir saldırıya izin vermek için eldeki bilgilerin yeterli olduğunu belirlemek amacıyla somut olayın koşullarını ve zorunluluklarını dikkatlice değerlendirmenin uygun olduğu açıkça görülmektedir. Şüpheli görülen her malın hukuken saldırılabilir olduğu otomatik olarak kabul edilemez. Bu, diğer yandan, saldırıda mümkün olan her türlü önlemi alma, özellikle, saldırıya uğrayacak malların sivil nitelikteki mallar değil saldırılabilir askeri hedefler olduğunu kontrol etmek zorunluluğuyla uyumludur (bkz. Kural 16).

75 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 733), Arjantin (ibid., par. 725), Avustralya (ibid., par. 726), Benin (ibid., par. 727), Kamerun (ibid., par. 728), Kanada (ibid., par. 729), Kolombiya (ibid., par. 730), Hırvatistan (ibid., par. 731), İspanya (ibid., par. 741), Birleşik Devletler (ibid., par. 744), Fransa (ibid., par. 732), Macaristan (ibid., par. 734), İsrail (ibid., par. 735), Kenya (ibid., par. 736), Madagaskar (ibid., par. 737), Yeni Zelanda (ibid., par. 739), Hollanda (ibid., par. 738), İsveç (ibid., par. 742) ve Togo (ibid., par. 743).

76 Birleşik Devletler, Air Force Pamphlet (ibid., par. 744).

77 Birleşik Devletler, Department of Defense, Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War (ibid., par. 752).

78 İsrail'in uygulamasına ilişkin rapor (ibid., par. 749).

AYIRIM GÖZETMEYEN SALDIRILAR

Kural 11. – Ayırım gözetmeyen saldırılar yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 3, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ayırım gözetmeyen saldırı yasağı Ek I.Protokolün 51. maddesinin 4. fıkrasında kaleme alınmıştır.¹ Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında Fransa, 4. fıkranın «karmaşıklığıyla, bir işgalciye karşı askeri savunma operasyonlarının yürütülmesine önemli bir şekilde zarar vereceğini ve böylelikle Birleşmiş Milletler Şartının 51. maddesine tanınan meşru müdafaa doğal hakkının kullanımını tehlikeye sokacağını» düşündüğü için 51. Maddeye karşı ret oyu kullanmıştır.² Bununla birlikte Fransa, Ek I.Protokolü onayladığında, bu hükme çekince koymamıştır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmaması gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.³ Ayırım gözetmeyen saldırı yasağı Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolünde ve değiştirilmiş şekliyle II. Protokolünde de yer almaktadır.⁴ Çok önemli sayıda askeri el kitabı ayırım gözet-

1 Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 4 (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oyla kabul edilmiştir) (II. cilt, 3. alt bölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir).

2 Fransa, CDDH sırasında beyan (ibid., par. 73).

3 Meksika, CDDH sırasında beyan (ibid., par. 228).

4 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü (1980), m. 3, par. 3 (ibid., par. 4); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8 (ibid., par. 4).

meyen saldırıların yasak olduğunu açıkça belirtmektedir.⁵ Önemli sayıda devlet bu saldırıları suç olarak düzenleyen mevzuata sahiptir.⁶ Yasak resmi beyanlarca ve rapor edilen uygulamaca desteklenmiştir.⁷ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkini de kapsamaktadır.⁸

Nükleer Silahlar ve Nükleer Silahlar (OMS) davalarında, Uluslararası Adalet Divanına sundukları layihalarda, pek çok Devlet nükleer silahlarla yapılan bir saldırının Uluslararası İnsancıl Hukuku ihlali olup olmadığına ilişkin soruya ilişkin görüşlerinde ayırım gözetmeyen saldırı yasağını ileri sürmüştür.⁹

ICRC 1973 Ekiminde -Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına ayırım gözetmeyen saldırı yasağına saygı göstermeleri için çağrıda bulunduğu ilgili Devletler olumlu yanıt vermişlerdir (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye).¹⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ayırım gözetmeyen saldırı yasağı Ek II.Protokol tasarısında yer almaktaydı, fakat bu yasak konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik

-
- 5 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 12 et 27), Almanya (ibid., par. 18), Arjantin (ibid., par. 12-13), Avustralya (ibid., par. 12 ve 14), Belçika (ibid., par. 12), Benin (ibid., par. 12), Kamerun (ibid., par. 15), Kanada (ibid., par. 12 ve 16), Ekvator (ibid., par. 17), İspanya (ibid., par. 12), Fransa (ibid., par. 12), Hindistan (ibid., par. 19), Endonezya (ibid., par. 12), İsrail (ibid., par. 12 ve 21), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 12), Yeni Zelanda (ibid., par. 12 ve 24), Hollanda (ibid., par. 12 ve 23), Birleşik Krallık (ibid., par. 12), Rusya (ibid., par. 26), İsveç (ibid., par. 12), İsviçre (ibid., par. 29) ve Togo (ibid., par. 12).
- 6 Bkz., örn., şu Devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 32), Avustralya (ibid., par. 34), Beyaz Rusya (ibid., par. 35), (ibid., par. 36), Bosna Hersek (ibid., par. 37), Kanada (ibid., par. 38), Çin (ibid., par. 39), Kıbrıs (ibid., par. 43), Kolombiya (ibid., par. 40), Hırvatistan (ibid., par. 42), İspanya (ibid., par. 58), Estonya (ibid., par. 45), Gürcistan (ibid., par. 46), Cook Adaları (ibid., par. 41), Endonezya (ibid., par. 47), İrlanda (ibid., par. 48), Litvanya (ibid., par. 51), Nijer (ibid., par. 55), Norveç (ibid., par. 56), Yeni Zelanda (ibid., par. 53), Hollanda (ibid., par. 52), Birleşik Krallık (ibid., par. 61), Slovenya (ibid., par. 57), İsveç (ibid., par. 59), Tacikistan (ibid., par. 60), Yugoslavya (ibid., par. 62) ve Zimbabve (ibid., par. 63); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 32), El Salvador (ibid., par. 44), Ürdün (ibid., par. 49), Lübnan (ibid., par. 50) ve Nikaragua (ibid., par. 54).
- 7 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 92), Almanya (ibid., par. 76), Bosna Hersek (ibid., par. 66), Botswana (ibid., par. 67), Birleşik Devletler (ibid., par. 98), Finlandiya (ibid., par. 72), Irak (ibid., par. 80-81), İran (ibid., par. 79), Malezya (ibid., par. 83), Polonya (ibid., par. 89), Birleşik Krallık (ibid., par. 95-97), Slovenya (ibid., par. 91), İsveç (ibid., par. 93), Suriye (ibid., par. 94) ve Yugoslavya (ibid., par. 100), Fransa, İsrail, Lübnan ve Suriye'den (ibid., par. 75)oluşan 1996 İsrail-Lübnan Ateşkes Antlaşmasının Uygulanmasını İzleme Grubu (Monitoring Group on the Implementation of the 1996 Israel-Lebanon Ceasefire Understanding), ayrıca Malezya'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 84).
- 8 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulamaları: Güney Afrika (ibid., par. 92), Çin (ibid., par. 39), Birleşik Devletler (ibid., par. 30 ve 98), Fransa (ibid., par. 74), Hindistan (ibid., par. 19), Endonezya (ibid., par. 12), Irak (ibid., par. 80), İran (ibid., par. 79), İsrail (ibid., par. 12 ve 21), Kenya (ibid., par. 12), Malezya (ibid., par. 83-84) Birleşik Krallık (ibid., par. 12 ve 95-97).
- 9 Bkz., örn., şu devletlerin layihaları: Avustralya (ibid., par. 65), Birleşik Devletler (ibid., par. 99), Hindistan (ibid., par. 77), Meksika (ibid., par. 85) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 86).
- 10 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 139).

bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.¹¹ Bu nedenle, her ne kadar Protokolün 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sivil halka karşı her türlü saldırı yasağından çıkarılabilsede, Ek II.Protokolde bu kural yer almamaktadır.¹² Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede yer almaktadır, bu sözleşme Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmesinin değiştirilmiş şekliyle II.Protokolüdür.¹³ Ayrıca, yasak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka hukuki belgelerde de bulunmaktadır.¹⁴

Ayırım gözetmeyen saldırı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.¹⁵ Önemli sayıda Devlet ne tür olursa olsun silahlı çatışmalarda bu tür saldırıları suç olarak düzenleyen mevzuata sahiptir.¹⁶ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bazı resmi beyanlar bu kurala değinmektedir.¹⁷ Uluslararası Adalet Divanı ötündeki Nükleer Silahlar davasında sunulan, yukarıda sözü edilen görüşler, tüm çatışma türlerine uygulanabilir şekilde genel terimlerle dile getirilmiştir.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin hiç bir aksi resmi uygulamaya rastlanmamıştır. Bu kuralın ister uluslararası ister uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, ihlalleri genellikle Devletlerce kınanmıştır.¹⁸ Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler de, örneğin Afganistan, Bosna-Hersek, Burundi,

11 ICRC tarafından CDDH'ya sunulan Ek II.Protokol tasarısı, m. 26, par. 3 (ibid., par. 3).

12 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch et Waldemar A. Solf (éd.), New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 677.

13 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8 (II. Cilt, 3. alt bölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir).

14 Bkz. örn. Hırvatistan ile Federal sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 6); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992) (1992), par. 2.5 (ibid., par. 7); San Remo El Kitabı(1994), par. 42 (ibid., par. 8); Filipinler'de İnsan Haklarına ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm III, m. 2(4) (ibid., par. 10); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.5 (ibid., par. 11).

15 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 12 ve 27), Almanya (ibid., par. 18), Avustralya (ibid., par. 12 ve 14), Benin (ibid., par. 12), Ekvator (ibid., par. 17), Hindistan (ibid., par. 19-20), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 12) ve Togo (ibid., par. 12).

16 Bkz., örn., şu Devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 33), Beyaz Rusya (ibid., par. 35), Belçika (ibid., par. 36), Bosna Hersek (ibid., par. 37), Kolombiya (ibid., par. 40), Hırvatistan (ibid., par. 42), İspanya (ibid., par. 58), Estonya (ibid., par. 45), Gürcistan (ibid., par. 46), Litvanya (ibid., par. 51), Nijer (ibid., par. 55), Norveç (ibid., par. 56), Slovenya (ibid., par. 57), İsveç (ibid., par. 59), Tacikistan (ibid., par. 60) ve Yugoslavya (ibid., par. 62); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 32), El Salvador (ibid., par. 44), Ürdün (ibid., par. 49) ve Nikaragua (ibid., par. 54).

17 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 76), Hindistan (ibid., par. 77-78), Malezya (ibid., par. 83-84) ve Slovenya (ibid., par. 91).

18 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 92), Bosna Hersek (ibid., par. 66), Botswana (ibid., par. 67), Birleşik Devletler (ibid., par. 98), Irak (ibid., par. 80-81), İran (ibid., par. 79), Malezya (ibid., par. 83), Birleşik Krallık (ibid., par. 95-97), Slovenya (ibid., par. 91) ve Yugoslavya (ibid., par. 100).

Yukarı Karabağ, Kosova, Çeçenistan ve Sudan çatışmaları kapsamında, bu kuralın ihlalini kınamıştır.¹⁹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihadı hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ayırım gözetmeyen saldırı yasağına ilişkin ek deliller sağlamaktadır.²⁰

1986'da toplanan XXV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, «savaş kuralları ve adetlerini ihlal eden sivil halkın mağduru olduğu ayırım gözetmeyen saldırılar»dan yakınmıştır.²¹ ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına ayırım gözetmeyen saldırıdan kaçınma yükümlülüklerini hatırlatmıştır.²²

Kural 12. – «Ayırım gözetmeyen saldırı» ifadesinden şunlar anlaşılacaktır:

- a) belirli bir askeri hedefe yöneltilmeyen saldırılar;
- b) içinde belirli bir askeri hedefe yöneltilmeyecek savaş yöntemi ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da
- c) etkileri uluslararası insancıl hukukun belirttiği gibi sınırlandırmayacak savaş yöntemi ve araçlarının kullanıldığı saldırılar ve sonuç olarak, bu durumların her birinde, ayırım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivil kişileri ya da sivil nitelikteki malları vuran saldırılar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 3, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir kuralını oluşturmaktadır.

19 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 1199 (ibid., par. 102) ve Başkanın beyanı (ibid., par. 103); BM Genel Kurulu, karar 40/137 (ibid., par. 106), karar 48/153, 49/196 ve 50/193 (ibid., par. 107), karar 51/112 (ibid., par. 108), karar 53/164 (ibid., par. 109), karar 55/116 (ibid., par. 110); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1987/58 ve 1995/74 (ibid., par. 111), karar 1992/S-2/1 ve 1993/7 (ibid., par. 112), karar 1994/75 ve 1995/89 (ibid., par. 113), karar 1995/77, 1996/73, 1997/59 ve 1998/67 (ibid., par. 114), karar 1998/82 (ibid., par. 115), karar 2000/58 (ibid., par. 116); Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, Yukarı Karabağ ile ilgili beyan (ibid., par. 125) ve Bosna-Hersek ile ilgili beyan (ibid., par. 126); Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi, karar 1055 (ibid., par. 127); AB, Dışişleri Bakanları, Yugoslavya ile ilgili beyan (ibid., par. 128); AK, Gorazde bombardmanı ile ilgili beyan ve Yugoslavya ile ilgili beyan (ibid., par. 129); AB, Bakanlar Komitesi, Konsey Tüzüğü (AK) 1901/98 (ibid., par. 130); Avrupa Konseyi, SN 100/00, Başkanlığın Sonuçları (ibid., par. 131).

20 ICTY, Savcı Duško Tadić'e karşı, savunmanın yetkisizlik ilk itirazına ilişkin karar (ibid., par. 134), Savcı Dario Kordić ve Mario Cerkez'e karşı, savunmanın başvurusuna ilişkin karar (ibid., par. 136) ve Savcı Zoran Kupreškić ve dava ortaklarına karşı, karar (ibid., par. 137).

21 XXV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar I (ibid., par. 133).

22 Bkz., örn., ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 139-142, 144- 154 ve 156 -157).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ayırım gözetmeyen saldırı yasağı Ek I.Protokolün 51. maddesinin 4. Fıkrasının a) bendinde kaleme alınmıştır.²³ Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında Fransa, 4. fıkranın «karmaşıklığıyla, bir işgalciye karşı askeri savunma operasyonlarının gidişatına önemli bir şekilde zarar vereceğini ve böylelikle Birleşmiş Milletler Şartının 51. maddesine tanınan meşru müdafaa doğal hakkının kullanımını tehlikeye sokacak nitelikte» olduğunu düşündüğü için 51. maddeye ret oyu kullanmıştır.²⁴ Bununla birlikte Fransa, Ek I.Protokolü onayladığında, bu hükme çekince koymamıştır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. maddesinin «özünü reddederek Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.²⁵ Diplomatik Konferansın III. Komisyonunun faaliyetlerine ilişkin bir rapor ayırım gözetmeyen saldırıların uygun bir tanımının bu kuralda sözü edilen üç tür saldırıyı kapsamı gerektiği konusunda genel bir mutabakat olduğunu göstermektedir.²⁶ c) bendi dışında, ayırım gözetmeyen saldırılara ilişkin bu yasak Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolünde ve değiştirilmiş şekliyle II. Protokolünde de yer almaktadır.²⁷

Ayırım gözetmeyen saldırıların bu tanımı tam ya da kısmi olarak çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.²⁸

Bu tanım resmi beyanlarda da kullanılmıştır.²⁹ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan Devletlerinkini de kapsamaktadır.³⁰

23 Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 4, bent a) (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 164).

24 Fransa, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 73).

25 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 228 ve 268).

26 CDDH'nin III. Komisyonunun raporu (ibid., par. 200).

27 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü (1980), m. 3, par. 3, bent a) (ibid., par. 165); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8, bent a) (ibid., par. 166).

28 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 176), Almanya (ibid., par. 170, 212 ve 256), Avustralya (ibid., par. 170, 212 ve 256), Belçika (ibid., par. 170, 212 ve 256), Benin (ibid., par. 171), Kanada (ibid., par. 170, 212 ve 256), Ekvator (ibid., par. 172 ve 213), İspanya (ibid., par. 170, 212 ve 256), Birleşik Devletler (ibid., par. 179-180, 215-217 ve 258), İsrail (ibid., par. 173, 214 ve 257), Kenya (ibid., par. 174), Nijerya (ibid., par. 175), Yeni Zelanda (ibid., par. 170, 212 ve 256), Hollanda (ibid., par. 170, 212 ve 256), Birleşik Krallık (ibid., par. 178), İsveç (ibid., par. 170, 212 ve 256), Togo (ibid., par. 177) ve Yugoslavya (ibid., par. 259); ayrıca Bkz. şu Devletlerin kanun tasarıları: El Salvador (ibid., par. 181, 218 ve 260) ve Nikaragua (ibid., par. 182, 219 ve 261).

29 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Kanada (ibid., par. 221), Kolombiya (ibid., par. 184), Birleşik Devletler (ibid., par. 192-195 ve 233-237), Hindistan (ibid., par. 185 ve 224), Irak (ibid., par. 225), İtalya (ibid., par. 226), Ürdün ve Birleşik Devletler (ibid., par. 186 ve 227), Meksika (ibid., par. 188 ve 228-229), Nauru (ibid., par. 230), Demokratik Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 223), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 222), Birleşik Krallık (ibid., par. 191 ve 232), Ruanda (ibid., par. 190) ve Sri Lanka (ibid., par. 231).

30 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 186, 227 et 267) ve Hindistan (ibid., par. 185, 224 ve 265).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Her ne kadar mevcut kuralda yer alan tanımın a) ve b) bentleri, Protokolün 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sivil halka karşı her türlü saldırı yasağından çıkarılabilseler de, Ek I. Protokolde ayırım gözetmeyen saldırıların tanımı yer almaktadır.³¹ c) bendi dışında, bu tanım uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede de yer almaktadır, bu sözleşme özellikle Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolüdür.³² Ayrıca, bu tanım uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan diğer hukuki belgelerde de yer almaktadır.³³

Ayırım gözetmeyen saldırıların bu tanımı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında da yer almaktadır.³⁴ Bu tanım resmi beyanlarca da desteklenmiştir.³⁵

1981'de toplanan XXIV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, genel olarak silahlı çatışmaların taraflarına «belirli bir askeri hedefe yöneltilmeyen ya da etkileri sınırlandırılmayan savaş yöntem ve araçlarını kullanmama» çağrısında bulunmuştur.³⁶

Hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ayırım gözetmeyen saldırıların tanımının teamüli niteliği, Uluslararası Adalet Divanı ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihatlarıncı desteklenmiştir. Nükleer Silahlar davasına ilişkin danışma görüşünde, Uluslararası Adalet Divanı, sivil hedefler ile askeri hedefler arasında ayırım yapamayacak nitelikteki silahları kullanma yasağının uluslararası teamül hukukunun «çığnenemez» bir ilkesini oluşturduğunu açıklamıştır. Divan, bu ilke uyarınca, uluslararası insancıl hukukun «muharipleri ve sivil halkı ayırım gözetmeksizin vurdukları» gerekçesiyle bazı tür silahları çok erken dönemde yasakladığını tespit etmiştir.³⁷ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza

31 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch et Waldemar A. Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 677.

32 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8, bent a) (II. cilt, 3. alt bölüm, par. 166 içinde nakledilmiştir).

33 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 167, 209 ve 253); Bosna-Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 168, 210 ve 254); San Remo El Kitabı (1994), par. 42, bent b) (ibid., par. 169, 211 ve 255).

34 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 170, 212 ve 256), Avustralya (ibid., par. 170, 212 ve 256), Benin (ibid., par. 171), Ekvator (ibid., par. 172 ve 213), Kenya (ibid., par. 174), Nijerya (ibid., par. 175), Togo (ibid., par. 177) ve Yugoslavya (ibid., par. 259).

35 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 186, 195, 227, 236 ve 267), Hindistan (ibid., par. 185, 224 ve 265) ve Ürdün (ibid., par. 186, 227 et 267); ayrıca Bkz. şu devletlerin kanun tasarıları: El Salvador (ibid., par. 181, 218 ve 260) ve Nikaragua (ibid., par. 182, 219 ve 261).

36 XXIV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XIII (ibid., par. 242 ve 279).

37 UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 243).

Mahkemesi 1996'da Martić davasında iddianameyi ele alırken parça tesirli bombaların kullanımının, belirli bir askere hedefe yöneltilemeyen savaş yöntem ya da aracı kullanarak ayırım gözetmeyen saldırı yasağı da dâhil olmak üzere, uluslararası teamül hukuku açısından hukukiliğini incelemiştir.³⁸

Bu kuralın aksine hiç bir resmi uygulamaya rastlanmamıştır. Ayırım gözetmeyen saldırının başka hiç bir tanımı resmi olarak ileri sürülmemiştir ve genel olarak 11. Kural çerçevesinde ayırım gözetmeyen saldırılar hakkında yapılan yorumlar bazı olaylarda ya da hatta çok sayıda olayda, 12. Kuralda yer aldığı şekliyle ayırım gözetmeyen saldırılar kavramına dayanabilmektedir, zira başka hiç bir tanım bulunmamaktadır.

Yorum

Ayırım gözetmeyen saldırıların bu tanımı ayırt etme ilkesinin ve genel olarak uluslararası insancıl hukukun bir uygulamasını oluşturmaktadır. 12 a) kuralı, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan, sivil halka saldırı yasağının (bkz. Kural 1) ve sivil nitelikteki mallara saldırı yasağının (bkz. Kural 7) bir uygulamasıdır. 12 b) kuralı da sivil kişilere ya da sivil nitelikteki mallara saldırı yasaklarının (bkz. Kural 1 ve 7) bir uygulamasıdır. Ayırım gözetmeyecek nitelikteki silahlara ilişkin hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan yasak (bkz. Kural 71), 12 b) kuralında yer alan ayırım gözetmeyen saldırılar tanımı üzerine kurulmuştur. Son olarak, 12 c) kuralı Uluslararası İnsancıl Hukukun talep ettiği şekilde sınırlanamayan savaş yöntem ya da araçlarının yasaklanmasına ilişkin mantığın sonucudur. Bununla birlikte, bu düşünce şekli, zorunlu olarak bu sınırların doğasına ilişkin soruyu ortaya çıkarmaktadır.

Bu açıdan uygulama, etkileri ne zamanla ne mekânla sınırlanabilen ve askeri hedefleri ve sivil kişileri ya da sivil nitelikteki malları ayırım gözetmeden vurmaya ilişkin kuvvetli risk taşıyan silahları düşünmeye sevk etmektedir.

Birleşik Devletler hava kuvvetleri el kitabı biyolojik silahlar örneğini vermektedir.³⁹ Her ne kadar biyolojik silahlar askeri hedeflere yöneltilebilse de, doğaları, atılmalarından sonra etkilerinin kullanan kişinin kontrolünden çıktığını ve zorunlu olarak aşırı sayıda sivil kurban yaratma riski oluşturarak, muharıpler gibi sivilleri de vurabileceğini göstermektedir.

38 ICTY, Savcı Milan Martić'e karşı, iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 246).

39 Birleşik Devletler, Air Force Pamphlet (ibid., par. 258).

Kural 13. – Bir şehir, kasaba, köy ya da aynı ölçüde sivilleri ya da sivil nitelikteki malları içeren yerlerde konuşlanmış olan ve açıkça ayırt edilmiş olan askeri hedefleri tek bir hedef olarak gören her türlü yöntem veya araç ile bombardıman saldırılarında bulunmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 3, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre, bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukukunun bir normunu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ek I.Protokole göre, bir şehir, kasaba, köy ya da aynı ölçüde sivilleri ya da sivil nitelikteki malları içeren yerlerde konuşlanmış olan ve açıkça ayırt edilmiş olan askeri hedefleri tek bir hedef olarak gören her türlü yöntem veya araç ile bombardıman saldırıları ayırım gözetmeyen saldırılardır ve bu yüzden yasaktır.⁴⁰

«Alan bombardımanları» yasağı Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkiler de dâhil olmak üzere⁴¹ önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁴²

ICRC 1973 Ekiminde -Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına alan bombardımanları yasağına saygı göstermeleri için çağrıda bulunduğu ilgili Devletler olumlu yanıt vermişlerdir (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye).⁴³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Alan bombardımanları yasağı Ek II.Protokol taslağında yer almaktaydı, fakat bu tanım, konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir

40 Ek I.Protokol (1977), m. 51, par. 5, bent a) (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 283).

41 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 296), Avustralya (ibid., par. 290-291), Belçika (ibid., par. 292), Benin (ibid., par. 293), Kanada (ibid., par. 294), Hırvatistan (ibid., par. 295), İspanya (ibid., par. 303), Birleşik Devletler (ibid., par. 308), İsrail (ibid., par. 297), İtalya (ibid., par. 298), Kenya (ibid., par. 299), Madagaskar (ibid., par. 300), Yeni Zelanda (ibid., par. 302), Hollanda (ibid., par. 301), Birleşik Krallık (ibid., par. 307), İsveç (ibid., par. 304), İsviçre (ibid., par. 305) ve Togo (ibid., par. 306).

42 Bkz. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 308), İsrail (ibid., par. 297), Kenya (ibid., par. 299) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 307).

43 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 321).

dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.⁴⁴ Bu nedenle, her ne kadar Protokolün 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sivil halka karşı her türlü saldırı yasağından çıkarılabilsede, Ek II.Protokolde bu kural yer almamaktadır.⁴⁵ Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede yer almaktadır, bu sözleşme Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmesinin değiştirilmiş şekliyle II.Protokolüdür.⁴⁶ Ayrıca, yasak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka hukuki belgelerde de bulunmaktadır.⁴⁷

Alan bombardımanları yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁴⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli bir kuralın varlığı sonucu şu gerekçeyle desteklenmektedir: «alan» bombardımanları ayırım gözetmeyen bir saldırı türü olarak kabul edildiğine göre ve ayırım gözetmeyen saldırılar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yasak olduğuna göre, bundan zorunlu olarak alan bombardımanlarının uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yasak olduğu sonucu çıkmaktadır.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi resmi uygulamaya rastlanmamıştır.

Yorum

Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Birleşik Devletler, alan bombardımanları tanımını içindeki «açıkça aralıklı» kelimelerinin, «bireysel askeri hedeflere ayrı ayrı saldırılabilmesi için yeterince büyük» bir mesafeyi zorunlu kıldığını belirtmiştir.⁴⁹ Bazı başka devletler bu bakış açısını desteklemiştir.⁵⁰

44 ICRC tarafından CDDH'ya sunulan Ek II.Protokol taslağı, m. 26, par 3, bent a) (ibid., par. 284).

45 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch ve Waldemar A. Solf (éd.), New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 677.

46 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 9 (II. cilt, 3. altbölüm, par. 285 içinde nakledilmiştir).

47 Bkz. örn., Hırvatistan ve Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 288); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 289).

48 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 296), Avustralya (ibid.,par. 290), Benin (ibid., par. 293), Hırvatistan (ibid., par. 295), İtalya (ibid., par. 298), Kenya (ibid., par. 299), Madagaskar (ibid., par. 300) ve Togo (ibid., par. 306).

49 Birleşik Devletler, CDDH sırasında beyan(ibid., par. 315).

50 Bkz. CDDH sırasında Kanada (ibid., par. 311), Mısır (ibid., par. 312) ve Birleşik Arap Emirlikleri'nin (ibid., par. 314) beyanları.

SALDIRIDA ORANTILILIK

Kural 14. – Beklenen doğrudan ve somut askeri avantaja göre, sivil halk arasında aşırı düzeyde yaşam kaybına, yaralanmaya, sivil malların zarar görmesine ya da bunların hepsine birden neden olabilecek saldırılarda bulunmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 4.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Saldırıda orantılılık ilkesi Ek I.Protokolün 51. Maddesinin 5 b) fıkrasında kaleme alınmış ve 57. Maddede tekrar edilmiştir¹. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında Fransa, 51. maddenin 5. fıkrasının «karmaşıklığından dolayı, bir işgalciye karşı askeri savunma operasyonlarına ağır zarar verecek ve Birleşmiş Milletler Şartının 51. Maddesinde tanınan meşru müdafaa doğal hakkının kullanılmasını tehlikeye düşürecek nitelikte» olduğunu düşündüğü için ret oyu kullanmıştır². Bununla birlikte Fransa, Ek I.Protokolü onayladığında, bu hükme çekince koymamıştır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Meksika Ek I.Protokolün 51. maddesinin «özünü reddederek I. Ek I.Protokolle uyumsuz olacağı gerekçesiyle hiç bir çekinceye konu olmamaları gerekecek» derecede önemli olduğunu açıklamıştır.³ Yine

1 Ek I.Protokol, 51(5)(b) nci md.(77 oy lehte, bir karşıt ve 16 yoklukla Kabul edilmiştir)(Vol.II, Ks.4, no.1 de belirtilmiştir) ve Md.57(2)(a)(iii)(90 oy lehte, karşıt oy yok ve 4 yoklukla Kabul edilmiştir) (Vol.II, Ks.5, no.325 te belirtilmiştir).

2 Fransa, CDDH sırasındaki beyan (II. cilt, 4. alt bölüm, par. 89 içinde nakledilmiştir).

3 Meksika, CDDH sırasındaki beyan (vol. II. cilt, 1. altbölüm, par. 307 içinde nakladilmiştir).

diplomatik konferans sırasında, pek çok Devlet, orantılılık ilkesinin sivil halk için bir tehlike oluşturduğuna ilişkin görüşü dile getirmiş fakat meşru hedeflere yönelik saldırıların arızı olarak neden olduğu zararlara ilişkin sorunu çözmek için başka bir çözüm önermemiştir.⁴ Birleşik Krallık 51. Maddenin 5. fıkrasının, «tüm devletlerce kısa sürede uluslararası silahlı çatışma hukukunun kabul edilebilir önemli bir ilkesine dönüşen bir kavramın düzenlenmesi» olduğunu açıklamıştır.⁵

Saldırıda orantılılık ilkesi Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolünde ve bu Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolünde de yer almaktadır.⁶ Bunun dışında, Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsünün ifadesiyle, «beklenen doğrudan ve somut askeri avantaja göre, sivil halk arasında aşırı düzeyde hayat kaybına, yaralanmaya, sivil malların zarar görmesine ya da bunların hepsine birden neden olabileceğini» bilerek saldırıda bulunma eylemi uluslararası silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturmaktadır.⁷

Saldırıda orantılılık ilkesi çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁸ Özellikle İsveç'in uluslararası insancıl hukuk el kitabı, Ek I.Protokolün 51. Maddesinin 5. Fıkrasında kaleme alındığı şekliyle orantılılık ilkesini uluslararası teammül hukukunun bir kuralı olarak tanımlamaktadır.⁹ Önemli sayıda Devletin orantılılık ilkesini çiğneyen bir saldırının suç olduğuna ilişkin mevzuatı vardır.¹⁰ Bu kural resmi beyanlarla desteklenmiştir.¹¹ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olma-

4 Bkz. CDDH sırasındaki şu devletlerin beyanları: Macaristan (II. cilt, 4. altbölüm, par. 93 içinde nakledilmiştir), Polonya (ibid., par. 105), Almanya Demokratik Cumhuriyeti(ibid., par. 90), Romanya (ibid., par. 106) ve Suriye (ibid., par. 112).

5 Birleşik Krallık, CDDH sırasında beyan (ibid., par. 114).

6 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü (1980), m. 3, par. 3 (ibid., par. 4); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü (1996), m. 3, par. 8 (ibid., par. 4).

7 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) iv) (ibid., par. 5); Bkz. ayrıca ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, bent (b) (iv) (ibid., par. 13).

8 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 38), Almanya (ibid., par. 25-26), Avustralya (ibid., par. 14), Belçika (ibid., par. 15), Benin (ibid., par. 16), Kamerun (ibid., par. 17), Kanada (ibid., par. 18-19), Kolombiya (ibid., par. 20), Hırvatistan (ibid., par. 21), Ekvator (ibid., par. 22), İspanya (ibid., par. 39), Birleşik Devletler (ibid., par. 44-48), Fransa (ibid., par. 23-24), Macaristan (ibid., par. 27), Endonezya (ibid., par. 28), İsrail (ibid., par. 29-30), Kenya (ibid., par. 31), Madagaskar (ibid., par. 32), Nijerya (ibid., par. 35-36), Yeni Zelanda (ibid., par. 34), Hollanda (ibid., par. 33), Filipinler (ibid., par. 37), Birleşik Krallık (ibid., par. 43), İsveç (ibid., par. 40), İsviçre (ibid., par. 41) ve Togo (ibid., par. 42).

9 İsveç, UİH El kitabı (ibid., par. 40).

10 Bkz., örn., şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 65), Ermenistan (ibid., par. 50), Avustralya (ibid., par. 51-52), Beyaz Rusya (ibid., par. 53), Belçika (ibid., par. 54), Kanada (ibid., par. 57-58), Kıbrıs (ibid., par. 62), Kolombiya (ibid., par. 59), Kongo (ibid., par. 60),İspanya (ibid., par. 75), Gürcistan (ibid., par. 64), Cook Adaları (ibid., par. 61), İrlanda (ibid., par. 66), Mali (ibid., par. 68), Nijer (ibid., par. 73), Norveç (ibid., par. 74), Yeni Zelanda (ibid., par. 70-71), Hollanda (ibid., par. 69), Birleşik Krallık (ibid., par. 7879),İsveç (ibid., par. 76) ve Zimbabve (ibid., par. 80); ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 49), Burundi (ibid., par. 56), El Salvador (ibid., par. 63), Lübnan (ibid., par. 67), Nikaragua (ibid., par. 72) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 77).

11 Bkz., örn., şu devletlerin resmi beyanları: Almanya (ibid., par. 92), Avustralya (ibid., par. 82), Birleşik Devletler (ibid., par. 119-125), Birleşik Devletler ve Ürdün (ibid., par. 97), Birleşik Krallık (ibid., par. 114-117) ve Zimbabve (ibid., par. 129) ayrıca Birleşik Devletlerin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 127).

yan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkini de kapsamaktadır.¹² ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraf- larına saldırıda orantılılık ilkesine saygı göstermeleri çağrısında bulunduğu, ilgi- li Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.¹³

Ek I.Protokole taraf olmayan devletler de dâhil, önemli sayıda Devlet Nükleer Silahlar ve Nükleer Silahlar (OMS) davalarında, Uluslararası Adalet Divanına sun- dukları layihalarda, nükleer silahlarla yapılan bir saldırının Uluslararası İnsancıl Hukuku ihlali olup olmadığına ilişkin soruya ilişkin görüşlerinde orantılılık ilkesini başvurmuşlardır.¹⁴ Danışma görüşünde Divan, «bir eylemin gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluğuna karar verilmesini sağlayan unsurlardan birinin çevreye saygı» olduğunu kabul etmiştir.¹⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol saldırıda orantılılık ilkesinden açıkça bahsetmemektedir, fakat Başlangıç Bölümünde Protokole uygulanır olduğu açıkça tanımlanan insanlık ilkesin- den ayrılamaz olduğu belirtilmiştir; böylelikle, Protokolün uygulamasında orantılılık ilkesi göz ardı edilemez.¹⁶ İlke uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yeni tarihli bir sözleşmeye dâhil edilmiştir, bu da Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolüdür.¹⁷ Ayrıca bu ilke uluslararası olma- yan silahlı çatışmalara da uygulanan başka hukuki belgelerde de bulunmaktadır.¹⁸

Saldırıda orantılılık ilkesi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.¹⁹ Çok sayıda devletin,

12 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 44 - 48, 97 ve 119 -125), Endonezya (ibid., par. 28), Irak (ibid., par. 96), İsrail (ibid., par. 29-30), Kenya (ibid., par. 31), Filipinler (ibid., par. 37) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 114-117), ayrıca Birleşik Devletlerin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 127).

13 Bkz. ICRC, Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanabilirliğine ilişkin memorandum (ibid.,par. 148).

14 Bkz. şu devletlerin beyanları: Mısır (ibid., par. 87), Birleşik Devletler (ibid., par. 126), Salomon Adaları (ibid., par. 109), Hindistan (ibid., par. 94), İran (ibid., par. 95), Malezya (ibid.,par. 100), Yeni Zelanda (ibid., par. 102), Hollanda (ibid., par. 101), Birleşik Krallık (ibid., par. 118), İsveç (ibid., par. 111), ve Zimbabve (ibid., par. 129).

15 UAD, Nükleer Silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 140).

16 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch ve Waldemar A. Solf (éd.), New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, Lahey, 1982, p. 678.

17 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 8, bent c) (II. cilt, 4. altbölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir).

18 Bkz. örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslavya Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 8); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 9); San Remo El Kitabı (1994), par. 46, bent d) (ibid., par. 10); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.5 (ibid., par. 12).

19 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 38), Almanya (ibid., par. 25-26), Benin (ibid., par. 16), Kanada (ibid., par. 19), Kolombiya (ibid., par. 20), Hırvatistan (ibid., par. 21), Ekvator (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 31), Madagaskar (ibid., par. 32), Nijerya (ibid., par. 35), Filipinler (ibid., par. 37) ve Togo (ibid., par. 42).

hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun, saldırıda orantılılık ilkesinin her türlü ihlali suç olarak düzenleyen mevzuatı vardır.²⁰ 1985’de Askeri Cunta davasında Arjantin Ulusal Temyiz Mahkemesi saldırıda orantılılık ilkesinin uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.²¹ Bu kuraldan bahseden genel olarak silahlı çatışmalara ya da özel olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bir takım resmi beyanlar da vardır.²² Yukarıda sözü edilen Nükleer Silahlar davasında devletlerce Uluslararası Adalet Divanına sunulan layihalar tüm silahlı çatışmalara uygulanır şekilde genel ifadelerle kaleme alınmıştır.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihadı ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun bir raporu, bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek kanıtlar sunmaktadır.²³

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksine hiç bir resmi uygulamaya rastlanmamıştır. Rapor edilen saldırıda orantılılık ilkesinin ihlalleri genellikle devletler tarafından kınanmıştır.²⁴ Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler, örneğin Kosova, Yakın Doğu, Çeçenistan ve Eski Yugoslavya’daki çatışmalar çerçevesinde, bu tür ihlalleri kınamıştır.²⁵

ICRC uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına saldırıda orantılılık ilkesine saygı yükümlülüklerini hatırlatmıştır.²⁶

Yorum

Pek çok Devlet «askeri avantaj» ifadesinin bu saldırının ayrı ya da özel parçalarından değil, bir bütün olarak askeri saldırıdan beklenen avantaja işaret ettiğini teyit etmiştir.²⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesinin ilgili hükmü «beklenen somut ve doğrudan askeri avantajın bütününe oranla» aşırı insan hayatı kayıplarını,

20 Bkz., örn., şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 65), Ermenistan (ibid., par. 50), Beyaz Rusya (ibid., par. 53), Belçika (ibid., par. 54), Kolombiya (ibid., par. 59), İspanya (ibid., par. 75), Niger (ibid., par. 73) ve İsveç (ibid., par. 76); ayrıca Bkz. şu devletlerin kanun taslakları: Arjantin (ibid., par. 49), Burundi (ibid., par. 56), El Salvador (ibid., par. 63) ve Nikaragua (ibid., par. 72).

21 Arjantin, Ulusal Temyiz Mahkemesi, Askeri Cunta Davası (ibid., par. 81).

22 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: İspanya (ibid., par. 110), Birleşik Devletler (ibid., par. 97), Ürdün (ibid., par. 97), Nijerya (ibid., par. 103) ve Ruanda (ibid., par. 108).

23 ICTY, Savcı c. Milan Martić’e karşı, iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 139) ve Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı, karar (ibid., par. 140); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Third report on human rights in Colombia (ibid., par. 138).

24 Bkz. İspanya (ibid., par. 108) ve Ruanda’nın (ibid., par. 106) beyanları ve Kuveyt’in (ibid., par. 97) ve Nijerya’nın (ibid., par. 101) rapor edilen uygulaması.

25 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 1160 ve 1199 (ibid., par. 132), ve karar 1322 (ibid., par. 133); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 2000/58 (ibid., par. 134); Avrupa Topluluğu, Dışişleri Bakanları, Yugoslavya ile ilgili açıklama (ibid., par. 137).

26 Bkz., örn., ICRC’nin uygulaması (ibid., par. 146 ve 148-152).

27 Bkz., şu devletlerin uygulamaları: Almanya (ibid., par. 162, 170 ve 179), Avustralya (ibid., par. 161 ve 167), Belçika (ibid., par. 162, 168 ve 177), Kanada (ibid., par. 162, 169 ve 178), İspanya (ibid., par. 162 ve 173), Birleşik Devletler (ibid., par. 174 ve 183), Fransa (ibid., par. 162 ve 165), İtalya (ibid., par. 162 ve 180), Hollanda (ibid., par. 162 ve 181), Nijerya (ibid., par. 172) Yeni Zelanda (ibid., par. 161 ve 171), ve Birleşik Krallık (ibid., par. 162 ve 182).

sivil halk arasındaki yaralanmaları ve mallara verilen zararı dile getirmektedir.²⁸ Uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin Roma Konferansı sırasında, ICRC suçun tanımına «bütünü» kelimesinin dâhil edilmesinin mevcut hukuku değiştirme amacı taşıdığı biçiminde yorumlanamayacağını açıklamıştır.²⁹ Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda «askeri avantaj» ifadesinin saldıran kuvvetlerin güvenliğini de içerdiğini belirtmişlerdir.³⁰

Avustralya ve Yeni Zelanda Ek I.Protokolü onaylarken «somut ve doğrudan askeri avantaj» ifadesini saldırının söz konusu askeri saldırının amacına ilgili ve orantılı bir katkı sağlayacağı yönündeki bona fine inanç şeklinde yorumladıklarını açıklamışlardır.³¹ Ek Protokollerin yorumuna göre, «somut ve doğrudan» askeri avantaj ifadesi, «kestirilemeyen ya da uzun dönemde ortaya çıkacak avantajları ele-yerek maddi ve görece yakın bir yarar»ın söz konusu olduğunu işaret etmek için seçilmiştir.³²

Önemli sayıda Devlet saldırıları planlamadan, saldırılara karar vermekten ve saldırıları yürütmekten sorumlu kişilerin kararlarını o anda sahip oldukları her türlü kaynaktan gelen bilgileri değerlendirerek almak zorunda olduklarını belirtmiştir.³³. Bu açıklamalar genellikle,teamüli kurala uygulanmalarını dışlamadan, Ek I.Protokolün 51-58 maddeleriyle ilgili olarak yapılmıştır.

28 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) iv) (ibid., par. 5).

29 ICRC, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Temsilcilerinin Diplomatik Konferanstaki Beyanı (ibid., par. 190).

30 Bkz. Avustralya (ibid., par. 161 ve 167), Kanada (ibid., par. 169) ve Yeni Zelanda'nın (ibid., par. 161) uygulamaları.

31 Avustralya, Ek I.Protokolü onaylanırken dile getirilen beyanlar (ibid.,par. 161); Yeni Zelanda, Ek I.Protokolü onaylanırken dile getirilen beyanlar (ibid., par. 161).

32 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 2209.

33 Bkz. şu devletlerin uygulamaları: Cezayir (II. Cilt, 4. altbölüm, par. 193 içinde nakledilmiştir), Almanya (ibid.,par. 199 ve 216), Avustralya (ibid., par. 194 ve 207), Avusturya (ibid., par. 195), Belçika (ibid., par. 196, 208 ve 214), Kanada (ibid., par. 197, 209 ve 215), Mısır (ibid., par. 198), Ekvator (ibid., par. 210), İspanya (ibid., par. 204), Birleşik Devletler (ibid., par. 211 ve 219), İrlanda (ibid., par. 200), İtalya (ibid., par. 201), Yeni Zelanda (ibid., par. 203), Hollanda (ibid., par. 202 ve 217) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 205 ve 218).

SALDIRI ÖNLEMLERİ

Kural 15. –Silahlı operasyonlar sivil halkı, sivil kişileri ve sivil nitelikli malları korumaya dikkat edilerek yürütülmelidir. Sivil halkın arasında arızı olarak meydana gelebilecek hayat kayıplarını, yaralanmaları ve sivil nitelikteki mallara verilebilecek zararları önlemek ve her durumda bunları asgariye indirmek için mümkün olan tüm önlemler alınmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kuralın iki unsuru birbirine bağlıdır ve her birine ilişkin uygulama diğerinin geçerliliğini perçinlemektedir. Burada, içeriği 16-21. kurallarda dile getirilen belirli yükümlülüklerle tamamlanan, temel bir kural söz konusudur. Bu belirli yükümlülüklerle ilgili elde edilen uygulama bu kuralın varlığını ispatlamak açısından, buna mukabil, bu kurala ilişkin elde edilen uygulama da söz konusu belirli yükümlülüklerin varlığını ispatlamak açısından önemlidir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Saldırıda önlem alma ilkesi ilk olarak 1907 Lahey (IX) Sözleşmesinin, askeri nedenlerle, savunulmayan bir şehirde ya da limanda bulunan askeri hedeflere yönelik ani bir eylemin gerekli olması ve düşmana hiç bir mühletin verilememesi durumunda, deniz kuvvetleri komutanının «söz konusu şehir için mümkün olan en az sakınca meydana gelmesi için istenen tüm önlemleri alacağını» belirten 2. maddesinin 3. bendinde yer almıştır.¹ Bu ilke günümüzde Ek I.Protokolün hiç bir çekince-

1 Lahey Sözleşmesi (IX) (1907), m. 2, bent 3 (II. cilt, 5. alt bölüm, par. 63 içinde nakledilmiştir).

ye konu olmayan 57. maddesinin 1. fıkrasında daha açık bir şekilde dile getirilmiştir.²

Sivil yaşam kayıplarını önleme ya da en aza indirmeye ya da bu açıdan önlemler alma yükümlülüğü önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.³ Bu zorunluluk resmi beyanlar ve rapor edilen uygulamayla da desteklenmiştir.⁴ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkilerini de kapsamaktadır.⁵ ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına saldırılarda önlem alma yükümlülüğüne saygı göstermeleri çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Saldırılarda önlem alma zorunluluğu Ek II.Protokol tasarısında yer almaktaydı, fakat bu zorunluluk konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.⁷ Bu nedenle Ek II.Protokol bu önlemlerin alınmasını açıkça zorunlu kılmamaktadır. Bununla birlikte, 13. maddenin 1. fıkrası «sivil halkın ve sivil kişilerin askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanmalarını» zorunlu kılmaktadır ve saldırı sırasında önlem almadan bu yükümlülüğü yerine getirmek zordur.⁸ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yeni tarihli sözleşmeler, özellikle Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü ve Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin II. Protokolü saldırıda önlem alma

2 Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 1 (90 kabul, 0 red ve 4 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 1).

3 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 14 ve 79), Avustralya (ibid., par. 6 ve 71), Belçika (ibid., par. 7 ve 72), Benin (ibid., par. 8 ve 73), Kamerun (ibid., par. 9), Kanada (ibid., par. 10 ve 74), Hırvatistan (ibid., par. 11 ve 75-76), Ekvator (ibid., par. 12 ve 77), İspanya (ibid., par. 25 ve 88), Birleşik Devletler (ibid., par. 28-29 ve 92-94), Fransa (ibid., par. 13 ve 78), Macaristan (ibid., par. 15 ve 80), İsrail (ibid., par. 16), İtalya (ibid., par. 17 ve 81), Kenya (ibid., par. 82), Madagaskar (ibid., par. 18 ve 83), Nijerya (ibid., par. 22-23 ve 86), Yeni Zelanda (ibid., par. 21 ve 85), Hollanda (ibid., par. 1920 ve 84), Filipinler (ibid., par. 87), Romanya (ibid., par. 24), Birleşik Krallık (ibid., par. 91), İsveç (ibid., par. 26), İsviçre (ibid., par. 89) ve Togo (ibid., par. 27 ve 90).

4 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 39), Suudi Arabistan (ibid., par. 106), Kosta Rika (ibid., par. 99), Birleşik Devletler (ibid., par. 42 ve 112-124), İsrail (ibid., par. 101), Liberya (ibid., par. 36), Hollanda (ibid., par. 38 ve 105) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 41 ve 108-111), ayrıca şu Devletlerin rapor edilen uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 125), Endonezya (ibid., par. 35 ve 100), İsrail (ibid., par. 102), Ürdün (ibid., par. 103), Malezya (ibid., par. 37 ve 104), Suriye (ibid., par. 40 ve 107) ve Zimbabve (ibid., par. 126).

5 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları ve rapor edilen uygulamaları: Güney Afrika (ibid., par. 39), Birleşik Devletler (ibid., par. 28-29, 42, 92 - 94 ve 112- 125), Endonezya (ibid., par. 35 ve 100), İsrail (ibid., par. 16 ve 101-102), Kenya (ibid., par. 82), Malezya (ibid., par. 37 ve 104), Filipinler (ibid., par. 87) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 41, 91 ve 108-111).

6 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 51).

7 ICRC tarafından CDDH'a sunulan Ek II.Protokol tasarısı, m. 24, par. 2 (ibid., par. 3).

8 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2).

zorunluluğunu açıkça belirtmektedir.⁹ Bunun dışında, bu gereklilik uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan diğer hukuki belgelerde yer almaktadır.¹⁰

Sivil halk arasındaki yaşam kayıplarını önlemek ya da asgariye indirmek için sürekli dikkat etme ve önlemler alma zorunluluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.¹¹

Bu zorunluluktan bahseden genel olarak silahlı çatışmalara veya özel olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bazı resmi beyanlar mevcuttur.¹²

1965’de, XX. Kızılhaç Uluslararası Konferansı tüm hükümetleri ve silahlı çatışmalar sırasında savaşıma sorumluluğuna sahip diğer tüm otoriteleri mümkün olduğunca sivil halkı korumaya çağıran bir karar almıştır.¹³ Bu ilke Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 1968’de kabul edilen silahlı çatışma zamanında insan haklarına saygıya ilişkin bir kararda teyit edilmiştir.¹⁴ Bunun dışında, Genel Kurul, 1970’de kabul edilen silahlı çatışma zamanında sivil halkın korunmasıyla ilgili ilkelere açıklayan bir kararda, «askeri operasyonların yürütülmesi sırasında, sivil halkı savaşın yıkımından korumak için tüm çabanın gösterilmesini ve sivil halk arasında yaralanmaların, ölümlerin ve zararların önlenmesi için gerekli tüm önlemlerin alınmasını» istemiştir.¹⁵

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Kupreškic kararında ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu La Tablada Arjantin kararında bu kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller getirmiştir¹⁶.

Kupreškic kararında, Mahkeme, önceki genel normları aydınlığa kavuşturduğu

9 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 10 (II. cilt, 28. alt bölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir); Kültürel Mallara İlişkin Lahey Sözleşmesinin II. Protokolü (1999), m. 7 (II. cilt, 5. alt bölüm, par. 208 içinde nakledilmiştir).

10 Bkz. ör: Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (*ibid.*, par.4 ve 67); Bosna Hersek’teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992) par. 2.5(*ibid.*, par. 5 ve 28); CSCE (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü), Güvenliğin siyasi-askeri yönlerine ilişkin devranış kodu, par. 36 (*ibid.*, par. 69); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.3 (*ibid.*, par. 70).

11 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (*ibid.*, par. 14 ve 79), Benin (*ibid.*, par. 8 ve 73), Hırvatistan (*ibid.*, par. 11 ve 75), Ekvator (*ibid.*, par. 12 ve 77), İtalya (*ibid.*, par. 17 ve 81), Madagaskar (*ibid.*, par. 18 ve 83), Nijerya (*ibid.*, par. 22-23 ve 86) ve Togo (*ibid.*, par. 27 ve 90).

12 Bkz. örn. şu devletlerin beyanları: Bosna Hersek, Sırp Cumhuriyeti (*ibid.*, par. 34), Kolombiya (*ibid.*, par. 98), Birleşik Devletler (*ibid.*, par. 42), Liberya (*ibid.*, par. 36), Malezya (*ibid.*, par. 104) ve Birleşik Krallık (*ibid.*, par. 41).

13 XX. Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Karar XXVIII (*ibid.*, par 48).

14 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2444 (XXIII) (konsensüsle benimsenmiştir, 111 lehte oy) (*ibid.*, par. 45).

15 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oyla kabul edilmiş) (*ibid.*, par. 46).

16 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, dava 11.137 (Arjantin) (*ibid.*, par. 133).

ve boşluklarını giderdiği için saldırıda önlem alma zorunluluğunun uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁷ Ashında, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme kuralının (bkz. 1. ve 7. kurallar), kendi içinde bu kurala saygıyı zorunlu kıldığı düşünülebilir. Mahkeme de bu kurala hiç bir Devlet tarafından karşı çıkılmadığı olgusuna dayanmıştır.¹⁸ Mevcut çalışma da bu kuralın aksi yönünde resmi bir uygulama tespit etmemiştir.

ICRC uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına saldırılarda önlem alma zorunluluğuna saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur.¹⁹

Saldırıda önlem almanın pratik olanağı

«Uygulaması mümkün» tüm önlemleri alma zorunluluğu çok sayıda devlet tarafından, insancıl ve askeri mülahazalar da dâhil olmak üzere, o anın tüm koşulları göz önünde bulundurularak, maddi ya da pratik olarak olanaklı olan önlemlerle sınırlı olarak yorumlanmıştır.²⁰ Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II.ve III. Protokolleri ile değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü de mümkün önlemleri aynı terimlerle tanımlamaktadır.²¹

Ek I.Protokolün onayı sırasında, İsviçre «bir saldırıya hazırlananları ya da bir saldırıya karar verenleri» maddede tanımlanan belirli önlemleri almaya mecbur kılan 57. maddenin 2. fıkrası hükmünün, «sadece tabur ya da grup seviyesindeki ya da daha yüksek kademedeki kumandanlar için zorunluluk yarattığı»nı açıklamıştır.²² İsviçre daha önce – Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında – 2. fıkranın «şapka»sının kaleme alınışının muğlak olması ve «alt kademedeki askerlere, normalde üst sınıftaki askerlere ait olan ağır sorumluluklar yüklemeye» riski taşınması konusundaki endişelerini dile getirmişti.²³

Aynı diplomatik konferans sırasında, Avusturya «alt kademedeki askerlerden bir saldırı esnasında tüm bu önlemleri almalarını ve özellikle orantılılık ilkesine saygı

17 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası (ibid., par. 49 ve 132).

18 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 49 ve 132).

19 Bkz. örn., Uygulama ICRC'in uygulaması (ibid., par. 51, 53- 61 ve 135-142).

20 Bkz. şu devletlerin uygulaması:Cezayir (ibid., par. 147), Almanya (ibid., par. 151 ve 169), Arjantin (ibid., par. 160), Avustralya (ibid., par. 161), Belçika (ibid., par. 148), Kanada (ibid., par. 149, 162 ve 168), İspanya (ibid., par. 155), Birleşik Devletler (ibid., par. 175), Fransa (ibid., par.150), Hindistan (ibid., par. 170), İrlanda (ibid., par. 152), İtalya (ibid., par. 153 ve 171), Yeni Zelanda (ibid., par. 164), Hollanda (ibid., par. 154, 163 ve 172), Birleşik Krallık (ibid., par. 157) ve Türkiye (ibid., par. 174).

21 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin II. Protokolü (1980), m. 3, par. 4 (II. cilt, 28. alt bölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin III. Protokolü (1980), m.1, par. 5 (II. cilt, 30. alt bölüm, par. 109 içinde nakledilmiştir); Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, (1996), m. 3, par. 10 (II. cilt, 28. alt bölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir).

22 İsviçre, Ek I.Protokolün imzası sırasındaki beyan ve onay sırasında çekince (II. cilt, 5. alt bölüm, par. 156 içinde nakledilmiştir).

23 İsviçre, CDDH sırasında yapılan beyan (ibid., par. 173).

göstermelerini istemek olanaksız görünmektedir» diyerek aynı endişeyi dile getirmişti.²⁴ Ek I.Protokolün onaylanması sırasında, Birleşik Krallık, hedefinin askeri olmadığı anlaşıldığında ya da sivil halka veya mallara aşırı zarar vereceği beklenildiğinde (bkz. kural 19) bir saldırının iptal edilmesi ya da askıya alınması zorunluluğu konusunda, zorunluluğun sadece «saldırını iptal etme ya da askıya alma yetkisi ve olanağı olan» kişilere uygulanabileceğini belirterek benzer bir uyarıda bulunmuştur.²⁵

Saldırıda alınacak önlemlere karar verirken gerekli olan bilgiler

Önemli sayıda devlet askeri kumandanların ve saldırıları planlamaktan, saldırılara karar vermekten ve saldırıları uygulamaktan sorumlu diğer kişilerin o anda sahip oldukları her türlü kaynaktan gelen bilgiye ilişkin değerlendirmelerine dayanarak karar vermeleri gerektiğini dile getirmiştir.²⁶ Bununla birlikte, çok sayıda askeri el kitabı sivil kişilerin yoğunluğu, önemli sivil nitelikteki mallar, belirli bir korumadan yararlanan mallar, doğal çevre ve askeri hedeflerin sivil çevresi de dâhil olmak üzere, kumandanın mümkün olan en iyi bilgileri elde etme zorunluluğu konusunda ısrar etmektedir.²⁷

Kural 16. – Çatışmanın tüm tarafları saldırılacak hedeflerin askeri hedefler olduklarını doğrulamak için mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

24 Avusturya, CDDH sırasında yapılan beyan (ibid., par. 167).

25 Birleşik Krallık, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında yapılan açıklamalar ve koyulan çekinceler (ibid., par. 158).

26 Bkz. IV. alt bölüm, not 33.

27 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (II. cilt, 5. alt bölüm, par. 185 içinde nakledilmiştir), Benin (ibid., par. 186), Hırvatistan (ibid., par. 188), İspanya (ibid., par. 195), Fransa (ibid., par. 190), İtalya (ibid., par. 191), Madagaskar (ibid., par. 192), Nijerya (ibid., par. 194), İsveç (ibid., par. 196) ve Togo (ibid., par. 197).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Hedeflerin askeri hedefler olduklarını doğrulamak için mümkün olan her şeyi yapma zorunluluğu, bu kurala ilişkin hiçbir çekincenin konulmadığı Ek I. Protokolün 57. maddesinin 2. fıkrasının a) bendinde dile getirilmiştir.²⁸

Bu zorunluluk çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.²⁹ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.³⁰ Bu uygulama Ek I. Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.³¹ ICRC Ekim 1973'de – Ek I. Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına hedeflerin askeri hedefler olduklarını doğrulamak için mümkün olan her şeyi yapmaları çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.³²

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II. Protokol açıkça bu kuraldan bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II. Protokolünde, yer almaktadır.³³

Bu kural ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır.³⁴

28 Ek I. Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent a) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 207).

29 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 223), Arjantin (ibid., par. 213), Avustralya (ibid., par. 214), Belçika (ibid., par. 215), Benin (ibid., par. 216), Kamerun (ibid., par. 217), Kanada (ibid., par. 218), Hırvatistan (ibid., par. 219-220), Ekvator (ibid., par. 221), İspanya (ibid., par. 233), Birleşik Devletler (ibid., par. 238-240), Fransa (ibid., par. 222), Macaristan (ibid., par. 224), İsrail (ibid., par. 225), İtalya (ibid., par. 226), Kenya (ibid., par. 227), Madagaskar (ibid., par. 228), Nijerya (ibid., par. 231), Yeni Zelanda (ibid., par. 230), Hollanda (ibid., par. 229), Filipinler (ibid., par. 232), Birleşik Krallık (ibid., par. 237), İsveç (ibid., par. 234), İsviçre (ibid., par. 235), Togo (ibid., par. 236) ve Yugoslavya (ibid., par. 241).

30 Bkz. örn., şu devletlerin beyanları: Endonezya (ibid., par. 246), Irak (ibid., par. 248), Ürdün (ibid., par. 250), Hollanda (ibid., par. 252) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 254), şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 255), İran (ibid., par. 247), İsrail (ibid., par. 249), Malezya (ibid., par. 251), Suriye (ibid., par. 253) ve Zimbabve (ibid., par. 256).

31 Bkz. örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 238-240), Endonezya (ibid., par. 246), Irak (ibid., par. 248), İsrail (ibid., par. 225), Kenya (ibid., par. 227) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 237 ve 254), şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 255), İran (ibid., par. 247), İsrail (ibid., par. 249) ve Malezya (ibid., par. 251).

32 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 263).

33 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II. Protokolünde (1999), m. 7 (ibid., par. 208).

34 Bkz. ör: Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 210); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 211); San Remo El kitabı (1994), par. 46, bent b) (ibid., par. 212).

Tarafların, hedeflerin askeri hedefler olduklarını doğrulamak için mümkün olan her şeyi yapmasını öngören kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir olan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.³⁵

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.³⁶ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiçbir Devletin itiraz etmemesi olgusuna da dayanmıştır.³⁷ Bu çalışmada da bu kuralın tersine bir resmi uygulama ile karşılaşılmamıştır.

Kural 17. – Çatışmanın tüm tarafları, sivil halk arasında arızı olarak oluşabilecek yaşam kaybını, yaralanmayı ve sivil nitelikteki mallara verilecek zararı önlemek ya da en azından asgariye indirmek için, savaş araç ve yöntemlerinin seçimine ilişkin mümkün olan her önlemi almak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural aynı anda orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) uygulanmasından bağımsız olarak uygulanmalıdır.

35 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 223), Benin (ibid., par. 216), Hırvatistan (ibid., par. 219-220), Ekvator (ibid., par. 221), İtalya (ibid., par. 226), Kenya (ibid., par. 227), Madagaskar (ibid., par. 228), Nijerya (ibid., par. 231), Filipinler (ibid., par. 232), Togo (ibid., par. 236) ve Yugoslavya (ibid., par. 241).

36 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 260).

37 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 260).

3 Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent a) ii) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 265).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Savaş araç ve yöntemlerinin seçimine ilişkin mümkün olan tüm önlemleri alma ödevi, bu konuyla ilgili hiç bir çekincenin koyulmadığı, Ek I.Protokolün 57. Maddesinin 2. Fıkrasının a) ii) bendinde dile getirilmiştir.³⁸

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.³⁹ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamaya ile de desteklenmiştir.⁴⁰ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁴¹ ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına savaş araç ve yöntemlerinin seçiminde mümkün olan tüm önlemleri almaları çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁴²

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol açıkça savaş araç ve yöntemlerinin seçiminde mümkün olan tüm önlemleri alma zorunluluğundan bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolünde, yer almaktadır.⁴³ Bu kural ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır.⁴⁴

39 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 280), Arjantin (ibid., par. 271), Avustralya (ibid., par. 272), Benin (ibid., par. 273), Kamerun (ibid., par. 274), Kanada (ibid., par. 275), Hırvatistan (ibid., par. 276-277), Ekvator (ibid., par. 278), İspanya (ibid., par. 289), Birleşik Devletler (ibid., par. 293-294), Fransa (ibid., par. 279), Macaristan (ibid., par. 281), İsrail (ibid., par. 282), İtalya (ibid., par. 283), Kenya (ibid., par. 284), Madagaskar (ibid., par. 285), Yeni Zelanda (ibid., par. 287), Hollanda (ibid., par. 286), Filipinler (ibid., par. 288), Birleşik Krallık (ibid., par. 292), İsveç (ibid., par. 290), Togo (ibid., par. 291) ve Yugoslavya (ibid., par. 295).

40 Bkz. örn. şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 309-311), Endonezya (ibid., par. 299), Irak (ibid., par. 301), Japonya (ibid., par. 303), Hollanda (ibid., par. 305) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 307-308), şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: İran (ibid., par. 300), İsrail (ibid., par. 302), Malezya (ibid., par. 304), Suriye (ibid., par. 306) ve Zimbabve (ibid., par. 312).

41 Bkz. örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 293-294 ve 309-311), Endonezya (ibid., par. 299), Irak (ibid., par. 301), İsrail (ibid., par. 282), Japonya (ibid., par. 303), Kenya (ibid., par. 284), Birleşik Krallık (ibid., par. 292 ve 307-308), şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: İran (ibid., par. 300), İsrail (ibid., par. 302) ve Malezya (ibid., par. 304).

42 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki eylemleri (ibid., par. 263).

43 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolü (1999), m. 7 (ibid., par. 208).

44 Bkz. ör: Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par.268); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 269); San Remo El kitabı (1994), par. 46, bent c) (ibid., par. 270).

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir olan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁴⁵

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır.⁴⁶ Mahkeme, Kupreškic kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁴⁷ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini istediği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiçbir Devletin itiraz etmemiş olması olgusuna da dayanmıştır.⁴⁸ Bu çalışmada da bu kuralın tersine bir resmi uygulama ile karşılaşılmamıştır.

Örnekler

Bu kuralın uygulanmasının örnekleri saldırıların zamanına, kalabalık yerlerde savaşın önlenmesine, hedefe uygun savaş araçlarının seçimine, güdümlü silahlar kullanımına ve hedeflerin seçimine ilişkin mülahazaları içerir. Ayrıca, 21. kural hedeflerin seçimine ilişkin özel bir yükümlülük koymaktadır.

Kural 18. – Çatışmanın tüm tarafları bir saldırının beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak, sivil halk arasında yaşam kayıplarına, sivil kişilerin yaralanmasına, sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıpların ve zararların bir arada bulunmasına arızı olarak neden olup olmayacağını değerlendirmek için mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

45 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 280), Benin (ibid., par. 273), Hırvatistan (ibid., par. 276-277), Ekvator (ibid., par. 278), İtalya (ibid., par. 283), Kenya (ibid., par. 284), Madagaskar (ibid., par. 285), Filipinler (ibid., par. 288), Togo (ibid., par. 291) ve Yugoslavya (ibid., par. 295).

46 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 260); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ergi Türkiye'ye karşı davası, 28 Temmuz 1998 tarihli karar (ibid., par. 319).

47 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 260).

48 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 260).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bir saldırının kazara aşırı zararlara neden olup olmayacağını değerlendirmek için mümkün olan her şeyi yapma ödevi bu konuda hiç bir çekince koyulmamış Ek I.Protokolün 57. maddesinin 2. fıkrasının a) iii) bendinde dile getirilmiştir.⁴⁹

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁵⁰ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.⁵¹ Bu uygulama o dönemde Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁵² ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına saldırıların arızı olarak aşırı zararlara neden olup olmayacaklarını değerlendirmek için mümkün olan her şeyi yapmaları çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁵³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol açıkça saldırıların arızı olarak aşırı zararlara neden olup olmayacaklarını değerlendirmek için mümkün olan her şeyi yapmaları zorunluluğundan bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolünde, yer almaktadır.⁵⁴ Bu kural ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır.⁵⁵

Çatışmanın tüm taraflarının bir saldırının arızı olarak aşırı zararlara neden olup olmayacaklarını değerlendirmek için mümkün olan her şeyi yapmalarına ilişkin kural

49 Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent a) iii) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 325).

50 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 339), Arjantin (ibid., par. 331), Avustralya (ibid., par. 332), Belçika (ibid., par. 333), Benin (ibid., par. 334), Kamerun (ibid., par. 335), Kanada (ibid., par. 336), Ekvator (ibid., par. 337), İspanya (ibid., par. 344), Birleşik Devletler (ibid., par. 347-348), Fransa (ibid., par. 338), İsrail (ibid., par. 340), Nijerya (ibid., par. 343), Yeni Zelanda (ibid., par. 342), Hollanda (ibid., par. 341), İsveç (ibid., par. 345), Togo (ibid., par. 346) ve Yugoslavya (ibid., par. 349).

51 Bkz. şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 359), Endonezya (ibid., par. 353), Irak (ibid., par. 354), Hollanda (ibid., par. 355), Birleşik Krallık (ibid., par. 357-358), Suriye (ibid., par. 356) ve Zimbabve'nin (ibid., par. 360) rapor edilen uygulamaları.

52 Bkz. örn., şu devletlerin uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 347-348 ve 359), Endonezya (ibid., par. 353), Irak (ibid., par. 354), İsrail (ibid., par. 340) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 357-358).

53 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Eylemleri (ibid., par. 365).

54 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolü (1999), m. 7 (ibid., par. 326).

55 Bkz. örn. Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par.328); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 329); San Remo El kitabı (1994), par. 46, bent d) (ibid., par. 330).

uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir olan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁵⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁵⁷ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiçbir Devletin itiraz etmemiş olması olgusuna da dayanmıştır.⁵⁸ Bu çalışmada da bu kuralın tersine bir resmi uygulama ile karşılaşılmasıdır.

Kural 19. – Çatışmanın tüm tarafları bir saldırının hedefi askeri olmadığı ya da saldırıdan beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja göre aşırı olacak, sivil halk arasında yaşam kayıplarına, sivil kişilerin yaralanmasına, sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıpların ve zararların bir arada bulunmasına arızı olarak neden olabileceği anlaşılırsa saldırıyı iptal etmek ya da askıya almak için mümkün olan her şeyi yapmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bir saldırıyı, hedefinin askeri olmadığı ya da arızı olarak aşırı zararlara neden olabileceğinde ortaya çıkarsa, iptal etmek ya da askıya almak için mümkün olan her şeyi yapma ödevi bu konuda hiç bir çekince konulmamış Ek I.Protokolün 57. maddesinin 2. fıkrasının b) bendinde dile getirilmiştir.⁵⁹ Ek I.Protokolün

56 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 339), Benin (ibid., par. 334), Ekvator (ibid., par. 337), Nijerya (ibid., par. 343), Togo (ibid., par. 346) ve Yugoslavya (ibid., par. 349).

57 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 362).

58 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 362).

59 Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent b) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 367).

onaylanması sırasında, Birleşik Krallık bu zorunluluğun sadece « saldırıyı iptal etme ya da askıya alma yetkisine ve olanağına sahip» kişilere uygulandığını açıklamıştır.⁶⁰

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁶¹ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.⁶² Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁶³ ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına, hedefi askeri olmadığına ya da arızı olarak aşırı zarara neden olacağına, saldırıyı iptal etmek ya da askıya almak için mümkün olan her şeyi yapmaları çağrısında bulunduğunda, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁶⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol bu kuraldan açıkça bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolünde, yer almaktadır.⁶⁵ Bu kural ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır.⁶⁶

Çatışmanın tüm taraflarının bir saldırıyı, hedefi askeri olmadığına ya da arızı olarak aşırı zararlara neden olabileceğinde, iptal etmek ya da askıya almak için

60 Birleşik Krallık, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve koyulan çekinceler (ibid., par. 158).

61 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 383), Arjantin (ibid., par. 373), Avustralya (ibid., par. 374-375), Belçika (ibid., par. 376), Benin (ibid., par. 377), Kamerun (ibid., par. 378), Kanada (ibid., par. 379), Kolombiya (ibid., par. 380), Hırvatistan (ibid., par. 381), İspanya (ibid., par. 390), Birleşik Devletler (ibid., par. 395), Fransa (ibid., par. 382), Macaristan (ibid., par. 384), İtalya (ibid., par. 385), Kenya (ibid., par. 386), Madagaskar (ibid., par. 387), Yeni Zelanda (ibid., par. 389), Hollanda (ibid., par. 388), Birleşik Krallık (ibid., par. 394), İsveç (ibid., par. 391), İsviçre (ibid., par. 392) ve Togo (ibid., par. 393).

62 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 409 - 411), Endonezya (ibid., par. 400), Irak (ibid., par. 401), Ürdün (ibid., par. 403), Hollanda (ibid., par. 405), Birleşik Krallık (ibid., par. 407), Birleşik Devletlerin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 408), İsrail (ibid., par. 402), Malezya (ibid., par. 404), Suriye (ibid., par. 406) ve Zimbabve (ibid., par. 412).

63 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 395), Kenya (ibid., par. 386) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 394); şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 409-411), Endonezya (ibid., par. 400), Irak (ibid., par. 401) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 407), şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 408), İsrail (ibid., par. 402) ve Malezya (ibid., par. 404).

64 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Eylemleri (ibid., par. 417).

65 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek 2. Protokolü (1999), m. 7 (ibid., par. 368).

66 Bkz. örn. Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par.370); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 371); San Remo El kitabı (1994), par. 46, bent d) (ibid., par. 372).

mümkün olan her şeyi yapmalarına ilişkin kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir olan ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁶⁷

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁶⁸ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) ve orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini istediği anlaşılabilir. Bu kurala saygı göstermeme ayırt etme ve orantılılık ilkelerini ihlal edecek ve böylece yasadışı olacaktır. Mahkeme bu kurala hiçbir Devletin itiraz etmemesi olgusuna da dayanmıştır.⁶⁹ Bu çalışmada da bu kuralın tersine bir resmi uygulama ile karşılaşılmamıştır.

Kural 20. – Çatışmanın tüm tarafları, sivil halkı etkileyebilecek saldırılarda, zamanında ve etkili yollarla bir uyarı yapmak zorundadır, meğerki şartlar buna izin vermesin.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım F.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sivil halkı etkileyebilecek saldırılarda zamanında ve etkili yollarla uyarıda bulunma zorunluluğu, Lieber Kodunda, Brüksel Bildirgesinde ve Oxford el kitabında yer

67 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 383), Avustralya (ibid., par. 374), Benin (ibid., par. 377), Kolombiya (ibid., par. 380), Hırvatistan (ibid., par. 381), İtalya (ibid., par. 385), du Kenya (ibid., par. 386), Madagaskar (ibid., par. 387) ve Togo (ibid., par. 393).

68 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 416).

69 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 416).

70 Lieber Kodu (1863), m. 19 (ibid., par. 424); Brüksel Bildirgesi (1874), m. 16 (ibid., par. 425); Oxford El kitabı (1880), m. 33 (ibid., par. 426).

alan, uluslararası teamül hukukunun eski bir kuralıdır.⁷⁰ İlk olarak Lahey Tüzüğü'nde kaleme alınmış ve bu konuda hiç bir çekincenin koyulmadığı, Ek I.Protokolün 57. Maddesinin 2. Fıkrasının c) bendinde tekrar edilmiştir.⁷¹

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁷² Bu kural bazı ulusal mevzuatlarda da yer almaktadır.⁷³ Zamanında uyarıda bulunma zorunluluğu ayrıca resmi beyanlarla ve zamanında yapılmış pek çok uyarı da dâhil olmak üzere, diğer uygulama çeşitleriyle desteklenmiştir.⁷⁴ Bu uygulama o dönemde Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁷⁵ ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına, sivil halkı etkileyebilecek saldırılarda zamanında ve etkili yollarla uyarıda bulunma çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁷⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol açıkça sivil halkı etkileyebilecek saldırılarda zamanında ve etkili yollarla uyarıda bulunma zorunluluğundan bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir daha yakın tarihli bir sözleşmede, Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle Ek II.Protokolünde, yer almaktadır.⁷⁷

Bu kural her ne kadar sivil halkı etkileyebilecek saldırılarda uyarıda bulunma zorunluluğundan bahsetse de, uyarı kavramının kültürel malların korunması kap-

71 Lahey Tüzüğü (1907), m. 26 (ibid., par. 420-421); Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent c) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 423).

72 Bkz., örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 448), Almanya (ibid., par. 439), Arjantin (ibid., par. 430), Avustralya (ibid., par. 431), Belçika (ibid., par. 432), Benin (ibid., par. 433), Kamerun (ibid., par. 434), Kanada (ibid., par. 435), Hirvatistan (ibid., par. 436), Ekvator (ibid., par. 437), İspanya (ibid., par. 449), Birleşik Devletler (ibid., par. 455-457), Fransa (ibid., par. 438), İtalya (ibid., par. 440-441), Kenya (ibid., par. 442), Madagaskar (ibid., par. 443), Nijerya (ibid., par. 447), Yeni Zelanda (ibid., par. 446), Hollanda (ibid., par. 444-445), Birleşik Krallık (ibid., par. 453-454), İsveç (ibid., par. 450), İsviçre (ibid., par. 451), Togo (ibid., par. 452) ve Yugoslavya (ibid., par. 458).

73 Bkz., örn., şu devletlerin ulusal mevzuatı: İrlanda (ibid., par. 460), İtalya (ibid., par. 461-462) ve Norveç (ibid., par. 463).

74 Bkz., örn., şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 482 -484) ve Hollanda (ibid., par. 476), şu devletlerin uygulaması: Fransa (ibid., par. 467) ve İsrail (ibid., par. 471-472) şu devletlerin rapor edilen uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 480-481 ve 485), Endonezya (ibid., par. 468), Irak (ibid., par. 470), İran (ibid., par. 469), İsrail (ibid., par. 473 ve 489), Ürdün (ibid., par. 474), Birleşik Krallık (ibid., par. 479), Suriye (ibid., par. 478) ve Zimbabve (ibid., par. 486).

75 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 455 - 457), Fransa (ibid., par. 438), Kenya (ibid., par. 442) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 453-454); Birleşik Devletlerin beyanları (ibid., par. 482-484); Fransa (ibid., par. 467) ve İsrail'in (ibid., par. 471-472) uygulamaları ve şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 480-481 et 485), Endonezya (ibid., par. 468), Irak (ibid., par. 470), İran (ibid., par. 469), İsrail (ibid., par. 473 ve 489) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 479).

76 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki Faaliyetleri (ibid., par. 495).

77 Klasik Silahlara İlişkin Sözleşmenin değiştirilmiş şekliyle II. Protokolü, 1996), m. 3, par. 11.

samında uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsadığını belirtmek konu dışı sayılmaz.⁷⁸ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde yer almaktadır.⁷⁹

Bu zorunluluk uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁸⁰ Ayrıca pek çok uluslararası olmayan silahlı çatışma kapsamında yapılmış uyarılar olduğu bilinmektedir.⁸¹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁸² Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) ve orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir.

Mahkeme bu kurala hiçbir Devletin itiraz etmemesi olgusuna da dayanmıştır.⁸³ Bu çalışmada da bu kuralın tersine bir resmi uygulama ile karşılaşılmaştır. Üstelik uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında verilmiş uyarılar gözlemlenmiştir.⁸⁴

Yorum

Kuralın kaleme alınış şeklinin belirttiği gibi, Devletlerin uygulaması açısından, sürpriz unsurunun bir operasyonun başarısı ya da saldıran güçlerin ya da müttefik güçlerin güvenliği için gerekli olduğu durumlarda olduğu gibi, koşullar elvermediğinde uyarı yapmak her zaman gerekli değildir.⁸⁵ Bir uyarının pratik ola-

78 Bkz. Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin Ek II.Protokolü (1999), m. 6, bent 1 d) ve m. 13, par. 2, bent c).

79 Bkz. örn. Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (II. cilt, 5. alt bölüm, par.370 içinde nakledilmiştir); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 429).

80 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 448), Almanya (ibid., par. 439), Benin (ibid., par. 433), Hırvatistan (ibid., par. 436), Ekvator (ibid., par. 437), İtalya (ibid., par. 440-441), Kenya (ibid., par. 442), Madagaskar (ibid., par. 443), Nijerya (ibid., par. 447), Togo (ibid., par. 452) ve Yugoslavya (ibid., par. 458).

81 Bkz., örn., Çin'in (ibid., par. 465), Malezya'nın (ibid., par. 475), Rusya'nın (ibid., par. 477) ve diğer iki Devletin (ibid., par. 487-488) rapor dilen uygulamaları.

82 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 492).

83 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 492).

84 Bkz., örn., şu devletlerin uygulamaları ve rapor edilmiş uygulamaları: Çin (ibid., par. 465), Birleşik Devletler (ibid., par. 480-481 ve 485), Irak (ibid., par. 470), İran (ibid., par. 469), İsrail (ibid., par. 471 - 473 ve 489), Malezya (ibid., par. 475), Rusya (ibid., par. 477), Birleşik Krallık (ibid., par. 479) ve diğer iki Devlet (ibid., par. 487-488).

85 Bkz., örn., Lahey Tüzüğü (1907), m. 26 (ibid., par. 420-421); Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 2, bent c) (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimser oyla kabul edilmiş)(ibid., par. 423); Brüksel Bildirgesi (1874), m. 16 (ibid., par. 425); Oxford El Kitabı (1880), m. 33 (ibid., par. 426); Hırvatistan ile

rak mümkün olup olmadığını belirlemede hızlı bir tepki gerekliliği uygulamada sayılan bir başka unsurdur.⁸⁶

Ayrıca, kural sadece sivilleri etkileyebilecek saldırıların uyarıya mahal vereceğini belirtmektedir. Bundan dolayı, Birleşik Krallık sahra talimnamelerinde saldırılacak bölgede sivillerin kalmaması durumunda hiç bir uyarının gerekli olmadığını belirtmektedir.⁸⁷ Birleşik Devletler hava ordusu talimnamesi sivillerin saldırıdan etkilenmesinin az olası olması durumunda hiç bir uyarının gerekli olmadığını açıkça belirtmektedir.⁸⁸

Bazı durumlarda, uygulama, uyarının «etkili araçlarla» verilmesi zorunluluğunu yorumlamaktadır. Özellikle Birleşik Devletler, saldırı güçlerinin güvenliğini ve görevlerinin başarısını tehlikeye düşürmemek için, bir uyarının özel olması gerektiğini ve genel nitelikte olabileceğini belirtmektedir. Bu tip genel bir uyarının, sivillere bazı askeri hedeflerden uzak durmalarını tavsiye eden radyo ile iletilen geniş menzilli bir uyarı olabileceğini de teyit etmişlerdir.⁸⁹

Devletlerin uygulaması ayırt etme ilkesine ve çatışmaların yürütülmesine ilişkin tüm zorunluluklar uyarının yapılmasından sonra operasyon bölgesinde sivil kişilerin kalmış olması halinde bile uygulandığını göstermektedir. Kalan sivillerin saldırıya uğrayabileceği şeklinde tehditler yayıldığında, bunlar kınanmış ve geri alınmıştır.⁹⁰

Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par.428); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 429); Güney Afrika (ibid., par. 448), Almanya (ibid., par. 439), Avustralya (ibid., par. 431), Belçika (ibid., par. 432), Benin (ibid., par. 433), Kamerun (ibid., par. 434), Kanada (ibid. par. 435), Hırvatistan (ibid., par. 436), Ekvator (ibid., par. 437), İspanya (ibid., par. 449), Birleşik Devletler (ibid., par. 455- 457 ve 483-484), Fransa (ibid., par. 438 ve 467), İtalya (ibid., par. 440-441), Kenya (ibid., par. 442), Madagaskar (ibid., par. 443), Yeni Zelanda (ibid., par. 446), Hollanda (ibid., par. 444-445), İsviçre (ibid., par. 451), Togo (ibid., par. 452), Birleşik Krallık (ibid., par. 453-454) ve Yugoslavya'nın uygulaması (ibid., par. 458), ve İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 473).

86 Bkz. örn., İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 473).

87 Birleşik Krallık, Sahra talimnamesi (ibid., par. 453).

88 Birleşik Krallık, Hava Kuvvetleri Broşürü (ibid., par. 456).

89 Bkz. Birleşik Devletlerin uygulaması (ibid., par. 456, 483 ve 485); Bkz. ayrıca İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 473).

90 Bkz. İsrail'in (ibid., par. 489) ve Rusya'nın uygulaması (ibid., par. 477).

Kural 21. – Eşdeğer bir askeri avantaj elde etmek için pek çok askeri hedef arasından bir seçim yapmak mümkünse, bu seçim sivillere ya da sivil nitelikteki mallara en az zarar vereceği düşünülen hedefe göre yapılmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 5, Kısım G.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bir seçimin mümkün olması durumunda, bu seçimin sivillere ya da sivil nitelikteki mallara en az zarar vereceği düşünülen hedefe göre yapılması zorunluluğu, bu konuda hiç bir çekince koyulmamış Ek I.Protokolün 57. Maddesinin 3. Fıkrasında kaleme alınmıştır.⁹¹

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁹² Bu kural resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamalarla da desteklenmiştir.⁹³ Bu uygulama o dönemde Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁹⁴ ICRC Ekim 1973'de – Ek I.Protokolün kabulünden önce – Orta Doğu çatışmasının taraflarına, bir seçimin mümkün olması durumunda, bu seçimin sivillere ya da sivil nitelikteki mallara en az zarar vereceği düşünülen hedefe göre yapılması zorunluluğuna saygı gösterme çağrısında bulunduğu, ilgili Devletler (Mısır, Irak, İsrail ve Suriye) olumlu yanıt vermişlerdir.⁹⁵

91 Ek I.Protokol (1977), m. 57, par. 3 (90 lehte, 0 aleyhte ve 4 çekimsiz oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 502).

92 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 512), Avustralya (ibid., par. 506), Benin (ibid., par. 507), Kanada (ibid., par. 508), Hırvatistan (ibid., par. 509-510),İspanya (ibid., par. 520), Birleşik Devletler (ibid., par. 523), Fransa (ibid., par. 511), Macaristan (ibid., par. 513), İtalya (ibid., par. 514), Kenya (ibid., par. 515), Madagaskar (ibid.,par. 516), Nijerya (ibid., par. 519), Yeni Zelanda (ibid., par. 518), Hollanda (ibid.,par. 517), İsveç (ibid., par. 521), Togo (ibid., par. 522) ve Yugoslavya (ibid., par. 524).

93 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 535, ama Bkz. ibid., par. 536) Endonezya (ibid., par. 528), Ürdün (ibid., par. 531), Hollanda (ibid., par. 533) ve şu Devletlerin rapor edilen uygulaması: İran (ibid., par. 529), İsrail (ibid., par. 530), Malezya (ibid., par. 532), Suriye (ibid., par. 534) ve Zimbabve (ibid., par. 537).

94 Bkz. örn., şu Devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 523 ve535), Fransa (ibid.,par. 511), Endonezya (ibid., par. 528), Kenya (ibid., par. 515) ve İran'ın (ibid., par. 529), İsrail'in (ibid., par. 530) ve Malezya'nın (ibid., par. 532) rapor edilen uygulaması.

95 Bkz. ICRC, Uluslararası Komitenin Orta Doğu'daki eylemleri (ibid., par. 541).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol açıkça bir seçimin mümkün olması durumunda, bu seçimin sivilere ya da sivil nitelikteki mallara en az zarar vereceği düşünülen hedefe göre yapılması zorunluluğundan bahsetmemektedir, fakat bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolünde, yer almaktadır.⁹⁶ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan diğer belgelerde yer almaktadır.⁹⁷

Bir seçimin mümkün olması durumunda, bu seçimin sivillere ya da sivil nitelikteki mallara en az zarar vereceği düşünülen hedefe göre yapılması zorunluluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁹⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, bu kuralın uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁹⁹ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) ve sivil halkın arasında arızı olarak meydana gelebilecek hayat kayıplarını, yaralanmaları ve sivil nitelikteki mallara verilebilecek zararı önlemek ve her durumda bunları asgariye indirmek için mümkün olan tüm önlemleri alma ilkesinin (bkz. kural 15) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiç bir Devlet tarafından itiraz edilmemiş olması olgusuna da dayanmıştır.¹⁰⁰ Bu çalışmada da bu kuralın aksine hiç bir resmi uygulama ile karşılaşılmamıştır.

Uygulamada bu kuralın aksine sadece tek bir durum bilinmektedir. Körfez bölgesinde Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanabilirliğine ilişkin ICRC'nin bir memorandumuna verilen cevapta, Birleşik Devletler bu kuralın teamüli niteliğini reddetmiş fakat daha sonra aşağıda atıf yapılan¹⁰¹ diğer uygulamalarıyla uyumlu olarak kuralı doğrulamış ve geçerliliğini kabul etmiştir.¹⁰²

96 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 6 (II. cilt, 12. Alt bölüm, par. 21 içinde nakledilmiştir).

97 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (II. cilt, 5. alt bölüm, par.504 içinde nakledilmiştir); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 505).

98 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 512), Benin (ibid.,par. 507), Hırvatistan (ibid., par. 509-510), İtalya (ibid., par. 514), Kenya (ibid., par. 515), Madagaskar (ibid., par. 516), Nijerya (ibid., par. 519), Togo (ibid., par. 522) ve Yugoslavya(ibid., par. 524).

99 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 539).

100 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 539).

101 Bkz. Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 536).

102 Bkz. Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 523 ve 535).

Bu kural savaş araç ve yöntemlerinin seçiminde alınacak önlemlere ilişkin 17. Kuralı derinleştiren bir belirleme olarak değerlendirilmelidir. Bazı Devletlere göre, hedeflerin seçimi bu zorunluluğa saygı göstermenin bir yoludur ve bu kural hedeflerin seçiminin önlem olarak kullanılmasının bir şeklini tanımlamaktadır.

Yorum

Birleşik Devletler, saldırıda sivil kişiler ve sivil nitelikli mallar için daha az zarar vereceği düşünülen hedefi seçme zorunluluğunun, «seçim mümkün olduğunda», ve dolayısıyla «saldıranın görevin başarısını tehlikeye sokmaması ve aşırı risk taşımaması ya da saldırının böyle bir seçim yapmanın olanaksız olduğuna karar vermesi durumunda» uygulandığı için, mutlak bir zorunluluk olmadığı konusunda ısrar etmektedir.¹⁰³

103 Bkz. Birleşik Devletlerin uygulaması (ibid., par. 536).

SALDIRILARIN ETKİLERİNE YÖNELİK ÖNLEMLER

Kural 22. – Çatışmanın tarafları, yetkileri altındaki, sivil halkı ve sivil nitelikteki malları saldırıların etkilerinden korumak için pratikte mümkün olan tüm önlemleri almak zorundadırlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 6, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Burada, içeriği 23. ve 24. Kurallardaki spesifik yükümlülüklerle tamamlanan temel bir kural söz konusudur. Bu belirli yükümlülüklerle ilgili elde edilen uygulama bu kuralın varlığını ispatlamak açısından, buna mukabil, bu kurala ilişkin elde edilen uygulama da söz konusu belirli yükümlülüklerin varlığını ispatlamak açısından önemlidir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Çatışmanın taraflarının, yetkileri altındaki, sivil halkı ve sivil nitelikteki malları saldırıların etkilerinden korumak için pratikte mümkün olan tüm önlemleri alma ödevi hiç bir çekinceye konu olmayan Ek I.Protokolün 58. Maddesinin c) bendinde kaleme alınmıştır.¹

Önemli sayıda askeri el kitabı çatışmanın taraflarının, yetkileri altındaki, sivil halkı ve sivil nitelikteki malları saldırıların etkilerinden korumak için pratikte mümkün olan tüm önlemleri alma ödevini tekrarlamaktadır.² Bu yükümlülük

1 Ek I.Protokol (1977), m. 58, bent c) (80 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimsiz oyla kabul edilmiş) (II. cilt, 6. alt bölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir).

2 Bkz., örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 14), Arjantin (ibid., par. 9), Kamerun (ibid., par. 11), Kanada (ibid., par. 12), Hırvatistan (ibid., par. 13), İspanya (ibid., par. 22), Birleşik Devletler (ibid., par. 25),İtalya (ibid., par. 15), Kenya (ibid., par. 16), Madagaskar (ibid., par. 17), Nijerya (ibid., par. 20), Yeni Zelanda (ibid., par. 19), Hollanda (ibid., par. 18), Rusya (ibid., par. 21) ve İsveç (ibid., par. 23).

resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulama ile desteklenmiştir.³ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivil halkı ve sivil nitelikteki malları saldırıların etkilerinden korumak için pratikte mümkün olan tüm önlemleri alma zorunluluğu Ek II.Protokol taslağında yer almaktaydı, fakat bu tanım, konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.⁵ Böylelikle, Ek II.Protokol saldırıların etkilerine karşı önlem alınmasını açıkça zorunlu tutmamaktadır.¹³ maddenin 1. fıkrası «sivil halkın ve sivil kişilerin askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel korumadan yararlanmasını» zorunlu kılmaktadır.⁶ Saldırıların etkilerine karşı önlem almadan bu hükme saygı göstermek zordur. Saldırıların etkilerine karşı önlem alma zorunluluğu, ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolünde, yer almaktadır.⁷

Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan diğer belgelerde yer almaktadır.⁸

Saldırıların etkilerine karşı önlem alma zorunluluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁹ Bu kural rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.¹⁰

1965 yılında, XX. Uluslararası Kızılhaç Konferansı tüm hükümetleri ve silahlı çatışmalarda savaşa sorumluluğuna sahip tüm diğer yetkilileri sivilleri mümkün olduğunca kayırmaya çağıran bir karar almıştır.¹¹ Bu ilke Birleşmiş Milletler Genel

3 Bkz. örn. şu Devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 31), Birleşik Devletler (ibid., par. 40) ve Irak (ibid., par. 34) ayrıca şu Devletlerin rapor edilen uygulaması: İran (ibid., par. 33), Malezya (ibid., par. 36), Suriye (ibid., par. 39) ve Zimbabve (ibid., par. 41).

4 Bkz., örn., Birleşik Devletler (ibid., par. 25 ve 40), Irak (ibid., par. 34) ve Kenya'nın (ibid., par. 16) uygulaması, ayrıca İran (ibid., par. 33) ve Malezya'nın (ibid., par. 36) rapor edilen uygulaması.

5 ICRC tarafından CDDH'da sunulan Ek II.Protokol taslağı, m 24, par. 2 (ibid., par. 3).

6 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2).

7 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), art. 8 (II. cilt, 12. alt bölüm, par. 290 içinde nakledilmiştir).

8 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (II. cilt, 6. alt bölüm, par.5 içinde nakledilmiştir); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 6); CSCE (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü), Güvenliğin siyasi-askeri yönlerine ilişkin devranış kodu, par. 36 (ibid., par. 7); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.4 (ibid., par. 8).

9 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 14), Hırvatistan (ibid., par. 13), İtalya (ibid., par. 15), Kenya (ibid., par. 16), Madagaskar (ibid., par. 17) ve Nijerya (ibid., par. 20).

10 Bkz., örn., Cezayir (ibid., par. 30) ve Malezya'nın (ibid., par. 36) rapor edilen uygulaması.

11 XX. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XXVIII (ibid., par. 45).

Kurulunca 1968’de alınan silahlı çatışma dönemlerinde insan haklarına saygıya ilişkin bir kararda teyit edilmiştir.¹² Ayrıca, Genel Kurul 1970’de silahlı çatışma dönemlerinde sivil halkların korunmasına ilişkin temel ilkeleri açıklayan bir kararda, «askeri operasyonların yapılmasında sivil halkları savaşın zararlarından korumak için tüm gayretin gösterilmesini ve sivil halkların zarar görmesini, yaralanmasını ve kayba uğramasını önlemek için gerekli tüm önlemlerin alınmasını» istemiştir.¹³

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, saldırılarda önlem alma zorunluluğunun uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁴ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiç bir devlet tarafından itiraz edilmediği olgusuna da dayanmıştır.¹⁵ Bu çalışmada da bu kuralın aksine hiç bir resmi uygulama ile karşılaşılmamıştır.

Bu uygulamayı oldukça yaygın olan canlı kalkan kullanılması yasağıyla (bkz. kural 97) birlikte okumak gerekir. Saldırıların etkilerine karşı pratikte mümkün olan tüm önlemleri alma zorunluluğunun bilinçli ihlalleri çoğu zaman canlı kalkan kullanımını ile ilgilidir. Ayrıca, uluslararası içtihat, uluslararası insan hakları hukukunun deyimiyile, yaşamı korumak için pozitif önlemler alma zorunluluğunu teyit etmiştir (bkz. kural 97’nin yorumu).

Saldırıların Etkilerine Karşı Önlem Örnekleri

Genel olarak saldırıların etkilerine karşı önlem alma zorunluluğunun uygulanmasının somut örnekleri her şeyden önce aşağıda 23. ve 24. Kurallarda dile getirilen spesifik iki zorunluluğu içermektedir.

Ayrıca, uygulama sığınakların inşa edilmesini, siperlerin kazılmasını, bilgi ve uyarıların yayınlanmasını, sivil halkın güvenli yerlere çekilmesini, dolaşımın yönlendirilmesini, sivil nitelikli malların korunmasını ve sivil savunma örgütlerinin seferberliğini çatışmaya taraf bir otoritenin yetkisindeki sivil halkı ve sivil nitelikli malları korumak için alınabilecek önlemler olarak göstermiştir.

12 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2444 (XXIII) (konsensüsle benimsenmiştir, 111 lehte oy) (ibid., par. 42).

13 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oyla benimsenmiş) (ibid., par. 43).

14 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 46).

15 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 46).

Saldırıların etkilerine karşı önlem almanın pratik olanakları

Ayrıca, saldırıların etkilerine karşı «pratikte mümkün» olan önlemleri alma zorunluluğu pek çok devlet tarafından, insancıl ve askeri mülahazalar da dâhil olmak üzere o andaki tüm koşullar göz önüne alınarak maddi ya da pratik olarak mümkün olan önlemlerle sınırlı olarak yorumlanmıştır.¹⁶ Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferansın çalışma grubunun raportörü «pratikte mümkün olan» cümlesinin 58. maddenin tüm bentlerini kapsayan bir koşul olarak koyulmasından sonra, anlaşmanın hızlı bir şekilde sağlandığını belirtmiştir.¹⁷ Raportöre göre, bu değişiklik, bir yanda sivil kişilerle sivil nitelikli mallar, diğer yanda askeri hedefler arasındaki ayırımı pek çok durumda zor hatta olanaksız olacağı yoğun nüfuslu küçük ülkelerin endişelerini yansıtmaktaydı. Pek çok durumda büyük ülkeler için bile bu ayırımı yapmak zor ya da imkânsız olabilir.¹⁸ Ek I.Protokolün onaylanması sırasında, Avusturya ve İsviçre bu zorunluluğa, ulusal toprağın savunulmasının gerekleri saklı kalmak şartıyla, saygı gösterileceğini açıklamıştır.¹⁹

Devletlerin uygulaması, savunan gerekli önlemleri almadığında ya da askeri operasyonları korumak için bilinçli olarak sivilleri kullandığında, bir saldırganın askeri hedeflere saldırmasının yasak olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte saldıran,savunan Uluslararası İnsancıl Hukuku ihlal etse de, her koşulda saldırıda uygun önlemleri almak (bkz. kural 15) ve orantılılık ilkesine (bkz. kural 14) saygı göstermek zorundadır.

Saldırıların etkilerine karşı alınacak önlemlere karar verirken gerekli olan bilgiler

Önemli sayıda devlet askeri kumandanların saldırıların etkilerine karşı alınacak önlemlere, o anda sahip oldukları her türlü kaynaktan gelen bilgilerin değerlendirilmesine dayanarak karar vermek zorunda olduklarını belirtmiştir.²⁰

16 Bkz. şu devletlerin beyanları: Cezayir (ibid., par. 49), Almanya (ibid., par. 49 ve 58), Belçika (ibid., par. 49), Kamerun (ibid., par. 56), Kanada (ibid., par. 49 ve 57), İspanya (ibid., par. 49), Birleşik Devletler (ibid., par. 62), Fransa (ibid., par. 49), İrlanda (ibid., par. 49), İtalya (ibid., par. 49 ve 59), Hollanda (ibid., par. 49 ve 60) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 49 ve 61).

17 CDDH, çalışma grubunun çalışmaları hakkında III. Komisyona rapor (ibid., par. 65).

18 CDDH, çalışma grubunun çalışmaları hakkında III. Komisyona rapor (ibid., par. 65).

19 Avusturya, Ek I.Protokolün onayı sırasında koyulan çekinceler (ibid., par. 50); İsviçre, Ek I.Protokolün onayı sırasında koyulan çekinceler (ibid., par. 51).

20 Bkz. IV. alt bölüm, not 33.

Kural 23. – Çatışmanın tüm tarafları pratikte mümkün olduğunca, askeri hedefleri yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirmekten kaçınmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 6, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) bir uygulamasıdır. Bu kural canlı kalkan yasağına (bkz. kural 97) da bağlıdır çünkü askeri hedefleri sivil halktan ayırmak için pratikte mümkün olan her şey yapılmalıdır, fakat hiç bir durumda siviller askeri hedefleri saldırıdan korumak için kullanılamaz.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Çatışmanın tüm taraflarının askeri hedefleri yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirmekten kaçınma ödevi, bu kurala ilişkin hiç bir çekinceye konu olmayan, Ek I.Protokolün 58. Maddesinin b) bendinde kaleme alınmıştır.²¹ Bu kural 1996'da İsrail ve Lübnan arasında yapılan ateşteste de yer almaktadır.²²

Bu zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.²³ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla da desteklenmiştir.²⁴ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerinkilerini de içermektedir.²⁵

21 Ek I.Protokol (1977), m. 58, bent b) (80 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimsiz oyla kabul edilmiş) (II. cilt, 6. Alt bölüm, par. 70 içinde nakledilmiştir).

22 İsrail-Lübnan Ateşkes Anlaşması (1996), m. 3 (ibid., par. 71).

23 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 77), Avustralya (ibid., par. 78), Benin (ibid., par. 79), Kanada (ibid., par. 80), Hırvatistan (ibid., par. 81-82), Ekvator (ibid., par. 83), İspanya (ibid., par. 93), Birleşik Devletler (ibid., par. 98), Macaristan (ibid., par. 84), İsrail (ibid., par. 85), İtalya (ibid., par. 86), Kenya (ibid., par. 87), Madagaskar (ibid., par. 88), Nijerya (ibid., par. 91), Yeni Zelanda (ibid., par. 90), Hollanda (ibid., par. 89), Birleşik Krallık (ibid., par. 97), Rusya (ibid., par. 92), İsveç (ibid., par. 94), İsviçre (ibid., par. 95) ve Togo (ibid., par. 96).

24 Bkz. örn. şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 105 ve 117-123), Fransa (ibid., par. 105), Irak (ibid., par. 107), İsrail (ibid., par. 105 ve 108), Lübnan (ibid., par. 105 ve 113), Birleşik Krallık (ibid., par. 116), Suriye (ibid., par. 105), şu devletlerin rapor edilen uygulaması: Botswana (ibid., par. 102), Mısır (ibid., par. 104), Birleşik Devletler (ibid., par. 124), İsrail (ibid., par. 109), Ürdün (ibid., par. 110), Kuveyt (ibid., par. 112), Malezya (ibid., par. 114), Suriye (ibid., par. 115) ve Zimbabve (ibid., par. 125).

25 Bkz. örn. şu devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 98, 105 ve 117-123), Fransa (ibid., par. 105), Irak (ibid., par. 107), İsrail (ibid., par. 71, 85, 105 ve 108), Kenya (ibid., par. 87) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 97 ve 116), şu devletlerin rapor edilen uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 124), İsrail (ibid., par. 109) ve Malezya (ibid., par. 114).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Her ne kadar Ek II.Protokol açıkça saldırıların etkisine karşı önlemden söz etmiororsa da, 13. Maddenin 1. fıkrası «sivil halkın ve sivil kişilerin askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel korumadan yararlanmasını» öngörmektedir ve böyle bir korumayı askeri hedefler yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirilse de sağlamak zordur.²⁶ Saldırıların etkilerine karşı önlem alma zorunluluğu, ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolünde, yer almaktadır.²⁷ Üstelik bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan diğer belgelerde de yer almaktadır.²⁸

Çatışmanın tüm taraflarının askeri hedefleri yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirmekten kaçınma ödevi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.²⁹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, çatışmanın tüm taraflarının askeri hedefleri yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirmekten kaçınma ödevinin uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.³⁰ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) ve orantılılık ilkesinin (bkz. kural 14) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini gerektirdiği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiç bir devlet tarafından itiraz edilmemiş olması olgusuna da dayanmıştır.³¹ Bu çalışmada da bu kuralın aksine hiç bir resmi uygulamayla karşılaşılmamıştır.

1979'da, Rodezya/Zimbabve çatışması kapsamında ICRC Vatansız Cepheye «özellikle mülteci kampları olmak üzere, sivil binaları askeri tesislerden açıkça ayırmaları» çağrısında bulunmuştur.³²

Her ikisi de uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan, özgürlüklerinden mahrum edilmiş kişilerin savaş bölgesinden uzak yerlerde

26 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2).

27 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 8 (II. cilt, 12. alt bölüm, par. 292 içinde nakledilmiştir).

28 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (II. cilt, 6. alt bölüm, par.74 içinde nakledilmiştir); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 75); BM Genel Sekreterinin Sirküleri (1999), m. 5.4 (ibid., par. 76).

29 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 79), Hırvatistan (ibid., par. 8182), Ekvator (ibid., par. 83), İtalya (ibid., par. 86), Kenya (ibid., par. 87), Madagaskar (ibid., par. 88), Nijerya (ibid., par. 91) ve Togo (ibid., par. 96).

30 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 46).

31 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 46).

32 Bkz. ICRC, Güney Afrika Çatışması: ICRC'nin çağrısı (ibid., par. 131).

tutulmasına ilişkin (bkz. kural 121) ve yer değiştirme durumunda sivil halkın tatmin edici güvenlik koşullarında karşılanması için mümkün olan tüm önlemlerin alınmasına ilişkin (bkz. kural 131) kurallar bu kuralın teamüli niteliğini belirlemek açısından önemlidir.

Yorum

Uygulamada bazı durumlarda askeri üsleri ve tesisleri yoğun nüfuslu bölgelerin dışına yerleştirmeye özen gösterilse de, uygulama genellikle bu zorunluluğu pratikte mümkün olanla sınırlandırmaktadır. Devlet uygulamasına ilişkin pek çok raporun belirttiği gibi, başlangıçta durum bu olmasa bile demografik değişiklikler sonucunda askeri üslerin şehirlerin içinde ya da yakınında kalması mümkündür.³³ Bu hedefler gayrimenkulleri içerdiğinde, bunların taşınması menkullerinkinden daha fazla sorun çıkarmaktadır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferansta, Kore Cumhuriyeti bu kuralın «bir devletin kendi toprağındaki askeri tesislere ilişkin sınırlama getirmediğini» açıklamıştır.³⁴ Garlar ve havaalanları gibi, sivil ve askeri amaçlarla kullanılabilen tesisler, bilinçli olarak bile yoğun nüfuslu bölgelerin içine ya da yakınına yerleştirilebilir.

Kural 24. – Çatışmanın her bir tarafı, yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları pratikte mümkün olduğunca askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için her şeyi yapmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 6, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) bir uygulamasıdır. Bu kural canlı kalkan yasağına (bkz. kural 97) da bağlıdır çünkü sivil kişileri ve sivil nitelikli malları askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şey yapılmalıdır, fakat hiç bir durumda siviller askeri hedefleri saldırıdan korumak için kullanılamaz.

33 Bkz. şu devletlerin uygulamasına ilişkin raporlar: İran (ibid., par. 106), İsrail (ibid., par. 109), Kuveyt (ibid., par. 112) ve Malezya (ibid., par. 114).

34 Kore Cumhuriyeti, CDDH sırasındaki beyan (ibid., par. 111).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Çatışmanın her bir tarafının, yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları pratikte mümkün olduğunca askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şeyi yapma ödevi, bu kurala ilişkin hiç bir çekincenin koyulmadığı, Ek I.Protokolün 58. Maddesinin a) bendinde kaleme alınmıştır.³⁵

Bu zorunluluk çok sayıda sahra talimnamelerinde tekrar edilmiştir.³⁶ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.³⁷ Bu uygulama o dönemde Ek I.Protokole taraf olmayanlarinkini de içermektedir.³⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Her ne kadar Ek II.Protokol açıkça saldırıların etkisine karşı önlemden söz etmiyorsa da, 13. Maddenin 1. fıkrası «sivil halkın ve sivil kişilerin askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel korumadan yararlanmasını» öngörmektedir.³⁹ Sivil kişileri ve sivil nitelikli malları pratikte mümkün olduğunca askeri hedeflerin civarından uzaklaştırılmadıkça böyle bir korumayı sağlamak zordur.

Saldırıların etkilerine karşı bu önlemi alma,ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir daha yakın tarihli bir sözleşmede, Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolünde, yer almaktadır.⁴⁰ Üstelik bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan diğer belgelerde de yer almaktadır.⁴¹

Çatışmanın her bir tarafının, yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şeyi yapma

35 Ek I.Protokol (1977), m. 58, bent a) (80 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 133).

36 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 138), Avustralya (ibid.,ar. 139), Benin (ibid., par. 140), Kamerun (ibid., par. 141), Kanada (ibid., par. 142), Hırvatistan (ibid., par. 143), Ekvator (ibid., par. 144), İspanya (ibid., par. 153), Birleşik Devletler (ibid., par. 158-159), Fransa (ibid., par. 145), İsrail (ibid., par. 146), İtalya (ibid., par. 147), Kenya (ibid., par. 148), Madagaskar (ibid., par. 149), Nijerya (ibid., par. 152), Yeni Zelanda (ibid., par. 151), Hollanda (ibid., par. 150), Birleşik Krallık (ibid., par. 157), İsveç (ibid., par. 154), İsviçre (ibid., par. 155) ve Togo (ibid., par. 156).

37 Bkz., örn., Birleşik Devletler (ibid., par. 169-172) ve Irak'ın beyanları (ibid., par. 164), ayrıca şu Devletlerin rapor edilen uygulaması: Mısır (ibid., par. 163), Birleşik Devletler (ibid., par. 173), Ürdün (ibid., par. 165), Kuveyt (ibid., par. 166), Suriye (ibid., par. 168)ve Zimbabve (ibid., par. 174).

38 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 158-159 ve 169-172), Fransa (ibid., par. 145), Irak (ibid., par. 164), İsrail (ibid., par. 146), Kenya (ibid., par. 148) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 157), ayrıca Birleşik Devletlerin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 173).

39 Ek II.Protokol (1977), m. 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2).

40 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 8.

41 Bkz., örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par.136); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 137).

ödevi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁴²

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kupreškic kararındaki içtihadı, çatışmanın her bir tarafının, yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları pratikte mümkün olduğunca askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şeyi yapma ödevinin uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda-ki teamüli niteliğine ilişkin ek deliller sunmaktadır. Mahkeme, kararında, daha önceki genel kuralları daha da kesinleştirdiği için bu kuralın uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir.⁴³ Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamüli nitelikte olan ayırt etme ilkesinin (bkz. kural 1 ve 7) zorunlu olarak bu kurala saygı gösterilmesini istediği anlaşılabilir. Mahkeme bu kurala hiç bir devlet tarafından itiraz edilmemiş olması olgusuna da dayanmıştır.⁴⁴ Bu çalışmada da bu kuralın aksine hiç bir resmi uygulamaya rastlanmamıştır.

ICRC uluslararası ve uluslararası olmayan çatışmaların taraflarına yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şeyi yapma zorunluluklarını hatırlatmıştır.⁴⁵

Yorum

Çatışmanın her bir tarafının, yetkisindeki sivil kişileri ve sivil nitelikli malları pratikte mümkün olduğunca askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmak için pratikte mümkün olan her şeyi yapma yükümlülüğü, uygulamada 23. Kurala uygun olarak askeri hedefleri yoğun nüfuslu bölgelerden uzaklaştırmanın mümkün olmadığı durumlarda özellikle önemlidir.

Bu kural, sivil halka, güvenliğinin tahliyesini gerektirdiği durumlar dışında zorla yer değiştirme yasağıyla (bkz. kural 129) da ilişkilidir, çünkü bu kural tahliyenin pratikte mümkün olduğu ölçüde yapılmasını öngörmektedir.

Birleşik Devletler deniz kuvvetleri talimnamesine göre, «çatışmanın tarafının yetkisindeki sivilleri ve yaralıları, hastaları, deniz kazazedelerini ve savaş esirlerini düşman tarafından saldırılması olası olan hedeflerin civarından uzaklaştırma ödevi vardır».⁴⁶ Bu kuralın yaralıları, hastaları, deniz kazazedelerini ve savaş esirlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin tahliyesine, bakımına ve korunmasına ilişkin 109-111. Kurallara ve özgürlüklerinden yoksun kişilerin savaş bölgesine uzak yerlerde tutulmasına ilişkin 121. Kurala uygundur.

42 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 140), Hırvatistan (ibid., par. 143), Ekvator (ibid., par. 144), İtalya (ibid., par. 147), Kenya (ibid., par. 148), Madagaskar (ibid., par. 149), Nijerya (ibid., par. 152) ve Togo (ibid., par. 156).

43 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 176).

44 ICTY, Savcı Zoran Kupreškic ve dava arkadaşlarına karşı davası, karar (ibid., par. 176).

45 Bkz., örn., ICRC, Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukuka saygı memorandumunu (ibid., par. 180) ve Turkuvas Operasyonuna katılan güçlerce Uluslararası İnsancıl Hukuka saygı memorandumunu (ibid., par. 181).

46 Birleşik Devletler, Deniz El Kitabı (ibid. par. 159).

BÖLÜM II

ÖZEL BİR KORUMADAN YARARLANAN KİŞİLER VE MALLAR

SIHHİ VE DİNİ PERSONEL VE MALLAR

Kural 25. – Sadece sıhhi görevler ifa eden sıhhi personel her durumda saygı görmeli ve korunmalıdır. Bu kişiler, insancıl görevlerinin dışında, düşmana zarar verebilecek eylemler gerçekleştirdiği takdirde korumalarını kaybederler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kural 1864 Cenevre Sözleşmesine kadar uzanmaktadır. Ardından, daha ileri tarihli, 1906 ve 1929 Cenevre Sözleşmelerinde tekrar edilmiştir.¹ Günümüzde 1949 tarihli I, II ve III numaralı Cenevre Sözleşmelerinde kaleme alınmıştır.² Ek I.Protokolün 15. maddesiyle kapsamı askeri sıhhi personelden başka sivil sıhhi personeli de içine alacak şekilde genişlemiştir.³ Bu genişleme, asker ve sivil ayrımı yapmadan genel olarak sıhhi personelden söz eden devletlerin uygulaması ile desteklen-

1 1864 Cenevre Sözleşmesi, m. 2 (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir); 1906 Cenevre Sözleşmesi, m. 9 ve 10 (ibid., par. 2-3); 1929 Cenevre Sözleşmesi, m. 9 ve 10 (ibid., par. 4-5).

2 1 numaralı Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 24-26 (ibid., par. 6-8); 2 numaralı Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 36 (ibid., par. 9); 4 numaralı Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 20 (ibid., par. 10).

3 Ek I.Protokol (1977), m. 15 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 12).

mektedir.⁴ Kural, o dönemde Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletler tarafından da desteklenmiştir.⁵

Uluslararası Ceza Mahkemesinin tüzüğüne göre, «uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerince öngörülen ayırt edici işaretler kullanan personele yönelik bilinçli saldırılarda bulunmak» uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁶ Bu savaş suçu Cenevre Sözleşmelerince öngörülen ayırt edici işaretleri kullanma hakkına sahip olduğu için, sıhhi personeli de kapsamaktadır.

Sıhhi personele saygı gösterme ve sıhhi personeli koruma yükümlülüğü önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁷ Pek çok devletin mevzuatında bu kuralın ihlali bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁸ Ayrıca, bu kural resmi beyanlar ve rapor edilen uygulama ile desteklenmiştir.⁹

4 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Burkina Faso (ibid., par. 27), Kanada (ibid.,par. 31), Kolombiya (ibid., par. 32-33), Kongo (ibid., par. 34), Hırvatistan (ibid., par. 36), El Salvador (ibid., par. 39), Ekvator (ibid., par. 38), Birleşik Devletler (ibid., par. 76), Fransa (ibid., par. 40), Macaristan (ibid., par. 44), Lübnan (ibid., par. 51), Mali (ibid., par. 53), Fas (ibid., par. 54), Nikaragua (ibid., par. 58), Nijerya (ibid., par. 59 ve 6162), Hollanda (ibid., par. 56), Romanya (ibid., par. 63), Birleşik Krallık (ibid., par. 72), Rusya (ibid., par. 64), Senegal (ibid., par. 65) ve İsviçre (ibid., par. 69); şu devletlerin mevzuatı: Bosna Hersek (ibid., par. 81), Kolombiya (ibid., par. 82-83), Hırvatistan (ibid., par. 84), El Salvador (ibid., par. 85), İspanya (ibid., par. 99-100), Estonya (ibid., par. 87), Etyopya (ibid., par. 88), Gürcistan (ibid., par. 89), Nikaragua (ibid., par. 93), Polonya (ibid., par. 96), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 37), Slovenya (ibid., par. 98), Tacikistan (ibid., par. 101), Ukrayna (ibid., par. 102), Venezuela (ibid., par. 103-104) ve Yugoslavya (ibid., par. 105); ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 79), El Salvador (ibid., par. 86), Nikaragua (ibid., par. 94) ve şu devletlerin beyanları: Çin (ibid., par. 109), Birleşik Devletler (ibid., par. 131), Irak (ibid., par. 116), Kuveyt (ibid., par. 118-119), Birleşik Krallık (ibid., par. 126) ve Venezuela (ibid. par. 135).

5 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 75 ve 77) ve Fransa (ibid., par. 41).

6 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) xxiv (ibid., par. 832).

7 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 66), Almanya (ibid., par. 43), Arjantin (ibid., par. 19-20), Avustralya (ibid., par. 21-22), Belçika (ibid., par. 23-24), Benin (ibid., par. 25), Bosna Hersek (ibid., par. 26), Burkina Faso (ibid., par. 27), Kamerun (ibid., par. 28-29), Kanada (ibid., par. 30-31), Kolombiya (ibid., par. 32-33), Kongo (ibid., par. 34), Hırvatistan (ibid., par. 35-36), El Salvador (ibid., par. 39), Ekvator (ibid., par. 38), İspanya (ibid., par. 67), Birleşik Devletler (ibid., par. 73-77), Fransa (ibid., par. 40-42), Macaristan (ibid., par. 44), Endonezya (ibid., par. 45-46), İsrail (ibid., par. 47), İtalya (ibid., par. 48), Kenya (ibid., par. 49), Lübnan (ibid., par. 51), Madagaskar (ibid., par. 52), Mali (ibid., par. 53), Fas (ibid., par. 54), Nikaragua (ibid., par. 58), Nijerya (ibid., par. 59-62), Yeni Zelanda (ibid., par. 57), Hollanda (ibid., par. 55-56), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 50), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 37), Romanya (ibid., par. 63), Birleşik Krallık (ibid., par. 71-72), Rusya (ibid., par. 64), Senegal (ibid., par. 65), İsviçre (ibid., par. 68), İsviçre (ibid., par. 69), Togo (ibid., par. 70) ve Yugoslavya (ibid., par. 78).

8 Bkz. örn. şu devletlerin mevzuatı: Bangladeş (ibid., par. 80), Bosna Hersek (ibid., par. 81), Kolombiya (ibid., par. 82-83), Hırvatistan (ibid., par. 84), El Salvador (ibid., par. 85), İspanya (ibid., par. 99-100), Estonya (ibid., par. 87), Etyopya (ibid., par. 88), Gürcistan (ibid., par. 89), İrlanda (ibid., par. 90), İtalya (ibid., par. 91), Litvanya (ibid., par. 92), Nikaragua (ibid., par. 93), Norveç (ibid., par. 95), Polonya (ibid., par. 96), Romanya (ibid., par. 97), Slovenya (ibid., par. 98), Tacikistan (ibid., par. 101), Ukrayna (ibid., par. 102), Venezuela (ibid., par. 103-104) ve Yugoslavya (ibid., par. 105); Bkz. ayrıca şu devletleri mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 79), El Salvador (ibid., par. 86) ve Nikaragua (ibid., par. 94).

9 Bkz. örn. şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 113), Çin (ibid., par. 109), Birleşik Devletler (ibid., par. 129-133), Kuveyt (ibid., par. 118-119), du Birleşik Krallık (ibid.,par. 126), Venezuela (ibid., par. 135) ve Yugoslavya (ibid., par. 136-137), ve Ruanda'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 125).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sıhhi personelin korunması yaralı ve hastaların tıbbi bakım almalarını güvence altına almak için tanınan korumanın ek bir biçimini oluşturduğundan, yaralı ve hastaların toplanmalarını ve tedavi edilmelerini zorunlu kılan Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinde bu kural zımnen yer almaktadır.¹⁰ Sıhhi personelin saygı görmesini ve korunmasını zorunlu kılan kural açıkça Ek II.Protokolde kaleme alınmıştır.¹¹ Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerince öngörülen ayırt edici işaretler kullanan personele yönelik bilinçli saldırılarda bulunmak» uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹² Üstelik bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan diğer belgelerde yer almaktadır.¹³

Sıhhi personele saygı gösterme ve sıhhi personeli koruma uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.¹⁴ Pek çok devletin mevzuatında, hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun bu kuralın ihlalleri bir suç oluşturmaktadır.¹⁵

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili resmi beyanlarda da yer almıştır.¹⁶

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksine hiç bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Sıhhi personele yönelik gerçekleştirildiği iddia edilen

10 1949 Cenevre Sözleşmeleri, ortak m. 3. Bu mantık ör. şu Devletlerin sahra talimnamelerinde yer almaktadır: Güney Afrika (ibid., par. 66), Belçika (ibid., par. 24), Kolombiya (ibid., par. 32), El Salvador (ibid., par. 39), İspanya (ibid., par. 67) ve İsrail (ibid., par. 47).

11 Ek II.Protokol (1977), m. 9, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 13).

12 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) ii) (ibid., par. 832).

13 Bkz., örn., Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles (İnsancıl İlkelerle Saygıya İlişkin Lahey Beyanı) (ibid., par. 17).

14 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 66), Almanya (ibid., par. 43), Arjantin (ibid., par. 20), Avustralya (ibid., par. 21-22), Benin (ibid., par. 25), Bosna Hersek (ibid., par. 26), Kamerun (ibid., par. 29), Kanada (ibid., par. 30-31), Kolombiya (ibid., par. 32-33), Hırvatistan (ibid., par. 35-36), El Salvador (ibid., par. 39), Ekvator (ibid., par. 38), İspanya (ibid., par. 67), Fransa (ibid., par. 42), Macaristan (ibid., par. 44), İtalya (ibid., par. 48), Kenya (ibid., par. 49), Lübnan (ibid., par. 51), Madagaskar (ibid., par. 52), Nijerya (ibid., par. 60-62), Yeni Zelanda (ibid., par. 57), Hollanda (ibid., par. 55), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 50), Rusya (ibid., par. 64) ve Togo (ibid., par. 70).

15 Bkz. örn. şu devletlerin mevzuatı: Bangladeş (ibid., par. 80), Bosna Hersek (ibid., par. 81), Kolombiya (ibid., par. 82-83), Hırvatistan (ibid., par. 84), El Salvador (ibid., par. 85), İspanya (ibid., par. 99-100), Estonya (ibid., par. 87), Etyopya (ibid., par. 88), Gürcistan (ibid., par. 89), İrlanda (ibid., par. 90), Litvanya (ibid., par. 92), Norveç (ibid., par. 95), Polonya (ibid., par. 96), Slovenya (ibid., par. 98), Tacikistan (ibid., par. 101), Ukrayna (ibid., par. 102), Venezuela (ibid., par. 103-104) ve Yugoslavya (ibid., par. 105); Bkz. ayrıca şu devletlerin uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 91), Nikaragua (ibid., par. 93) ve Romanya (ibid., par. 97), aynı şekilde Arjantin (ibid., par. 79), El Salvador (ibid., par. 86) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 94) mevzuat taslakları.

16 Bkz. örn. şu devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 132), Filipinler (ibid., par. 123), Venezuela (ibid., par. 135) ve Yugoslavya (ibid., par. 136 ve 137).

saldırıları genellikle devletler tarafından kınanmıştır.¹⁷ Burundi, El Salvador, Çeçenistan ve Eski Yugoslavya'daki çatışma örneklerinde olduğu gibi, uluslararası örgütler de bu kuralın ihlallerini kınamıştır.¹⁸ ICRC uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına bu kurala saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur.¹⁹

Sihhi personelin tanımı

«Sihhi personel » terimi silahlı çatışmanın bir tarafınca sadece yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin aranması, tahliyesi, taşınması, ilk yardım dâhil olmak üzere teşhis ve tedavisi, ayrıca, hastalıkların önlenmesi, sihhi birimlerin idaresi ya da sihhi nakliye araçlarının işleyişi ya da idaresi ile görevlendirilen personeli işaret etmektedir. Bu görevlendirmeler daimi ya da geçici olabilir. «Sihhi personel» terimi şunları kapsamaktadır:

i) Çatışmanın bir tarafının, 1 ve 2 numaralı Sözleşmede bahsedilen ve sivil savunma örgütlerince görevlendirilenler de dâhil, askeri ya da sivil,sihhi personeli;

ii) Ulusal Kızılhaç ya da Kızılay Derneklerinin ve ICRC de dâhil olmak üzere çatışmanın bir tarafınca usulüne uygun biçimde tanınan ve izin verilen, diğer gönüllü kurtarma derneklerinin sihhi personeli;

iii) Tarafsız bir devlet ya da söz konusu çatışmaya taraf olmayan bir başka devletin, bu devletçe tanınan ve yetkilendirilen bir yardım kuruluşu ya da insancıl nitelikli tarafsız bir uluslararası örgütün insancıl amaçlarla çatışmanın bir tarafının hizmetine verdiği sihhi personel.

Bu tanım Ek I.Protokolün 8. Maddesinin c) bendinde yer almaktadır ve Devletlerin uygulamalarında çokça kullanılmaktadır.²⁰ Tanımın esas noktası hakkı olan korumadan yararlanması için sihhi personelin sadece sihhi görev yapma zorunluluğudur. Görevlendirme sürekli ise, saygı ve koruma daima geçerlidir. Sihhi görevlendirme sadece geçici ise, saygı ve koruma sadece bu görevlendirme süresince geçerlidir. Sadece çatışmanın tarafınca sihhi görevlerle görevlendirilen sihhi personel korunan statüden yararlanır.Sihhi görevler gören diğer kişiler, muhasamata doğrudan katılmadıkları sürece, saldırılara karşı sivil olarak korumadan yararlanırlar (bkz. kural 6). Bu kişiler sihhi personele dâhil değildir ve bu nedenle ayırt edici simgeleri kullanamazlar. Ayrıca, Kanada Kuvvetleri personelinin davranış koduna göre:

17 Bkz., örn., Birleşik Devletler (ibid., par. 132), Venezuela (ibid., par. 135) ve Yugoslavya'nın (ibid., par. 137) beyanları.

18 Bkz., örn., Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 39/119 (ibid., par. 140), karar 40/139 (ibid., par. 140) ve karar 41/157 (ibid., par. 141); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1987/51 (ibid., par. 142); AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Görevdeki Başkan, Basın Bülteni No. 86/96 (ibid., par. 149).

19 Bkz., örn., ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 156-158, 160-164 ve 166-172).

20 Ek I.Protokol (1977), m. 8, bent c) (konsensüsle benimsenmiş) (ibid., par. 11).

CARE ve Médecins sans frontières (Sınır tanımayan doktorlar) gibi STÖ'leri, başka ayırt edilebilir semboller kullanabilirler. CARE, MSF ve diğer STÖ'ler tarafından kullanılan semboller, bunların silahlı çatışmanın mağdurlarına ilişkin çalışmalarına saygı gösterilmesi gerekse de, uluslararası hukuki korumadan yararlanmazlar.

STÖ'lerin hasta ve yaralılarına bakım sağladıkları bilindiğinde de onlara saygı göstermek gerekir.²¹

«Askeri sıhhi personel» deyimini silahlı kuvvetler mensubu sıhhi personeli işaret eder. «Sivil sıhhi personel» deyimini silahlı kuvvetler mensubu olmayan fakat çatışmanın bir tarafınca sadece sıhhi görevlerle görevlendirilen sıhhi personeli işaret eder.

Aynı genel tanım ilk başta Ek II.Protokol taslağına dâhil edilmişti, fakat basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında son dakikada terk edilmiştir.²² Bu nedenle, Ek II.Protokol, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanıldığında Ek I.Protokolde yer alan tanıma göre anlaşılması gereken, «sıhhi personel» deyiminin tanımını içermemektedir.²³ Ek II.Protokol taslağına ilk başta dâhil edilen tanımdan ve ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasındaki görüşmelerden « sıhhi personel »in çatışmanın bir tarafınca sadece, ilk yardım da dâhil olmak üzere, yaralı, hasta ve deniz kazazedelerinin aranması, tahliyesi, nakli, teşhis konması ya da tedavisi, ayrıca hastalıkların önlenmesi, sıhhi birimlerin idaresi ya da sıhhi nakil araçlarının işlemesi ya da idaresi ile görevlendirilmiş kişileri işaret eder. Bu görevlendirmeler sürekli ya da geçici olabilir. «Sıhhi personel» deyimini şunları kapsar:

- i) Çatışmanın bir Tarafının, sivil korumanın sıhhi görevleriyle görevlendirilenler de dâhil olmak üzere, sıhhi, askeri ya da sivil personeli;
- ii) Çatışmanın bir Tarafınca tanınan ve yetkilendirilen Kızılhaç ya da Kızılay sıhhi personeli;
- iii) Çatışmanın bir Tarafınca tanınan ve yetkilendirilen ve silahlı çatışmanın meydana geldiği Devletin ülkesinde yerleşik olan diğer yardım kuruluşlarının sıhhi personeli.

Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasındaki görüşmeler uluslararası silahlı çatışmaların doğasından dolayı aşağıdaki örneklerin, uluslararası silahlı çatışmalar için sayılan örneklerden iki açıdan farklılaştığını göstermektedir. İlk olarak, «Kızılhaç ve Kızılay örgütleri» deyimini «sadece hükümet tarafından sağlanan yardımı değil, fakat karşı tarafın hem hâlihazırda var olan Kızılhaç grupları ya da bölümleri hem de çatışma sırasında doğan örgütleri» kapsa-

21 Kanada, Kanada Personelinin Davranış Kodu (ibid., par. 31).

22 ICRC tarafından CDDH'a sunulan Ek II.Protokol taslağı, m. 11, bent 1 f) (ibid., par. 14).

23 Bkz. bu açıdan Birleşik Devletler'in beyanı (ibid., par. 15) CDDH'daki uygulama (ibid., par. 150); ayrıca Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, CICR, Genève, 1986, par. 4661-4665.

mak için kullanılmıştır.²⁴ Bu açıdan «Kızılhaç (Kızılhaç, Aslan-ve-Kızıl-Güneş) örgütleri» deyiminin Ek II.Protokolün 18. Maddesinde kullanıldığına da dikkat etmek gerekir.²⁵ İkinci olarak, redaksiyon Komitesi, Kızılhaç dışındaki yardım kuruluşlarının, «ülkenin dışından karanlık bir grubun,yardım kuruluşu niteliğinden faydalanarak ülkeye yerleşmesini ve isyancılar tarafından tanınmasını engellemek için» silahlı çatışmanın meydana geldiği Devletin ülkesinde yerleşik olması gerektiğini belirtmek gereğini duymuştur.²⁶

Sihhi personelin korunması ve saygı

Devletlerin uygulaması «saygı ve koruma» deyiminin anlamına ilişkin özellikler taşımaktadır. Birleşik Krallığın sahra talimnamesi ve Birleşik Devletler ordusunun talimnamesine göre, «saygı ve koruma» deyimini askeri personelin «bilinçli olarak saldırı, ateşli silah hedefi yapılmamasını, gerekli olmadıkça görevlerini yapmalarının engellenmemesini» işaret eder.²⁷ Almanya'nın askeri sahra talimnamesi ve İsviçre'nin kısaltılmış sahra talimnamesi benzer hükümler içerir.²⁸ İspanya'nın silahlı çatışmalar hukuku el kitabı korumanın ihtiyaç anında, savunma, yardım etme ve desteklemeyi kapsadığını belirtmektedir.²⁹

Benin, Hırvatistan, Madagaskar, Nijerya ve Togo'nun sahra talimnameleri sihhi personele saldırılamayacağını ve taktik plan elverdiği sürece görevlerini yapmalarına izin verileceğini belirtmektedir.³⁰ Ek I.Protokol «ihtiyaç anında, çatışmalar nedeniyle sivil sihhi hizmetlerin bozulduğu bir bölgede, sivil sihhi personele mümkün olan tüm yardımın yapılmasını» öngörmektedir.³¹ Ek I.Protokol sihhi personelin « görevini yaparken mümkün olan tüm yardımcı» görmesini istemektedir.³²

Sihhi personelin tıbbi bir yardım yapmaktan dolayı cezalandırılmayacağı ilkesi 26. kuralın konusunu oluşturmaktadır.

24 CDDH, Tutanaklar, Cilt XI, CDDH/II/SR.40, 20 Mart 1975, p. 450-451, par. 9; ayrıca Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4666.

25 Ek II.Protokol (1977), m. 18, par. 1 (konsensüsle benimsenmiş).

26 CDDH, redaksiyon Komitesinin raporu (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 150 içinde nakledilmiştir); Bkz. ayrıca Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4667.

27 Birleşik Krallık, Sahra talimnamesi (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 71 içinde nakledilmiştir); Birleşik Devletler, Field El kitabı (ibid., par. 73).

28 Almanya, Sahra talimnamesi (ibid., par. 43); İsviçre, Lois et coutumes de la guerre (Extrait et commentaire) (Basic Sahra talimnamesi) (ibid., par. 69).

29 İspanya, Silahlı çatışmalar hukuku El kitabı (ibid., par. 67).

30 Bkz.şu Devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 25), Hırvatistan (ibid., par. 35), Madagaskar (ibid., par. 52), Nijerya (ibid., par. 60 ve 62) ve Togo (ibid., par. 70).

31 Ek I.Protokol (1977), m. 15, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir).

32 Ek II.Protokol (1977), m. 9, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 13 içinde nakledilmiştir).

Sıhhi personele sağlanan korumanın kaybı

Sahra talimnameleri ve ulusal mevzuat düşmanca eylemler gerçekleştiren sıhhi personelin hakkı olan özel korumayı kaybedeceği konusunda ısrar etmektedir.³³ Bu istisna, saygıdan ve korumadan yararlanmak için, bu personelin sadece sıhhi görevler yüklenmesi gerektiğine bağlıdır. Diğer yandan, koruma rejimi sıfatıyla -yaralıları ve hastaları tedavi etme ödevinin bir sonucu olarak- yaralı ve hastalar bakıldıkları için özel bir koruma sağlanmalıdır.İspanya'nın silahlı çatışmalar hukuku el kitabı bunu şu şekilde açıklamaktadır:

“Sıhhi personelin korunmasının şahsi bir ayrıcalık değil, daha ziyade, her durumda insani bir şekilde muamele görmesi gereken, yaralıları ve hastalara karşı saygı ve korumanın doğal bir sonucu olduğunun altını çizmek gerekir.

Sıhhi personel hakkı olan özel korumayı düşmanca eylemler gerçekleştirtirse kaybeder. Bu tür bir davranış, tıbbi rolünden ve ayırt edici işaretlerden fayda sağladığı için, hainlik dahi teşkil edebilir.³⁴”

I No.lu Cenevre Sözleşmesi ve Ek I.Protokol sıhhi birimlerin ve sıhhi nakliye araçlarının «insancıl ödevlerinin dışında, düşmana zarar veren eylemlerde bulunmak için» kullanılmaları durumunda korumalarını kaybedeceklerini öngörmektedir. Bununla birlikte, Ek I.Protokol bu korumanın «insancıl fonksiyonlarının dışında, düşmanca eylemler gerçekleştirmek için» kullanılmaları durumunda kaybolacağını belirtmektedir.³⁵ Ek Protokollerin yorumuna göre, her iki ifade arasında esasa ilişkin bir fark yoktur.³⁶ Bu hükümler sadece sıhhi birimlere uygulansa da, korumanın kaybedilmesine ilişkin kural, kıyas yoluyla, sıhhi personele de uygulanabilir.

Genel kural olarak, kesin tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak ve sıhhi personelin insancıl fonksiyonuyla çelişkili olarak, muhasamata doğrudan katılma düşmana zarar verici bir eylem olarak kabul edilmektedir. Bu, sıhhi ekiplerin savaş birimleri arasına katılması ve sıhhi personellerinin silah taşınması ve muhasamata doğrudan katılması durumunda, korunmaya hakları olmadığı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, ne yaralı ve hasta düşman askerlerini tedavi etmek ne de düşman askeri üniforması giymek ya da işareti taşımak tek başına düşmanca bir eylem olarak değerlendirilebilir. Daha aşağıda göreceğimiz gibi, kendilerini ya da hastalarını koruyabilmeleri için,sıhhi personeli taşınabilir silah ile donatmak ve bu silahların bu amaçlarla kullanılması korumanın kaybına yol açmaz. Üstelik sıhhi birimlere uygulanan benzer

33 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 187-188), İspanya (ibid., par. 67 ve 203), Birleşik Devletler (ibid., par. 208 ve 210), İsrail (ibid., par. 47) ve Hollanda (ibid., par. 200), ayrıca İspanya (ibid., par. 99), İtalya (ibid., par. 91) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 93) mevzuatı.

34 İspanya, Silahlı çatışmalar hukuku El kitabı (ibid., par. 67).

35 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 21 (ibid., par. 586); Ek I.Protokol (1977),m. 13 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 589); Ek II.Protokol (1977), m. 11 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 590).

36 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4720 ve 4721.

kuralın kıyas yoluyla uygulanmasıyla, ne sıhhi personele askeri personelin eşlik etmesi, ne bu personelin mevcudiyeti, ne de sıhhi personelin hastalarından aldıkları ve henüz yetkili hizmete vermedikleri cephaneye sahip olması düşmanca eylem olarak değerlendirilmelidir.

Sıhhi personelin bireysel hafif silahlarla donatılması

Devletlerin uygulamaları, sıhhi personele sağlanan korumanın, bu personelin örneğin, sadece hastasını ya da kendisini haydutluk gibi şiddet eylemlerinden korumak amacıyla hafif silahlarla donatılmış olması nedeniyle sona ermeyeceğini göstermektedir. Sıhhi personel bu silahlarını savaş hukukuna uygun davranan-yakalanmaya karşı direnmek için- düşman kuvvetlerine karşı kullanırsa korunma hakkını kaybeder.

Bu yorum ilk olarak 1906 Cenevre Sözleşmesinde kaleme alınmış, daha sonra 1929 Cenevre Sözleşmesinde tekrar ele alınmıştır.³⁷ Şimdi I No.lı Cenevre Sözleşmesinde ve Ek I.Protokolünde yer almaktadır.³⁸ Bu hüküm Ek II.Protokol tasarısında yer almaktaydı, fakat konferansın son dakikasında, basitleştirilmiş bir metnin kabulüne yönelik bir dizi hüküm kapsamında terk edilmiştir.³⁹ Kuşkusuz uygulamada sıhhi personelin şiddet eylemlerine karşı korunması uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uluslararası silahlı çatışmalardaki kadar önemlidir. Ayrıca, ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, SSCB bu kuralın, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda dahi, yaralı bir askeri silahsızlandırma ve bu kural olmazsa silahını atmaması halinde korumasını kaybedecek olan sıhhi personel için gerekli olduğunu açıklamıştır⁴⁰

Önemli sayıda sahra talimnamesi bireysel hafif silahlar taşımanın sıhhi personeli korunan statüsünden mahrum bırakmayacağını belirtmektedir.⁴¹ Almanya'nın sahra talimnamesine göre, «bireysel silahlar»dan tabancalar, küçük makineli tüfekler ve tüfekler anlaşılmaktadır.⁴² Hollanda sahra talimnamesi bu deyim aynı şekilde yorumlamaktadır ve küçük makineli tüfekleri ve roketatar ve diğer zırhlı araçlara karşı silahlar gibi birden çok kişi tarafından kullanılması gereken diğer silahları, anti-

37 1906 Cenevre Sözleşmesi, m. 8 par. 1 (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 180 içinde nakledilmiştir); 1929 Cenevre Sözleşmesi, m. 8 par. 1 (ibid., par. 181).

38 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 22, par. 1 (ibid., par. 182); Ek I.Protokol (1977), mt. 13, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 183).

39 CDDH II. Komisyonu tarafından benimsenmiş Ek II.Protokol taslağı, m. 17, par.2 ve par.3, bent) (ibid., par. 184).

40 Bkz. CDDH'deki SSCB beyanı(ibid., par. 222).

41 Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 202), Almanya (ibid., par. 197), Arjantin (ibid., par. 186), Avustralya (ibid., par. 187-188), Belçika (ibid., par. 189-190), Benin (ibid., par. 191), Kamerun (ibid., par. 192), Kanada (ibid.,par. 193-194), Ekvator (ibid., par. 195), İspanya (ibid., par. 203), Birleşik Devletler (ibid., par. 208- 211), Fransa (ibid., par. 196), Kenya (ibid., par. 198), Nijerya (ibid., par. 201), Hollanda (ibid., par. 199-200), Birleşik Krallık (ibid., par. 206-207), İsviçre (ibid., par. 204), Togo (ibid., par. 205) ve Yugoslavya (ibid., par. 212).

42 Almanya, Sahra talimnamesi (ibid., par. 197).

materyel silahları ve parça tesirli el bombaları ve benzerleri bu deyim dışında tuttuğunu eklemektedir.⁴³ Bu düşünceler ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasındaki tartışmalardan doğmuştur.⁴⁴

Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Birleşik Devletler sivil sähhi personelin silah taşımamasının düşmana zarar verici bir eylem olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, «fakat işgal altındaki topraklarda ya da çatışmanın çok şiddetli olduğu bölgelerde, bölgeyi kontrolünde tutan tarafın bu personeli silahsızlandırmak zorunda olduğunu» kabul etmiştir.⁴⁵

Kural 26. – Bir kişiyi deontolojiye uygun tıbbi görevler yaptığı için cezalandırmak ya da tıbbi nitelikli bir eylem yapan kişiyi deontolojiye aykırı eylemler yapmaya zorlamak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Deontoloji

Bu kural hiç bir çekinceye konu olmamış, Ek I.Protokolün 16. maddesinde ve Ek II.Protokolün 10. maddesinde kaleme alınmıştır.⁴⁶

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan el kitapları dâhil askeri el kitaplarında da yer almaktadır.⁴⁷ Bu kural resmi beyanlarla desteklenmiştir.⁴⁸

Bu kuralın tüm ihlalleri yaralı ve hastaların korunma ve bakılma hakkının (bkz.

43 Hollanda, Sahra talimnamesi (ibid., par. 199).

44 Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Cenevre, 1986, par. 563.

45 Bkz. CDDH'deki Birleşik Devletlerin beyanı (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 224 içinde nakledilmiştir).

46 Ek I.Protokol (1977), m. 16 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 232); Ek I.Protokol (1977), m. 10 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 233).

47 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 235), Avustralya (ibid., par. 236), Kanada (ibid., par. 237), İspanya (ibid., par. 241), Yeni Zelanda (ibid., par. 239), Hollanda (ibid., par. 238), Senegal (ibid., par. 240) ve Yugoslavya (ibid., par. 242).

48 Bkz., örn., Birleşik Krallık'ın beyanı (ibid., par. 247).

kural 110 ve 111) ve sıhhi personele saygı gösterme ve onu koruma zorunluluğunun (bkz. kural 25) ihlalini oluşturur.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir karşıt resmi uygulamaya rastlanmamıştır. Sıhhi personele karşı yürütülen kovuşturmalar uluslararası insancıl hukukun ihlali olarak Devletler tarafından kınanmıştır.⁴⁹

Bu kovuşturmalar Birleşmiş Milletler tarafından da kınanmıştır.⁵⁰ Bu yasak Avrupa Konseyinin ve Dünya Tıp Birliğinin desteğine de sahiptir.⁵¹

«Deontoloji»ye aykırı eylemlerden başka, Ek I.Protokolün 16. maddesi ve Ek II.Protokolün 10. maddesi tıbbi nitelikli görev yapan kişileri «yaralıları ve hastaları koruyan diğer tıbbi kurallara» aykırı eylemler yapmaya zorlamayı yasaklamaktadır.⁵² Devletlerin uygulamalarında, deontoloji kuralları dışında, bu diğer kuralların içeriğine ilişkin ek bir bilgi bulunmamıştır. Cümlelerin bu kısmı, ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında eklenmiştir; bununla birlikte, «bu çeşitli kuralları saymaktan vazgeçilmiştir»⁵³ Bu hükmün ruhu «tedavi edici personeli hastaların menfaatlerine aykırı bir şekilde davranmaya zorlama ile» savaştır.⁵⁴ Bu açıdan, bu kural kimsenin sakatlanmamasına, tıbbi ya da bilimsel deney konusu yapılmamasına ya da sağlık durumunun gerektirmediği ve genel olarak kabul edilen tıbbi kurallara uymayan tüm diğer tıbbi eylemlerin konusu yapılmasına ilişkin (bkz. kural 92) temel güvencenin doğal sonucudur.

Tıbbi sır

Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, Küba, Danimarka, Fransa, Norveç ve Hollanda, ulusal hukuk bağlamında, silahlı çatışma sırasında sıhhi personelin ateşli silahların yol açtığı yaralanmaları rapor etme zorunda tutulmasına karşı çıkmıştır.⁵⁵ Son olarak, yine de ne Ek I.Protokol, ne de Ek II.Protokol bunu yasaklamaktadır. Böylece, bir kişi tıbbi tedavi yaptığı için cezalandırılmasa da, yasal olarak vermek zorunda oldukları bilgileri açıklamayı reddeden kişilere yaptırım uygulamak mümkündür.

49 Bkz., örn., Birleşik Devletler'in beyanı (ibid., par. 249).

50 Bkz., örn., Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 44/165 (ibid., par. 250); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1990/77 (ibid., par. 251).

51 Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi, karar 904 (ibid., par. 253); Dünya Tıp Birliği, Özellikle silahlı çatışma döneminde yaralıları ve hastalara sağlanacak yardım ve bakım kuralları (ibid., par. 257).

52 Ek I.Protokol (1977), m. 16 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 232); Ek I.Protokol (1977), m. 10 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 233).

53 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Cenevre, 1986, par. 669. Bu tip bir kuralın bir örneği doktorlara, tıp öğrencileri gibi diplomatsız personel tarafından yapılan tıbbi müdahalelerde işbirliği yapmanın yasaklanması olabilir; ibid., par. 4693.

54 Ibid., par. 669.

55 Bkz. şu Devletlerin uygulaması: Küba (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 270 içinde nakledilmiştir), Danimarka (ibid., par. 271272), Fransa (ibid., par. 273), Norveç (ibid., par. 275) ve Hollanda (ibid., par. 274).

Bazı Devletler, bazı tip yaralanmalar da dâhil olmak üzere, tıbbi bir dosyada bulunan tüm verilerin tamamen gizli niteliğini güvenceye alan bir sistem benimsemiştir fakat bir Devletin, bulaşıcı hastalıklar gibi, bilgilerin açıklanmasını zorunlu tutan yasa yapmasını yasaklayan hiç bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır ve bazı Devletler bunu yapmıştır.⁵⁶

Kural 27. – Sadece dini fonksiyonlarla görevlendirilen dini personele her durumda saygı gösterilecek ve bu personel her durumda korunacaktır. Bu personel insancıl görevleri dışında, düşmana zarar verici eylemler yapması durumunda korumasını kaybedecektir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Dini personele saygı gösterme ve onu koruma zorunluluğu ilk olarak 1864 Cenevre Sözleşmesinde kaleme alınmış; daha sonra 1906 ve 1929 Cenevre Sözleşmelerinde tekrar edilmiştir.⁵⁷ Şimdi I No.lı Cenevre Sözleşmesinin 24. Maddesinde ve II No.lı Cenevre Sözleşmesinin 36. Maddesinde yer almaktadır.⁵⁸ Kapsamı Ek I.Protokolün 15. Maddesinde, askeri dini personelin yanı sıra sivil dini personeli de içerek şekilde genişletilmiştir.⁵⁹ Bu genişleme, askeri ve sivil ayırımı yapmadan genel olarak dini personelden bahseden Devletlerin uygulaması tarafından önemli ölçüde desteklenmiştir.⁶⁰ Bu kural Ek

56 Bkz., örn., Yugoslavya, Yugoslavya'nın düzenlemesine gönderme yapan YPA (Yugoslavya Halk Ordusu) Sahra talimnamesi, (ibid., par. 266) ve Filipinler, Executive Order 212 (ibid., par. 276).

57 1864 Cenevre Sözleşmesi, m. 2 (ibid., par. 287); 1906 Cenevre Sözleşmesi, m.9 (ibid., par. 288); 1929 Cenevre Sözleşmesi, m. 9 (ibid., par. 289).

58 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 24 (ibid., par. 290); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 36 (ibid., par. 291).

59 Ek I.Protokol (1977), m. 15 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 293).

60 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 328), Arjantin (ibid., par. 300), Avustralya (ibid., par. 301-302), Belçika (ibid., par. 303), Benin (ibid., par. 305), Kamerun (ibid., par. 306), Kanada (ibid., par. 307), Hırvatistan (ibid., par. 308), El Salvador (ibid., par. 310), İspanya (ibid., par. 329), Birleşik Devletler (ibid., par. 336), Fransa (ibid., par. 311-312), Macaristan (ibid., par. 314), İtalya (ibid., par. 318), Madagaskar (ibid., par. 321), Hollanda (ibid.,

I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerce de desteklenmiştir.⁶¹

Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsüne göre, «...uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri kullanan personele yönelik kasıtlı saldırılarda bulunmak» uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁶² Bu savaş suçu, Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri kullanma hakkına sahip olduğu için, dini personel ile de ilgili-dir.

Dini personele saygı gösterme ve dini personeli koruma zorunluluğu önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁶³ Pek çok Devletin mevzuatında, bu kuralın tüm ihlalleri bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁶⁴ Bu kural resmi beyanlarla da desteklenmiştir.⁶⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Dini personele saygı gösterme ve onu koruma zorunluluğu, Ek II.Protokolün hiç bir çekinceye konu olmamış 9. Maddesinde yer almaktadır.⁶⁶ Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsüne göre, «...uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmeleri tarafından öngörülen ayırt edici işaretleri kullanan perso-

par. 322-323), İsviçre (ibid., par. 330) ve Togo (ibid., par. 331); şu devletlerin mevzuatı: Hırvatistan (ibid., par. 340), İspanya (ibid., par. 351-352), Estonya (ibid., par. 342), Gürcistan (ibid., par. 343), İrlanda (ibid., par. 344), Nikaragua (ibid., par. 346), Norveç (ibid., par. 348), Polonya (ibid., par. 349), Slovenya (ibid., par. 350), Tacikistan (ibid., par. 353) ve Yugoslavya (ibid., par. 354); Bkz. ayrıca şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 338), El Salvador (ibid., par. 341) ve Nikaragua (ibid., par. 347) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 361) ve Yugoslavya'nın beyanları (ibid., par. 363).

61 Bkz. ayrıca Fransa (ibid., par. 311) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 336) sahra talimnameleri.

62 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) xxiv) (ibid., par. 832).

63 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 328), Almanya (ibid., par. 313), Arjantin (ibid., par. 300), Avustralya (ibid., par. 301-302), Belçika (ibid., par. 303-304), Benin (ibid., par. 305), Kamerun (ibid., par. 306), Kanada (ibid., par. 307), Hırvatistan (ibid., par. 308), El Salvador (ibid., par. 310), Ekvator (ibid., par. 309), İspanya (ibid., par. 329), Birleşik Devletler (ibid., par. 334- 336), Fransa (ibid., par. 311-312), Macaristan (ibid., par. 314), Endonezya (ibid., par. 315-316), İsrail (ibid., par. 317), İtalya (ibid., par. 318), Kenya (ibid., par. 319), Madagaskar (ibid., par. 321), Nikaragua (ibid., par. 325), Nijerya (ibid., par. 326-327), Hollanda (ibid., par. 322-323), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 320), Birleşik Krallık (ibid., par. 332-333), İsviçre(ibid., par. 330), Togo (ibid., par. 331) ve Yugoslavya (ibid., par. 337).

64 Bkz. örn. şu devletlerin mevzuatı: Bangladeş (ibid., par. 339), Hırvatistan (ibid., par. 340), İspanya (ibid., par. 351-352), Estonya (ibid., par. 342), Gürcistan (ibid., par. 343), İrlanda (ibid., par. 344), Nikaragua (ibid., par. 346), Norveç (ibid., par. 348), Polonya (ibid., par. 349), Slovenya (ibid., par. 350), Tacikistan (ibid., par. 353) ve Yugoslavya (ibid., par. 354); Bkz. ayrıca şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 338), El Salvador (ibid., par. 341) ve Nikaragua (ibid., par. 347).

65 Bkz. örn. şu devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 361) ve Yugoslavya (ibid., par. 363), ayrıca İsrail (ibid., par. 358) ve Ruanda'nın (ibid., par. 360)rapor edilen uygulamaları.

66 Ek II.Protokol (1977), m. 9 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 295).

nele yönelik kasıtlı saldırılarda bulunmak» uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁶⁷

Dini personelin korunması uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁶⁸ Pek çok sayıda devletin mevzuatında, bu kuralın tüm ihlalleri ne tür silahlı çatışmada olursa olsun bir suç oluşturmaktadır.⁶⁹ Ayrıca uygulamada uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu kuralı destekleyen birkaç durum vardır.⁷⁰

ICRC, örneğin 1994'de Angola'daki çatışmada, pek çok kez dini personele saygı gösterilmesi ve bu personelin korunması konusunda çağrıda bulunmuştur.⁷¹

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi uygulamaya rastlanmamıştır.

Dini personelin tanımı

«Dini personel» deyimini –askeri ya da sivil- sadece kendi kilise otoritesine bağlı ve çatışmanın bir tarafına, onun sıhhi birimlerine ya da sıhhi nakil araçlarına ya da bir sivil koruma örgütüne bağlı personeli ifade eder. Bu görevlendirme daimi ya da geçici olabilir. Bu tanım Ek I.Protokolün 8. maddesinin d) bendine⁷² dayanmaktadır ve Devletlerin uygulamalarında geniş ölçüde kullanılmıştır.⁷³ Ek II.Protokolde dini personelin tanımı bulunmadığından, deyimın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aynı şekilde uygulandığı düşünülebilir.⁷⁴ Hollanda

67 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) ii) (ibid., par. 832).

68 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 328), Almanya (ibid., par. 313), Arjantin (ibid., par. 300), Avustralya (ibid., par. 301-302), Benin (ibid., par. 305), Kamerun (ibid., par. 306), Kanada (ibid., par. 307), Hırvatistan (ibid., par. 308), El Salvador (ibid., par. 310), Ekvator (ibid., par. 309), İspanya (ibid., par. 329), Fransa (ibid., par. 312), Macaristan (ibid., par. 314), İtalya (ibid., par. 318), Kenya (ibid., par. 319), Madagaskar (ibid., par. 321), Nijerya (ibid., par. 326), Yeni Zelanda (ibid., par. 324), Hollanda (ibid., par. 322), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 320), Togo (ibid., par. 331) ve Yugoslavya (ibid., par. 337).

69 Bkz. örn. şu devletlerin mevzuatı: Hırvatistan (ibid., par. 340), İspanya (ibid., par. 351-352), Estonya (ibid., par. 342), Gürcistan (ibid., par. 343), İrlanda (ibid., par. 344), Nikaragua (ibid., par. 346), Norveç (ibid., par. 438), Polonya (ibid., par. 349), Slovenya (ibid., par. 350), Tacikistan (ibid., par. 353) ve Yugoslavya (ibid., par. 354); Bkz. ayrıca uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dışlamayan İtalya'nın mevzuatı (ibid., par. 345), ve Arjantin (ibid., par. 338), El Salvador (ibid., par. 341) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 347) mevzuat tasarıları.

70 Bkz., örn., Yugoslavya'nın uygulaması (ibid., par. 363) ve Ruanda'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 360).

71 Bkz. ICRC, Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin memorandum (ibid., par. 373).

72 Ek I.Protokol (1977), m. 8, bent d) (ibid., par. 292).

73 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulaması: Güney Afrika (ibid., par. 328), Avustralya (ibid., par. 302), Hırvatistan (ibid., par. 308), İspanya (ibid., par. 329 ve 351), Fransa (ibid., par. 311-312), İtalya (ibid., par. 318), Madagaskar (ibid., par. 321), Nikaragua (ibid., par. 346) ve Togo (ibid., par. 331).

74 Bkz., örn., bu açıdan Birleşik Devletlerin beyanı (ibid., par. 296); voir aussi Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4662 ve 4663, diplomatik konferans sırasındaki tartışmalara yönderme yapan, CDDH, Actes, Vol. XI, CDDH/II/SR.31, 6 mars 1975, pp. 327 -337.

«insancıl danışmanlar»ın dini personele dâhil olduğunu açıklamıştır.⁷⁵ Dini fonksiyon ifa eden diğer kişiler, muhasamata doğrudan katılmadıkları sürece, sivillere tanınan korunan statüden yararlanırlar. Bununla birlikte, sivil kişi olarak ayırt edici işaretleri taşıyamazlar.

Dini personele saygı ve bu personelin korunması

Devletlerin uygulamaları genel olarak dini personelin daimi sıhhi personel ile aynı ayrıcalıklardan yararlandığını göstermektedir.⁷⁶ Bunun sonucunda, sıhhi personel kapsamında yorumlandığı gibi (bkz. Kural 25) «saygı ve koruma» deyiminin anlamı “mutatis mutandis” dini personele uygulanır.

Dini personele sağlanan korumanın kaybı

Aynı nedenlerle, tıbbi personelin düşmana zarar verici eylemlere (ya da düşmanca eylemlere) katılması durumunda korumasını kaybetmesine ilişkin istisnanın yorumlanması (bkz. Kural 25) mutatis mutandis dini personele uygulanır. Sıhhi personel gibi, sadece tamamen dini misyonla görevlendirilmiş dini personel korunur.

Dini personelin bireysel hafif silahlarla donatılması

Aynı nedenlerle, sıhhi personelin bireysel hafif silahlarla donatılması halinde korumasını kaybetmeyeceği ve bu silahları kendisini ya da ilgilendiği yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini korumak için kullanabileceği (bkz. Kural 25) ilkesi mutatis mutandis dini personele uygulanır. Bu nokta, her ne kadar askeri kuvvetlere bağlı tabur papazları silah taşımaya da, Almanya'nın sahra talimnamelerinde açıkça tanınmıştır.⁷⁷ Birleşik Krallığın silahlı çatışmalar hukuku askeri el kitabı ise, silahlı kuvvetlere bağlı tabur papazlarının silah taşıyamayacaklarını belirtmektedir.⁷⁸ Uygulamada başka bir bilgi bulunamamıştır.

75 Hollanda, Parlamentonun alt kamarası, Explanatory memorandum on the ratification of the Additional Protocols (Ek Protokollerin onaylanmasına dair açıklayıcı memorandum) (II. cilt, 7. Alt bölüm, par. 294 içinde nakledilmiştir) ve Sahra talimnamesi (ibid., par. 322).

76 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulaması: Avustralya (ibid., par. 302), Belçika (ibid., par. 303), Ekvator (ibid., par. 309), İspanya (ibid., par. 329), Birleşik Devletler (ibid., par. 361), Macaristan (ibid., par. 314), İsrail (ibid., par. 317), Kenya (ibid., par. 319), Hollanda (ibid., par. 323), Birleşik Krallık (ibid., par. 332) ve Yugoslavya (ibid., par. 337 ve 363).

77 Almanya, Sahra talimnamesi (ibid., par. 313).

Kural 28. – Sadece sıhhi amaçlarla görevlendirilen sıhhi birimlere her durumda saygı gösterilmeli ve bu birimler her durumda korunmalıdır. Bunlar, insancıl fonksiyonlarının dışında, düşmana zarar verici eylemlerde bulunmak için kullanılırlarsa korumalarını kaybederler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kuralın temeli Lahey Tüzüğünde yer alan «hastanelerin ve (...) hasta ve yaralıları toplama yerleri»nin korunmasına dayanmaktadır.⁷⁹ Bu kural I. ve IV No.lu Cenevre Sözleşmelerinde kaleme alınmıştır.⁸⁰ Kapsamı, Ek I.Protokol tarafından, askeri sıhhi birimlerin yanı sıra sivil sıhhi birimleri de içerecek şekilde genişletilmiştir.⁸¹ Bu genişleme büyük ölçüde, asker ya da sivil birim ayırımı yapmadan genel olarak sıhhi birimlerden söz eden, Devletlerin uygulamalarıyla desteklenmektedir.⁸²

78 Birleşik Krallık, Silahlı Çatışmalar Hukuku El kitabı (Silahlı çatışmalar el kitabı) (ibid., par. 333).

79 1899 ve 1907 Lahey Tüzükleri, m. 27 (ibid., par. 377-378).

80 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 19 (ibid., par. 379); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 18 (ibid., par. 380).

81 Ek I.Protokol (1977), m. 12 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 381).

82 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 414-415), Belçika (ibid., par. 396), Burkina Faso (ibid., par. 400), Kamerun (ibid., par. 401), Kanada (ibid., par. 403), Kolombiya (ibid., par. 404-405), Ekvator (ibid., par. 410), Birleşik Devletler (ibid., par. 448-451), Macaristan (ibid. par. 416), İsrail (ibid., par. 417), İtalya (ibid., par. 419), Lübnan (ibid., par. 424), Nijerya (ibid., par. 434), Hollanda (ibid., par. 428-429), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 409), Romanya (ibid., par. 435), Rusya (ibid., par. 436) ve Senegal (ibid., par. 437-438); şu Devletlerin mevzuatı: Almanya (ibid., par. 474), Avustralya (ibid., 456), Azerbaycan (ibid., par. 457), Kanada (ibid., par. 461), Şili (ibid., par. 462), Çin (ibid., par. 463), Kolombiya (ibid., par. 464), Kongo (ibid., par. 465), Küba (ibid., par. 467), El Salvador (ibid., par. 469), İspanya (ibid., par. 493), Estonya (ibid., par. 471), Etyopya (ibid., par. 472), Gürcistan (ibid., par. 473), Guatemala (ibid., par. 475), Irak (ibid., par. 476), Meksika (ibid., par. 480), Nikaragua (ibid., par. 484), Yeni Zelanda (ibid. par. 483), Hollanda (ibid., par. 481-482), Peru (ibid., par. 487), Filipinler (ibid., par. 488), Polonya (ibid., par. 489), Portekiz (ibid., par. 490), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 468), Romanya (ibid., par. 491), Birleşik Krallık (ibid., par. 498), Tacikistan (ibid., par. 495), Ukrayna (ibid., par. 497), Uruguay (ibid., par. 500) ve Venezuela (ibid., par. 501); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 454), Burundi (ibid., par. 460), El Salvador (ibid., par. 470), Nikaragua (ibid., par. 485), Trinidad ve Tobago (ibid., par. 496), aynı şekilde şu Devletlerin beyanı:

Kural Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerce de desteklenmiştir.⁸³

Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «bu binalar askeri hedef teşkil etmedikleri sürece, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere» ve « uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici işaretlerini kullanan sihhi (...) birimlere (...) karşı kasti saldırılarda bulunmak uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁸⁴

Bu kural önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁸⁵ İsveç'in Uluslararası İnsancıl Hukuk el kitabı Ek I.Protokolün 12. maddesinde tanımlandığı gibi sihhi birimlerin korunmasının daha önce var olan uluslararası teamül hukukunun bir kuralının hükümleştirilmesi olduğunu işaret etmektedir.⁸⁶ Bu kuralın tüm ihlalleri pek çok sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.⁸⁷ Bu kural resmi beyanlarda dile getirilmiştir.⁸⁸

Arjantin (ibid., par. 505), Kanada (ibid., par. 506), Çin (ibid., par. 507-508), Mısır (ibid., par. 511), Birleşik Devletler (ibid., par. 529), Finlandiya (ibid., par. 512), Fransa (ibid., par. 513), Macaristan (ibid., par. 515), Irak (ibid., par. 517) ve Venezuela (ibid., par. 530).

83 Bkz., örn., şu Devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (ibid., par. 527), Fransa (ibid., par. 412), Kenya (ibid., par. 421) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 445 ve 524).

84 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) ix) (ibid., par. 384).

85 Bkz., örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 439), Almanya (ibid., par. 414-415), Arjantin (ibid., par. 392-393), Avustralya (ibid., par. 394-395), Belçika (ibid., par. 396-397), Benin (ibid., par. 398), Bosna Hersek (ibid., par. 399), Burkina Faso (ibid., par. 400), Kamerun (ibid., par. 401), Kanada (ibid., par. 402-403), Kolombiya (ibid., par. 404-405), du Kongo (ibid., par. 406), Hırvatistan (ibid., par. 407-408), Ekvator (ibid., par. 410), İspanya (ibid., par. 440), Birleşik Devletler (ibid., par. 446-451), Fransa (ibid., par. 411-413), Macaristan (ibid., par. 416), İsrail (ibid., par. 417-418), İtalya (ibid., par. 419-420), Kenya (ibid., par. 421), du Lübnan (ibid., par. 423-424), Madagaskar (ibid., par. 425), Mali (ibid., par. 426), Fas (ibid., par. 427), Nikaragua (ibid., par. 431), Nijerya (ibid., par. 432-434), Yeni Zelanda (ibid., par. 430), Hollanda (ibid., par. 428-429), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 422), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 409), Romanya (ibid., par. 435), Birleşik Krallık (ibid., par. 444-445), Rusya (ibid., par. 436), Senegal (ibid., par. 437-438), İsveç (ibid., par. 441), İsviçre (ibid., par. 442), Togo (ibid., par. 443), ve Yugoslavya (ibid., par. 452).

86 İsveç, UİH El kitabı (ibid., par. 441).

87 Bkz., örn., şu Devletlerin mevzuatı: Almanya (ibid., par. 474), Arjantin (ibid., par. 453), Avustralya (ibid., par. 455-456), Azerbaycan (ibid., par. 457), Bangladeş (ibid., par. 458), Bosna Hersek (ibid., par. 459), Kanada (ibid., par. 461), Şili (ibid., par. 462), Çin (ibid., par. 463), Kolombiya (ibid., par. 464), Kongo (ibid., par. 465), Hırvatistan (ibid., par. 466), Küba (ibid., par. 467), El Salvador (ibid., par. 469), İspanya (ibid., par. 493), Estonya (ibid., par. 471), Birleşik Devletler (ibid., par. 499), Etyopya (ibid., par. 472), Gürcistan (ibid., par. 473), Guatemala (ibid., par. 475), Irak (ibid., par. 476), İrlanda (ibid., par. 477), İtalya (ibid., par. 478), Litvanya (ibid., par. 479), Meksika (ibid., par. 480), Hollanda (ibid., par. 481-482), du Nikaragua (ibid., par. 484), Norveç (ibid., par. 486), Yeni Zelanda (ibid., par. 483), Peru (ibid., par. 487), Filipinler (ibid., par. 488), Polonya (ibid., par. 489), Portekiz (ibid., par. 490), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 468), Romanya (ibid., par. 491), Birleşik Krallık (ibid., par. 498), Slovenya (ibid., par. 492), İsveç (ibid., par. 494), Tacikistan (ibid., par. 495), Ukrayna (ibid., par. 497), Uruguay (ibid., par. 500), Venezuela (ibid., par. 501) ve Yugoslavya (ibid., par. 502); Bkz. ayrıca şu devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 454), Burundi (ibid., par. 460), El Salvador (ibid., par. 470), Nikaragua (ibid., par. 485) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 496).

88 Bkz., örn., şu Devletlerin beyanları: Suudi Arabistan (ibid., par. 523), Arjantin (ibid., par. 505), Kanada (ibid., par. 506), Çin (ibid., par. 507-508), Mısır (ibid., par. 510-511), Birleşik Devletler (ibid., par. 525-529), Finlandiya (ibid., par. 512), Fransa (ibid., par. 513), Macaristan (ibid., par. 515), Irak (ibid., par. 517), Norveç (ibid., par. 521), Ruanda (ibid., par. 522) ve Venezuela (ibid., par. 530); Bkz. ayrıca İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 518).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kural, yaralıların ve hastaların toplanıp tedavi edilmesini zorunlu kılan Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinde zımnen yer almaktadır çünkü sıhhi birimlerin korunması, yaralıların ve hastaların tıbbi tedavi görmelerini güvence altına almak için tanınan korumanın ek bir şeklidir.⁸⁹ Sıhhi birimlerin saygı görmesini ve bu birimlerin korunmasını açıkça zorunlu kılan kural Ek II. Protokolde kaleme alınmıştır.⁹⁰ Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «bu binalar askeri hedef teşkil etmedikleri sürece, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere» ve «uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici işaretlerini taşıyan sıhhi (...) birimlere (...)» yönelik kasti saldırılarda bulunmak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.⁹¹ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin diğer hukuki belgelerde de yer almaktadır.⁹²

Sıhhi personelin korunması uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁹³ Bu kuralın tüm ihlalleri çok sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.⁹⁴ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında yapılan bazı resmi beyanlarla desteklenmiştir.⁹⁵

89 Bu düşünce, örn., şu devletlerin sahra talimnamelerinde yer almaktadır: Belçika (ibid., par. 397), Kolombiya (ibid., par. 404), İsrail (ibid., par. 418) ve Nikaragua (ibid., par. 431).

90 Ek II. Protokol (1977), m. 11, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 382).

91 UCM Statüsü (1998), m. 8 par. 2, bent e), ii) ve iv) (ibid., par. 384 ve 831).

92 Bkz. örn., Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Anlaşma (1992) (ibid., par. 389).

93 Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 439), Almanya (ibid., par. 414-415), Arjantin (ibid., par. 393), Avustralya (ibid., par. 394-395), Benin (ibid., par. 398), Bosna Hersek (ibid., par. 399), Kanada (ibid., par. 402-403), Kolombiya (ibid., par. 404-405), Hırvatistan (ibid., par. 407-408), Ekvator (ibid., par. 410), İspanya (ibid., par. 440), Macaristan (ibid., par. 416), İtalya (ibid., par. 419-420), Kenya (ibid., par. 421), Lübnan (ibid., par. 423-424), Madagaskar (ibid., par. 425), Nijerya (ibid., par. 432-433), Yeni Zelanda (ibid., par. 430), Hollanda (ibid., par. 428), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 422), Rusya (ibid., par. 436), Senegal (ibid., par. 438), Togo (ibid., par. 443) ve Yugoslavya (ibid., par. 452).

94 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 474), Avustralya (ibid., par. 456), Azerbaycan (ibid., par. 457), Bosna Hersek (ibid., par. 459), Kanada (ibid., par. 461), Kolombiya (ibid., par. 464), Kongo (ibid., par. 465), Hırvatistan (ibid., par. 466), İspanya (ibid., par. 493), Estonya (ibid., par. 471), Etiyopya (ibid., par. 472), Gürcistan (ibid., par. 473), İrlanda (ibid., par. 477), Litvanya (ibid., par. 479), Nikaragua (ibid., par. 484), Norveç (ibid., par. 486), Yeni Zelanda (ibid., par. 483), Hollanda (ibid., par. 482), Polonya (ibid., par. 489), Portekiz (ibid., par. 490), Birleşik Krallık (ibid., par. 498), Slovenya (ibid., par. 492), İsveç (ibid., par. 494), Tacikistan (ibid., par. 495), Venezuela (ibid., par. 501) ve Yugoslavya (ibid., par. 502); Bkz. ayrıca uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dışlamayan şu Devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 453), Küba (ibid., par. 467), Guatemala (ibid., par. 475), İtalya (ibid., par. 478), Peru (ibid., par. 487), Romanya (ibid., par. 491) ve Uruguay (ibid., par. 500). Arjantin (ibid., par. 454), Burundi (ibid., par. 460); El Salvador (ibid., par. 470), Nikaragua (ibid., par. 485) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 496) mevzuat taslakları.

95 Bkz. örn. şu Devletlerin beyanları: Arjantin (ibid., par. 505), Kanada (ibid., par. 506), Finlandiya (ibid., par. 512), Fransa (ibid., par. 513), Macaristan (ibid., par. 515), Ruanda (ibid., par. 522) ve Venezuela (ibid., par. 530).

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi uygulama tespit edilmemiştir. Sıhhi birimlere yönelik saldırılar genellikle devletler tarafından kınanmıştır.⁹⁶ Afganistan'da, Burundi'de, Kore'de, El Salvador'da, Kamboçya'da, Vietnam'da, Eski Yugoslavya'da, İran ve Irak arasında ve Orta Doğu'daki çatışmalar kapsamında olduğu gibi, bu saldırılar uluslararası örgütlerce de kınanmıştır.⁹⁷ ICRC uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına bu kurala saygı gösterme çağrısında bulunmuştur.⁹⁸

Sıhhi birimlerin tanımı

«Sıhhi birimler» deyimini daimi ya da geçici, sabit ya da mobil (gezici denebilir) olsun, askeri ya da sivil kurum ya da diğer oluşumları ifade eder. Bu deyim örneğin hastaneleri ve diğer benzer birimleri, kan nakli merkezlerini, önleyici tıp merkezlerini ve enstitülerini ve sıhhi malzeme depolarını ve bu birimlerin ecza ürünlerini kapsar.

I No.lı Cenevre Sözleşmesinin 19. Maddesini ve IV No.lı Cenevre Sözleşmesinin 18. Maddesini derinleştiren bu tanım, Ek I.Protokolün 8. Maddesinin e) bendinde kaleme alınmıştır.⁹⁹ Bu tanım Devletlerin uygulamalarında geniş ölçüde kullanılmıştır.¹⁰⁰ Ek II.Protokolde sıhhi birimlerin tanımı olmaması durumunda, terim uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aynı şekilde uygulanabilir olarak anlaşılabilir.¹⁰¹

Çok sayıda durumda, uygulama sıhhi birimlerin taraflardan birince tanınmış ve yetkilendirilmiş olmasını özellikle zorunlu kılmamaktadır fakat bazı durumlarda Ek I.Protokolün hükümlerine değinilmiş¹⁰² ya da bu tür bir izin başka şekilde isten-

96 Bkz. örn. şu Devletlerin beyanları: Suudi Arabistan (ibid., par. 523), Arjantin (ibid., par. 505), Kanada (ibid., par. 506), Çin (ibid., par. 507-508), Mısır (ibid., par. 510), Birleşik Devletler (ibid., par. 525), Finlandiya (ibid., par. 512), Fransa (ibid., par. 513), Macaristan (ibid., 515), Irak (ibid., par. 517), İran (ibid., par. 516), Norveç (ibid., par. 521), Ruanda (ibid., par. 522) ve Venezuela (ibid., par. 530).

97 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 467 (ibid., par. 533), karar 771 (ibid., par. 534) ve karar 794 (ibid., par. 535); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 39/119 (ibid., par. 537), karar 40/139 (ibid., par. 538) ve karar 41/157 (ibid., par. 538); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1983/5 (ibid., par. 539), karar 1987/51 (ibid., par. 540) ve karar 1992/S-1/1 (ibid., par. 542).

98 Bkz. ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 554-556, 559-564 ve 566-573).

99 Ek I.Protokol (1977), m. 8, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir).

100 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulaması: Güney Afrika (II. cilt, ch. 7. alt bölüm, par. 439 içinde nakledilmiştir), Avustralya (ibid., par. 395), Kanada (ibid., par. 402), İspanya (ibid., par. 440), Birleşik Devletler (ibid., par. 383), Kenya (ibid., par. 421), Yeni Zelanda (ibid., par. 430) ve Romanya (ibid., par. 491).

101 Bkz. bu açıdan Birleşik Devletlerinin beyanı (ibid., par. 383); Bkz. ayrıca Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Cenevre, 1986*, par. 4711 ve 4712.

102 Ek I.Protokol m.12 par.2 sivil sıhhi birimlerin «çatışmanın taraflarından birinin yetkili makamınca tanınmış ve yetkilendirilmiş» olmasını ya da Ek I.Protokolün 9. Maddesinin 2 paragrafına ya da I. Cenevre Sözleşmesinin 27. maddesine «uygun olarak izin verilmiş» olmasını, yani tarafsız ya da bu

miştir.¹⁰³ İzin verilmemiş sıhhi birimlerin sivil nitelikli malların korunmasına ilişkin kurallara (bkz. alt bölüm II) uygun olarak korunduğu düşünülmelidir fakat bunların ayırt edici işaretleri kullanma hakları yoktur.

Ceza Kanunları çoğu kez tıbbi kurumların gerektiği gibi ayırt edici işaretlerle işaretlenmesini zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁴ Bununla birlikte, ayırt etme araçlarının kendiliklerinden bir koruma statüsü sağlamadıklarına fakat sadece ayırt etmeyi kolaylaştırdıklarına ilişkin ilke göz önüne alındığında, bu sadece bir sıhhi birime yönelik saldırı durumunda cezai sorumluluğa ilişkin olarak önem taşır (bkz. 30. Kuralın yorumu).

Sıhhi birimlere saygı ve bu birimlerin korunması

Devletlerin uygulamaları « saygı ve koruma » deyiminin anlamına ilişkin bilgiler içermektedir. Almanya'nın askeri el kitabına göre, «saygı ve koruma» terimleri sıhhi birimlerin saldırıların konusu olamayacağını ve bunların bir engel olmadan işleyebilmelerinin güvence altına alınmasının doğru olacağını ifade eder.¹⁰⁵ Aynı şekilde, İsviçre'nin kısaltılmış askeri el kitabı sıhhi birimler konusunda «bu birimlerde o an için yaralı ve hasta bulunmasa bile, ne bu birimlere saldırılabileceği, ne bu birimlere herhangi bir şekilde zarar verilebileceği, ne de işleyişlerinin engellenebileceği»ni öngörmektedir.¹⁰⁶ Birleşik Devletlerin Hava Ordusu Kumandanının El kitabı da sıhhi birimlerin «saldırı ya da kasti atış konusu olmaması gerektiğini ve gerekli olmadıkça tıbbi misyonlarını gerçekleştirmelerinin engellenemeyeceğini» belirtmektedir.¹⁰⁷

Benin, Nijerya, Senegal ve Togo'nu askeri el kitapları sıhhi birimlere dokunulmaması gerektiğini ve silahlı hiç kimsenin bu yerlere girememesini fakat içeriklerinin ve kullanımlarının bir teftişle doğrulanabileceğini öngörmektedir.¹⁰⁸

I.ve II No.lı Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I.Protokol sıhhi birimlerin mümkün olduğunca askeri hedeflerin yakınına yerleştirilmemesini zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁹ Bu

çatışmaya taraf olmayan bir Devlet, bu Devletin tanınmış ve yetkilendirilmiş bir yardım derneği ya da insancıl nitelikli tarafsız bir uluslararası kuruluşça tanınmış olmasını gerekli görmektedir.

103 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulaması: Birleşik Devletler (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 527 içinde nakledilmiştir), Fransa (ibid., par. 413), İrlanda (ibid., par. 477), Nijerya (ibid., par. 433), Norveç (ibid., par. 486) ve İsveç (ibid., par. 441).

104 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 474), Arjantin (ibid., par. 453), Azerbaycan (ibid., par. 457), Şili (ibid., par. 462), Kolombiya (ibid., par. 464), Peru (ibid., par. 487), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 468) ve Romanya (ibid., par. 491); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 454) ve Nikaragua (ibid., par. 485).

105 Bkz. Almanya'nın sahra talimnameleri (ibid., par. 414-415).

106 İsviçre, Savaş kural ve teamülleri (Extrait et commentaire) (Temel Sahra talimnamesi) (ibid., par. 442).

107 Birleşik Devletler, Air Force Commander's Handbook (Hava Kuvvetleri Komutanının El kitabı)(ibid., par. 448).

108 Bkz. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 398), Nijerya (ibid., par. 433), Senegal (ibid., par. 438) ve Togo (ibid., par. 443).

109 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 19 (ibid., par. 379); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 18 (ibid., par. 380); Ek I.Protokol, m. 12, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 381).

zorunluluk önemli sayıda sahra talimnamelerinde tekrar edilmiştir.¹¹⁰ Ek I.Protokolün 12. maddesinin 4. fıkrası ayrıca sıhhi birimlerin hiç bir durumda askeri hedefleri saldırlardan korumak için kullanılamayacağını öngörmektedir.¹¹¹ Hollanda ve Birleşik Devletlerin uygulamaları açıkça bu zorunluluğa katılmaktadır.¹¹² Bazı askeri el kitapları sıhhi birimlerin ne askeri amaçlarla ne de düşmana zarar verici eylemler yapmak için kullanılabileceğini belirtmektedir.¹¹³ Başka el kitaplarına göre, ayrıcalıklı binaların haksız olarak askeri amaçlarla kullanılması bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹¹⁴

Sıhhi birimlere sağlanan korumanın kaybı

Devletlerin uygulamaları uluslararası teamül hukukunda, insancıl işlevlerinin dışında, düşmana zarar verici eylemler yapmak için kullanılmalrı durumunda, sıhhi birimlerin korumasının sona ereceği istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisna I. ve II No.lu Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerde yer almaktadır.¹¹⁵ Bu istisna önemli sayıda sahra talimnamelerinde ve emirde yer almıştır.¹¹⁶ Bu istisna başka tür uygulamalarla da desteklenmiştir.¹¹⁷

Cenevre Sözleşmeleri ve ek Protokoller «düşmana zarar verici eylemleri» tanımlamıyorsa da, birlik personelinin silahlı olması, birimin silahlı korunması, birimde yaralılarından ve hastalardan alınan taşınabilir silahların ve cephanenin bulunması, birimde yaralı ya da hasta muharip ya da sivillerin bulunması gibi, «düşmana zarar verici eylemler» oluşturmayan pek çok tür eylemi işaret etmektedirler.¹¹⁸

110 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 414-415), Arjantin (ibid., par. 392), Kanada (ibid., par. 403), Ekvator (ibid., par. 410), Birleşik Devletler (ibid., par. 446 ve 451), Nijerya (ibid., par. 434), Hollanda (ibid., par. 428), Birleşik Krallık (ibid., par. 444), Rusya (ibid., par. 436), İsviçre (ibid., par. 442) ve Yugoslavya (ibid., par. 452).

111 Ek I.Protokol (1977), m. 12, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 381).

112 Hollanda, Sahra talimnamesi (ibid., par. 428); Birleşik Devletler, Department of Defense (Savunma Bakanlığı), Statement (ibid., par. 528).

113 Bkz. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid. par. 605-606), Ekvator (ibid. par. 603), Birleşik Devletler (ibid. par. 622), Kenya (ibid. par. 607) ve Hollanda (ibid. par. 609).

114 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 601), Birleşik Devletler (ibid., par. 617-618 ve 620), Nijerya (ibid., par. 611), Yeni Zelanda (ibid., par. 610) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 615-616).

115 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 21 (ibid., par. 586); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 19 (ibid., par. 588); Ek I.Protokol (1977), m. 13 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 589); Ek II.Protokol (1977), m. 11, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 590).

116 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 612), Almanya (ibid., par. 605), Arjantin (ibid., par. 594-595), Avustralya (ibid., 596-597), Bosna-Hersek (ibid., par. 599), Kamerun (ibid., par. 600), du Kanada (ibid., par. 601-602), Ekvator (ibid., par. 603), İspanya (ibid., par. 613), Birleşik Devletler (ibid., par. 617, 619 ve 621-622), Kenya (ibid., par. 607), Nijerya (ibid., par. 611), Yeni Zelanda (ibid., par. 610), Hollanda (ibid., par. 608), Birleşik Krallık (ibid., par. 615-616), İsviçre (ibid., par. 614) ve Yugoslavya (ibid., par. 623).

117 Bkz. örn. Yugoslavya'nın uygulaması (ibid., par. 631) ve Bosna Hersek, Sırp Cumhuriyeti (ibid., par. 629) ve bir Devletin (ibid., par. 632) rapor edilen uygulaması.

118 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 22 (ibid., par. 587); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 19 (ibid., par. 588); Ek I.Protokol (1977), m. 13, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 589).

I No.lu Cenevre Sözleşmesinin yorumuna göre, düşmana zarar verici eylemler, hastanede sağlam muharip ya da kaçakların barındırılması, buranın bir silah ya da cep-hane deposu yapılması, buraya askeri gözlem noktası yerleştirilmesi ya da askeri hareketi saklamak için kasıtlı olarak sıhhi birlik yerleştirilmesi gibi olguları kapsar.¹¹⁹

Devletlerin uygulamaları, düşmana zarar verici eylemler için kullanılan bir sıhhi birime saldırı yapılmadan önce, gerekli olduğu takdirde belli bir mühlet veren bir uyarı yapılması ve saldırının ancak böyle bir uyarı etkisiz kaldığı zaman yapılmasını öngörmektedir.¹²⁰ İzlenecek yola ilişkin bu zorunluluklar Cenevre Sözleşmeleri ve ek Protokollerde de yer almaktadır.¹²¹

Kural 29. – Sadece sıhhi nakliyeye tahsis edilmiş sıhhi nakliye araçlarına her durumda saygı gösterilmesi ve bu araçların her durumda korunması zorunludur. Bunlar, insancıl görevlerinin dışında, düşmana zarar verici eylemler icra etmek için kullanılmaları durumunda korumalarını kaybederler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sıhhi nakliye araçlarına saygı gösterilmesi ve bunların korunması zorunluluğu I No.lu Cenevre Sözleşmesinin 35. maddesinde ve IV No.lu Cenevre Sözleşmesinin

119 Jean S. Pictet (éd.), Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, I: La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, CICR, Genève, 1952, p. 222; Bkz. ayrıca şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 612 içinde nakledilmiştir), Birleşik Devletler (ibid., par. 619) ve İsviçre(ibid., par. 614).

120 Bkz. örn. Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Anlaşma (1992) (ibid., par. 592) ve şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 605), Arjantin (ibid., par. 595), Avustralya (ibid., par. 596-597), Kanada (ibid., par. 601-602), Ekvator (ibid., par. 603), İspanya (ibid., par. 613), Birleşik Devletler (ibid., par. 619 ve 621-622), Nijerya (ibid., par. 611), Yeni Zelanda (ibid., par. 610), Hollanda (ibid., par. 608), İsviçre (ibid., par. 614), ve Yugoslavya (ibid., par. 623).

121 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 21 (ibid., par. 586); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), art. 19 (ibid., par. 588); Ek I.Protokol (1977), m. 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 589); Ek II.Protokol (1977), m. 11, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 590).

21. Maddesinde kaleme alınmıştır.¹²² Ek I.Protokolün 21. maddesiyle kapsamı askeri sıhhi nakliye araçlarının yanı sıra sivil nakliye araçlarını içerecek şekilde genişletilmiştir.¹²³ Bu genişleme, ya askeri ve sivil nakliye aracı ayırımı yapmadan genel olarak nakliye araçlarından bahseden ya da her iki tür sıhhi nakliye aracının korunduğunu söyleyen, devletlerin uygulamasında geniş olarak desteklenmiştir.¹²⁴ Bu kural Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerce de desteklenmiştir.¹²⁵

Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri kullanan (...) sıhhi birimler ve sıhhi nakliye araçları»na yönelik kasti saldırılarda bulunmak uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹²⁶

Bu kural önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹²⁷ İsveç'in Uluslararası İnsancıl Hukuk el kitabı, Ek I.Protokolün 21. maddesinde tanımlanan şekliyle sıhhi nakliye araçlarının korunmasının uluslararası teamül hukukunun önceden var olan bir kuralının kodifikasyonu olduğunu belirtmektedir.¹²⁸ Bu kuralın tüm ihlalleri çok sayıda Devletin mevzuatında suç

122 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 35 (ibid., par. 650); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 21 (ibid., par. 651).

123 Ek I.Protokol (1977), m. 21 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 652).

124 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulaması: Güney Afrika (ibid., par. 700), Almanya (ibid., par. 682-683), Arjantin (ibid., par. 661), Avustralya (ibid., par. 662-663), Belçika (ibid., par. 664-665), Benin (ibid., par. 666), Burkina Faso (ibid., par. 667), Kamerun (ibid., par. 668-669), Kanada (ibid., par. 670-671), Kolombiya (ibid., par. 672-673), Kongo (ibid., par. 674), Hırvatistan (ibid., par. 675-676), Ekvator (ibid., par. 678), İspanya (ibid., par. 701), Birleşik Devletler (ibid., par. 708-710), Fransa (ibid., par. 679-681), Macaristan (ibid., par. 684), İtalya (ibid., par. 685), Kenya (ibid., par. 686), Lübnan (ibid., par. 687), Mali (ibid., par. 688), Fas (ibid., par. 689), Nikaragua (ibid., par. 693), Nijerya (ibid., par. 694-695), Yeni Zelanda (ibid., par. 692), Hollanda (ibid., par. 690-691), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 677), Romanya (ibid., par. 696), Birleşik Krallık (ibid., par. 705-706), Rusya (ibid., par. 697), Senegal (ibid., par. 698-699), İsveç (ibid., par. 702), İsviçre (ibid., par. 703), Togo (ibid., par. 704) ve Yugoslavya (ibid., par. 711).

125 Bkz. örn. Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 740).

126 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) xxiv (ibid., par. 832).

127 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 700), Almanya (ibid., par. 682-683), Arjantin (ibid., par. 661), Avustralya (ibid., par. 662-663), Belçika (ibid., par. 664-665), Benin (ibid., par. 666), Burkina Faso (ibid., par. 667), Kamerun (ibid., par. 668-669), Kanada (ibid., par. 670-671), Kolombiya (ibid., par. 672-673), Kongo (ibid., par. 674), Hırvatistan (ibid., par. 675-676), Ekvator (ibid., par. 678), İspanya (ibid., par. 701), Birleşik Devletler (ibid., par. 707-710), Fransa (ibid., par. 679-681), Macaristan (ibid., par. 684), İtalya (ibid., par. 685), Kenya (ibid., par. 686), Lübnan (ibid., par. 687), Mali (ibid., par. 688), Fas (ibid., par. 689), Nikaragua (ibid., par. 693), Nijerya (ibid., par. 694-695), Yeni Zelanda (ibid., par. 692), Hollanda (ibid., par. 690-691), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 677), Romanya (ibid., par. 696), Birleşik Krallık (ibid., par. 705-706), Rusya (ibid., par. 697), Senegal (ibid., par. 698-699), İsveç (ibid., par. 702), (ibid., par. 703), Togo (ibid., par. 704) ve Yugoslavya (ibid., par. 711).

128 İsveç, UIH El kitabı (ibid., par. 702).

oluşturmaktadır.¹²⁹ Ayrıca, bu kural resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla desteklenmiştir.¹³⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kural, sıhhi nakliye araçlarının korunması, yaralı ve hastaların tıbbi bakım görmesini güvenceye almanın doğal bir sonucu olduğu için yaralı ve hastaların toplanıp tedavi görmesini zorunlu kılan Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinde zımnen yer almaktadır.¹³¹ Sıhhi nakliye araçlarına saygı gösterilmesini ve bu araçların korunmasını zorunlu kılan bu kural Ek II.Protokolde açıkça kaleme alınmıştır.¹³² Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, «uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri taşıyan (...) sıhhi birimler ve sıhhi nakliye araçları»na yönelik kasti saldırılarda bulunmak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹³³ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde yer almaktadır.¹³⁴

Sıhhi nakliye araçlarına saygı gösterme ve onları koruma zorunluluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.¹³⁵ Ne tür olursa olsun bir silahlı çatışmada bu kuralın tüm ihlalleri pek çok Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.¹³⁶ Ayrıca, bu kural

129 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 718), Bangladeş (ibid., par. 713), Kolombiya (ibid., par. 714), İspanya (ibid., par. 726-727), Estonya (ibid., par. 716), Gürcistan (ibid., par. 717), İrlanda (ibid., par. 719), İtalya (ibid., par. 720), Litvanya (ibid., par. 721), Nikaragua (ibid., par. 722), Norveç (ibid., par. 724), Romanya (ibid., par. 725), Tacikistan (ibid., par. 728) ve Venezuela (ibid., par. 729); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 712), El Salvador (ibid., par. 715) ve Nikaragua (ibid., par. 723).

130 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulaması: Almanya (ibid., par. 735), Arjantin (ibid., par. 731), Mısır (ibid., par. 732-733), Fransa (ibid., par. 734), Macaristan (ibid., par. 736), Lübnan (ibid., par. 738), Birleşik Krallık (ibid., par. 739-740) ve Yugoslavya (ibid., par. 742).

131 Bu düşünce şu devletlerin sahra talimnamelerinde yer almaktadır: Belçika (ibid., par. 665), Kolombiya (ibid., par. 672) ve Nikaragua (ibid., par. 693).

132 Ek II.Protokol (1977), m. 11, par. 1 (adopté par consensus) (ibid., par. 653).

133 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) ii) (ibid., par. 832).

134 Bkz. örn., Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasına ilişkin Anlaşma (1992) (ibid., par. 657).

135 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 700), Almanya (ibid., par. 682-683), Arjantin (ibid., par. 661), Avustralya (ibid., par. 662-663), Benin (ibid., par. 666), Kamerun (ibid., par. 669), Kanada (ibid., par. 670-671), Kolombiya (ibid., par. 672-673), Hırvatistan (ibid., par. 675-676), Ekvator (ibid., par. 678), Macaristan (ibid., par. 684), İtalya (ibid., par. 685), Kenya (ibid., par. 686), Lübnan (ibid., par. 687), Nijerya (ibid., par. 695), Yeni Zelanda (ibid., par. 692), Hollanda (ibid., par. 690), Rusya (ibid., par. 697), Senegal (ibid., par. 699) ve Togo (ibid., par. 704).

136 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 718), Bangladeş (ibid., par. 713), Kolombiya (ibid., par. 714), İspanya (ibid., par. 726-727), Estonya (ibid., par. 716), Gürcistan (ibid., par. 717), İrlanda (ibid., par. 719), Litvanya (ibid., par. 721), Nikaragua (ibid., par. 722), Norveç (ibid., par. 724), Tacikistan (ibid., par. 728) ve Venezuela (ibid., par. 729); Bkz. ayrıca İtalya'nın (ibid., par. 720) ve uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dışlamayan Romanya'nın (ibid., par. 725) mevzuatları, ve Arjantin (ibid., par. 712), El Salvador (ibid., par. 715) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 723) mevzuat taslakları.

sadece uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak yapılan resmi beyanlarla desteklenmiştir.¹³⁷

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Sıhhi nakliye araçlarına yönelik saldırılar genel olarak Devletler tarafından kınanmıştır.¹³⁸ Bu saldırılar, Irak ile İran arasındaki savaşta ve Orta Doğu, Sudan ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda olduğu gibi, Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütlerce kınanmıştır.¹³⁹

ICRC uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarını bu kurala uymaya çağırmıştır.¹⁴⁰

Sıhhi nakliye araçlarının tanımı

«Sıhhi nakliye aracı» deyiimi, askeri ya da sivil, daimi ya da geçici, sadece sıhhi nakliyeye tahsis edilmiş ve çatışmanın taraflarından birinin yetkili makamının idaresine konmuş her çeşit nakliye aracını kapsar. Bu, ambulâns, hastane gemisi ve sıhhi nakliye uçağı gibi, kara, deniz ya da hava nakliye araçlarını içerir.¹⁴¹ Bu taşıtlar, gemiler ve uçaklar sadece yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin, sıhhi ve dini personelin ve sıhhi malzemenin nakliyesine tahsis edilmiş olmak zorundadır. Bu tanım Ek I.Protokolün 8. maddesinin f) ve g) bentlerine dayanmaktadır¹⁴² ve Devletlerin uygulamalarında geniş olarak kullanılmaktadır.¹⁴³ Ek II.Protokolde sıhhi nakliye araçlarının tanımı olmadığı için, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda deyimim aynı şekilde uygulandığı düşünülebilir.¹⁴⁴

137 Bkz. örn. şu Devletlerin beyanları: Arjantin (ibid., par. 731), Macaristan (ibid., par. 736) ve Yugoslavya (ibid., par. 742).

138 Bkz. örn. şu Devletlerin beyanları: Arjantin (ibid., par. 731), Mısır (ibid., par. 732), Macaristan (ibid., par. 736), Lübnan (ibid., par. 738) ve Yugoslavya (ibid., par. 742) ve İran'ın (ibid., par. 737) rapor edilen uygulaması.

139 Bkz. ör, BM Güvenlik Konseyi, karar 771 (ibid., par. 743); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1992/S-1/1 (ibid., par. 744); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Eski Yugoslavya'daki insan hakların durumu ile ilgili özel raportör, dönemsel rapor (ibid., par. 745); MINUGUA Başkanı (Mission des Nations Unies pour la vérification des droits de l'homme et du respect des engagements pris aux termes de l'Accord général relatif aux droits de l'homme au Guatamela (Guatemala'daki insan haklarına ve insan haklarına ilişkin genel anlaşmanın hükümlerince yapılan tahahütlerle saygıyı denetlemeye ilişkin Birleşmiş Milletler Misyonu), birinci rapor (ibid., par. 746); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Sudan'daki insan haklarının durumuna ilişkin özel raportör, rapor (ibid., par. 747).

140 Bkz.ICRC'nın uygulaması (ibid., par. 752- 755 ve 757 - 759).

141 Hastane gemilerin korunması II. Cenevre Sözleşmesinin 22-35. Maddelerinde ve Ek I.Protokolün, 22 ve 23. Maddelerinde düzenlenmiştir. Tıbbi uçaklar sorusu bir sonraki kısımda incelenecektir.

142 Ek I.Protokol (1977), m. 8, bent f) et g).

143 Bkz. örn. şu Devletlerin uygulaması: Güney Afrika (. II. cilt, 7. alt bölüm, par. 700 içinde nakledilmiştir), Avustralya (ibid., par. 663), Kamerun (ibid., par. 669), İspanya (ibid., par. 701), Yeni Zelanda (ibid., par. 692) ve Romanya(ibid., par. 725).

144 Bkz. bu açıdan Birleşik Devletlerin beyanı (ibid., par. 654); Bkz. ayrıca Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels, ICRC, Genève, 1986, par. 4712.

Sıhhi nakliye uçakları

Sıhhi nakliye uçaklarına ilişkin olarak Devletlerin uygulaması bunlara insancıl görevlerini ifa ederken saygı gösterilmesini ve bunların korunmasını ilke olarak benimsemektedir. Cenevre Sözleşmeleri anlamında, sıhhi nakliye uçaklarına, önceden tespit edilmiş irtifada, saatlerde ve güzergâhta yaptıkları uçuşlar sırasında saldırılamaz ve aksine bir anlaşma olmadığı durumlarda düşmanın kontrolündeki topraklar üzerinde uçmak yasaktır.¹⁴⁵ Bu kurallar pek çok sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹⁴⁶ Ek I.Protokol gereğince, uçuşa ilişkin özel bir anlaşmanın yokluğu durumunda bile, bu şekilde tanındıklarında sıhhi nakliye uçaklarına saldırmak yasaktır.¹⁴⁷ Bu yasak deniz savaşlarında uygulanan uluslararası hukuka ilişkin San Remo el kitabında¹⁴⁸ ve çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹⁴⁹ Birleşik Devletler «tanınan sıhhi nakliye uçaklarının, insancıl görevlerini ifa ederken, saygı görmesi ve korunması» ilkesine taraftar olduklarını açıklamıştır.¹⁵⁰

Bazı askeri el kitapları askeri sıhhi nakliye uçaklarına yönelik «kasti saldırılar»ı bir savaş suçu olarak tanımlamaktadır.¹⁵¹

Sıhhi nakliye araçlarının saygı görmesi ve korunması

Devletlerin uygulamaları genel olarak sıhhi nakliye araçlarının mobil sıhhi birimlerle aynı korumadan yararlandıklarını göstermektedir. Böylelikle, «saygı ve koruma» terimlerinin anlamı sıhhi birimler kapsamında yorumlandığı şekliyle (bkz. 28. Kuralın yorumu) “mutatis mutandis” sıhhi nakliye araçlarına uygulanır. Uygulamada, bu durum sıhhi nakliye araçlarına saldırılamayacağı ve bunların geçişlerinin keyfi olarak engellemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yorum Güney Afrika, Almanya ve İsviçre'nin sahra talimnamelerinde açıkça kaleme alınmıştır.¹⁵²

145 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 36 (II. cilt, 7. alt bölüm, par. 768 içinde nakledilmiştir); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 22 (ibid., par. 769).

146 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 780), Birleşik Devletler (ibid., par. 803), Endonezya (ibid., 789), Birleşik Krallık (ibid., par. 801) ve İsviçre (ibid.,par.800).

147 Ek I.Protokol (1977), m. 25- 27 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 770-772).

148 San Remo El Kitabı (1994), par. 53, bent a) (ibid., par. 776).

149 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 797), Avustralya (ibid., par. 779), Belçika (ibid., par. 780), Kanada (ibid., par. 781), İspanya (ibid., par. 798), Birleşik Devletler (ibid., par. 804-805), Macaristan (ibid., par. 788), Yeni Zelanda (ibid., par. 794), Hollanda (ibid., par. 793), İsveç (ibid., par. 799), ve Yugoslavya (ibid., par. 807); Bkz. ayrıca şu Devletlerin sahra talimnameleri: Hırvatistan (ibid., par. 783), Lübnan (ibid., par. 792) ve Rusya (ibid., par. 796) (ayırd edici işaret taşıyan hava araçlarına saygıyı zorunlu kılan) ve Dominik Cumhuriyeti'nin (ibid., par. 784) (askerler askeri hava taşıtlarına saldırabilirler) ve İtalya'nın (ibid., par. 791) (sıhhi hava araçları «saygı görmeli ve korunmalıdır») sahra talimnameleri).

150 Birleşik Devletler, Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri Vekilinin Açıklamaları((ibid., par. 819).

151 Bkz. örn. Ekvator (ibid., par. 785) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 804 ve 806) sahra talimnameleri.

152 Bkz. Güney Afrika'nın (ibid., par. 700) («saldırılamaz ve zarar verilemez, ve geçişleri engellenemez»), Almanya'nın (ibid., par. 683) («engelsiz kullanımları her zaman güvence altına alınmalıdır»), ve İsviçre'nin(ibid., par. 703) («ne şekilde olursa olsun saldırılamaz ve zarar verilemez, ve çelişmeleri zora sokulamaz») sahra talimnameleri.

Benin, Nijerya, Senegal ve Togo'nun askeri el kitapları sıhhi nakliye araçlarının yükünün ve gerçek kullanımının bir teftişle kontrol edilebileceğini belirtmektedir.¹⁵³

Sıhhi nakliye araçlarına sağlanan korumanın kaybı

Devletlerin uygulamaları genel olarak sıhhi nakliye araçlarının mobil sıhhi birimlerle aynı korumadan yararlandıklarını göstermektedir. Böylelikle, «saygı ve koruma» terimlerinin anlamı sıhhi birimler kapsamında yorumlandığı şekliyle (bkz. 28. Kuralın yorumu) “mutatis mutandis” sıhhi nakliye araçlarına uygulanır.

Devletlerin uygulamasına göre, sağlıklı taburların, silahların ya da cephanenin nakliyesi ve askeri bilgilerin toplanması ve aktarılması korumanın kaybına yol açar.¹⁵⁴ Bundan sıhhi nakliye uçaklarının bilgi toplamaya ve iletmeye yarayan hiç bir malzeme taşımamaları gerektiği sonucu çıkmaktadır.¹⁵⁵ Ek I.Protokolün onaylanması sırasında, Fransa ve Birleşik Krallık 28. maddeye ilişkin olarak, uygulamada sıhhi tahliye görevleri için özel olmayan uçakların kullanılmasının gerekliliğini tanımışlardır. Böylelikle 28. maddeyi uçağın içinde, ne iletişim donanımı ve kriptoloji malzemesi bulunmasını ne de bunların sadece bir sıhhi nakliye görevinin lehine uçuşu, tanınmayı ya da iletişimi kolaylaştırmak için kullanılmasını dışlamayan bildirimler yapmıştır.¹⁵⁶ Ek I.Protokolün 28. maddesi sıhhi nakliye uçaklarına yasaklanan diğer eylemleri saymaktadır.¹⁵⁷ Ayrıca, sıhhi personel tarafından kendi korunması için taşınan ya da sadece yaralılardan alınan ve henüz yetkili birime teslim edilmemiş hafif silahlar yasak malzeme oluşturmazlar (bkz. 25. Kuralın yorumu).

153 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 666), Nijerya (ibid., par. 695), Senegal (ibid., par. 699) ve Togo (ibid., par. 704).

154 Bkz. yukarıda 117 dipnotta belirtilen uygulama; Bkz. ayrıca Güney Afrika'nın (ibid., par. 700), Arjantin'in (ibid., par. 661), Kanada'nın (ibid., par. 670-671), Hırvatistan'ın (ibid., par. 675), Fransa'nın (ibid., par. 680), İtalya'nın (ibid., par. 685) ve Hollanda'nın (ibid., par. 691) uygulamaları.

155 Ek I.Protokol (1977), m. 28, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 773); San Remo El kitabı (1994) (ibid., par. 777); şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 787), Avustralya (ibid., par. 779), Kanada (ibid., par. 781), Hırvatistan (ibid., par. 782), İspanya (ibid., par. 798), Fransa (ibid., par. 786), İtalya (ibid., par. 790), Hollanda (ibid., par. 793), İsveç (ibid., par. 799) ve Yugoslavya (ibid., par. 807).

156 Fransa, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında kaleme alınan çekinceler ve beyanlar (ibid., par. 774); Birleşik Krallık, Ek I.Protokolün onaylanması sırasında kaleme alınan çekinceler ve beyanlar (ibid., par. 775).

157 Ek I.Protokol (1977), m. 28 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 773).

Kural 30. – Uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinin öngördüğü ayırt edici işaretleri taşıyan sıhhi ve dini personel ve mallara yönelik saldırılar yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 7, Kısım F

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, “uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri taşıyan binalara, malzemeye, sıhhi nakliye birim ve araçlarına ve personele kasten saldırmak» uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada savaş suçu oluşturmaktadır.¹⁵⁸

Ayırt edici işaret taşıyan personele ve mallara yönelik saldırı yasağı önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹⁵⁹ Bu tür bir eylem pek çok Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.¹⁶⁰ Ayrıca, bu kural resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla desteklenmiştir.¹⁶¹

ICRC pek çok kez hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına ayırt edici işaretler taşıyan kişilere ve mallara saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur.¹⁶²

158 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) xxiv) ve m. 8, par. 2, bent e) ii) (ibid., par. 832).

159 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 848), Avustralya (ibid., par. 840), Benin (ibid., par. 841), Kamerun (ibid., par. 842), Kanada (ibid., par. 843844), Kolombiya (ibid., par. 845), Birleşik Devletler (ibid., par. 863), Fransa (ibid., par. 846847), Macaristan (ibid., par. 849), Endonezya (ibid., par. 850), İtalya (ibid., par. 851), Kenya (ibid., par. 852), Lübnan (ibid., par. 853), Madagaskar (ibid., par. 854), Nijerya (ibid., par. 855), Filipinler (ibid., par. 856-857), Romanya (ibid., par. 858), Birleşik Krallık (ibid., par. 862), Senegal (ibid., par. 859), İsviçre (ibid., par. 860) ve Togo (ibid., par. 861).

160 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 874), Avustralya (ibid., par. 864), Azerbaycan (ibid., par. 865), Beyaz Rusya (ibid., par. 866), Kanada (ibid., par. 868), Kolombiya (ibid., par. 869), Kongo (ibid., par. 870), Danimarka (ibid., par. 871), İspanya (ibid., par. 881), Estonya (ibid., par. 873), Nikaragua (ibid., par. 877), Yeni Zelanda (ibid., par. 876), Hollanda (ibid., par. 875), Peru (ibid., par. 879), Romanya (ibid., par. 880), Birleşik Krallık (ibid., par. 885), İsveç (ibid., par. 882), İsviçre (ibid., par. 883) ve Venezuela (ibid., par. 886); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat tasakları: Burundi (ibid., par. 867), El Salvador (ibid., par. 872), Nikaragua (ibid., par. 878) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 884).

161 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Bosna Hersek, Republika Srpska (ibid., par. 888), Kuveyt (ibid., par. 890) ve Yugoslavya (ibid., par. 892).

162 Bkz. ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 906, 908 - 910, 912-917, 919, 921-925 ve 927-928).

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi uygulama tespit edilmemiştir. Ayırt edici işaretler taşıyan personele ve mallara yönelik saldırılar genellikle kınanmıştır.¹⁶³

Yorum

Bu kuralın işaret ettiği gibi, ayırt edici işaretlere saygı bunların bilinçli kullanılmasına bağlıdır (bkz. kural 59). Uygulama ayırt edici işaretleri taşımayanın kendiliğinden bu şekilde tanınabildikleri sürece, sivil ya da dini personele ya da mallara yönelik saldırıları meşru kılmayacağını da göstermektedir. Burada ayırt edici işaretlerin tanınmayı kolaylaştırmaya yaradığı ve kendiliklerinden koruma statüsü sağlamadıklarına ilişkin genel ilkenin uygulanması söz konusudur. Bir başka deyişle, sivil ve dini personel ve mallar yerine getirdikleri görevden dolayı korunmaktadır. Amblemlerin kullanılması bu görevin görünebilir bir belirtisidir fakat kendiliğinden koruma sağlamaz.

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün suçların unsurları «uluslararası hukuka uygun olarak, Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ayırt edici işaretleri taşıyan binalara, malzemeye, sivil nakliye birimlerine ve araçlarına ve personele yönelik kasti saldırılar yapma»ya ilişkin savaş suçunun Cenevre Sözleşmelerince korunduklarını gösteren diğer tanınma araçları ya da ayırt edici işaretleri taşıyan kişileri ve malları kapsadığını vurgulamaktadır.¹⁶⁴

163 Bkz., örn., Yugoslavya'nın (ibid., par. 891) ve ICRC'nin (ibid., par. 905 ve 926) uygulaması.

164 Bkz. Knut Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p.350; Bkz. ayrıca Ek I.Protokolün ışıklı sinyallere, radyo sinyallerine ve elektronik yöntemlerle teşhise ilişkin I. Ekinin m.6-9.

İNSANCIL YARDIM PERSONELİ VE MALLARI

Kural 31. – İnsancıl yardım personeli saygı görmeli ve korunmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 8, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan aç bırakma yasağının (bkz. kural 53) ve yaralı ve hastaların toplanması ve tedavi edilmesi kuralının (bkz. 109. ve 110. Kurallar) doğal bir sonucudur. İnsancıl yardım personelinin güvenliği açlık tehdidi altında olan halklara insancıl yardımın ulaşmasının zorunlu bir koşuludur.

Uluslararası silahlı çatışmalar

İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması zorunluluğu Ek I.Protokolün 71. maddesinin 2. fıkrasında kaleme alınmıştır.¹ Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak insancıl bir görev kapsamında kullanılan personele yönelik kasti saldırılarda bulunmak, bu personelin uluslararası silahlı çatışma hukukunun sivillere sağladığı korumadan yararlanma hakkı olduğu sürece, uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturur.² Dolayısıyla, insancıl yardım taşıyan silahlı kuvvetler mensupları bu kuralın kapsamında değildir. Bununla birlikte, insancıl yardım getiren Birleşmiş Milletler personeli Birleşmiş Milletler personelinin güvenliğine ilişkin Sözleşme hükümlerince özel bir korumadan yararlanır.³

1 Ek I.Protokol (1977), m. 71, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 8. alt bölüm, par. 3 içinde nakledilmiştir).

2 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) iii) (ibid., par. 142).

3 Birleşmiş Milletler Personelinin Güvenliği Sözleşmesi (1994), m. 7, par. 2 (ibid., par. 4).

İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması zorunluluğu bazı askeri el kitaplarında yer almıştır.⁴ Özellikle İsveç'in Uluslararası İnsancıl Hukuk el kitabı, Ek I.Protokolün 71. maddesinin 2. fıkrasının daha önceden var olan teamül hukukunun bir kuralının kodifikasyonu olduğunu belirtmektedir.⁵ İnsancıl yardım personeline saldırmak önemli sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.⁶ Bu kural ayrıca resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamalarla desteklenmiştir.⁷ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkilerini de kapsamaktadır.⁸ Kural Ek I.Protokole taraf olanlarca taraf olmayanlara karşı da ileri sürülmüştür.⁹

İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması zorunluluğu çoğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili olarak uluslararası örgütlerin kararlarında hatırlatılmıştır (bkz. daha aşağıda).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün 18. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar ihtiyaç halindeki sivil halk lehine yardım faaliyetleri düzenlenmesini zorunlu kılmaktaysa da, Protokol insancıl yardım personelinin korunmasına ilişkin özel bir hüküm içermemektedir. Oysa ki bu kural ihtiyaç içindeki sivil halkın lehine yardım faaliyetlerinin başarısı için zorunludur. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra Leone Özel Mahkemesinin statülerine göre, Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak bir insancıl yardım görevi kapsamında kullanılan personele yönelik kasti saldırılarda bulunmak, bu personelin uluslararası silahlı çatışmalar hukukunca sivillere sağlanan korumadan yararlanma hakkı olduğu durumda, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹⁰ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan başka bazı belgelerde de yer almaktadır.¹¹

4 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 12), Avustralya (ibid., par. 13), Kanada (ibid., par. 14), Fransa (ibid., par. 15), Hollanda (ibid., par. 16), İsveç (ibid., par. 17) ve Yugoslavya (ibid., par. 18).

5 İsveç, UİH El kitabı (ibid., par. 17).

6 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 154), Avustralya (ibid., par. 147), Azerbaycan (ibid., par. 148), Kanada (ibid., par. 150), Kongo (ibid., par. 151), Estonya (ibid., par. 152), Etiyopya (ibid., par. 153), İrlanda (ibid., par. 19), Norveç (ibid., par. 20), Yeni Zelanda (ibid., par. 156-157), Filipinler (ibid., par. 21 ve 158), Portekiz (ibid., par. 159) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 161-162); Bkz. ayrıca Burundi'nin (ibid., par. 149) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 160) mevzuat taslakları.

7 Bkz. örn., Afganistan (ibid., par. 25) ve Sudan (ibid., par. 169) konusunda Almanya'nın beyanları.

8 Bkz. şu Devletlerin uygulamaları: Azerbaycan (ibid., par. 148), Hindistan (ibid., par. 170), Irak (ibid., par. 28-29), İsrail (ibid., par. 172), Malezya (ibid., par. 174), Birleşik Krallık (ibid., par. 38) ve Türkiye (ibid., par. 177).

9 Bkz. örn., Afganistan (ibid., par. 25) ve Sudan (ibid., par. 169) konusunda Almanya'nın beyanları.

10 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) iii) (ibid., par. 142); Sierra Leone Özel Mahkemesinin Statüsü (2002), m. 4, bent 1 b) (ibid., par. 143).

11 Bkz. örn., Agreement No. 2 on the Implementation of the Agreement of 22 May 1992 between the Parties to the Conflict in Bosnia et Herzegovina (1992), par. 2(d) (ibid., par. 5); Agreement No. 3 on the ICRC Plan of Action between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina

İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması zorunluluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan bazı sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹² Bu zorunluluk özel olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanlarda da yer almaktadır.¹³

Ayrıca, Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler bu kurala ilişkin kararlar almışlardır. Örneğin BM Güvenlik Konseyi pek çok kez, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların –Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Burundi, Kosova, Liberya, Ruanda ve Somali’deki gibi-, taraflarını insancıl yardım personeline saygı göstermesi ve onu koruması konusunda teşvik etmiştir.¹⁴

Bu kural 1993’de insan hakları dünya Konferansı ve 1995’de XXVI.ve 1999’da XXVII. Kızılhaç ve Kızılay Konferansları sırasında tekrarlanmıştır.¹⁵

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlalleri, silahlı çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan niteliğinden bağımsız olarak, genel olarak Devletler tarafından kınanmıştır.¹⁶ Bu ihlaller uluslararası örgütler tarafından da kınanmıştır.¹⁷ 1996’da Burundi’de ICRC personelini taşıyan bir nakliye aracına yönelik saldırıların

(1992), par. II(9) (ibid., par. 6); Bahar Dar Anlaşması(1992), par. 2 (ibid., par. 7); Agreement on Ground Rules for Operation Lifeline Sudan (1995) (ibid., par. 8); BM Genel Sekreteri Sirküleri (1999), art. 9 (ibid., par. 9); Agreement on the Protection and Provision of Humanitarian Assistance in Sudan (1999), par. 1 (ibid., par. 10); Kahire Bildirgesi (2000), par. 67 (ibid., par. 11).

12 Bkz. örn., Kanada’nın (ibid., par. 14) ve Yugoslavya’nın (ibid.,par. 18) sahra talimnameleri.

13 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 36), Almanya (ibid., par. 26), Burundi (ibid., par. 166), Birleşik Devletler (ibid., par. 180), Birleşik Krallık (ibid., par. 178) ve Rusya (ibid., par. 175).

14 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 733 ve 814 (ibid., par. 41), karar 746 ve 751 (ibid., par. 42), karar 758, 770 ve 787 (ibid., par. 43), karar 819 ve 824 (ibid., par. 44), karar 851 (ibid., par. 45), karar 897, 923 ve 954 (ibid., par. 47), karar 918 ve 925 (ibid., par. 48), karar 946 (ibid., par. 49), karar 952 (ibid., par. 50), karar 954 (ibid., par. 51), karar 985, 1001 ve 1014 (ibid., par. 52), karar 998(ibid., par. 53), karar 1040 (ibid., par. 54), karar 1041, 1059 ve 1071 (ibid., par. 55), karar 1075 ve 1087 (ibid., par. 56), karar 1088 (ibid., par. 57), karar 1127 (ibid., par. 58), karar 1173 (ibid., par. 59), karar 1193 (ibid., par. 60), karar 1195 (ibid., par. 61), karar 1199 ve 1203 (ibid., par. 62); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 67-70, 72-73, 75-76, 81, 87-88, 90-91 ve 93).

15 Dünya İnsan Hakları Konferansı, Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı (ibid., par. 120); XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar IV (ibid., par. 121); XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, 2000-2003 yılları için Eylem Planı (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 123).

16 Bkz. örn., Almanya’nın (ibid., par. 169) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 179-180) beyanları, ayrıca Rusya’nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 175).

17 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 757 (ibid., par. 185), karar 864 (ibid., par. 186), karar 897 ve 923 (ibid., par. 187), karar 913 (ibid., par. 188), karar 946 (ibid., par. 192), karar 950 (ibid., par. 193), karar 954 (ibid., par. 194), karar 1049 (ibid., par. 195), karar 1071 ve 1083 (ibid., par. 196), karar 1193 (ibid., par. 197) ve karar 1265 (ibid., par. 198); BM Güvenlik Konseyi, başkanın beyanları (ibid., par. 199-218); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 49/196 (ibid., par. 219), karar 49/206 ve 50/200 (ibid., par. 221), karar 50/193 (ibid., par. 223), karar 53/87 (ibid., par. 227), karar 54/192 (ibid., par. 229) ve karar 55/116 (ibid., par. 230); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, es. 1994/72 (ibid., par. 233), karar 1995/89 (ibid., par. 235), karar 1995/91 (ibid., par. 236), karar 1996/1 ve 1997/77 (ibid., par. 237) ve karar 1998/70 (ibid., par. 242); ABÖ, Bakanlar Konseyi, karar

ardından, Burundi Cumhurbaşkanı ve Başbakanı bu olaydan üzüntü duyduklarını ve saldırganları tespit etmek için bağımsız bir araştırma yapılmasını istediklerini açıklamışlardır.¹⁸ Rusya Federasyonu Hükümeti insancıl yardımla görevli altı ICRC çalışma arkadaşı aynı yıl Çeçenistan'da öldürüldüğü zaman aynı şekilde davranmıştır.¹⁹ ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına bu kurala uyma gerekliliğini hatırlatmıştır.²⁰

İnsancıl yardım personelinin saygı görmesi ve korunması

Sivil insancıl yardım personeli ayırt etme ilkesi (bkz. Kural 1) gereğince saldırılara karşı korunmaktadır. Bu personele saldırı yasağı dışında, uygulama insancıl yardım personelinin hırpalanmasının, yıldırılmasının ve keyfi olarak tutuklanmasının bu kuralın uygulanması uyarınca yasak olduğunu işaret etmektedir.²¹ Toplanan uygulama insancıl yardım personeline karşı yapılan şu eylemlerin de kınandığına ilişkin örnekler içermektedir: kötü muameleler, fiziksel ve ruhsal şiddet, cinayet, darp, kaçırma, rehlin alma, hırpalama, kanunsuz tutuklama ve tutma.²²

Ayrıca, bir çatışmanın taraflarının izin verdikleri insancıl yardım personelinin güvenliğinin güvence altına almasını isteyen çok sayıda devlet uygulaması-örneğin

1526 (LX) (ibid., par. 255), karar 1649 (LXIV) (ibid., par. 256) ve karar 1662 (LXIV) (ibid., par. 257); AGİT, Görevdeki Başkan, Basın Bülteni No. 86/96.

18 Bkz. Burundi'nin uygulaması (ibid., par. 166).

19 Bkz. Rusya'nın uygulaması (ibid., par. 175).

20 Bkz. ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 125-128 ve 130-132).

21 Bkz. Almanya'nın (ibid., par. 169) ve Filipinler'in (ibid., par. 158) uygulaması; BM Güvenlik Konseyi, karar 897 ve 923 (ibid., par. 187), karar 918 ve 925 (ibid., par. 189), karar 940 (ibid., par. 190), karar 946 (ibid., par. 192), karar 950 (ibid., par. 193), karar 954 (ibid., par. 194) ve karar 1071 (ibid., par. 196); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 199, 202, 204, 212, 216 ve 219); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 51/30 B (ibid., par. 222), karar 53/87 (ibid., par. 227), karar 54/192 (ibid., par. 229) ve karar 55/116 (ibid., par. 230); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1995/89 (ibid., par. 225) ve karar 2001/18 (ibid., par. 243); BM Genel Sekreteri, MONUL raporu (Birleşmiş Milletlerin Liberya'daki İnceleme Misyonu) (ibid., par. 244); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Sudan'daki İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Özel Raportör (ibid., par. 248).

22 Bkz. örn., Birleşik Devletlerin (ibid., par. 179-180) ve Rusya'nın (ibid., par. 175) uygulaması; BM Güvenlik Konseyi, karar 897 ve 923 (ibid., par. 187), karar 918 ve 925 (ibid., par. 189), karar 940 (ibid., par. 190), karar 945 ve 952 (ibid., par. 191), karar 950 (ibid., par. 193), karar 954 (ibid., par. 194), karar 1049 (ibid., par. 195), karar 1193 (ibid., par. 197) ve karar 1265 (ibid., par. 198); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 199, 204-208, 210-213 ve 216); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 52/167 (ibid., par. 226), karar 53/87 (ibid., par. 227), karar 53/164 (ibid., par. 228), karar 54/192 (ibid., par. 229) ve karar 55/116 (ibid., par. 230); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/79 ve 1995/77, karar 1995/91, karar 1996/1 ve 1997/77, 1996/73 ve 1997/59; BM Genel Sekreteri, MONUL raporu (Birleşmiş Milletlerin Liberya'daki İnceleme Misyonu) (ibid., par. 244); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Burundi'deki İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Özel Raportör, ikinci rapor (ibid., par. 247) ve Sudan'daki İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Özel Raportör, rapor (ibid., par. 248); Avrupa Konseyi, Parlamenterler Asamblesi, karar 921 (ibid., par. 251); ABÖ, Bakanlar Konseyi, karar 1526 (LX) (ibid., par. 255), karar 1649 (LXIV) (ibid., par. 256) ve karar 1662 (LXIV) (ibid., par. 257); AGİT, Görevdeki Başkan, Basın Bülteni No. 86/96.

bazı resmi açıklamalar- bulunmaktadır.²³ Ayrıca, BM Güvenlik Konseyi Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Burundi, Kosova, Liberya, Ruanda ve Somali'deki çatışmaların taraflarını insancıl yardım personelinin güvenliğine saygıyı güvence altına almaya çağırmıştır.²⁴ BM Güvenlik Konseyi 2000'de silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasına ilişkin bir kararda bir silahlı çatışmanın Devlet dışı taraflar da dâhil olmak üzere, tüm taraflarına, insancıl yardımla görevli personelin « hareket özgürlüğünü ve güvenliğini sağlamaları için» çağrıda bulunmuştur.²⁵

Ek Protokoller insancıl yardım personelinin korunmasının sadece «izin verilen» insancıl yardım personeline sağlanacağını öngörmesine rağmen, incelenen uygulamanın ezici çoğunluğu bu koşulu göz önüne almamaktadır. İzin kavramı çatışmanın tarafının yetkisi altındaki topraklardaki faaliyetler için verdiği muvafakate yollama yapmaktadır.²⁶ Sadece insancıl yardım personelinin erişiminin reddedilmesi amacıyla keyfi nedenlerle izin geri alınamaz (bkz. 55. Kuralın yorumu).

Kural 32. – İnsancıl yardım eylemleri için kullanılan mallara saygı gösterilmesi ve bu malların korunması zorunludur.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 8, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan aç bırakma yasağının (bkz. kural 53) doğal bir sonucudur çünkü insancıl yardım malzemesinin güvenliği açlık tehdidi altındaki halklara insancıl yardımın götürülmesinin zorunlu bir koşuludur. Bu çerçevede, bu kural

23 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 36), Almanya (ibid., par. 25), Avustralya (ibid., par. 23) ve Slovenya (ibid., par. 35).

24 BM Güvenlik Konseyi, karar 733 ve 814 (ibid., par. 41), karar 746 ve 751 (ibid., par. 42), karar 758, 770 ve 787 (ibid., par. 43), karar 824 (ibid., par. 44), karar 851 (ibid., par. 45), karar 897, 923 ve 954 (ibid., par. 47), karar 918 ve 925 (ibid., par. 48), karar 946 (ibid., par. 49), karar 952 (ibid., par. 50), karar 954 (ibid., par. 51), karar 985, 1001 ve 1014 (ibid., par. 52), karar 998 (ibid., par. 53), karar 1040 (ibid., par. 54), karar 1041, 1059 ve 1071 (ibid., par. 55), karar 1075 ve 1087 (ibid., par. 56), karar 1193 (ibid., par. 60), karar 1195 (ibid., par. 61) ve karar 1199 ve 1203 (ibid., par. 62).

25 BM Güvenlik Konseyi, karar. 1296 (ibid., par. 65).

26 Ek I.Protokol (1977), m. 71, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3); Ek II.Protokol (1977), m. 18, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 17. alt bölüm, par. 680 içinde nakledilmiştir).

insancıl yardımların götürülmesine engel olma yasağının da (bkz. 55. maddenin yorumu) doğal bir sonucudur çünkü yardım maddelerine yönelik her saldırı, bunlara zarar verilmesi ya da bunların yağma edilmesi kendiliğinden insancıl yardımlara bir engel oluşturur.

Uluslararası silahlı çatışmalar

IV No.lı Cenevre Sözleşmesi tüm Devletlerin işgal altındaki topraklardaki yardım gönderilerini güvence altına almalarını zorunlu kılmaktadır.²⁷ Bu kural şimdi daha genel terimlerle Ek I.Protokolde yer almaktadır.²⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak bir yardım görevi çerçevesinde kullanılan tesislere, malzemeye, birimlere ya da taşıtlara yönelik kasti saldırılarda bulunmak, bu malzemenin uluslararası silahlı çatışmalar hukukunca sivil nitelikli mallara sağladığı korumadan yararlanması durumunda, uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.²⁹

İnsancıl yardım eylemleri için kullanılan malların korunması önemli sayıda Devletin mevzuatında bu mallara yönelik her tür saldırı suç oluşturduğu için yer almaktadır.³⁰ Bu kural resmi beyanlarla ve Ek I.Protokole taraf olmayan Devletlerinki de dâhil³¹, başka tür uygulamayla da desteklenmiştir.³² Ek I.Protokole taraf olan Devletlerce taraf olmayanlara karşı da dile getirilmiştir.³³

Bu kuralın çoğunluğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili olarak uluslararası örgütlerin pek çok kararında sözü edilmiştir. (bkz. ileride).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Her ne kadar Ek II.Protokolün 18. maddesinin 2. fıkrası ihtiyaç halindeki sivil halkın yararına yardım faaliyetleri örgütlemeyi zorunlu kılrsa da, Protokol insancıl yardım eylemlerinde kullanılan malların korunmasına ilişkin özel bir hüküm içermeye-

27 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 59.

28 Ek I.Protokol (1977), m. 70, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 8. alt bölüm, par. 282 içinde nakledilmiştir).

29 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) iii) (ibid., par. 285).

30 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 305), Avustralya (ibid., par. 294295), Bosna Hersek (ibid., par. 296), Etiyopya (ibid., par. 304), İrlanda (ibid., par. 306), Norveç (ibid., par. 310), Yeni Zelanda (ibid., par. 309), Hollanda (ibid., par. 307-308), Kanada (ibid., par. 298), Çin (ibid., par. 299), Kolombiya (ibid., par. 300), Kongo (ibid., par. 301), Hırvatistan (ibid., par. 302), Portekiz (ibid., par. 311), Birleşik Krallık (ibid., par. 314), Slovenya (ibid., par. 312) ve Yugoslavya (ibid., par. 315); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat tasarıları: Burundi (ibid., par. 297), El Salvador (ibid., par. 303) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 313).

31 Bkz. örn. Kenya'nın sahra talimnamesi (ibid., par. 292), Bkz. örn. Kenya'nın sahra talimnamesi (ibid., par. 292), Almanya'nın (ibid. par.321), Bosna-Hersek'in, Sırp Cumhuriyetinin (ibid. par.317) ve Birleşik Devletlerin (ibid. par.326) beyanları ve ayrıca Brezilya'nın (ibid. par.318), Nijerya'nın (ibid. par. 324)ve Birleşik Krallık'ın (ibid. par. 325) rapor edilmiş uygulamaları.

32 Bkz. örn. Kenya'nın sahra talimnamesi (ibid. par. 292), Birleşik Devletlerin beyanı (ibid., par. 326) ve Birleşik Krallık'n rapor edilmiş uygulaması (ibid., par. 325).

33 Bkz. örn. Almanya'nın Sudan konusundaki beyanı (ibid., par. 321).

mektedir.³⁴ Oysaki bu kural ihtiyaç halindeki sivil halk yararına yardım eylemlerinin başarısı için zorunludur. Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Sierra Leone Özel Mahkemesinin statülerine göre, Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak bir insancıl yardım görevi çerçevesinde kullanılan tesislere, malzemeye, birimlere ve taşıtlara, bu mallar uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun sivil nitelikli mallara sağladığı korumadan yararlanma hakkına sahip olduğu durumda, kasti saldırılarda bulunmak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.³⁵ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanabilir olan başka belgelerde yer almaktadır.³⁶

İnsancıl yardım faaliyetlerinde kullanılan malzemenin korunması uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında yapılan resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla desteklenmiştir.³⁷

Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler tarafından alınmış çok sayıda karar bu kuralı hatırlatmaktadır. BM Güvenlik Konseyi, örneğin, bu kuraldan Angola, Liberya ve Ruanda'daki çatışmalar kapsamında bahsetmiştir.³⁸

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlalleri, silahlı çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan niteliğinden bağımsız olarak, genel olarak Devletler tarafından kınanmıştır.³⁹ Bu ihlaller Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütlerce de kınanmıştır.⁴⁰ ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına bu kurala saygı gösterme gerekliliğini hatırlatmıştır.⁴¹

İnsancıl yardım mallarının saygı görmesi ve korunması

Bir insancıl yardım faaliyetinde kullanılan mallar ilke olarak, bu şekilde saldırılara karşı korumadan yararlanan sivil nitelikli mallardır (bkz. kural 7). Devletlerin uygu-

34 Ek II.Protokol (1977), m. 18, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 17. alt bölüm, par. 680 içinde nakledilmiştir).

35 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent e) iii) (II. cilt, 8. alt bölüm, par. 142 ve 285 içinde nakledilmiştir); Sierra Leone Özel Mahkemesinin Statüsü (2002), m. 4, bent 1 b) (ibid., par. 143 et 286).

36 Bkz. örn. Bahar Dar Anlaşması(1992), par. 2 (ibid., par. 288); BM Genel Sekreteri Sirküleri (1999), m. 9.9 (ibid., par. 290); ATNUTO, Tüzük No. 2000/15 (2000), par. 6.1, bent (b) (iii) ve bent (e) (iii) (ibid., par. 291).

37 Bkz. Almanya'nın (ibid., par. 321) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 326) beyanları, ayrıca Nijerya (ibid., par. 324) ve Birleşik Krallık'ın (ibid., par. 325) rapor edilen uygulamaları.

38 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 918 (ibid., par. 329), karar 925 (ibid., par. 329), karar 950 (ibid., par. 330), karar 1075 (ibid., par. 332) ve karar 1087 (ibid., par. 332).

39 Bkz. örn. Almanya (ibid., par. 321) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 326) beyanları.

40 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 1059 (ibid., par. 331), karar 1071 (ibid., par. 331), karar 1083 (ibid., par. 333) ve karar 1265 (ibid., par. 334); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 336 -340); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 51/30 B (ibid., par. 341) ve karar 54/192 (ibid., par. 343); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1995/77 (ibid., par. 345).

41 Bkz.örn., ICRC'nin uygulaması (ibid., par. 354 ve 356-358).

lamaları, insancıl yardım mallarına yönelik saldırılar dışında bu malların tahrip edilmesinin, kaçırılmasının ve yağmalanmasının da yasak olduğunu göstermektedir.⁴² Burada mallara zarar verilmesi ve el konulmasına ilişkin genel kurallar söz konusudur (bkz. alt bölüm XVI). Uygulamada bir çatışmanın her tarafının insancıl yardım mallarının güvenliğini güvence altına alma zorunluluğunu gösteren birkaç durum vardır. Bu şekilde, 1996'da, BM Güvenlik Konseyi Angola'daki çatışmanın tüm taraflarını ülkenin bütününde insancıl yardımların güvenliğini güvence altına almaya çağırmıştır.⁴³

42 Bkz. örn., Avustralya (ibid., par. 294), Etyopya (ibid., par. 304) ve Hollanda'nın (ibid., par. 307) uygulaması; Bkz. ayrıca El Salvador'un (ibid., par. 303) mevzuat taslağı; BM Güvenlik Konseyi, karar 950 (ibid., par. 330), karar 1059 (ibid., par. 331), karar 1071 (ibid., par. 331) ve karar 1083 (ibid., par. 333); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 336-340); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 51/30 B (ibid., par. 341), karar 54/192 (ibid., par. 343) ve karar 55/116 (ibid., par. 344).

43 BM Güvenlik Konseyi, karar 1075 ve 1087 (ibid., par. 332).

BARIŞI KORUMA GÖREVİNDE KULLANILAN PERSONEL VE MALZEME

Kural 33. – Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak, Uluslararası İnsancıl Hukukun sivillere ya da sivil nitelikli mallara sağladığı korumadan yararlanma hakkına sahip olduğu sürece bir barışı koruma görevinde kullanılan personele ve malzemeye yönelik saldırıda bulunmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 9.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Devletlerin uygulamalarında, genellikle profesyonel asker olan barışı koruma kuvvetlerinin mensupları, siviller gibi muamele görür çünkü çatışmanın bir tarafının mensubu değildir ve saldırılara karşı, muhasamata doğrudan katılmadıkları sürece, sivillerle aynı korumadan yararlanmaya hakları olduğu kabul edilir (bkz. 1. ve 6. Kurallar). Sivil olarak, barışı koruma kuvvetlerinin mensuplarının XXXII. alt bölümde tanımlanan temel güvencelerden yararlanma hakları vardır. Aynı şekilde, bir barışı koruma faaliyetinde kullanılan malzeme sivil nitelikli mallar gibi kabul edilir ve bu sıfatla saldırılardan korunur (bkz. Kural 7).

Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, Birleşmiş Milletler Şartına uygun olarak bir barışı koruma görevinde kullanılan personele ve malzemeye yönelik kasti saldırılarda bulunmak, personelin ve malzemenin uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun sivil kişilere ve sivil nitelikli mallara sağladığı korumadan yararlanma-

ya hakları olduğu sürece, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturur.¹ Bu kural Sierra Leone Özel Mahkemesinin statüsünde de yer almaktadır.²

Bu kural bazı askeri el kitaplarında yer almaktadır.³ Bir barışı koruma görevinde kullanılan personele ve malzemeye saldırmak çok sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.⁴

Aksi bir uygulama tespit edilmemiştir. Barışı koruma görevinde kullanılan personele ve malzemeye yönelik saldırılar genel olarak devletler tarafından kınanmıştır.⁵ Bunlar Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler tarafından da kınanmıştır.⁶ Bu kınamaların bazıları bu saldırıları suç olarak nitelendirmektedir.⁷ Doğrudan saldırılar dışında, Birleşmiş Milletler, barışı koruma personeline yönelik hırpalama, yıldırma, şiddet, tutuklama ve kötü muamele dâhil olmak üzere saldırı teşkil etmeyen diğer fiilleri kınamış ve çatışmaların taraflarını bunların güvenliğini ve serbest hareket etmelerini sağlamaya çağırmıştır.⁸

1 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) iii) ve m. 8, par. 2, bent c) iii) (II. cilt, 9. alt bölüm, par. 4 içinde nakledilmiştir).

2 Sierra Leone Özel Mahkemesinin Statüsü (2002), m. 4, bent 1 b) (ibid., par. 5).

3 Bkz. örn. şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 11), Kamerun (ibid., par. 10), İspanya (ibid., par. 14) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 12).

4 Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 21), Avustralya (ibid., par. 15), Azerbaycan (ibid., par. 16), Kanada (ibid., par. 18), Kongo (ibid., par. 19), Gürcistan (ibid., par. 20), Mali (ibid., par. 22), Yeni Zelanda (ibid., par. 24-25), Hollanda (ibid., par. 23) Birleşik Krallık (ibid., par. 27-28); Bkz. ayrıca Burundi (ibid., par. 17) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 26) mevzuat taslakları.

5 Bkz. örn., şu Devletlerin uygulamaları: Almanya (ibid., par. 34), Avustralya (ibid., par. 31), Birleşik Devletler (ibid., par. 41-42), Finlandiya (ibid., par. 33), Liberya (ibid., par. 35), Birleşik Krallık (ibid., par. 39-40), Rusya (ibid., par. 37) ve Ukrayna (ibid., par. 38).

6 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 757 (ibid., par. 46), karar 788 (ibid., par. 47), karar 794 (ibid., par. 48), karar 802 (ibid., par. 49), karar 804 (ibid., par. 50), karar 897, 923 ve 954 (ibid., par. 55), karar 912 (ibid., par. 56), karar 946 (ibid., par. 60), karar 987 (ibid., par. 62), karar 994 (ibid., par. 64), karar 1004 (ibid., par. 66), karar 1009 (ibid., par. 67), karar 1041 (ibid., par. 70), karar 1059, 1071 ve 1083 (ibid., par. 71), karar 1099 (ibid., par. 73), karar 1118 (ibid., par. 74), karar 1157 (ibid., par. 75), karar 1164 (ibid., par. 76), karar 1173 ve 1180 (ibid., par. 77) ve karar 1187 (ibid., par. 78); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 47/121 (ibid., par. 98), karar 49/196 (ibid., par. 99) ve karar 50/193 (ibid., par. 100); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1993/7 (ibid., par. 101), karar 1994/60 (ibid., par. 102), karar 1994/72 (ibid., par. 103) ve karar 1995/89 (ibid., par. 104); Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu, Liberya Krizine İlişkin Dokuzlar Komitesinin Zirvesindeki İlk Toplantı, son bildiri (ibid., par. 118); AB, BM Güvenlik Konseyi önündeki beyan (ibid., par. 119); İKÖ, Dışişleri Bakanları Konferansı, karar 1/6-EX (ibid., par. 120) ve BM Güvenlik Konseyi önündeki beyan (ibid., par. 121); Parlamenterlerarası Birlik, 88. Parlamenterlerarası Konferansta kabul edilen karar, Bosna Hersek'teki insan hakları ihlallerine ve şiddete son vermek için alınan son uluslararası inisiyatiflere destek (ibid., par. 122).

7 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, karar 587 (ibid., par. 45), karar 837 (ibid., par. 52), karar 865 (ibid., par. 53) ve karar 1099 (ibid., par. 73).

8 BM Güvenlik Konseyi, karar 467 (ibid., par. 44), karar 788 ve 813 (ibid., par. 47), karar 804 (ibid., par. 50), karar 819 (ibid., par. 51), karar 868 (ibid., par. 54), karar 897, 923 ve 954 (ibid., par. 55), karar 913 (ibid., par. 57), karar 918 ve 925 (ibid., par. 58), karar 940 (ibid., par. 59), karar 946 (ibid., par. 60), **ës.** 950 (ibid., par. 61), karar 987 (ibid., par. 62), karar 993 ve 1036 (ibid., par. 63), karar 994 (ibid., par. 64), karar 998 (ibid., par. 65), karar 1004 (ibid., par. 66), karar 1009 (ibid.,

Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi önündeki Karadžic ve Mladic davasında, sanıklar, «sivillerin -Birleşmiş Milletler barış gücü mensuplarının- rehin alınması»nda oynadıkları rolden dolayı suçlanmışlardır.⁹

Bu kuralın uygulama alanı

Bu kural sadece Birleşmiş Milletler ya da bölgesel bir örgüt tarafından kurulmuş barışı koruma kuvvetlerine, bunlar sivillere sağlanan korumadan yararlanma hakkına sahip oldukları sürece, uygulanır; barışı tesis etme faaliyetlerine katılan Uluslararası İnsancıl Hukuka saygı göstermek zorunda olan muhripler olarak kabul edilen kuvvetlerin mensuplarını kapsamaz.¹⁰

par. 67), karar 1031 (ibid., par. 69), karar 1099 (ibid., par. 73), karar 1157 (ibid., par. 75), karar 1173 ve 1180 (ibid., par. 77), karar 1206 (ibid., par. 79) ve karar 1313 (ibid., par. 80); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/72 (ibid., par. 103), karar 1995/89 (ibid., par. 104) ve karar 1995/91 (ibid., par. 105).

9 ICTY, Savcı Radovan Kupreškic ve Ratko Mladic'e karşı davası, ilk iddianame (ibid., par. 125).

10 Bkz.örn., BM Genel Sekreteri Sirküleri (1999), ilk madde (ibid., par. 8).

GAZETECİLER

Kural 34. – Silahlı çatışma bölgelerinde profesyonel olarak görev yapan sivil gazeteciler, muhasamata doğrudan katılmadıkları sürece, saygı görmeli ve korunmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 10.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sivil gazetecilerin korunması hiç bir çekinceye konu olmamış, Ek I.Protokolün 79. maddesinde tanımlanmıştır.¹

Bu kural önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.² Bu kural resmi beyanlar ve rapor edilen uygulamayla da desteklenmiştir.³ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olamayan Devlerininkini de kapsamaktadır.⁴

1 Ek I.Protokol (1977), m. 79 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 10. altbölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir).

2 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 10), Arjantin (ibid., par. 4), Avustralya (ibid., par. 5), Benin (ibid., par. 6), Kamerun (ibid., par. 7), Kanada (ibid., par. 8), İspanya (ibid., par. 16), Fransa (ibid., par. 9), İsrail (ibid., par. 11), Madagaskar (ibid., par. 12), Nijerya (ibid., par. 15), Yeni Zelanda (ibid., par. 14), Hollanda (ibid., par. 13) ve Togo (ibid., par. 17).

3 Bkz. Federal Almanya Cumhuriyetinin (ibid., par. 23), Brezilya'nın (ibid.,par. 22) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 28-29) beyanları, ayrıca Ürdün'ün (ibid., par. 24), Nijerya'nın (ibid., par. 26), Kore Cumhuriyetinin (ibid., par. 25) ve Ruanda'nın (ibid., par. 27) rapor edilen uygulaması.

4 Bkz. örn., Birleşik Devletlerin (ibid., par. 28-29) ve İsrail'in uygulaması (ibid., par. 11).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokolün sivil gazetecilere ilişkin hiç bir özel hüküm içermemesine rağmen bunların korunmaları, muhasamata doğrudan katılmaları halinde bu süreyle sınırlı olan istisna dışında sivillere yönelik saldırı yasağına (bkz. kural 6) dayanmaktadır. Bu sonuç Ek Protokollerin kabulünden öncekiler de dâhil olmak üzere, Devletlerin uygulamalarıyla desteklenmiştir. 1971’de Brezilya ve 1973’de Federal Almanya Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 3. Komisyonu önünde gazetecilerin, ayırt etme ilkesi gereğince, sivil olarak korunduklarını açıklamışlardır.⁵ Birleşmiş Milletlerin El Salvador Gerçeklik Komisyonu FMNL mensuplarının eşlik ettiği Hollandalı dört gazetecinin Salvador silahlı kuvvetler birliğinin kurduğu bir pusuda öldürülmesinin «sivillere saldırılmasını [yasaklayan]» Uluslararası İnsancıl Hukukun ihlali olduğu sonucuna varmıştır.⁶

1996’da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi «gazetecilerin sivil olarak kabul edilmesini ve bu şekilde korunmalarını öngören» Ek I.Protokolün 79. maddesinin önemini teyit etmiştir. Komite «bu zorunluluğun aynı zamanda uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulandığını» belirtmiştir.⁷

Sivil gazetecilerin saygı görme ve korunma yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka hukuki belgelerde yer almaktadır.⁸

Bu zorunluluk uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan askeri el kitaplarında yer almaktadır.⁹ Bu zorunluluk resmi beyanlarla ve rapor edilen uygulamayla desteklenmiştir.¹⁰

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi hiç bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Gazetecilere yönelik kasti saldırılar genel olarak, özellikle Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler tarafından, çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan niteliğinden bağımsız olarak, kınanmıştır. Bu kınamaların büyük bir kısmı, Afganistan, Burundi, Kosova, Somali ve Çeçenistan’daki çatışmalar gibi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgiliydi.¹¹

5 Federal Almanya Cumhuriyetinin (ibid., par. 23) ve Brezilya’nın (ibid., par. 22) beyanları.

6 El Salvador için Birleşmiş Milletler Gerçeklik Komisyonu, Delilikten Umuda, rapor (ibid., par. 41).

7 Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, tavsiye kararı n° R (96) 4 (ibid., par. 42).

8 Bkz. örn., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 4 (ibid., par. 2); Bosna-Hersek’teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin anlaşma (1992),par. 2.3 (ibid., par. 3).

9 Bkz. örn., Almanya’nın (ibid., par. 10), Benin’in (ibid., par. 6), Madagaskar’ın (ibid., par. 12), Nijerya’nın (ibid., par. 15) ve Togo’nun (ibid., par. 17) sahra talimnameleri.

10 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Federal Almanya Cumhuriyeti(ibid., par. 23), Brezilya (ibid., par. 22), Birleşik Devletler (ibid., par. 28-29) ve Nijerya (ibid., par. 26), ayrıca Ürdün’ün (ibid., par. 24), Kore Cumhuriyetinin (ibid., par. 25) ve Ruanda’nın (ibid., par. 27) rapor edilen uygulaması.

11 Bkz. örn., BM Genel Kurulu, karar 2673 (XXV), 2854 (XXVI), 3058 (XXVIII) ve 3500 (XXX) (ibid., par. 32), karar 51/108 (ibid., par. 33) ve 53/164 (ibid., par. 34); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1995/56 (ibid., par. 36) ve karar 1996/1 (ibid., par. 37); Avrupa Parlamentosu, Kosovo’daki duruma ilişkin karar (ibid., par. 45) ve Çeçenistan’daki insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin karar (ibid., par. 46).

Korumanın kaybı

Sivil kişiler gibi, gazeteciler, muhasamata doğrudan katılamamaları durumunda bu süre boyunca korumalarını kaybederler (bkz. kural 6). Bu ilke «statülerine halel getirecek hiç bir eyleme kalkışmamak koşuluya» gazetecilerin korunduğunu öngören Ek II.Protokolün 79. maddesinin 2. fıkrasında da tanınmıştır.¹² Bu, yabancı bir ülkedeki diğer tüm kişiler gibi, gazetecilerin de ulusal topırağa giriş konusunda bu ülkenin düzenlemesine saygı göstermek zorunda oldukları anlamına gelmektedir. Bu ülkeye yasadışı olarak girmeleri durumunda gazeteciler, yabancı bir ülkede ika-met etme ve çalışma haklarını kaybedebilirler. Başka bir deyişle, Uluslararası İnsancıl Hukuk tarafından gazetecilere sağlanan koruma ülkeye girmeye ilişkin kuralları değiştirmez.

Tanım

Sivil gazeteciler «savaş muhabirleri» ile karıştırılmamalıdır. Bunlar, mensubu olmadan bir Devletin silahlı kuvvetlerine eşlik eden gazetecilerdir. Böylelikle, saldırıların konusu olamayacak sivillerdir (bkz. kural 1).¹³ Bununla birlikte, 3. Sözleşmenin 4/A maddesinin 4. fıkrası uyarınca savaş muhabirlerinin yakalanmaları durumunda savaş esiri statüsüne hakları vardır.¹⁴

Gazetecilerin saygı görmesi ve korunması

Gazetecilere yönelik saldırı yasağı dışında, uygulamada, bir silahlı çatışma ile ilgili olarak profesyonel faaliyetlerini yapan gazetecilerin korunması gerektiğini işaret eden durumlar vardır.

1996'da, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Afganistan'daki çatışmanın tüm taraflarına «tüm medya temsilcilerinin güvenliğini sağlama» çağrısında bulunmuştur.¹⁵ Başka uygulama durumları gazetecileri profesyonel faaliyetlerini yapmaktan caydıracak özel önlemleri kınamaktadır. Böylece, 1998'de, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kosova çatışmasının taraflarına gazetecilere yönelik tüm hırpalama ve yıldırma eylemlerinden kaçınmaları çağrısında bulunmuştur.¹⁶ 1995'de, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Somali'de uluslararası basın temsilcilerine yönelik saldırıları, misilleme tedbirlerini, kaçırımları ve diğer şiddet eylemlerini

12 Ek I.Protokol (1977), m. 79. par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1).

13 Bkz.örn., Ek I.Protokol (1977), m. 50, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 1. altbölüm, par. 705 içinde nakledilmiştir).

14 III. Cenevre Sözleşmesi(1949), m. 4/A, par. 4 («...eşlik ettikleri silahlı kuvvetlerin iznini almış olmak ve bu maksatla bu kuvvetler kendilerine ekteki örneğe uygun bir kimlik kartı vermekle mükellef olmak şartıylasavaş muhabirleri gibi....doğrudan mensubu olmadan silahlı kuvvetleri izleyen kişiler» yakalanmaları durumunda savaş esiri statüsünü haizdirler.).

15 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 51/108 (II. cilt, 10. altbölüm, par. 33 içinde nakledilmiştir).

16 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 53/164 (ibid., par. 34).

üzüntüyle karşılaşmıştır.¹⁷ Kınanan diğer eylemler arasında, şunlar sayılabilir: polis tarafından uygulanan şiddet, yasal takibat tehditleri, iftira kampanyaları ve fiziksel şiddet¹⁸; bilgi araçlarına yabancı güçlerin hizmetinde düşmanlar olarak muamele etme tehdidi ve bunların temsilcilerine engelsiz ve tam bir erişim sağlamayı reddetme¹⁹; basın özgürlüğüne müdahaleler ve gazetecilere yönelik suçlar²⁰; cinayetler, yaralamalar ve kaçırmalar²¹; saldırılar, cinayetler, keyfi hapsedmeler ve yıldırma²²; ve hırpalama, müdahale, tutuklama ve cinayet²³.

Gazetecilerin sivil olarak, XXXII. alt bölümde sayılan temel güvencelerden yararlanma hakları olduğunun altını çizmek gerekir. Böylece, ajanlıkla suçlandıklarında, keyfi tutuklamaların konusu olmamaları (bkz. kural 99) ve adil yargılanmadan yararlanmaları gerekmektedir (bkz. kural 100).

17 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu. karar 1995/56 (ibid., par. 36).

18 Avrupa Konseyi, Parlamenterler Asamblesi, tavsiye kararı 1368 (1998) (ibid., par. 43) ve yazılı beyan n° 284.

19 Avrupa Parlamentosu, Kosovo'daki duruma ilişkin karar (ibid., par. 45) ve Çeçenistan'daki insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin karar (ibid., par. 46).

20 ADÖ, karar. 1550 (XXVIII-O/98) (ibid., par. 47).

21 Parlamenterlerarası Birlik, 90. Parlamenterlerarası Konferans tarafından kabul edilen karar, Silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukuka saygı ve insancıl harekete destek (ibid., par. 49).

22 Committee to Protect Journalists, Attacks on the Press 2000 (Gazetecileri Koruma Komitesi, *Basına Yönelik Saldırılar 2000*) (ibid., par. 59).

23 Uluslararası Gazeteciler Federasyonu, 2II.Dünya Kongresi, Angola'ya ilişkin karar (ibid., par. 53).

KORUNAN BÖLGELER

Kural 35. – Yaralıları, hastaları ve sivil kişileri muhasamatın etkilerinden korumak amacıyla oluşturulmuş bölgelere yönelik saldırı yapmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 11, Kısım A.

Özet

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

I.ve IV No.lı Cenevre Sözleşmeleri sıhhi bölgeler ve güvenlik bölgeleri oluşturma olasılığını öngörmektedir; bu konuda bir anlaşma taslağı eklerinde yer almaktadır.¹ Ayrıca, IV No.lı Cenevre Sözleşmesi tarafsızlaştırılmış bölgeler oluşturma olasılığını öngörmektedir.² Her iki tip bölgenin amacı yaralıları, hastaları ve sivilleri çatışmanın etkilerinden korumaktır, fakat tarafsızlaştırılmış bölgelerin askeri operasyonların cereyan ettiği bölgelerde oluşturulması gerekirken, sıhhi bölgelerin ve güvenlik bölgelerinin askeri operasyonlardan uzak olması gerekir.

Cenevre Sözleşmelerinin ilgili hükümleri, bu bölgelere saygı gösterilmesi gerektiği konusunda ısrar eden, çok sayıda askeri el kitabına dâhil edilmiştir.³ Pek çok Devletin mevzuatında, bu bölgelere yönelik saldırıda bulunma eylemi suç oluşturmaktadır.⁴

1 1. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 23 (II. cilt, 11. altbölüm, par. 1 içinde nakledilmiştir); 4. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 14, ilk bent (ibid., par. 2).

2 4. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 15 (ibid., par. 3).

3 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 14), Arjantin (ibid., par. 6-7), Avustralya (ibid., par. 8), Kamerun (ibid., par. 9), Kanada (ibid., par. 10), Ekvator (ibid., par. 11), İspanya (ibid., par. 24), Birleşik Devletler (ibid., par. 30-33), Fransa (ibid., par. 12-13), acaristan (ibid., par. 15), İtalya (ibid., par. 16-17), Kenya (ibid., par. 18), Madagaskar (ibid., par. 19), Nijerya (ibid., par. 22), Yeni Zelanda (ibid., par. 21), Hollanda (ibid., par. 20), Birleşik Krallık (ibid., par. 28-29), Senegal (ibid., par. 23), İsveç (ibid., par. 25), İsviçre (ibid., par. 26-27) ve Yugoslavya (ibid., par. 34).

4 Bkz. örn., Kolombiya'nın (ibid., par. 36), İspanya'nın (ibid., par. 41), İtalya'nın (ibid., par. 37) ve Polonya'nın (ibid., par. 40) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin'in (ibid., par. 35), El Salvador'un (ibid., par. 38) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 39) mevzuat taslaqları.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, silahlı çatışmalarda sivil halkların korunmasına ilişkin 1970’de alınan bir kararda, «sihhi bölgelerin ya da benzer barınaklar gibi, sadece sivil halkların korunması için tahsis edilen yerler ya da bölgelerin askeri operasyonların konusu olmayacağını» belirtmiştir.⁵

Yaralılara, hastalara ve sivillere barınak sunan bölgeler, Bangladeş’in bağımsızlık savaşında, Malouines Adaları (Falkland adaları) çatışmasında ve Kamboçya, Kıbrıs, Lübnan, Nikaragua, Sri Lanka, Çad ve Eski Yugoslavya’daki çatışmalar sırasında olduğu gibi, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir anlaşmaya dayalı olarak oluşturulmuştur.⁶ Bu bölgelerin çoğu yazılı bir anlaşmayla oluşturulmuştur. Bu anlaşmalar yaralılara, hastalara ve sivillere bir barınak sunmak için oluşturulan bölgelerin saldırıların konusu olmaması ilkesine dayanmaktadır. Malouines adalarındaki çatışma sırasında denizde oluşturulan tarafsızlaştırılmış bölge («Red Cross Box» olarak anılan) özel bir yazılı anlaşma yapılmadan oluşturulmuştur. Sadece yaralı ve hasta (bkz. kural 47), sihhi ve dini personel (bkz. 25. ve 27. kurallar), insancıl yardım personeli (bkz. kural 31) ve sivil kişileri (bkz. kural 1) barındıran bir bölge saldırıların konusu olamaz; aslında bu kategorilerdeki kişileri hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda koruyan özel kurallar bulunmaktadır.

Kural 36. – Silahlı çatışmanın taraflarınca bir anlaşmayla oluşturulan silahsızlandırılmış bir bölgeye saldırı yönelmek yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 11, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

5 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 47).

6 Bkz. örn., Hırvatistan ve RFSY arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma Protokolü (1991) (ibid., par. 4); Agreement between Croatia and the SFRY on a Protected Zone around the Hospital of Osijek (Osijek Hastanesi çevresindeki korunan bölgeye ilişkin olarak Hırvatistan ve SYF arasındaki anlaşma)(çeviri doğru) (1991), ilk madde, m. 2, par. 1 ve m. 4, par. 1 (ibid., par. 5); Güney Atlantik’teki savaşa ilişkin uygulama (ibid., par. 45), Bangladeş’in, (ibid., par. 53), Kıbrıs’ın (ibid., par. 55), Kamboçya’nın (ibid., par. 56) ve Sri Lanka’nın (ibid., par. 57) uygulaması; Bkz. ayrıca François Bugnion, Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre, 2e édition, ICRC, Genève, 2000, p. 884-888 (Bangladeş, Kıbrıs, Kamboçya, Nikaragua, Çad ve Lübnan’daki çatışmalardan alınan örnekler).

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Silahsızlandırılmış bir bölgeye saldırı yapmak Ek I.Protokolün ağır ihlalinin oluşturmaktadır.⁷ Genel olarak silahsızlandırılmış bölgeden, taraflar arasında kararlaştırılmış, taraflardan hiç birince işgal edilemeyen ya da askeri amaçlarla kullanılamayan yer anlaşılır. Böyle bir bölge silahlı çatışma zamanında olduğu gibi barış zamanında da kurulabilir. Ek I.Protokolün 60. maddesinin 3. fıkrası bir silahsızlaştırılmış bölge anlaşmasının tip koşullarını tanımlamaktadır, fakat bu tür tüm anlaşmalar, 60. Maddenin benimsediği gibi, her özel duruma uygulanabilir.⁸ Tarafsızlaştırılmış bölgeye tanınan koruma, taraflardan biri bölgenin kurulmasına ilişkin sözleşmeyi maddi olarak ihlal ederse sona erer.⁹ Uygulama uluslararası denetiminin, üzerinde anlaşılan koşullara saygı gösterilmesinin uygun bir doğrulama yöntemi olarak algılandığını göstermektedir.¹⁰ Anlaşma, barışı koruma güçlerinin ya da tek amacı kamu düzenini sağlamak olan güçlerin bölge silahsızlandırılmış olma özelliğini kaybetmeden, burada bulunmasına izin verebilir.

Önemli sayıda askeri el kitabı silahsızlandırılmış bölgeler kurulmasını öngörmekte ve bunlara yönelik saldırıları yasaklamaktadır.¹¹ Pek çok Devletin mevzuatında, silahsızlandırılmış bölgelere yönelik saldırılar suç oluşturmaktadır.¹²

7 Ek I.Protokol (1977), m. 85, par. 3, bent d) (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 11. altbölüm, par. 106 içinde nakledilmiştir).

8 Ek I.Protokol, m. 60, par. 3'e (konsensüsle benimsenmiştir) göre «bu tür anlaşmanın konusu normalde aşağıdaki koşulları karşılayan bir bölgedir: a) silahlar ve mobil askeri malzeme gibi tüm muharipler tahliye edilmiş olmalıdır; b) sabit askeri tesislere ya da binalara karşı hasmane amaçla kullanılmamalıdır; son olarak, c) askeri güce ilişkin tüm faaliyetler durmalıdır.»

9 Ek II.Protokol (1977), m. 60, par. 7 (konsensüsle benimsenmiştir) (II. cilt, 11. altbölüm, par. 105 içinde nakledilmiştir).

10 Bkz. örn., Disengagement Agreement between Israel and Syria (İsrail ve Suriye arasındaki çatışmaların durdurulması anlaşması)(1974) (ibid., par. 64), Agreement on Demilitarisation of Srebrenica and Zepa (Srebrenika ve Zepa'nın askerden arındırılması anlaşması), m. 3 (ibid., par. 67), Bosna Hersek'in beyanı (ibid., par. 169) Pakistan'ın (ibid., par. 175) rapor edilen uygulaması.

11 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 124), Almanya (ibid., par. 116), Arjantin (ibid., par. 108), Avustralya (ibid., par. 109), Benin (ibid., par. 110), Kamerun (ibid., par. 111), Kanada (ibid., par. 112), Hırvatistan (ibid., par. 113), Ekvator (ibid., par. 114), İspanya (ibid., par. 125), Birleşik Devletler (ibid., par. 128-130), Fransa (ibid., par. 115), Macaristan (ibid., par. 117), İtalya (ibid., par. 118-119), Kenya (ibid., par. 120), Nijerya (ibid., par. 123), Yeni Zelanda (ibid., par. 122), Hollanda (ibid., par. 121), İsviçre (ibid., par. 126), Togo (ibid., par. 127) ve Yugoslavya (ibid., par. 131).

12 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 148), Ermenistan (ibid., par. 133), Avustralya (ibid., par. 134-135), Azerbaycan (ibid., par. 136), Beyaz Rusya (ibid., par. 137), Belçika (ibid., par. 138), Bosna Hersek (ibid., par. 139), Kanada (ibid., par. 140), Hırvatistan (ibid., par. 142), Kıbrıs (ibid., par. 143), İspanya (ibid., par. 161), Estonya (ibid., par. 146), Gürcistan (ibid., par. 147), Macaristan (ibid., par. 149), Cook Adaları (ibid., par. 141), İrlanda (ibid., par. 150), Litvanya (ibid., par. 153), Nijer (ibid., par. 157), Norveç (ibid., par. 158), Yeni Zelanda (ibid., par. 155), Hollanda (ibid., par. 154), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 144), Birleşik Krallık (ibid., par. 163), Slovakya (ibid., par. 159), Slovenya (ibid., par. 160), Tacikistan (ibid., par. 162), Yemen (ibid., par. 164), Yugoslavya (ibid., par. 165) ve Zimbabve (ibid., par. 166); Bkz. ayrıca şu Devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 132), El Salvador (ibid., par. 145), Ürdün (ibid., par. 151), Lübnan (ibid., par. 152) ve Nikaragua (ibid., par. 156).

Hindistan ve Pakistan, Kuzey Kore ve Güney Kore, İsrail ve Suriye, İsrail ve Mısır ve Irak ve Kuveyt arasındaki çatışmalarda ve Bosna Hersek, Kolombiya ve Nikaragua'daki çatışmalarda olduğu gibi, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda silahsızlandırılmış bölgeler oluşturulmuştur.¹³ Silahsızlandırılmış bir bölgenin statüsünün ihlalleri genel olarak kınanmıştır.¹⁴

Kural 37. – Savunulmayan bir yere yönelik saldırı yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 11, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Savunulmayan yer kavramının kaynağı geleneksel «açık şehir» kavramıdır. Savunulmayan yerlere saldırı yasağı, Brüksel Bildirgesinde ve Oxford El kitabında yer almaktaydı.¹⁵ Bu yasağın, «hangi araçla olursa olsun, savunulmayan şehirlere, köylere, yerleşim alanlarına ya da binalara saldırmanın ya da bunları bombalamanın yasağı» olduğunu öngören Lahey Tüzüğü'nün 25. maddesinde kaleme alınmıştır.¹⁶ Birinci Dünya Savaşından sonra kurulan sorumluluklar Komisyonu raporu «savunmasız yerlerin kasten bombalanması»nın savaş kuralları ve teamüllerinin ceza

13 Bkz. Karaçi Anlaşması (1949), par. D (ibid., par. 62); Panmunjom Ateşkes Anlaşması (1953), m. I, par. 6 ve 10 (ibid., par. 63); Disengagement Agreement between Israel and Syria (İsrail ve Suriye arasındaki çatışmaların durdurulması anlaşması) (1974) (ibid., par. 64); Peace Treaty between Israel and Egypt (İsrail ve Mısır arasında barış anlaşması)(1979) (ibid., par. 66); Agreement on Demilitarisation of Srebrenica and Zepa (Srebrenika ve Zepa'nın askerden arındırılması anlaşması) (ibid., par. 67); Kolombiya'nın (ibid., par. 89), Irak'ın ve Kuveyt'in (ibid., par. 90) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 91) uygulaması.

14 Bkz. örn., BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanı (ibid., par. 94); BM Genel Sekreteri, MONUIK raporu (Birleşmiş Milletlerin Irak ve Kuveyt için Gözlem Misyonu) (ibid., par. 96); BM Genel Sekreteri, Birleşmiş Milletlerin Prevlaka'daki Misyonuna ilişkin rapor (ibid., par. 97); Bosna Hersek'in (ibid., par. 169) ve Kore Demokratik Halk Cumhuriyetinin uygulaması (ibid., par. 173); İran'ın (ibid., par. 172) ve Pakistan'ın (ibid., par. 175) rapor edilen uygulaması.

15 Brüksel Bildirgesi (1874), m. 15 (ibid., par. 233); Oxford El kitabı (1880), art. 32, bent c) (ibid., par. 234).

16 1907 Lahey Tüzüğü, m. 25 (ibid., par. 228); Bkz. ayrıca 1899 Lahey Tüzüğü, m. 25 (ibid., par. 227).

kovuşturmasının konusu olması gereken bir ihlalini oluşturduğunu belirtmektedir.¹⁷ Ek I.Protokol savunulmayan bir yere saldırmayı yasaklamaktadır; böyle bir eylem Protokolün ağır ihlalini oluşturur.¹⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesine göre, «hangi araçla olursa olsun, savunulmayan ve askeri hedef olmayan şehirlere, köylere, yerleşim alanlarına ya da binalara saldırmak ya da bunları bombalamak» uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹⁹

Savunulmayan yerlere saldırı yasağı önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.²⁰ İsveç'in Uluslararası İnsancıl Hukuk el kitabı Ek I.Protokolün 59. maddesindeki savunulmayan yerlere ilişkin temel kuralı daha önceden var olan uluslararası teamül hukuku kurallarının bir kodifikasyonu olarak değerlendirmektedir.²¹ Savunulmayan yerlere saldırma eylemi önemli sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.²² Bu yorum ayrıca resmi beyanlarla desteklenmiştir.²³ Bu uygulama Ek I.Protokole taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinkilerini de kapsamaktadır.²⁴

17 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 235).

18 Ek I.Protokol (1977), m. 59, par. 1 (ibid., par. 230) ve m. 85, par. 3, bent d) (ibid., par. 231).

19 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) v) (ibid., par. 232).

20 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 265), Almanya (ibid., par. 252), Arjantin (ibid., par. 241-242), Avustralya (ibid., par. 243), Belçika (ibid., ar. 244), Bosna Hersek (ibid., par. 245), Kanada (ibid., par. 246), Hırvatistan (ibid., par. 247-248), Ekvator (ibid., par. 249), İspanya (ibid., par. 266), Birleşik Devletler (ibid., par. 271-276), Fransa (ibid., par. 250-251), Macaristan (ibid., par. 253), Endonezya (ibid., par. 254), İtalya (ibid., par. 255-256), Kenya (ibid., par. 257), Nijerya (ibid., par. 263), Yeni Zelanda (ibid., par. 262), Hollanda (ibid., par. 260-261), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 258-259), Birleşik Krallık (ibid., par. 269-270), Rusya (ibid., par. 264), İsveç (ibid., par. 267), İsviçre (ibid., par. 268) ve Yugoslavya (ibid., par. 277).

21 İsveç, UİH El kitabı (ibid., par. 267).

22 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 299), Ermenistan (ibid., par. 279), Avustralya (ibid., par. 280 -282), Azerbaycan (ibid., par. 283), Beyaz Rusya (ibid., par. 284), Belçika (ibid., par. 285), Bosna Hersek (ibid., par. 286), Kanada (ibid., par. 288-289), Çin (ibid., par. 290), Kongo (ibid., par. 291), Hırvatistan (ibid., par. 293), Kıbrıs (ibid., par. 294), İspanya (ibid., par. 316), Estonya (ibid., par. 297), Birleşik Devletler (ibid., par. 321), Gürcistan (ibid., par. 298), Macaristan (ibid., par. 300), Cook Adaları (ibid., par. 292), İrlanda (ibid., par. 301), Litvanya (ibid., par. 304), Mali (ibid., par. 305), Nijer (ibid., par. 311), Norveç (ibid., par. 312), Yeni Zelanda (ibid., par. 308-309), Hollanda (ibid., par. 306-307), Polonya (ibid., par. 313), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 295), Birleşik Krallık (ibid., par. 319-320), Slovakya (ibid., par. 314), Slovenya (ibid., par. 315), Tacikistan (ibid., par. 317), Venezuela (ibid., par. 322), Yugoslavya (ibid., par. 323) ve Zimbabve (ibid., par. 324); Bkz. örn. şu Devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 278), Burundi (ibid., par. 287), El Salvador (ibid., par. 296), Ürdün (ibid., par. 302), Lübnan (ibid., par. 303), Nikaragua (ibid., par. 310) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 318).

23 Bkz. örn., Çin'in (ibid., par. 330), Mısır'ın (ibid., par. 332), Birleşik Devletlerin (ibid., par. 340), İran'ın (ibid., par. 336), Irak'ın (ibid., par. 337) beyanları.

24 Bkz. örn., şu Devletlerin uygulamaları ve rapor edilen uygulamaları: Azerbaycan (ibid., par. 283), Çin (ibid., par. 290 ve 330), Birleşik Devletler (ibid., par. 271-276, 321 ve 340), Fransa (ibid., par. 250), Endonezya (ibid., par. 254), Irak (ibid., par. 337), İran (ibid., par. 336), Hollanda (ibid., par. 306) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 269-270).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Savunulmayan yerlere yönelik saldırı yasağı, Mahkemenin «her ne araçla olursa olsun, savunulmayan şehirlere, köylere ve yerleşim alanlarına saldırma ya da bunları bombalama» da dâhil olmak üzere savaş kurallarının ve teamüllerinin ihlallerini yargılamakla yetkili olduğunu öngören, Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesinin statüsünün 3. maddesinde yer almaktadır.²⁵

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir olan askeri el kitaplarında da yer almaktadır.²⁶ Pek çok Devletin mevzuatında, savunulmayan yerlere yönelik saldırılar, hangi tür olursa olsun silahlı çatışmalarda bir suç oluşturmaktadır.²⁷ Pek çok kişinin Zadar ve çevresindeki bombardıman emrini vermekten 1997'de suçlu bulunduğu Perišić ve dava arkadaşları davasında, Hırvatistan'daki Zadar Bölge Mahkemesi, Lahey Tüzüğü'nün 25. maddesini ve Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesini ve Ek II. Protokolün 13. ve 14. maddelerini uygulamıştır.²⁸

Savunulmayan yer kavramı özel olarak uluslararası silahlı çatışmalar için düşünülmüştür, fakat uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmaktadır. Bu, savunulmayan yerlere saldırıyı yasaklama düşüncesi daha genel bir kavram olan askeri gereklilik üzerine kurulduğu için özellikle doğrudur: işgale açık bir şehre, köye, yerleşim yerine ya da binaya saldırmak gerekli değildir. Bu kural, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan, düşmana kesin olarak gerekli olandan daha fazla zarar verilmemesi gerektiği ilkesinin (bkz. kural 50) bir uygulamasıdır. Kenya silahlı çatışmalar hukuku el kitabının öngördüğü gibi, teamül hukukunda «işgal edilebilen savunulmayan yerler bombalanamaz».²⁹

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç bir aksi uygulama tespit edilmemiştir.

25 ICTY Statüsü(1993), m. 3, bent 1 c) (ibid., par. 238).

26 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 265), Almanya (ibid., par. 252), Bosna Hersek (ibid., par. 245), Hırvatistan (ibid., par. 247-248), Ekvator (ibid., par. 249), İtalya (ibid., par. 255-256), Kenya (ibid., par. 257), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 259) ve Yugoslavya (ibid., par. 277).

27 Bkz.örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 299), Ermenistan (ibid., par. 279), Azerbaycan (ibid., par. 283), Beyaz Rusya (ibid., par. 284), Belçika (ibid., par. 285), Bosna Hersek (ibid., par. 286), Hırvatistan (ibid., par. 293), İspanya (ibid., par. 316), Gürcistan (ibid., par. 298), Litvanya (ibid., par. 304), Nijer (ibid., par. 311), Polonya (ibid., par. 313), Slovenya (ibid., par. 315), Tacikistan (ibid., par. 317), Venezuela (ibid., par. 322) ve Yugoslavya (ibid., par. 323); Bkz. ayrıca Macaristan'ın (ibid., par. 300), Çek Cumhuriyeti'nin (ibid., par. 295), ve Slovakya'nın (ibid., par. 314), uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dışlamayan mevzuatları, ve Arjantin'in (ibid., par. 278), El Salvador'un (ibid., par. 296), Ürdün'ün (ibid., par. 302) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 310) mevzuat tasarımları.

28 Hırvatistan, Zadar Bölge Mahkemesi, Perišić ve dava arkadaşları davası (ibid., par. 325).

29 Kenya, Silahlı Çatışmalar Hukuku El kitabı (ibid., par. 209).

Tanım

Birleşik Krallık sahra talimnamesi açık şehir ya da savunulmayan şehirden ne anlaşılması gerektiğinin yararlı bir tanımını vermektedir: iç ya da dış her türlü savunmadan yoksun, düşmanın kayba uğramadan girebileceği ve alabileceği bir şehir anlaşılmalıdır. Bundan cephe hattının hemen gerisinde yer alan hiç bir şehrin açık ya da savunulmayan şehir olamayacağı sonucu çıkmaktadır; çünkü muharip buraya ulaşmak için savaşmak zorundadır. O halde düşmanın ilk hattının arkasında yer alan tüm şehirler, tüm bombardımanların tabi olduğu sınırlandırmalar yani bu bombardımanların askeri hedeflerle sınırlı olması, göz önüne alınarak, top atışı ya da diğer bombardıman çeşitlerinin hedefi olabilen savunulan şehirlerdir. Böylece, bir şehrin açık şehir olup olmaması sorusu onun askeri hedefler içerip içermediği sorusundan ayrı bir sorudur. Cephede yer alan ve savunma araçlarından yoksun olan, dıştan savunulmayan ve düşmanın, her zaman savaşmadan ya da örneğin işaretlenmemiş mayın tarlalarını geçmemek gibi hiç bir kayba uğramadan girebileceği ve elde edebileceği bir şehir, cephane fabrikaları içerse bile savunulmayan bir şehirdir. Diğer yandan, cephede yer alsın ya da almasın savunulan tüm şehirler bombardıman hedefi olabilir.³⁰

Ek I. Protokolün 59. maddesinin 2. fıkrası savunulmayan yer kavramını

«Silahlı kuvvetlerin temasta olduğu bir bölgenin içinde ya da yakınında yer alan ve karşı Tarafın işgaline açık yerleşim yeri» şeklinde tanımlanmaktadır.³¹ Bu tanım esas olarak geleneksel uluslararası teamül hukukundaki açık şehir ya da savunulmayan bölge tanımına katılmaktadır.

Ek I.Protokolün 59. maddesinin 2. fıkrası bir yeri savunulmayan olarak ilan etmek için kullanılan prosedürü açıklığa kavuşturmuştur. İzlenecek adım bir anlaşmayla kurulan bölgelerle aynı değildir, çünkü çatışmanın taraflarından biri bir yeri şu şartla tek taraflı olarak savunulmayan yer ilan edebilir:

1) tüm savaşanların, silahların ve mobil askeri malzemenin tahliye edilmiş olması; 2) sabit askeri tesislerin ya da binaların düşmanca bir kullanımının yapılmaması; 3) yetkililerin ve halkın düşmanca eylemler yapmaması ve 4) askeri operasyonları destekleyecek hiç bir faaliyet yapılmaması³² Karşı taraf böyle bir bildirimini tebellüğ etmeli ve bu koşulların gerçekleştirilmemesi durumu hariç, bu yere savunulmayan yer olarak muamele etmelidir.³³ Bu prosedür, Ek I.Protokole taraf olma-

30 Birleşik Krallık, Sahra talimnamesi (ibid., par. 192).

31 Ek I.Protokol (1977), m. 59, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 202).

32 Ek I.Protokol (1977), m. 59, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 202).

33 Ek I.Protokol, m. 59, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir), «2. Fıkra uyarınca yapılan bildirim karşı Tarafa yönelik olmalı ve mümkün olan en kesin şekilde savunulmayan yerin sınırlarını belirlemelidir. Çatışmanın tarafı bildirimini tebellüğ etmeli ve bu yeri savunulmayan bir yer olarak değerlendirmelidir meğer ki 2. Fıkra da öngörülen koşullar etkin olarak yerine getirilmemiş olsun. Böyle bir durumda bildirimde bulunan tarafı derhal bilgilendirmek zorundadır. 2. fıkradaki koşullar sağlanmasa dahi,

yan ya da o tarihte henüz taraf olmayanları de dâhil³⁴, çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.³⁵

Bununla birlikte Ek I.Protokolün 59. maddesinin 2. fıkrası belirtilen koşullar yerine getirilmese de çatışmanın taraflarının savunulmayan yerler oluşturabileceğini öngörmektedir.³⁶ Elbette, bir anlaşma yapmak daha büyük bir kesinlik sağlar ve tarafların koşulları istedikleri gibi belirlemelerine izin verir. Kenya silahlı çatışmalar hukuku el kitabının [savunulmayan yerler] konusunda belirttiği gibi: tek taraflı bir bildirimle ve düşman tarafa iletilen bir ihbarla kurulabilirler. Bununla birlikte, daha fazla güvenlik için, iki taraf arasında resmi anlaşmaların yapılması tercih edilir (teammül hukukuna ve Lahey Tüzüğüne göre, işgal edilebilir savunulmayan yerler ihbarın yapılmaması durumunda bile bombalanamaz).³⁷

Askeri gereklilik olmadan bir bölgeye ya da bir yere saldırmak baskın askeri gereklilik durumu dışında, karşı tarafın mallarını tahrip etme yasağının (bkz. Kural 50) ihlalini oluşturmaktadır.

Bir yer, artık gerekli koşulları karşılamaması durumunda, saldırılara karşı olan korumasını kaybeder. Ek I.Protokolün 59. maddesinin 3. fıkrasına göre, özel olarak korunan kişilerin ve sadece kamu düzenini sağlamak için görevlendirilen polis kuvvetlerinin varlığı bu koşullara ters değildir.³⁸

söz konusu yer işbu Protokolün diğer hükümlerinin ve silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukukun diğer kurallarının sağladığı korumadan yararlanmaya devam eder.»

34 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 214), Endonezya (ibid., par. 254) ve Kenya (ibid., par. 209).

35 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (II. cilt, 11. alt bölüm, par. 208 içinde nakledilmiştir), Arjantin (ibid., par. 204), Avustralya (ibid., par. 205), Kanada (ibid., par. 206), Birleşik Devletler (ibid., par. 214), Fransa (ibid., par. 207), Endonezya (ibid., par. 254), Kenya (ibid., par. 209), Yeni Zelanda (ibid., par. 211), Hollanda (ibid., par. 210), İsveç (ibid., par. 212), İsviçre (ibid., par. 213) ve Yugoslavya (ibid., par. 215).

36 Ek I.Protokol (1977), m. 59, par. 5 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 202).

37 Kenya, Silahlı çatışmalar hukuku El kitabı (ibid., par. 209).

38 Ek I.Protokol (1977), m. 59, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 202).

KÜLTÜREL MALLAR

Kural 38. – Çatışmanın tüm tarafları kültürel mallara saygı göstermek zorundadır:

- A. Dine, sanata, bilime, eğitime ya da hayır işine hasredilmiş binalara ve tarihi eserlere yönelik zararı önlemek için, bunların askeri hedef teşkil etmemeleri koşuluyla, askeri operasyonlar sırasında özel önlemler alınmalıdır.
- B. Halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan mallar, baskın askeri gereklilik durumu dışında, saldırı konusu yapılamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 12, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Genel olarak kültürel mallar

Kültürel mallar sivil nitelikli mallar olduğu sürece, saldırı konusu olamazlar (bkz. kural 7). Bunlara sadece askeri hedef tanımına uydukları durumda saldırılabilir (bkz. kural 10). Bu nedenden dolayı Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü dine, eğitime, sanata, bilime ya da hayır işine hasredilmiş binalara ve tarihi eserlere yönelik kasti saldırıların, «bu binalar askeri hedef olmadıkları sürece», uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturduğu konusunda ısrar etmektedir.¹

Bu binalar askeri hedef olmadıkları sürece, dine, sanata, bilime, eğitime ya da hayır işine hasredilmiş binaların ve tarihi eserlerin zarar görmesini önlemek için her

¹ UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) ix) ve m. 8, par. 2, bent e) iv) (II. cilt, 12. altbölüm, par. 19 içinde nakledilmiştir).

türlü önlemi alma zorunluluğu çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.² Bu kural, bu mallara yönelik saldırılarda bulunma eylemini suç olarak kabul eden pek çok Devletin mevzuatı da yer almaktadır.³ Bu mallara yönelik saldırılar, Afganistan ve Kore'deki çatışmalar, İran ve Irak arasındaki çatışmalar ve Orta Doğu ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda olduğu gibi, Devletler, Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler tarafından kınanmıştır.⁴

Askeri bir hedefe yönelik tüm saldırılarda, sivil nitelikteki mallara arızı olarak verilebilecek zararı önlemek ya da her halükarda bu zararı en aza indirmek için, uygulamada mümkün olan tüm önlemleri almak gerekiyorsa (bkz. Kural 15), en kıymetli sivil nitelikli mallara zarar verilmesini önlemek için özel önlemler gereklidir. Bu zorunluluk Lieber Kodunda, Brüksel Bildirgesinde ve Oxford el kitabında yer almaktaydı ve Lahey Tüzüğü tarafından kodifiye edildi.⁵ Birinci Dünya Savaşından sonra kurulan sorumluluklar Komisyonunun raporuna göre, «tarihi eserlerin ve ibadet yerlerinin, hayır işlerine ve eğitime hasredilmiş yapıların nedensiz tahrip edilmesi» ceza takibatının konusu olması gereken, savaş kurallarının ve teamüllerinin ihlali oluşturmaktadır.⁶

-
- 2 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 62), Arjantin (ibid., par. 40), Avustralya (ibid., par. 41-42), Belçika (ibid., par. 43-44), Burkina Faso (ibid., par. 47), Kamerun (ibid., par. 49), du Kongo (ibid., par. 53), Ekvator (ibid., par. 57), Birleşik Devletler (ibid., par. 95-102), Fransa (ibid., par. 58), Endonezya (ibid., par. 65), İsrail (ibid., par. 67), Mali (ibid., par. 74), Fas (ibid., par. 75), Nijerya (ibid., par. 81), Yeni Zelanda (ibid., par. 79), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 71), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 56), Birleşik Krallık (ibid., par. 93-94) Rusya (ibid., par. 84), Senegal (ibid., par. 85) ve İsveç (ibid., par. 88).
- 3 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 132), Arjantin (ibid., par. 105), Avustralya (ibid., par. 109), Azerbaycan (ibid., par. 110), Bosna Hersek (ibid., par. 113), Bulgaristan (ibid., par. 114), Kanada (ibid., par. 117), Şili (ibid., par. 118), Çin (ibid., par. 119), Kolombiya (ibid., par. 120), Kongo (ibid., par. 122), Hırvatistan (ibid., par. 124), İspanya (ibid., par. 160), Estonya (ibid., par. 130), Birleşik Devletler (ibid., par. 168), İtalya (ibid., par. 135), Kırgızistan (ibid., par. 138), Mali (ibid., par. 142), Meksika (ibid., par. 143), Nikaragua (ibid., par. 148), Yeni Zelanda (ibid., par. 147), Paraguay (ibid., par. 152), Hollanda (ibid., par. 144-145), Peru (ibid., par. 153), Polonya (ibid., par. 154), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 128), Romanya (ibid., par. 155), Birleşik Krallık (ibid., par. 167), Rusya (ibid., par. 156), Slovenya (ibid., par. 158), Uruguay (ibid., par. 169), Venezuela (ibid., par. 170) ve Yugoslavya (ibid., par. 171); Bkz. ayrıca Burundi'nin (ibid., par. 115) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 165) mevzuat taslakları.
- 4 Bkz. örn., şu Devletlerin uygulaması: Almanya (ibid., par. 194), Cap-Vert (ibid., par. 181), Çin (ibid., par. 183), Hırvatistan (ibid., par. 185), Birleşik Arap Emirlikleri (ibid., par. 219), Fransa (ibid., par. 192), İran (ibid., par. 202), Pakistan (ibid., par. 215) ve Yugoslavya (ibid., par. 237-239); BM Güvenlik Konseyi, karar 1265 (ibid., par. 244); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 47/147, 49/196 ve 50/193 (ibid., par. 245); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1984/1, 1985/1, 1986/1, 1987/2, 1988/1, 1989/2 ve 1986/43 (ibid., par. 247), karar 1994/72 (ibid., par. 248) ve karar 1998/70 (ibid., par. 249); UNESCO, Genel Konferans, karar 4.8 (ibid., par. 251); İKÖ, Jammu ve Keşmir Temas Grubu ve karar 1/5-EX (ibid., par. 261); Zirvedeki İslam Konferansı, dokuzuncu oturum, karar 25/8-C (IS) (ibid., par. 266).
- 5 Lieber Kodu (1863), m 35 (ibid., par. 25); Brüksel Bildirgesi (1874), m. 17 (ibid., par. 26); Oxford El kitabı (1880), m. 34 (ibid., par. 27); Lahey Tüzüğü (1907), m. 27 (ibid., par. 1-2).
- 6 Sorumluluklar Komisyonunun Raporu (1919) (ibid., par. 28).

Özel önlemlere ilişkin zorunluluk resmi beyanlarda da dile getirilmiştir.⁷ 1999'da XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansında kabul edilen 2000-2003 yılları için eylem Planı, bir silahlı çatışmaya taraf olanlara kültürel malları ve ibadet yerlerini korumaları, ayrıca bu tür mallara yönelik saldırıya ilişkin mutlak yasağa saygı göstermeleri çağrısında bulunmuştur.⁸

Halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan mallar

«Halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan» mallarla ilgili olarak, kültürel malların korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesini kaleme alanlar, bunları mavi ve beyaz bir kalkan ile işaretlemeyi teşvik ederek⁹, fakat aynı zamanda bu saldırıların hukukiliğini tamamen istisnai koşullarla sınırlandırarak bu malların korunmasını kuvvetlendirmeyi denemişlerdir. Burada tek bir ayrık hal söz konusu olabilir: Bu tür bir ayrık hali «askeri bir gerekliliğin zorunlu kılması».¹⁰

Bu satırlar yazılırken, Lahey Sözleşmesi 114 Devlet tarafından onaylanmıştı. Kültürel malvarlıklarının korunması ve muhafazasına ilişkin genel ilkelerin geniş ölçüde uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir; bu, UNESCO'nun genel Konferansınca ve Sözleşmeye taraf Devletlerce teyit edilmiştir.¹¹ Lahey Sözleşmesinin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası teamül hukuku olarak uygulanması Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tarafından 1995'de Tadic davasında kabul edilmiştir.¹²

Halkların kültürel malvarlığı için büyük öneme sahip kültürel malvarlıklarının saygı görmesi ve korunması zorunluluğu, Lahey Sözleşmesine taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış Devletlerinki de dâhil olmak üzere,¹³ çok sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹⁴ Halkların kültürel malvarlığı için büyük öneme

7 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Avusturya (ibid., par. 178), Mısır (ibid., par. 186), Birleşik Devletler (ibid., par. 226 ve 231-233), Fransa (ibid., par. 189), İsrail (ibid., par. 205), Birleşik Krallık (ibid., par. 220 ve 222-225), ve Yugoslavya (ibid., par. 236).

8 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, 2000-2003 yılları için Eylem Planı (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 265).

9 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (1954), m. 6 ve 16.

10 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (1954), m. 4, par. 2 (II. cilt, 12. altbölüm, par. 7 içinde nakledilmiştir)

11 UNESCO, Genel Konferans, karar 3.5 (ibid., par. 250); Birleşik Devletler, Annotated Supplement to the US Naval Handbook (ibid., par. 103).

12 ICTY, Savcı Duško Tadic alias «Dule»'ye karşı davası, savunmanın yetkisizlik ilk itirazına ilişkin karar (ibid., par. 268).

13 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 45), Kolombiya (ibid., par. 52), Hırvatistan (ibid., par. 55), Birleşik Devletler (ibid., par. 103), Kenya (ibid., par. 70), Yeni Zelanda (ibid., par. 79), Filipinler (ibid., par. 82-83), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 72), Birleşik Krallık (ibid., par. 93-94) ve Togo (ibid., par. 92).

14 Bkz. örn., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 86), Almanya (ibid., par. 62-63), Arjantin (ibid., par. 40), Avustralya (ibid., par. 41-42), Benin (ibid., par. 45), Kanada (ibid., par. 50-51), Kolombiya (ibid., par. 52), Hırvatistan (ibid., par. 5455), İspanya (ibid., par. 87), Birleşik Devletler (ibid., par. 103), Fransa (ibid., par. 59-61), Macaristan (ibid., par. 64), İsrail (ibid., par.

sahip kültürel malvarlıklarına saldırma eylemi önemli sayıda Devletin mevzuatına göre suç oluşturmaktadır.¹⁵

Baskın askeri gereklilik durumunda sapma

1999'da oybirliğiyle kabul edilen Kültürel malların korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü 1954'den bugüne Uluslararası İnsancıl Hukukun gelişimi ışığında Sözleşmenin bir güncellemesini temsil etmektedir. Bu açıdan 2. Protokolün, hazırlık toplantılarında pek çok Devletin istediği gibi baskın askeri gereklilik durumunda ayrık hal kavramını, bu kavramın anlamını belirlemeye çalışarak muhafaza etmiş olması anlamlıdır. Protokol baskın askeri gereklilik temelinde bir ayrık halin sadece şu hallerde ve bu sürece söz konusu olabileceğini belirtmektedir: 1) söz konusu kültürel mal, işlevi nedeniyle, askeri hedef haline gelmiştir ve 2) uygulamada bu hedefe yönelik düşmanca bir eylemin sağlayacağı askeri avantaja eşdeğer bir başka çözüm bulunmamaktadır.¹⁶ Ayrıca 2. Protokol bu baskın askeri gerekliliğin varlığının belli bir hiyerarşik kademeye göre belirlenmesini ve saldırı durumunda, koşullar elverdiğince, gerekli zamanda ve etkin araçlarla bir uyarıda bulunulmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁷ 2. Protokolün görüşmeleri sırasında, baskın askeri gereklilik durumunda sapmanın bu yorumu hiç bir karıştığa yol açmamıştır.

Bu kuralı Ek I.Protokolün 53. maddesinin 1 a)bendinde ve Ek II. Protokolün 16. maddesinde yer alan, baskın askeri gerekliliğin sapma öngörmeyen, kültürel mallara saldırı yasağıyla karıştırmamak gerekir.¹⁸ Ek Protokollerin kabulüyle sonuç-

67), İtalya (ibid., par. 68-69), Kenya (ibid., par. 70), Madagaskar (ibid., par. 73), Yeni Zelanda (ibid., par. 79), Hollanda (ibid., par. 76-77), Filipinler (ibid., par. 82-83), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 72), Rusya (ibid., par. 84), İsveç (ibid., par. 89), İsviçre (ibid., par. 90-91) ve Togo (ibid., par. 92), ayrıca İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 66).

15 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 107), Avustralya (ibid., par. 108), Beyaz Rusya (ibid., par. 111), Belçika (ibid., par. 112), Bosna Hersek (ibid., par. 113), Kanada (ibid., par. 116), Kıbrıs (ibid., par. 126), Kolombiya (ibid., par. 121), Hırvatistan (ibid., par. 124), Küba (ibid., par. 125), İspanya (ibid., par. 159-160), Gürcistan (ibid., par. 131), Macaristan (ibid., par. 133), Cook Adaları (ibid., par. 123), İrlanda (ibid., par. 134), Letonya (ibid., par. 139), Litvanya (ibid., par. 141), Nijer (ibid., par. 150), Norveç (ibid., par. 151), Yeni Zelanda (ibid., par. 146), Hollanda (ibid., par. 145), Polonya (ibid., par. 154), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 127), Romanya (ibid., par. 155), Birleşik Krallık (ibid., par. 166), Rusya (ibid., par. 156), Slovakya (ibid., par. 157), Slovenya (ibid., par. 158), İsveç (ibid., par. 161), İsviçre (ibid., par. 162), Tacikistan (ibid., par. 164), Yugoslavya (ibid., par. 171) ve Zimbabve (ibid., par. 172); Bkz. ayrıca Arjantin'in (ibid., par. 106), El Salvador'un (ibid., par. 129), Ürdün'ün (ibid., par. 137), Lübnan'ın (ibid., par. 140) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 149) mevzuat taslakları.

16 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 6, bent 1 a) (ibid., par. 21).

17 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 6, bent 1 c) ve 1 d) (ibid., par. 21).

18 Ek I.Protokol (1977), m. 53, bent 1 a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 10); Ek I.Protokol (1977), m. 16 (35 lehte, 15 aleyhte ve 32 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 18).

lanan diplomatik konferans sırasındaki pek çok açıklamada altı çizildiği gibi, bu maddeler, «halkların» (İngilizcede, «of peoples») (c'est-à-dire de l'humanité) kültürel ya da manevi malvarlığına dâhil olan, sadece sınırlı sayıda çok önemli malı, hedef almaktaydı. Oysaki Lahey Sözleşmesinin uygulama alanı daha geniştir ve her halkın (İngilizce, «of every people») kültürel malvarlığını oluşturan malları (Ek I.Protokolün Fransızca versiyonu Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolünün Fransızca versiyonu gibi «halklar» deyimini kullansa da) kapsar.¹⁹ Ek Protokollerce kapsanan mallar, işaretlenmemiş bile olsa, özel bir öneme sahip olmalıdır. Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında, pek çok Devlet, metinde ayrı hal kavramının yokluğuna rağmen, bu denli öneme sahip kültürel malların, yasal olmayan bir şekilde askeri amaçlarla kullanılmaları durumunda, yine de saldırı konusu olabileceklerini işaret etmiştir.²⁰

Kural 39. – Baskın askeri gereklilik durumu dışında, halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan malları tahribe ya da bozulmaya maruz bırakabilecek şekilde kullanmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 12, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kural Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan bir hüküm olan, 4. maddesinde yer almaktadır.²¹ Lahey Sözleşmesindeki kültürel malların korunmasına ve muhafaza edilmesine ilişkin temel ilkelerin, UNESCO'nun Genel Konferansınca ve Sözleşmeye taraf olmayan Devletlerce teyit edildiği gibi, geniş ölçüde uluslararası tea-

19 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 175), Kanada (ibid., par. 180), Birleşik Devletler (ibid., par. 227), Hollanda (ibid., par. 210-211), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 193) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 220).

20 Bkz. örn., Birleşik Devletlerin (ibid., par. 227), Hollanda'nın (ibid., par. 210), Federal Almanya Cumhuriyetinin (ibid., par. 193) ve Birleşik Krallık'ın (ibid., par. 220) beyanları.

21 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (1954), m. 4 (ibid., par. 282) ve m. 19 (ibid., par. 283).

mül hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir.²² Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası teamül hukuku olarak uygulanması Tadic olayında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesince kabul edilmiştir.²³ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde yer almıştır.²⁴

Baskın askeri gereklilik durumu dışında, halkların kültürel malvarlığı için büyük öneme sahip malları, zarara ya da yıpranmaya maruz bırakabilecek amaçlarla kullanma yasağı, bazıları Lahey Sözleşmesine taraf olmayan Devletlerinki olmak üzere,²⁵ önemli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.²⁶ Ayrıca, pek çok askeri el kitabı korunan bir yapının uygunsuz kullanımının bir savaş suçu olduğunu belirtmektedir.²⁷ Devletlerin uygulamalarında da kültürel malların askeri operasyonları korumak için kullanılma yasağından özel olarak bahsedilmektedir.²⁸

Kaçınılmaz askeri gereklilik durumunda sapma

Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 2. Protokolü kültürel malların kullanılmasına ilişkin olarak baskın askeri gereklilik kavramının anlamına kesinlik kazandırmıştır. Buna göre, kültürel malları, bunları zarara ya da yıpranmaya maruz bırakabilecek şekilde kullanmaya ilişkin baskın askeri gerekliliğe dayalı bir sapma sadece «böyle bir kullanım ile eşit bir askeri avantaj elde etmek için uygulamada mümkün olan başka bir yöntem arasında bir seçimin mümkün olmadığı durumda ve bu süre içerisinde» söz konusu edilebilir.²⁹ 2. Protokol, ayrıca bu baskın askeri gerekliliğinin varlığının hiyerarşik bir kademeye belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.³⁰ 2. Protokolün görüşülmesi sırasında, bu yorum hiç bir tartışmaya yol açmamıştır.

22 Bkz. örn., UNESCO, Genel Konferans, karar 3.5 (ibid., par. 347) ve Birleşik Devletler, Annotated Supplement to the Naval Handbook (Deniz el kitabının açıklamalı eki)(ibid., par. 329).

23 ICTY, *Savcı Duško Tadic alias «Dule»'ye karşı davası*, savunmanın yetkisizlik ilk itirazının temyizine ilişkin karar (ibid., par. 351).

24 Bkz. örn., BM Genel Sekreteri Sirküleri (1999), m. 6.6 (ibid., par. 300).

25 Bkz. örn., Güney Afrika'nın (ibid., par. 318), Birleşik Devletlerin (ibid., par. 324-329) ve Kenya'nın (ibid., par. 311) sahra talimnameleri.

26 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 318), Almanya (ibid., par. 306-307), Arjantin (ibid., par. 301), Avustralya (ibid., par. 302), Kanada (ibid., par. 303-304), Hırvatistan (ibid., par. 305), İspanya (ibid., par. 319), Birleşik Devletler (ibid., par. 324-329), İsrail (ibid., par. 308), İtalya (ibid., par. 309-310), Kenya (ibid., par. 311), Nijerya (ibid., par. 316), Yeni Zelanda (ibid., par. 314), Hollanda (ibid., par. 312-313), Rusya (ibid., par. 317), İsveç (ibid., par. 320) ve İsviçre (ibid., par. 321-322).

27 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 303), Birleşik Devletler (ibid., par. 324-325 ve 327), Nijerya (ibid., par. 315), Yeni Zelanda (ibid., par. 314) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 323).

28 Bkz. örn., İsrail'in sahra talimnamesi (ibid., par. 308); Birleşik Devletlerin beyanları (ibid., par. 345-346); AGİT, Europe Spillover Monitoring Mission to Skopje, Basın Bülteni (ibid., par. 349).

29 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 6, bent 1 b) (ibid., par. 291).

30 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü (1999), m. 6, bent 1 c) (ibid., par. 21).

Bu kuralı kültürel malların Ek I.Protokolün 53. maddesinin b) bendinde yer alan askeri gayreti desteklemek için kullanılması yasağı ve Ek I.Protokolün baskın askeri gereklilik durumunda ayırık hale izin vermeyen 16. Maddesiyle karıştırmamak gerekir. Lahey Sözleşmesinin uygulama alanının daha geniş olmasına ve her halkın kültürel malvarlığını (İngilizce, «of every people») oluşturan kültürel malları kapsamına karşılık (Ek I.Protokolün Fransızca versiyonu Lahey Sözleşmesinin 2. Protokolü gibi «des peuples» deyimini kullansa bile), Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasındaki çok sayıda beyanda altı çizildiği gibi, bu maddeler, «halkların» (İngilizce, «of peoples») (c'est-à-dire de l'humanité)kültürel ya da spritüel malvarlığını oluşturan, sadece sınırlı sayıda çok önemli kültürel malı hedef almaktadır.³¹

Ek Protokollerce kapsanan mallar, işaretlenmemiş bile olsa, özel bir öneme sahip olmalıdır.

Kural 40. – Çatışmanın tüm tarafları kültürel mallara saygı göstermek zorundadır:

- A. Dine, hayır işine, eğitime, sanata ve bilime hasredilmiş yapılara, tarihi eserlere ve sanat ve bilim eserlerine el konulması, kasten zarar verilmesi ya da yıpratılması yasaktır.**
- B. Halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan malların çalınması, yağmalanması ya da ihtilası ve bu mallara yönelik tüm vandalizm eylemleri yasaktır.**

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 12, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Kültürel mallara kasten el konulması, zarar verilmesi ve yıpratılması

Lahey Tüzüğü'nün 56. maddesi ibadet yerlerine, hayır işine, eğitime, sanata ve bilime hasredilmiş yapılara, tarihi eserlere ve sanat ve bilim eserlerine «kastan el konulması, zarar verilmesi ya da yıpratılması»nı yasaklamaktadır.³² Bu kuralın ihlal-

31 Bkz. örn., şu Devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 175), Kanada (ibid., par. 180), Birleşik Devletler (ibid., par. 227), Hollanda (ibid., par. 210-211), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 193) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 220).

32 Lahey Tüzüğü (1907), m. 56 (ibid., par. 355-356).

leri, Mahkemenin yetkisine giren savaş kural ve geleneklerinin ihlalleri arasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne dâhil edilmiştir.³³ Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsüne göre, dine, eğitime, sanata, bilime ya da hayır işine hasredilmiş binalara, tarihi eserlere zarar verilmesi, savaşın gerekleri için baskın olarak gerekli olmayan şekilde mallara el konulması ya da zarar verilmesi hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturur.³⁴

Bu hüküm pek çok sahra talimnamelerinde yer almaktadır.³⁵ Kültürel mallara kasten el konulması, zarar verilmesi ve bunların yıpratılması pek çok Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.³⁶ İkinci Dünya Savaşından sonra, Metz daimi askeri Mahkemesi, 1947'de Lingenfelder davasında ve Nürnberg'deki Birleşik Devletler askeri Mahkemesi 1948'de von Leeb ve diğerleri davasında (yüksek kumandanlık davası) ve 1949'da Weizsaecker ve diğerleri davasında, sanıkları kültürel mallara el koyma ve zarar vermeden mahkûm etmiştir.³⁷

Çalma, yağma, ihtilas ve diğer vandalizm eylemleri

Kültürel malları çalma, yağlama, ihtilas ve vandalizm eylemleri Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 4. maddesince yasaklanmıştır ve bu hüküm hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir.³⁸ Kültürel malların korunmasına ve muhafazasına ilişkin temel ilkelerin geniş ölçüde uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir; bu, UNESCO genel Konferansınca ve Sözleşmeye taraf olmayan Devletlerce teyit edilmiştir.³⁹ Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası teamül hukuku olarak uygulan-

33 ICTY Statüsü(1993), m. 3, bent 1 d) (ibid., par. 366).

34 UCM Statüsü (1998), m. 8, par. 2, bent b) ix) (ibid., par. 19) et art. 8, par. 2, bent b) xiii) (II. cilt, 16. alt bölüm, par. 55 içinde nakledilmiştir), m. 8, par. 2, bent e) iv) (II. cilt, 12. alt bölüm, par. 19 içinde nakledilmiştir) ve m. 8, par. 2, bent e) xii) (II. cilt, 16. alt bölüm, par. 56 içinde nakledilmiştir).

35 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (II. cilt, 12. alt bölüm, par. 375-376 içinde nakledilmiştir), Arjantin (ibid., par. 371), Avustralya (ibid., par. 372), Kanada (ibid., par. 373-374), Birleşik Devletler (ibid., par. 387-388), İtalya (ibid., par. 378), Nijerya (ibid., par. 382-383), Yeni Zelanda (ibid., par. 381), Hollanda (ibid., par. 379-380), Birleşik Krallık (ibid., par. 386) ve İsveç (ibid., par. 384).

36 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Bulgaristan (ibid., par. 389), İspanya (ibid., par. 402), Estonya (ibid., par. 392), İtalya (ibid., par. 393), Lüksemburg (ibid., par. 395), Nikaragua (ibid., par. 397), Hollanda (ibid., par. 396), Polonya (ibid., par. 399), Portekiz (ibid., par. 400), Romanya (ibid., par. 401) ve İsviçre (ibid., par. 403); Bkz. ayrıca El Salvador'un (ibid., par. 391) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 398) mevzuat tasarıları.

37 Fransa, Metz Daimi Askeri Mahkemesi, Lingenfelder davası (ibid., par. 405); Birleşik devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Von Leeb ve diğerleri davası (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 406) ve Weizsaecker ve diğerleri davası (ibid., par. 407).

38 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (1954), m. 4 (ibid., par. 357) ve m. 19 (ibid., par. 358).

39 Bkz. örn., UNESCO, Genel Konferans, karar 3.5 (ibid., par. 419); Birleşik Devletler, Annotated Supplement to the Naval Handbook (Deniz el kitabının açıklamalı eki) (ibid., par. 388).

ması 1995'de Tadic davasında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesince kabul edilmiştir.⁴⁰ Ayrıca, bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır.⁴¹

Kültürel mallara saygı gösterme zorunluluğu önemli sayıda sahra talimnamelelerinde yer almaktadır.⁴² Kültürel mallara saygı göstermeme önemli sayıda Devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır.⁴³ Bu kural, Lahey Sözleşmesine taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış olan Devletlerinkiler de dâhil, Devletlerin resmi beyanlarıyla desteklenmiştir.⁴⁴ Kültürel malları yağma yasağı, genel yağma yasağının özel bir uygulamasıdır (bkz. Kural 52).

Aksi hiç bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlalleri genel olarak Devletlerce kınanmıştır.⁴⁵ Birleşmiş Milletler ve başka uluslararası örgütler bu tür eylemleri kınamıştır. Ayrıca, 1998'de, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesine taraf olmayan bir Devlet olan Afganistan'ın kültürel ve tarihi mal varlığının tahrip edildiği yönündeki bilgiler konusundaki endişesini dile getirmiş ve ısrarla tüm Afgan taraflarından bu malvarlığını korumasını ve muhafaza etmesini istemiştir.⁴⁶ 2001'de, Taliban rejiminin Afgan milli Müzesine ait bir düzine antik heykeli, daha sonra Bamiyan Budalarını yıkmaya kararları başta UNESCO tarafından olmak üzere, pek çok kınamaya konu olmuştur.⁴⁷

40 ICTY, *Savcı Duško Tadic alias «Dule»'ye karşı davası*, savunmanın yetkisizlik ilk itirazına ilişkin karar (ibid., par. 428).

41 Bkz. örn., BM Genel Sekreteri Sirküleri (1999), m. 6.6 (ibid., par. 370).

42 Bkz. örn., şu Devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 375-376), Arjantin (ibid., par. 371), Avustralya (ibid., par. 372), Kanada (ibid., par. 373-374), Birleşik Devletler (ibid., par. 387-388), İsrail (ibid., par. 377), İtalya (ibid., par. 378), Nijerya (ibid., par. 382-383), Yeni Zelanda (ibid., par. 381), Hollanda (ibid., par. 379-380), Birleşik Krallık (ibid., par. 386), İsveç (ibid., par. 384) ve İsviçre (ibid., par. 385).

43 Bkz. örn., şu Devletlerin mevzuatları: Bulgaristan (ibid., par. 389), Çin (ibid., par. 390), İspanya (ibid., par. 402), Estonya (ibid., par. 392), İtalya (ibid., par. 393), Litvanya (ibid., par. 394), Lüksemburg (ibid., par. 395), Nikaragua (ibid., par. 397), Hollanda (ibid., par. 396), Polonya (ibid., par. 399), Portekiz (ibid., par. 400), Romanya (ibid., par. 401), İsviçre (ibid., par. 403) ve Ukrayna (ibid., par. 404); Bkz. ayrıca El Salvador'un (ibid., par. 391) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 398) mevzuat taslakları.

44 Bkz. örn., Azerbaycan'ın (ibid., par. 408), Çin'in (ibid., par. 410-411) ve Birleşik Devletlerin (ibid., par. 414) beyanları.

45 Bkz. örn., Azerbaycan'ın (ibid., par. 408), Çin'in (ibid., par. 410-411), Birleşik Devletlerin (ibid., par. 414) ve İran'ın (ibid., par. 412) beyanları.

46 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1998/70 (ibid., par. 418).

47 Bkz. örn., UNESCO, Basın Bülteni n° 2001-27 (ibid., par. 421) ve Basın Bülteni n° 2001-38 (ibid., par. 422).

Kural 41. – İşgalci güç; işgal altındaki bir toprağın kültürel mallarının yasadışı ihracını önlemek ve yasadışı şekilde ihraç edilmiş olan malları işgal altındaki toprağın yetkili mercilerine geri vermek zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 12, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

İşgal altındaki bir toprağın kültürel mallarının ihracı

İşgal altındaki bir toprağın kültürel mallarının ihracını önleme zorunluluğu, işgalle özel olarak ilgilenen Devletler de dâhil, 92 Devletin taraf olduğu Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin 1. Protokolünün 1. paragrafında yer almaktadır.⁴⁸ Bu kural, Devletlerin kültürel malların ithali, ihracı ve mülkiyetinin yasadışı devriyle «nedenlerini ortadan kaldırmak, akışını durdurmak ve zorunlu olan tazmini yerine getirmek gibi, ellerindeki olanaklarla» mücadele etmeyi kabul ettiği kültürel malların mülkiyetinin yasadışı devri Sözleşmesinin 2. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır.⁴⁹ Sözleşmenin 11. Maddesine göre «doğrudan ya da dolaylı olarak, bir ülkenin yabancı bir güç tarafından işgalinden kaynaklanan kültürel malların ihracı ve mülkiyetlerinin zorla devri yasadışıdır»⁵⁰ Sözleşme, 30'u kültürel malları koruma Sözleşmesinin 1. Protokolüne taraf olmayan, 109 Devlet tarafından onaylanmıştır. Bu son belge 92 devlet tarafından onaylandığı için bu toplamda 130 Devletin bu kurala saygı gösterme yükümlülüğünü içeren bir belgeye taraf olduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca, 21. madde Devletlerden bu ihlalleri durdurmasını isterken, 2. Protokolün 9. maddesinin 1. fıkrası işgalci gücün «kültürel malların ihracını, mülkiyetinin yasadışı devrini» yasaklamak ve önlemek zorunda olduğunu belirtmektedir.⁵¹ Bu kuralların 2. Protokolün kabulüyle sonuçlanan görüşmelerde Protokole dâhil edilmesi hiç bir tartışmaya yol açmamıştır. 1943'de Londra'da imzalanan Bildirgede, müttefik hükümetler kültürel mallarınki de dâhil olmak üzere, her türlü mülkiyet hakkının devrini hükümsüz sayacakları hususunda

48 Kültürel Malların Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 1. Protokolü (1954), par. 1 (ibid., par. 431).

49 Kültürel Malların Yasadışı Transferine İlişkin Sözleşme (1970), m. 2, par. 2 (ibid., par. 455).

50 Kültürel Malların Yasadışı Transferine İlişkin Sözleşme (1970), m. 11 (ibid., par. 433).

51 Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin İkinci Protokolü (1999), m. 9, par. 1 (ibid., par. 434) ve m. 21 (ibid., par. 435).

ikazda bulunmuştur.⁵² Bu kural askeri el kitapları, ulusal mevzuat ve resmi beyanlar gibi, başka tür uygulamalarla da teyit edilmiştir.⁵³ Uygulamadaki bu durumlar Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 1. Protokolüne taraf Devletleri ilgilendirse de, yine de bundan kültürel malların ihracı yasağının teamüli bir norm olduğu sonucu çıkarılabilir. Aslında, uygulamada bu kurala yukarıda bahsedilen verilen destek dışında bu zorunluluk kültürel mallara saygı gösterme zorunluluğunun ve özellikle kültürel mallara el koyma yasağının (bkz. Kural 40) özü de yer almaktadır. Kültürel mallara el konulamazsa, a fortiori, bunlar ihraç edilemezler. Aksi hiç bir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

İşgal edilmiş bir topraktan ihraç edilen malların geri verilmesi

İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan pek çok anlaşma işgal sırasında ihraç edilen kültürel malların geri verilmesi konusunu ele almıştır. Müttefik Kuvvetler ve ortakları ve İtalya arasındaki 1947 barış Anlaşmasının uygulamasında, İtalya kültürel malları Yugoslavya ve Etyopya'ya geri vermeye zorlanmıştır.⁵⁴ 1952'de onaylanan Savaş ve işgalden kaynaklanan soruların çözümüne ilişkin Sözleşmenin hükümlerine göre, Almanya, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgal edilen topraklardan çalınan kültürel malların aranması, alınması ve geri verilmesiyle görevli, bir ajans kurmak zorundaydı.⁵⁵

İşgal edilmiş bir topraktan yasadışı olarak ihraç edilmiş kültürel malların geri verilmesi zorunluluğu, 88 Devletin onayladığı, Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 1. Protokolünün 3. fıkrasında yer almaktadır.⁵⁶

Lahey Sözleşmesinin 1. Protokolünün 3. fıkrası, sadece işgalci güce değil Protokolün tüm taraflarına uygulandığı için, daha geniş terimlerle kaleme alınmıştır.⁵⁷ Bununla birlikte, üçüncü tarafların yasadışı olarak ihraç edilmiş ve topraklarında bulunan kültürel malları geri verme zorunluluğuna ilişkin hiç bir uygulama tespit edilmemiştir. Bu nedenle, bu kural, en azından ihracı önleme yükümlülüğünü yerine getirmemişse malları geri vererek bunu telafi etmek zorunda olan,

52 Londra Bildirgesi (1943) (ibid., par. 437).

53 Bkz, örn., Almanya, Sahra talimnamesi (ibid., par. 440); Lüksemburg, Savaş suçlarını önleme yasası (ibid., par. 441); İsrail, Hebron Askeri Mahkemesi, Ürdün mevzuatının uygulanmasıyla verilen kararlar (ibid., par. 442); Irak'ın (ibid., par. 443) ve Kuveyt'in (ibid., par. 468) beyanları; İslam Zirvesi Konferansı, dokuzuncu oturum, karar 25/8-C (IS) (ibid., par. 446).

54 Müttefik kuvvetler ve ortakları ile italya arasındaki barış andlaşması (1947), m. 12 (ibid., par. 472) ve m. 37 (ibid., par. 450).

55 Savaş ve işgalden kaynaklanan soruların düzenlenmesine ilişkin Sözleşme (1952), beşinci cilt, birinci madde, par. 1 (ibid., par. 452).

56 Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin Birinci Protokolü (1954), par. 3 (ibid., par. 453).

57 Bkz. Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin İkinci Protokolünün şu hükmü (1954), par. 3.; «Yüksek Sözleşmeciler tarafların herbiri muhasamattan sonra, daha önce işgal edilmiş toprağın yetkili makamlarına elinde bulunan birinci madde hükmüne aykırı olarak ihraç ettiği kültürel malları geri vermeyi Bu mallar hiç bir zaman savaş tazminatı olarak tutulamaz.» (ibid., par. 453).

işgalci gücün kendisine uygulanır olarak, daha dar bir şekilde kaleme alınmıştır. Protokolün 4. fıkrasına göre, kültürel malları iyi niyetle ellerinde bulunduranlar tazmin edilmelidir.⁵⁸

İhraç edilmiş kültürel malları geri verme zorunluluğu, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgal ettiği topraklarla ilgili olarak Almanya'nın ve Kuveyt'i işgali ile ilgili olarak Irak'ın kiler de dâhil olmak üzere, pek çok resmi beyanlarda tanınmıştır.⁵⁹ Körfez Savaşı ile ilgili olarak, BM Güvenlik Konseyi Irak'ı pek çok kez el konulan malları Kuveyt'e geri vermeye davet etmiştir.⁶⁰ 2000'de, BM Genel Sekreteri Körfez Savaşının sonundan itibaren önemli miktarda malın geri verildiğini, geriye halen geri verilecek çok sayıda malın kaldığını açıklamıştır. «Kuveyt arşivlerinin ve (...) müze parçalarının Irak tarafından geri verilmesine öncelik verilmesi» gerektiğinin altını çizmiştir.⁶¹ Bu uygulama durumları Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 1. Protokolüne taraf Devletleri ilgilendirse de, yine de bundan yasadışı olarak ihraç edilmiş kültürel malları geri verme zorunluluğunun teamüli bir norm olduğu sonucu çıkarılabilir. Aslında, yukarıda bahsedilen uygulamada bu kurala verilen destek dışında bu zorunluluk kültürel mallara saygı gösterme zorunluluğunun ve özellikle kültürel mallara el koyma ve bu malları yağmalama yasasının (bkz. Kural 40) özünde yer almaktadır. Kültürel mallara el konulamaz ve bunlar yağmalanamazsa, bunlar, a fortiori, yasadışı olarak ihraç edilmişlerse alıkonulamazlar. Yasadışı olarak ihraç edilen malların geri verilmesi uygun bir tazmin şekli oluşturmaktadır (bkz. Kural 150).

Aksi yönde hiç bir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Kültürel malların savaş tazminatı olarak alıkonulması

Lahey kültürel malların korunması Sözleşmesinin 1. Protokolünün 3. fıkrası kültürel malların hiç bir durumda savaş tazminatı olarak alıkonulamayacağını belirtmektedir.⁶² Bununla birlikte, 1997'de, ihraç edilmiş kültürel mallarla ilgili Rusya Federasyonu Yasası, Sovyet yetkililerin kararları doğrultusunda, «tazmin edici iade » hakkının kullanılması olarak SSCB'ye getirilen kültürel malların Rusya Federasyonunun federal malı olduğunu belirtmektedir.⁶³ 1999'da, Rusya Anayasa Mahkemesi, «eski düşman devletlerden tazmin edici geri verme olarak Rusya'ya getirilen mallar üzerinde Rusya'nın Haklarını» düzenlediği ölçüde, bu yasanın ana-

58 Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin Birinci Protokolü (1954), par. 4 (ibid., par. 453).

59 Bkz, örn., Almanya'nın (ibid., par. 460) ve Irak'ın (ibid., par. 464465) beyanları.

60 BM Güvenlik Konseyi, karar 686 ve 687 (ibid., par. 472) ve karar 1284 (ibid., par. 473).

61 BM Genel Sekreteri, 1284 sayılı kararın 14. Paragrafının uygulanması uyarınca sunulmuş ikinci rapor (1999) (ibid., par. 477).

62 Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin Birinci Protokolü (1954), par. 3 (ibid., par. 453).

63 Rusya, Law on Removed Cultural Property (Nakledilmiş Kültürel Mallara İlişkin Kanun) (ibid., par. 458).

yasallığını teyit etmiştir. Mahkemeye göre: Tazmin edici iade ve toplu iade şeklinde eski düşman devletlerin mağdurlarını tazmin etme yükümlülüğü, saldırgan bir devletin hukuki sorumluluğa ilişkin olarak uluslararası hukukun ikinci Dünya Savaşından çok önce oluşmuş ilkesi üzerine kurulmuştur.⁶⁴

Almanya bu karara pek çok kez itiraz etmiş ve «Nazi rejimince kültürel malların çalınması ve tahrip edilmesinin, aynı zamanda kültürel malların Sovyetler Birliğince İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında ihraç edilmesinin uluslararası hukukun ihlali olduğunu» dile getirmiştir.⁶⁵ Bununla birlikte, Rus yasasının Lahey Kültürel Malların Korunması Sözleşmesinin Birinci Protokolünün yürürlüğe girişinden önceki fiillere uygulandığının altını çizmek gerekir.

64 Rusya, Anayasa Mahkemesi, İhraç Edilmiş Kültürel Mallara İlişkin Yasa davası (ibid., par.459) bizim tercümemiz

65 Bkz., örn. Almanya'nın beyanları (ibid., par.461-462).

TEHLİKELİ GÜÇLER İÇEREN YAPILAR VE TESİSLER

Kural 42. Başta barajlar, setler ve nükleer elektrik üreten tesisler olmak üzere, tehlikeli güçler içeren yapılar ve tesislere ve çevrelerinde veya yakınlarında bulunan diğer tesislere saldırıldığında, tehlikeli güçlerin serbest kalmasını ve buna bağlı olarak sivil nüfusta ağır kayba sebebiyet vermeyi engellemek için özel özen gösterilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 13.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislerin sivil mal olması durumunda saldırının hedefi haline getirilemeyeceklerdir (bkz. Kural 7). Bu yapı ve tesisler ancak askeri hedef teşkil etmeleri halinde saldırının hedefi olabilirler (bkz. Kural 7). Uygulamalar Devletlerin bu tür yapı ve tesislerin askeri hedef teşkil etmeleri durumunda bunlara yapılacak saldırıdan kaynaklanabilecek yüksek ağır arızı kayıp riskinin farkında olduklarını göstermektedir. Bu sebepten ötürü, saldırı halinde özel özen gösterilmesi gerekliliğini tanımaktadırlar.

Ek I.Protokol Madde 56 ve ek olarak Ek II.Protokol Madde 15'te yer alan detaylı kurallar bu tanıma temelinde hazırlanmıştır.¹ Bu kurallar çok sayıda sahra talimnamesinde yer almaktadır.² Ağır kayıpla sonuçlanan yapı ve tesislere saldırı bazı

1 Ek I.Protokol, Madde 56 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (atf: Vol. II, Ch. 13, § 1); Ek II.Protokol, Madde 15 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 5).

2 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 11), Avustralya (*ibid.*, § 12), Belçika (*ibid.*, § 14), Benin (*ibid.*, § 15), Kamerun (*ibid.*, § 16), Kanada(*ibid.*, § 17), Fransa (*ibid.*, §§ 21–23), Almanya (*ibid.*, § 24), Kenya (*ibid.*, § 29), Hollanda (*ibid.*, §§ 32–33), Yeni Zelanda(*ibid.*, § 34), Güney Afrika (*ibid.*, § 36), İspanya (*ibid.*, § 37), İsviçre (*ibid.*, §§ 38–39), Togo (*ibid.*, § 40), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 41) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 46) askeri manüelleri.

Devletlerin mevzuatı altında suç teşkil etmektedir.³ Bazı başka Devletlerin sahra talimnameleri ve mevzuatları bu tür yapı ve tesislere saldırıyı yasaklamaktadır.⁴

Ek I.Protokol'ün onaylanmasıyla birlikte, Fransa ve Birleşik Krallık, askeri hedef teşkil eden tehlikeli güç içeren yapı ve tesislere “mutlak” bir koruma sağlayamayacakları beyanında bulunmuşlardır. Ancak, tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislere yönelik herhangi bir saldırıya has özel tehlikeyi tanımaktadırlar, zira sırasıyla, istisnai olarak bu tür yapı ve tesislere saldırılması durumunda, sivil nüfusta ağır arızı kayba yol açmamak için, her tür “zorunlu” ve bütün “gerekli” tedbirlerin alınmasını şart koşmaktadırlar.⁵ Kolombiya hükümeti de, gerillaları püskürtmek için hükümet güçleri tarafından bir baraja yapılan bir saldırıya ilişkin olarak tehdit ve ihtiyat gerekliliğini bir bildiri de belirtmiştir.⁶

İsrail ve Amerika Birleşik Devletleri, askeri hedef teşkil eden tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislere yönelik saldırıların hukukiliği konusunda orantılılık testinin önem arz ettiğini vurgulamaktadırlar.⁷ Orantılılık ilkesi altında bir değerlendirmenin her somut olaya göre yapılması gerekmektedir birlikte, bu duruş eşit şekilde bu tür yapı ve tesislerdeki tehlikeli güçlerin açığa çıkması halinde sivil nüfusta vukuu bulabilecek ağır zarar konusundaki hassasiyeti yansıtmaktadır. “Aşırı hayat kaybına, sivilin yaralanmasına veya sivil mallara zarara yol açacağını bilmek suretiyle tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislere saldırı yöneltmek” Ek I.Protokol altında bir ağır ihlal teşkil etmektedir.⁸ Bu tür saldırılar ayrıca birçok Devletin mevzuatlarında suç teşkil eder.⁹

-
- 3 Bkz., örn., Azerbaycan (*ibid.*, § 51), Macaristan (*ibid.*, § 65) (“ağır zararlar sonuçlanan”), Lituanya (*ibid.*, § 69) (“aşırı ağır sonuçlarını bilmek suretiyle”), Slovenya (*ibid.*, § 76) (“bir saldırının özellikle tehlikeli olacağı”) ve İspanya'nın (*ibid.*, § 77) (“hatırı sayılır kayıplar”) mevzuatları; ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 47), El Salvador (*ibid.*, § 61), Ürdün (*ibid.*, § 67) (“sivil nüfusta yaygın hayat kaybı veya yaralama ve sivil mallara zarar”) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 72) taslak mevzuatlarına bkz..
- 4 Bkz., örn., Hırvatistan (*ibid.*, § 19), Fransa (*ibid.*, §§ 21–22), İtalya (*ibid.*, §§ 27–28), Güney Kore (*ibid.*, § 30) ve Madagaskar'ın (*ibid.*, § 31) askeri manüelleri ve Belçika (*ibid.*, § 53), Bosna Herkes (*ibid.*, § 54), Kolombiya (*ibid.*, § 56) (“baskın askeri gereklilik temellinde herhangi bir gerekçe olmadan”), Hırvatistan (*ibid.*, § 58), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 60) (kasti yok etme veya zarar verme), Estonya (*ibid.*, § 62), Gürcistan (*ibid.*, § 63) (“kayba sebebiyet vereceğini bilerek”), Almanya (*ibid.*, § 64), Slovakya (*ibid.*, § 75) (kasti yok etme veya zarar verme), Tacikistan (*ibid.*, § 79) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 81) mevzuatları.
- 5 Fransa, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan Çekinceler ve bildiriler (*ibid.*, § 4); Birleşik Krallık, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan Çekinceler ve bildiriler (*ibid.*, § 3).
- 6 Kolombiya, Başkanlık İnsan Hakları Danışma Bürosu'nun Yorumu (*ibid.*, § 88).
- 7 İsrail'in uygulamaları hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 98); Birleşik Devletler, *Hava Kuvvetleri Broşürü* (*ibid.*, § 42), *Donanma Elkitabı* (*ibid.*, § 44), *Donanma El Kitabının Şerhli Eki* (*ibid.*, § 45) ve Dış İşleri Bakanlığı Hukuk Danışman Vekili'nin Beyanları (*ibid.*, § 108).
- 8 Ek I.Protokol, Madde 85(3)(c) (*ibid.*, § 2).
- 9 Bkz., örn., Ermenistan (*ibid.*, § 48), Avustralya (*ibid.*, §§ 49–50), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 52), Belçika (*ibid.*, § 53), Kanada (*ibid.*, § 55), Cook Adaları (*ibid.*, § 57), Kıbrıs (*ibid.*, § 59), İrlanda (*ibid.*, § 66), Hollanda (*ibid.*, § 70), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 71), Nijer (*ibid.*, § 73), Norveç (*ibid.*, § 74), İsveç (*ibid.*, § 78), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 80) ve Zimbave'nin (*ibid.*, § 82) mevzuatları; ayrıca Lübnan'ın (*ibid.*, § 68) mevzuat taslağına bkz..

Son on yıllarda bu tür yapı ve tesislere karşı saldırılar gerçekleştiğinde, saldırının ilgili saldırıyı en üst derece özenle gerçekleştirdiğini vurgulaması, Devletlerin tehlikeli güçlerin açığa çıkma ihtimaline karşı olan hassasiyetlerinin altını çizmektedir.¹⁰ Bu husus ayrıca bu tür saldırıların kınanması, bu tür saldırıların reddedilmesi ve genel olarak tehlikeli güç içeren yapı ve tesislere yönelik saldırı gerçekleştirme konusunda Devletlerin gösterdikleri çekinceler tarafından ayrıca vurgulanmaktadır.¹¹

Bu çerçevede, bir askeri avantajı sağlamak için elzem olan, başka herhangi bir şekilde elde edilemeyecek olan ve her tür gerekli tedbirin alındığı durumlarda saldırıların tasarlanabileceği görülmektedir. Yüksek derecede arızı kayıp riskini dikkate almak suretiyle, bu tür bir karar vermenin önemi, tehlikeli güçler içeren bir yapı veya tesise saldırı kararının, sırasıyla, “Yüksek Komuta Kademesi”nde ve “uygun yüksek siyasi seviye”de alınmasını gerekli kılan Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletlerinin duruşuyla ortaya konmaktadır.¹²

Devlet uygulamaları bu kuralı tek taraflı bir koşul olarak öngörmemektedir. Savunma durumunda olanda, eşit şekilde, saldırılara karşı her tür gerçekleştirilebilir tedbiri almak suretiyle tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislerin korunmasını muhafaza etme ve geliştirme yükümlülüğü altındadır: yapı ve tesisler doğrudan askeri faaliyeti desteklemek amaçlı kullanılmamalıdır; askeri hedefler bu tür yapı ve tesislerde veya yakınlarında bulunmamalıdır ve bu tür yapı ve tesisler hiçbir zaman askeri operasyonlara kalkan olarak kullanılmamalıdır.¹³

Tehlikeli güçler içeren yapı ve tesislere yönelik savaştan misillemeleri Alt Bölüm 41’de tartışılmıştır.

Kuralın uygulama alanı

Ek Protokoller bu kuralı barajlar, setler ve nükleer elektrik üreten tesisler ile sınırlamıştır.¹⁴ Ek Protokollerin kabulüne ilişkin Diplomatik Konferansta tehlikeli güçler içeren diğer yapı ve tesislerin metne dâhil edilmesi konusunda uzlaşılammamıştır. Ancak, yukarıda açıklanan gerekçeler kimyasal tesisler ve petrol rafinerileri gibi diğer tesislere de eşit şekilde uygulanmalıdır. Bu tür tesislere saldırmanın sivil nüfusta ve doğal çevrede ağır kayba yol açabileceği gerçeği, bunların askeri hedef haline gelmesi halinde, bunlara saldırılmasında her tür gerekli önlemin alınmasını gerektirmektedir.

10 Bkz., örn., Birleşik Krallık, Savunma Bakanının Savunma Komitesi önündeki Beyanı, (Körfez Savaşına ilişkin olarak) (*ibid.*, § 105) ve Vietnam Savaşı’na ilişkin Amerika Birleşik Devletleri’nin uygulamaları, nakleden W. Hays Parks, “Air War and the Law of War” (*ibid.*, § 107).

11 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 45) askeri manüeli, Çin’ (*ibid.*, § 87) beyanları, İran (*ibid.*, § 95), Irak (*ibid.*, §§ 96–97) ve Birleşik Krallık (*ibid.*, § 104) ve Pakistan’ın (*ibid.*, § 101) bildirilen uygulamaları.

12 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol’ün kabulünde konulan Çekinceler ve beyanlar(*ibid.*, § 3); Birleşik Devletler, *Hava Kuvvetleri Broşürü* (*ibid.*, § 42).

13 Bkz. yukarıda bahsi geçen uygulamalar *ibid.*, §§ 129–153.

14 Ek I.Protokol, Madde 56 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 1); Ek I.Protokol, Madde 15 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 5).

DOĞAL ÇEVRE

Kural 43. – Muhasamatın yürütülmesine ilişkin genel ilkeler doğal çevreye uygulanır:

- A. Askeri hedef oluşturması hali dışında, doğal çevrenin hiçbir parçası saldırılara konu olamaz.
- B. Buyurucu askeri zorunluluk hali dışında, doğal çevrenin herhangi bir parçasının imhası yasaktır.
- C. “Beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja göre çevreye, aşırı sayılabilecek arazi zarar verebilecek şekilde askeri bir hedefe saldırı yöneltmek yasaktır”

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 14, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Ayrım gözetme ilkesi

Askeri hedef oluşturması hali dışında, doğal çevrenin herhangi bir parçasına saldırmanın yasak olduğu yönündeki ilke, askeri hedeflerle sivil nitelikteki mallar arasında yapılması gereken ayrıma ilişkin genel gerekliliğe dayalıdır (bkz. Kural 7). Bu kural, «bu doğal unsurların muharipleri ya da başka askeri hedefleri örtmek, gizlemek ya da kamufle etmek için kullanılmaları ya da kendi başlarına askeri hedef oluşturmaları hali dışında, ormanları ya da diğer bitki örtüsü türlerini, yangın çıkarıcı silahlar vasıtasıyla saldırılara maruz bırakmak yasaktır» hükmünü öngören Klasik Silahlara İlişkin Sözleşme’ye ek III. Protokol’e yansımaktadır¹. Aranan şart-

¹ Klasik Silahlara İlişkin Sözleşme’ye ek III. Protokol (1980), m. 2, par. 4 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 30, par. 110).

ları yerine getirmesi halinde bir arazi parçasının da askeri hedef oluşturabileceğini kabul eden askeri el kitapları ve resmi beyanlar da bu anlayışı yansıtmaktadır². Ayrım gözetme ilkesinin doğal çevrenin korunmasına uygulanması, Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergelerde de ifade edilmiştir³. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, bütün devletleri, bu Yönergeleri geniş ölçüde yaymaya ve bunları askeri el talimatnamelerine ve askeri personellerine yönelik diğer talimatlara dâhil etmeye davet etmiştir⁴. Bundan başka, ayrım gözetme ilkesinin doğal çevreye uygulanması ilkesi, askeri el kitapları ve resmi beyanlar tarafından da desteklenmektedir⁵. 1993 yılında, Savaş Mağdurlarının Korunması için Uluslararası Konferans'ın benimsediği nihai bildiri, bütün devletlerden, doğal çevreyi « kendi başına doğayı hedef alan saldırılar »a karşı doğal çevreyi koruyan uluslararası insancıl hukuk kurallarını teyit etmelerini ve bu kurallara saygı gösterilmesini sağlamalarını ısrarla talep etmiştir⁶.

Uluslararası ve uluslararası olmayan nitelikteki çatışmalarda uygulanabilir olan ayrım gözetme ilkesi, (bkz. Kural 7), doğal ortam bakımından da uygulanır. Kızılhaç Uluslararası Komitesi, 1993 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına ilişkin bir raporda bu yönde bir ilke beyanında bulunmuştur⁷ Bu görüş bildirimini, hiçbir itiraza uğramamıştır.

Buyurucu askeri zorunluluğun yokluğu halinde malların tahribi

Devletlerin uygulamalarına göre, buyurucu askeri zorunluluk hali dışında, (bkz. Kural 50) hasmın mallarını tahrip ya da bunlara el koyma yasağı doğal çevreye de uygulanır. Bu yasağın uygulanabilirliği, Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin

2 Bkz, örn. şu devletlerin beyanları: Belçika(nakleden: Cilt. II, Alt-Bölüm 2, par. 622), Kanada (ibid., par. 597 ve 623), İspanya (ibid., par. 597), Amerika Birleşik Devletleri(ibid., par. 599 ve 627-628) Fransa(ibid., par. 598), İtalya (ibid., par. 597), Yeni Zelanda (ibid., par. 597), Pakistan (ibid., par. 599), Hollanda(ibid., par. 597, 599 et 625), Almanya Federal Cumhuriyeti (ibid., par. 597 et 624), Birleşik Krallık(ibid., par. 597, 599 et 626), ve şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya(ibid., par. 601), Belçika (ibid., par. 602 -604), Benin (ibid., par. 605), Ekvator (ibid., par. 608), İspanya (ibid., par. 615), des Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 619), Fransa(ibid., par. 609), İtalya(ibid., par. 610-611), Madagaskar (ibid., par. 612), Yeni Zelanda (ibid., par. 614), Hollanda(ibid., par. 613), Birleşik Krallık(ibid., par. 618), İsveç (ibid., par. 616) ve Togo (ibid., par. 617).

3 Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergeler'de (1994), par. 4 (Nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 14, par. 5).

4 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar 49/50 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 56); ayrıca Bkz. Karar 51/157, Ek (ibid., par. 57).

5 Bkz. Örn., Avustralya, Defence Force Manual (Savunma Kuvvetleri El Kitabı) (ibid., par. 8); ve şu devletlerin beyanları: Kanada (ibid., par. 37), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 50 et 53), Marshall Adaları(ibid., par. 45), İran (ibid., par. 41) ve Rusya (ibid., par. 47).

6 Savaş Mağdurlarının Korunması için Uluslararası Konferans (ibid., par. 61).

7 Kızılhaç Uluslararası Komitesi, Silahlı Çatışma Halinde Çevrenin Korunmasına İlişkin Rapor (ibid., par. 67).

Korunmasına İlişkin Yönergelerde ifade edilmiştir⁸. Bu anlayışı askeri el kitapları, ulusal mevzuatlar ve resmi beyanlar da desteklemektedirler⁹

1996 tarihli Nükleer Silahlar danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı, « çevrenin korunmasının, bir eylemin zorunluluk ve orantılılık ilkelerine uygun olup olmadığını takdir etmeye imkân sağlayan unsurlardan biri olduğunu » beyan etmiştir¹⁰. NATO'nun Yugoslav Federal Cumhuriyeti'ne yönelik olarak gerçekleştirildiği bombalamayı incelemek üzere kurulan Komite, bombalama harekâtının çevre üzerindeki etkilerinin, her şeyden önce « zorunluluk ve orantılılık gibi silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden yola çıkılarak » değerlendirilmesi gerektiği yönündeki kanaatini açıklamıştır¹¹.

Dahası, IV. Cenevre Sözleşmesi'ne göre, « askeri zorunlulukların haklı kılmadığı ve haksız ve keyfi biçimde geniş ölçekte icra edilen mal tahribi », ağır bir ihlal oluşturmaktadır¹². Bu kural, doğal çevre bakımından başka hukuki belgelerde de teyit edilmektedir¹³. Bazı resmi bildirimlerde de doğal çevreye uygulanmaktadır¹⁴. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına ilişkin olarak 1992 yılında aldığı bir kararda « askeri zorunlulukların haklı kılmadığı ve keyfi olarak icra edilen çevre tahribinin yürürlükteki uluslararası hukuka aşikâr bir biçimde aykırı olduğu » hususunun altını çizmiştir¹⁵. 1993 yılında, Savaş Mağdurlarının Korunması için Uluslararası Konferans'ın benimsediği nihai bildiri, « çevreye ağır zararlar veren bilinçli tahripler»e karşı doğal çevreyi koruyan uluslararası insancıl hukuk kurallarını teyit etmelerini ve bu kurallara saygı gösterilmesini sağlamalarını ısrarla talep etmiştir¹⁶.

Malların zorunluluk olmaksızın tahribi yasağı, çevre bakımından da geçerli olmak üzere hem uluslararası hem de uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma-

-
- 8 Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergeler (1994), par. 8 ve 9 (ibid., par. 5).
- 9 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 8) ve Amerika Birleşik Devletleri, (ibid., par. 11), şu devletlerin mevzuatları: İspanya (ibid., par. 25) ve Nikaragua (ibid., par. 22), ve şu devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 30), Avusturya (ibid., par. 33), Kanada (ibid., par. 36), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 50 et 52-53) ve İran (ibid., par. 41-42); Ayrıca Bkz. Kızılhaç Uluslararası Komitesi tarafından düzenlenen ve silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına öngülenen bir uzmanlar toplantısının raporu, (ibid., par. 60).
- 10 Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlar vakası, danışma görüşü (ibid., par. 62).
- 11 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Savcılık Makamı, NATO'nun Yugoslav Federal Cumhuriyeti'ne yönelik olarak gerçekleştirdiği bombalamayı incelemek üzere kurulan Komite'nin Savcı'ya sunduğu Nihai Rapor, (ibid., par. 63).
- 12 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), m. 147 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 16, par. 53).
- 13 Örn. bkz., Eylem 21, par. 39.6 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 14, par. 3); San Remo El Kitabı (1994), par. 44 (ibid., par. 4); Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergeler, par. 8 (ibid., par. 5).
- 14 Örn. Bkz. şu devletlerin beyanları: Brezilya (ibid., par. 35), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 50 ve 52) ve İran (ibid., par. 41); ayrıca Bkz. şu devletlerin beyanları: Japonya (« çevrenin tahribi ») (ibid., par. 43), İsveç (« emsali görülmemiş » tahripler) (ibid., par. 48) ve Birleşik Krallık (« gezezene karşı bilinçli olarak işlenmiş bir suç ») (ibid., par. 49).
- 15 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar, 47/37 (oylanmadan benimsenmiştir) (ibid., par. 55).
- 16 Savaş Mağdurlarının Korunması için Uluslararası Konferans, Nihai Bildirge (ibid., par. 61).

larda uygulanabilir niteliktedir. (Bkz. Kural 50). ICRC, 1993 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına ilişkin bir raporda bu yönde bir ilke beyanında bulunmuştur¹⁷. Bu görüş beyanı hiçbir itiraza uğramamıştır.

Orantılılık ilkesi

Uygulama, doğal çevreye arızı olarak verilen zararların, askeri bir hedefe yöneltilen saldırıdan beklenen askeri avantaja göre aşırı olmaması gerektiği yönündeki ilkenin genel kabul gördüğünü göstermektedir. Bu ilke, Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergelerde olduğu gibi, denizdeki silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuka ilişkin San Remo El Kitabı'nda da ifade edilmiştir¹⁸.

Orantılılık ilkesinin, çevreye kazara arızı olarak verilen zararlara da uygulanabilirliğini belli sayıda resmi beyan da desteklemektedir¹⁹. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne yönelik bombalama harekâtı sırasında NATO, hedeflerin seçimi sürecinde, "çevre, ahali ya da sivil altyapı söz konusu olsun, bütün muhtemel yan zararları » hesaba kattığını beyan etmiştir²⁰. NATO'nun Yugoslav Federal Cumhuriyeti'ne yönelik olarak gerçekleştirdiği bombalamayı incelemek üzere kurulan Komite, bombalama harekâtının çevre üzerindeki etkilerinin her şeyden önce «zorunluluk ve orantılılık gibi silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden yola çıkılarak» değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve « orantılılık ölçütünün karşılanması için, askeri hedeflere yöneltilen ve çevrede vahim zararlara yol açacağı bilinen ya da makul olarak tahmin edilebilen saldırıların meşru sayılabilmesi için, çok önemli bir askeri avantaj sağlama potansiyeli taşımaları gerektiğini » beyan etmiştir²¹.

1996 tarihli Nükleer Silahlar danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı, «devletlerin, bugün, meşru askeri hedeflere yönelik olarak neyin zorunlu ve orantılı olduğuna karar verdiklerinde ekolojik mülahazaları hesaba katmak zorunda olduklarını» beyan etmiştir²².

17 Kızılhaç Uluslararası Komitesi, Silahlı Çatışma Halinde Çevrenin Korunmasına İlişkin Rapor (ibid., par. 67).

18 Silahlı Çatışma Döneminde Çevrenin Korunmasına İlişkin Yönergeler, (1994), par. 4 (ibid., par. 5); San Remo El Kitabı (1994), par. 13, bent. c) (ibid., par. 6).

19 Bkz. Şu devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 30), Avusturya (ibid., par. 34), Kanada (ibid., par. 37), Kolombiya (ibid., par. 39), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 44 et 50), İran (ibid., par. 41), Ürdün (ibid., par. 44) ve Romanya (ibid., par. 46); ayrıca Bkz. Kızılhaç Uluslararası Komitesi tarafından düzenlenen ve silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına özgülünen bir uzmanlar toplantısının raporu (ibid., par. 60).

20 Bkz. NATO'nun rapor edilen uygulaması (ibid., par. 58).

21 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Savcılık Makamı, NATO'nun Yugoslav Federal Cumhuriyeti'ne yönelik olarak gerçekleştirdiği bombalamayı incelemek üzere kurulan Komite'nin Savcı'ya sunduğu Nihai Rapor, (ibid., par. 63).

22 Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlar vakası,danışma görüşü (ibid., par. 62).

Orantılılık ilkesi, çevreye ilişkin meseleler dâhil olmak üzere, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir niteliktedir (Bkz. Kural 14). ICRC, 1993 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan silahlı çatışma halinde çevrenin korunmasına ilişkin bir raporda bu yönde bir ilke beyanında bulunmuştur²³. Bu görüş bildirimini, hiçbir itiraza uğramamıştır.

Doğal çevreye koruma sağlayan diğer kurallar

Bu amaç için tasarlanmış olmaktan ziyade sivil halkı korumayı hedefleyen bazı uluslararası insancıl hukuk kuralları da çevreye verilen zararları engelleme ya da sınırlama sonucunu doğurmaktadırlar. Örnek olarak, tehlikeli güçler bulunduran yapı ve tesislerin askeri hedef oluşturup saldırılara konu olmaları halinde özel tedbirler alma yükümü (bkz. Kural 42) ve sivil halkın hayatta kalması için vazgeçilmez olan varlıklara saldırma yasağı gösterilebilir. (bkz. Kural 54). Doğal çevreye yönelik zararlar karşılık eylemleri meselesine XLI. Alt-Bölümde değinilmiştir.

Kural 44.- Savaş yöntem ve araçları, tabii çevrenin koruma ve muhafazasına gereken özen gösterilmek suretiyle kullanılmalıdır. Askeri operasyonların yürütülmesi sırasında arzi olarak çevreye verilebilecek zararları engellemek ve her halükarda en aza indirmek amacıyla hayata geçirilmesi mümkün olan tüm tedbirler alınmalıdır. Bazı askeri operasyonların çevre üzerindeki etkisine dair bilimsel kesinlik bulunmaması hali dahi, silahlı çatışmanın bir tarafının işbu tedbirleri alma yükümlülüğü ortadan kaldırmaz.

Uygulama.

Cilt II, Alt Bölüm 14, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Devletlerin uygulamaları göstermektedir ki silahlı çatışma zamanında çevreye sağlanan koruma sadece sivil nitelikli malların korunmasına ilişkin kuralların çevreye uygulanmasından değil aynı zamandan çevreye münhasır özel bir korumanın tanınması gerekliliğinden doğmaktadır. Son birkaç onyılıda çevrenin korunmasına

²³ Kızılhaç Uluslararası Komitesi, Silahlı Çatışma Halinde Çevrenin Korunmasına İlişkin Rapor (ibid., par. 67).

yönelik uluslararası hukukun gelişmesi, insan tarafından doğal ortama verilen zararların tehlikeleri konusunda bilinç kazanılmasıyla açıklanabilir. Bu gelişme öyle bir noktaya gelmiştir ki, bir devletin doğal çevresini koruma konusundaki çıkarı, Gabcikovo-Nagymaros davasında Uluslararası Adalet Divanı'nca işbu devletin diğer uluslararası yükümlülüklerine uymamak için 'zaruret hali' doktrinine başvurmasını haklı gösterecek bir 'esaslı çıkar' olarak tanınmıştır.²⁴

Doğal çevrenin kendisinin önemi BM Güvelik Konseyi'nin 1991 yılında kabul ettiği bir kararda da dikkate alınmıştır. Nitekim bu karar, Irak'ın Kuveyt'e hukuka aykırı şekilde saldırısı ve işgalinden kaynaklanan çevreye ve doğal kaynaklara verilen zararlara ilişkin uluslararası hukuk sorumluluğunu belirtmektedir.²⁵ BM Genel Kurulu 1991 ve 1992 yıllarında aldığı kararlarda bu savaş esnasında çevreye verilen zararlardan dolayı duyduğu derin endişeyi belirtmiştir.²⁶ Bu endişeler sebebiyle Genel Kurulu her yılın 6 Kasım günününün savaş ve silahlı çatışma zamanlarında çevrenin kullanımının korunması günü olarak ilan etmiştir.²⁷ Kosova krizi esnasında NATO'nun Yugoslavya'yı bombalama seferi sebebiyle Yugoslavya ve komşu ülkelerin doğal ortamına verilen zararlar hakkında da endişeler duyurulmuştur.²⁸

Silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması gerekliliği uluslararası birçok hukuki belgede bulunmaktadır.²⁹ Silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunmasına dair genel gereklilik birçok askeri talimatnamede, resmi beyanatlarda ve rapor edilen uygulamada formüle edilmiştir.³⁰ Ayrıca bu kural, silahlı çatışmalar esnasında çevreye ciddi zararlar veren fiillerin kınanmasında da görünmektedir.³¹ Nükleer Silahlar davalarında Uluslararası Adalet Divanı'na sundukları netice-i taleplerde çok sayıda devlet, uluslararası hukukun silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunmasına attığı önemin özellikle silahlı çatışmalara uygulanan antlaşmaların düzenlemeleriyle sınırlı olmadığını üzerinde durmuşlardır.³² Ayrıca, ekolojik düze-

24 UAD, Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası, karar (ibid., par.121)

25 BM Güvenlik Konseyi, karar 687 (ibid., par.111)

26 BM Genel Kurulu, karar 46/216 (135 lehte, 0 aleyhte ve 1 çekimser oyla kabul edilmiştir) (ibid., par.102)

27 BM Genel Kurulu, karar 56/4 (ibid., par. 115)

28 Bkz. örn. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Çevre Komisyonu, toprağın düzenlenmesi ve yerel yetkiler hakkında, 'Yugoslavya'daki savaşın Güneybatı Avrupa'nın çevresi üzerine etkileri' (ibid., par. 117)

29 Bkz. örn., Dünya Doğa Şartı (1982), ilke 5 (ibid., par.73) ve ilke 20 (ibid., par.74); Rio Bildirgesi (1992), ilke 24 (ibid., par. 76); Silahlı çatışma esnasında çevrenin korunması hakkında yönergeler (1994), par. 11 (ibid., par.77); San Remo talimatnamesi (1994), par. 35 ve 44 (ibid., par. 78).

30 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri, Avustralya (ibid., par.79), Birleşik Devletler (ibid., par.81) ve Kore Cumhuriyeti (ibid., par.80), aynı zamanda Yemen'in beyanatu (ibid., par.109) ve Lübnan'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 96)

31 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari, Almanya (ibid., par.91), Çin (ibid., par.84), Kolombiya (ibid., par.85), İran (ibid., par.93), Hollanda (ibid., par. 99), ve Birleşik Krallık (ibid., par. 105).

32 Bkz. aşağıdaki devletler tarafından Nükleer silahlar davasında UAD'ına sunulan savunma ve lahikalar, Mısır (ibid., par.88), Salomon adaları (ibid., par. 103), İran (ibid., par.93), Malezya (ibid., par.97), ve Katar (ibid., par. 102), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin Nükleer silahlar (DSÖ) davasında sundukları lahikalar, Kosta Rika (ibid., par.87), Meksika (ibid., par.87), Meksika (ibid., par. 98), ve Sri Lanka (ibid., par. 104).

ne ilişkin endişelerin Körfez savaşının askeri planlamasında da etkili olduğunu kanıtlamaya yönelik belirtiler de mevcuttur: Bu nitelikte korkuların neticesi koalisyonun bazı saldırılardan vazgeçmiştir.³³

Bunun dışında, 1996 yılında Nükleer silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanı, devletlerin kendi yetki alanlarının sınırları içinde ya da kendi kontrolleri altında yaptıkları eylemlerin, diğer devletlerdeki ya da hiçbir ulusal yetki alanına dâhil olmayan bölgelerdeki çevreye saygı göstermesini sağlama yükümlülüğünün uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu sonucuna varmıştır.³⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Çevreyi dikkate alma yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da, eğer bu silahlı çatışmalar başka bir devlette de etkilerini gösteriyorsa uygulanır düşüncesi savunulabilir. Bu iddia Uluslararası Adalet Divanı'nınca bir devletin ekolojik dengesinin korunması olgusunun o devletin 'esaslı bir çıkar'ına tekabül ettiğinin tanınmasına dayanmaktadır.³⁵ Bu iddianın bir başka dayanak noktası ise yine Divan'ın, devletlerin kendi yetki alanları dâhilindeki ya da kontrolleri altındaki fiillerin diğer devletlerdeki ya da hiçbir ulusal yetki alanına dâhil olmayan bölgelerdeki çevreye zarar vermemesi için gerekeni yapmaları yükümlülüğünün uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu sonucuna varmasıdır.³⁶

Tüm bunlara ilaveten birçok unsur bu teamül kuralının silahlı çatışmaların, bunların vuku bulduğu devletin sınırları içindeki taraflarına da uygulanabileceğine işaret etmektedir. Ek II.Protokol'ün görüşmeleri sırasında bu yönde bir sözleşmesel kuralın redaksiyonu belli bir destek toplamıştı³⁷. O dönemde kural olarak kabul edilmedi ancak uluslararası insancıl hukukun uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilirliği hakkında genel kabul 1977 yılından beri oldukça geliştirdi. Ayrıca çevreye ilişkin birçok antlaşma devletin kendi ülkesi üzerindeki faaliyetlerine uygulanmaktadır (bakınız daha aşağıda). Bunun dışında belli bir sayıda devlet uygulaması göstermektedir ki çevreyi koruma yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmaktadır: Bu uygulamalar askeri talimatnameleri, resmi beyanatları ve birçok devletin Uluslararası Adalet Divanı'na Nükleer silahlar davasında sunduk-

33 A.P.V. ROGERS, *Law on the Battlefield* (ibid., par.68)

34 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par.120); Bkz. aynı zamanda Biyolojik çeşitlilik üzerine antlaşma (1992), ilke 3(ibid., par.71); Stockholm Çevre Bildirgesi (1972), ilke 21 (ibid., par.72), Rio Bildirgesi (1992), ilke 2 (ibid., par.75), İran'ın beyanatu (ibid., par.92), Amerikan Hukuk Enstitüsü, *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (ibid., par.123).

35 UAD, Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası, karar (ibid., par.121)

36 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par.120); Bkz. aynı zamanda Biyolojik çeşitlilik üzerine antlaşma (1992), ilke 3(ibid., par.71); Stockholm Çevre Bildirgesi (1972), ilke 21 (ibid., par.72), Rio Bildirgesi (1992), ilke 2 (ibid., par.75), İran'ın beyanatu (ibid., par.92), Amerikan Hukuk Enstitüsü, *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (ibid., par.123).

37 Bkz. devletlerin İnsancıl Hukuk üzerine Diplomatik Konferans'ın (CDDH) müzakereleri esnasındaki uygulamaları (ibid., par.150).

ları ve çevrenin genel yarar için korunması gerektiğini savunan netice-i taleplerini içermektedir.³⁸

Çevreye verilebilecek zararları engellemek ve her halükarda en aza indirmek amacıyla hayata geçirilmesi mümkün olan tüm tedbirler alma yükümlülüğü

Uygulama göstermektedir ki sivil nitelikli mallara verilebilecek arızı zararları engellemek ve her halükarda en aza indirmek amacıyla hayata geçirilmesi mümkün olan tüm tedbirler alma yükümlülüğü (bakınız kural 15) aynı zamanda doğal çevreye de uygulanmaktadır. Bu ilke silahlı çatışma zamanında çevrenin korunması hakkında Yönergelerde dile getirilmiştir.³⁹ Çevreye verilebilecek zararları engellemek ve her halükarda en aza indirmek amacıyla tedbir alınması ilkesi askeri talimatnameler ve resmi beyanatlarla da desteklenmektedir.⁴⁰

1995 yılında gerçekleştirilen XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı silahlı çatışmaların taraflarını ‘askeri operasyonları sırasında su kaynaklarını yok edecek ya da bunlara zarar verecek nitelikteki herhangi bir hareketin gerçekleşmemesi için mümkün olan tüm tedbirleri almaya’ çağırmıştır.⁴¹

Tedbir ilkesi

Bazı askeri operasyonların çevre üzerindeki etkisine dair bilimsel kesinlik bulunmaması halinin bir silahlı çatışmanın taraflarını haklı gösterilemeyecek zararları engellemek için uygun tedbirleri almak yükümlülüğünden kurtarmayacağı yönünde uygulamalar mevcuttur. Çevre üzerindeki potansiyel etkiler ancak bir saldırının planlanması esnasında değerlendirilebileceği için, çevre üzerinde etkilere ilişkin mutlaka bazı şüphelerin mevcut kalması durumu, ‘tedbir ilkesinin’ bu çeşit bir taarruz için geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Tedbir ilkesi çevre hukukunda git gide daha çok tanınmaktadır.⁴² Ayrıca çevre hukukuna ilişkin bu ilkenin silahlı çatışma-

38 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri, İtalya (ibid., par.10), Kore Cumhuriyeti (ibid., par.80); aşağıdaki devletlerin beyanatları, Arjantin (ibid., par. 29), Kolombiya (ibid., par. 85); aşağıdaki ülkelerin Nükleer silahlar davası’nda UAD’na sundukları savunma ve lahikalar, Mısır (ibid., par. 88), Salomon adaları (ibid., par.103), İran (ibid., par.102), Malezya (ibid., par.97), Katar (ibid., par.102); aynı zamanda aşağıdaki devletlerin Nükleer silahlar (DSÖ) davası’nda Divan’a sundukları lahikalar, Kosta Rika (ibid., par.87), Meksika (ibid., par.98), Ruanda (ibid., par.253), Sri Lanka (ibid., par.104) ve Ukrayna (ibid., par. 261).

39 Silahlı çatışma esnasında çevrenin korunması hakkında yönergeler (1994), par.4 (ibid., par.5), Dünya Doğa Şartı (1982), ilke 20 (ibid., par.74).

40 Bkz. örn. Birleşik Devletler, *Naval Handbook* (ibid., par.11), aşağıdaki devletlerin beyanatları, Arjantin (ibid., par.29) ve Kanada (ibid., par.36 ve 38), Bkz. aynı zamanda ICRC tarafından düzenlenen ve silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması vakfedilmiş uzmanlar toplantısının raporu (ibid., par.60).

41 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par.138).

42 Bkz. örn. Biyolojik çeşitlilik üzerine antlaşma (1992), dibace (ibid., par.126), Rio Bildirgesi (1992), ilke 15 (ibid., par.127); aşağıdaki devletlerin beyanatları Fransa (ibid., par. 131), Yeni Zelanda

lara uygulanabildiği sonucuna varmamıza izin veren uygulamalar mevcuttur. Nükleer Silahlar Davasında Uluslararası Adalet Divanı verdiği danışma görüşünde, 1995 tarihli Nükleer denemeler (durumun incelenmesi talebi) devasında ortaya koyduğu temel ilkelerin bir silahlı çatışma halinde nükleer silahların kullanımına da uygulanabileceğini belirtmiştir.⁴³ Bu ilkeler arasında tedbir ilkesi de bulunmaktadır ki bu Nükleer Silahlar Davasında gerekçelendirmenin kilit unsurlarından birini teşkil etmiştir.⁴⁴ ICRC'nin 1993 yılında BM Genel Kuruluna sunduğu silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması üzerine raporda tedbir ilkesinin “daha yeni tarihli olmasına rağmen uluslararası hukukta genel olarak kabul gördüğünü” belirtmiştir. “Bu ilke çevreye verilebilecek zararları ön görme ve bunları engelleme amacı taşımaktadır. Ciddi ya da geri dönülemez riskler taşıyan durumlarda mutlak bir bilimsel kesinliğin bulunmaması halinin, işbu zararların vuku bulmamasını sağlayabilecek tedbirlerin ertelenmesinin bir bahanesi olarak kullanılmasını engellemektedir.”⁴⁵ Hiçbir devlet bu açıklamayı eleştirmemiştir.

Bir silahlı çatışma esnasında çevre hukukunun uygulanması

Çevreye ilişkin sözleşmelerin eğer bunlarda bu yönde bir hüküm yoksa bir silahlı çatışma halinde de uygulanmaya devam edecekleri hususunda görüşler yeteri kadar tekdüze değildir. Silahlı çatışma süresince çevrenin korunmasına ilişkin Yönergelerde “silahlı çatışma sırasında uygulanan hukuk ile uyumsuz olmadığı müddetçe çevre üzerine yapılan sözleşmeler silahlı çatışmalar sırasında uygulanmayı sürdürürler.”⁴⁶

Nükleer silahlar davasında verdiği danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı bu konuya doğrudan girmemekle birlikte çevrenin koruma ve muhafazasına ilişkin uluslararası hukukun “ekolojik düzene ilişkin mülahazaların silahlı çatışmalar esnasında uygulanacak kural ve ilkelerin hayata geçirilmesinde dikkate alınması gerektiğini öne çıkardığını” belirtmiştir.⁴⁷ Bu davada meseleyi Divana sundukları netice-i taleplerde inceleyen birkaç devlet de farklı görüşler beyan etmişlerdir.⁴⁸

(ibid., par. 132); BM Avrupa İktisadi Komisyonu, sürdürülebilir kalkınma hakkında Bergen Bakanlar Bildirgesi, md.7 (ibid., par. 133).

43 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü, par.32

44 UAD, Nükleer denemeler davası (durumun incelenmesi talebi), mahkeme emri (cilt II'de aktarılmıştır, alt bölüm 14, par.39) Yeni Zelanda tedbir ilkesinin bağlayıcı bir kural olduğunu ileri sürmekteydi (ibid., par.132). Fransa, tedbir ilkesinin bağlayıcı bir Uluslararası hukuk kuralına dönüştüğü konusunun kesin olmadığını ileri sürmüştür. Ancak uygulamada Fransa yine de uluslararası çevre hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olan tedbirleri almıştır (ibid. par.131). UAD, Fransa'nın olduğu kadar Yeni Zelanda'nın da vardıkları sonuçlar itibariyle devletlerin doğal çevreyi koruma ve ona saygı gösterme hususundaki yükümlülüklerine bağlı olduklarını bildirdiklerini kabul etmiştir. (ibid., par.139).

45 ICRC, silahlı çatışma esnasında çevrenin korunması hakkında rapor (ibid., par.143)

46 Silahlı çatışma esnasında çevrenin korunması hakkında yönergeler (1994), par.5 (ibid., par.77)

47 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par.62)

48 Bkz. aşağıdaki devletlerin Nükleer silahlar davasında UAD'na sundukları savunma ve lahikalar, Birleşik Devletler (ibid., par.108), Fransa (ibid., par.89), Salomon adaları (ibid., par. 103) ve Birleşik Krallık (ibid., par.107).

Kural 45. Doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vermesi amaçlanan veya vereceği tahmin edilen savaş araç ve yöntemlerini kullanmak yasaktır. Doğal çevreyi tahrip etmek silah olarak kullanılamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 14, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanabileceği öne sürülebilecek bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri bu kuralın ilk kısmına “ısrarlı muhalif” kalmış gözükmektedir. Buna ek olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Fransa bu kuralın ilk kısmının nükleer silahlar bakımından uygulanmasına ısrarlı muhaliftir.

Doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar verme

Ek I.Protokol madde 35(3), “doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vermesi amaçlanan veya vereceği tahmin edilen savaş araç ve yöntemlerini” kullanmayı yasaklamaktadır.⁴⁹ Ek Protokol madde 55(1) de bu yasağı içerir.⁵⁰ Bu hükümlerin kabul edildikleri sırada yeni oldukları açıktır. Fransa ve Birleşik Krallık Ek I.Protokol’ü onaylarken, bu maddelerin kapsamına giren çevresel hasar riskinin “o anda elde bulunan veriler ışığında objektif olarak” değerlendirilmesi gerektiğini beyan etmiştir.⁵¹

Ancak o tarihten beri, bu yasağın teamüli nitelik kazandığı yönünde hatırı sayılır bir uygulama ortaya çıkmıştır. Bu yasak birçok askeri elkitabında yer almaktadır.⁵² Çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar verme çok sayıda devletin mev-

49 Ek I.Protokol, madde 35(3), (konsensusla kabul edilmiştir) ((*ibid.*, § 145).

50 Ek I.Protokol, madde 55(1), (konsensusla kabul edilmiştir) ((*ibid.*, § 146).

51 Fransa, Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve çekinceler, § 6 (*ibid.*, § 146); Birleşik Krallık, Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve çekinceler, § e (*ibid.*, § 148); ayrıca Bkz. Fransa, UCM Statüsü’nün onaylanması sırasında yapılan yorum beyanları, § 7 (*ibid.*, § 154).

52 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 171–173), Arjantin (*ibid.*, § 163), Avustralya (*ibid.*, §§ 164–165), Belçika (*ibid.*, § 166), Benin (*ibid.*, § 167), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 184), Birleşik Devletler (*ibid.*, §§ 185–186), Fransa (*ibid.*, § 170), Hollanda (*ibid.*, §§ 176–177), İspanya (*ibid.*, § 180), İsveç (*ibid.*, § 181), İsviçre (*ibid.*, § 182), İtalya (*ibid.*, § 174), Kanada (*ibid.*, § 168), Kolombiya (*ibid.*, § 169), Kenya (*ibid.*, § 175), Rusya (*ibid.*, § 179), Togo (*ibid.*, § 183), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 178) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 187) askeri elkitapları.

zuatına göre suçtur.⁵³ Bu uygulamalara Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerinki de dâhildir.⁵⁴ *Nükleer Silahlar Davası*'nda bazı devletler Uluslararası Adalet Divanı'na bildirdikleri görüşlerinde, Ek I.Protokol'ün 35(3) ve 55(1) maddelerinin teamüli nitelikte olduğunu düşündüklerini belirtmişlerdi.⁵⁵ Aynı bağlamda, bir çatışmanın herhangi bir tarafının bu kurala uygun davranması veya çevreyi imha edecek veya çevresel felaket etkisine yol açacak savaş araç ve yöntemlerini kullanmaktan kaçınması gerektiğini beyan ettiklerine göre, diğer devletlerin de bu kuralların teamüli nitelikte oldukları fikrinde olduğu görülmüştür.⁵⁶ Ek I.Protokol'e taraf olmayan İsrail'in uygulamaları hakkındaki rapor, İsrail Savunma Kuvvetleri'nin, çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vermesi amaçlanan veya vereceği tahmin edilen savaş araç ve yöntemlerini kullanmadığını veya tasvip etmediğini belirtmektedir.⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri, 1991'deki Körfez Savaşı'nda uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliği hakkındaki bir ICRC muhtırasına verdiği cevapta, "ABD uygulaması çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar oluşturacak savaş yöntemlerini içermemektedir" beyanında bulunmuştur.⁵⁸ İlgili diğer uygulamalar, Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerin "ekosit" veya "çevrenin geniş tahribatı" iddialarıyla kınanmalarını içermektedir.⁵⁹

Doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar verme yasağı, Silahlı Çatışma Zamanlarında Çevrenin Korunmasına İlişkin Rehber İlkelerde ve Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka riayetlerine ilişkin BM Genel Sekreterlik

-
- 53 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 202), Avustralya (*ibid.*, § 190), Azerbaycan (*ibid.*, § 191), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 192), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 218), Bosna ve Hersek (*ibid.*, § 193), Gürcistan (*ibid.*, § 201), Hırvatistan (*ibid.*, § 198), Hollanda (*ibid.*, § 208), İrlanda (*ibid.*, § 203), İspanya (*ibid.*, § 214), Kanada (*ibid.*, § 195), Kolombiya (*ibid.*, § 196), Kongo (*ibid.*, § 197), Mali (*ibid.*, § 206), Norveç (*ibid.*, § 211), Slovenya (*ibid.*, § 213), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 209) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 220) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 188), Burundi (*ibid.*, § 194), El Salvador (*ibid.*, § 199), Nikaragua (*ibid.*, § 210) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 216) taslak mevzuatları.
- 54 Bkz., Belçika (*ibid.*, § 166), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 184) ve Birleşik Devletler'in askeri elkitabları ("çevreye uzatmalı hasar") (*ibid.*, § 186) ve Azerbaycan'ın mevzuatı (*ibid.*, § 191); ayrıca Bkz. Vietnam'ın mevzuatı ("ekosit") (*ibid.*, § 219).
- 55 Bkz., *Nükleer Silahlar Davası*'nda İsveç (*ibid.*, § 259), Solomon Adaları (*ibid.*, § 257), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 251) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 272) sözlü layihaları ve yazılı beyanları ve *Nükleer Silahlar (DSÖ) Davası*'nda Hindistan (*ibid.*, § 232), Lesoto (*ibid.*, § 247), Marshall Adaları (*ibid.*, § 248), Nauru (*ibid.*, § 249) ve Samoa'nın (*ibid.*, § 254) sundukları yazılı beyanlar, yorumlar veya cevap layihası.
- 56 Bkz. *Nükleer Silahlar Davası*'nda Avustralya (*ibid.*, § 223), Ekvador (*ibid.*, § 226), İsveç (*ibid.*, § 259), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 251) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 272) sözlü layihaları ve yazılı beyanları ve *Nükleer Silahlar (DSÖ) Davası*'nda Ruanda (*ibid.*, § 253) ve Ukrayna'nın (*ibid.*, § 261) yazılı beyanları.
- 57 İsrail'in Uygulamaları Hakkında Rapor (*ibid.*, § 241).
- 58 Birleşik Devletler, Kara Kuvvetleri'nden Körfez bölgesinde konuşlanmış ABD Ordu kuvvetlerinin hukuki danışmanına gönderilen Mektup (*ibid.*, § 264).
- 59 Örneğin bkz., Almanya (*ibid.*, § 231), İran (*ibid.*, § 236) ve Kuveyt'in (*ibid.*, § 245) 1991'de Irak'a ilişkin beyanları ve Yugoslavya'nın NATO'nun 1999'da bir petrokimya tesisini bombardımanına ilişkin beyanı (*ibid.*, § 271).

Bülteni'nde de tekrar edilmiştir.⁶⁰ ICRC, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulması için Hazırlık Komitesi'ne 1997'de sunduğu tartışma metninde “doğal çevreye kas-ten yaygın, uzun süreli ve ağır zarar vermeyi” bir savaş suçu olarak değerlendirmişti.⁶¹ Üzerinde mutabakata varılarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne dâhil edilen savaş suçları için nihai metin bu savaş suçunu “... Doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır bir hasar vereceğinin bilincinde olarak, beklenen somut ve doğrudan genel askeri avantaja kıyasla açıkça aşırı olan saldırının başlatılması” şeklinde tanımlamaktadır.⁶² Böylece Statü, bu kuralda yer alan yasağın suç haline gelmesi hususunda ek bir koşul getirmektedir.

Ne var ki, Ek I.Protokol'deki kuralın, özellikle “vereceği tahmin edilen” ibaresinin teamüli niteliğine ilişkin şüpheleri dile getiren belli bir miktar uygulama da bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık, *Nükleer Silahlar Davası*'nda Uluslararası Adalet Divanı'na bildirdikleri görüşlerinde, Ek I.Protokol'ün 35(3) ve 55(1) maddelerinin teamül olmadıkları belirtmiştir.⁶³ Bu kuralın sadece “bu kural ile bağlanmış devletlere” uygulanabilirliğinden bahsettiğinden dolayı bizzat Divan da, bu kuralın teamül olmadığını değerlendirmiş gözükmektedir.⁶⁴ Giriş bölümünde Ek I.Protokol'ün 35(3) ve 55(1) maddelerine atıfta bulunan Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme'yi onaylarken hem Fransa hem de Amerika Birleşik Devletleri, bunun teamül kuralı olmadığı yönünde birer yorum beyanı yapmıştır.⁶⁵ Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'ne karşı NATO Bombardıman Harekâtını Gözden Geçirmek için Kurulan Komite'nin, Ek I.Protokol'ün 55. maddesinin “güncel teamül hukukunu yansıttır olabileceğini” belirten Nihai Raporu ise daha muğlâktır.⁶⁶

Ek I.Protokol'de dile getirildiği biçimiyle bu kuralın teamüli niteliğine ilişkin sorun, nükleer silahlara değil de konvansiyonel silahlara uygulandığı müddetçe bu kuralı kabul ettiklerini gösteren bazı uygulamaları olan Fransa, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nin pozisyonlarına dayanmaktadır. Bu, Birleşik Krallık LOAC Elkitabı ve ABD Hava Kuvvetleri Kumandanın Elkitabı'yla⁶⁷ ve Fransa'nın ve Birleşik Krallık'ın Ek I.Protokol'ü onaylarken Protokol'ün nükleer silahlara

60 Silahlı Çatışma Zamanlarında Çevrenin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler, para. 11 (*ibid.*, § 159); BM Genel Sekreterlik Sirküleri, Kısım 6.3 (*ibid.*, § 161).

61 ICRC, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulması için Hazırlık Komitesi'ne 1997'de sunulan tartışma metni (*ibid.*, § 287).

62 UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(iv) (*ibid.*, § 153).

63 Birleşik Krallık, *Nükleer Silahlar Davası*'nda UAD'na sunulan yazılı beyan (*ibid.*, § 262); Birleşik Devletler, *Nükleer Silahlar Davası*'nda UAD'na sunulan yazılı beyan (*ibid.*, § 269).

64 UAD, *Nükleer Silahlar Davası*, Danışma Görüşü (*ibid.*, § 282).

65 Fransa, CCW'nin onaylanması sırasında yapılan çekinceler (*ibid.*, § 152); Birleşik Devletler, CCW'nin onaylanması sırasında yapılan anlayış beyanları (*ibid.*, § 153).

66 YFC'ne karşı NATO Bombardıman Harekâtını Gözden Geçirmek için Kurulan Komite, Nihai Rapor (*ibid.*, § 283).

67 Birleşik Krallık, *SÇH Elkitabı* (*ibid.*, § 184); Birleşik Devletler, *Hava Kuvvetleri Kumandanın Elkitabı* (*ibid.*, § 185).

uygulanamayacağı yönünde beyan ettikleri çekincelerle açıkça ortaya çıkar.⁶⁸ Bu pozisyon, Fransa'nın ve Birleşik Krallık'ın, Ek I.Protokol'ün 35(3) ve 55(1) maddelerinin teamüli olmadığına dair beyanlarıyla⁶⁹ beraberce, bu üç devletin *opinio juris*'inin bu kuralların kendi başlarına nükleer silahların kullanımını yasaklamadığı yönünde olduğu anlamına gelir.

Savaş yöntemleri ve konvansiyonel silahların kullanımı ile ilgili olduğu ölçüde uygulama, Ek I.Protokol'ün 35(3) ve 55(1) maddelerinde yer alan kuralın teamül hukuku niteliğinin yaygın, temsil edici ve neredeyse yeknesak olarak kabul edildiğini gösterir. Bu hususta, Fransa, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulamaları tamamen tutarlı değildir. Bu kuralların teamüli olmadığı yönünde kimi bağlamda yaptıkları beyanlar, kuralın nükleer silahlara uygulanmadığı müddetçe bağlayıcı olduğunun belirtildiği diğer başka bağlamda (özellikle askeri elkitaplarında) yaptıklarıyla çelişmektedir.⁷⁰ Bu üç devlet, bu tür hasarın verilmesi bakımından “özel olarak etkilenen” devletler olmadıklarından, bu aykırı uygulama teamül kuralının doğmasını engellemeye yeterli değildir. Ancak, bu üç devlet, nükleer silahlara sahip olma açısından özel olarak etkilenmektedir ve bu kuralın bu türden silahlara uygulanmasına itirazları da, bu kuralın 1977'de ahdi olarak kabul edilmesinden beridir tutarlı olagelmıştır. Bu yüzden, eğer “ısrarlı muhalefet” insancıl kurallar bağlamında mümkün ise, bu üç devlet nükleer silahların kullanılması hakkında bu spesifik kuralla bağlı değildir. Ancak bunun, nükleer silahların kullanılmasının diğer başka kurallar, örneğin ayırım gözetmeyen saldırıların yasaklanması (bkz. Kural 11) ve orantılılık ilkesi (bkz. Kural 14) uyarınca hukuka aykırı bulunabileceğini engellemediğini de belirtmek gerekir.

Doğal çevrenin tahrip edilmesinin silah olarak kullanılması

Doğal çevrenin kasten tahribinin bir silah biçimi olarak kullanılmasını yasaklayan çok geniş devletler uygulaması bulunmaktadır. ENMOD Sözleşmesi, diğer başka bir taraf devlete tahribat, hasar veya zarar verme yöntemi olarak yaygın, uzun süreli ve ağır etki yaratmak üzere çevrenin kasten tadil edilmesini yasaklamaktadır.⁷¹ Bu hüküm ile Ek I.Protokol'dekinin arasındaki fark, Ek I.Protokol esas olarak etkilere atıf yaparken, ENMOD Sözleşmesi'nin çevreyi tadil etmek için bir tekniğin kasten kullanılmasından bahsetmesidir. ENMOD Sözleşmesi'ndeki hükümlerin artık teamüli olup olmadıkları açık değildir. Bir yanda, İsrail, Güney Kore ve Yeni Zelanda'nın askeri elkitapları, bu sözleşmenin sadece taraflarını bağladığını kabul

68 Fransa, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında yapılan beyan (*ibid.*, § 147); Birleşik Krallık, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve çekinceler (*ibid.*, § 149).

69 Fransa, CCW'nin onaylanması sırasında yapılan çekinceler (*ibid.*, § 152); Birleşik Krallık, *Nükleer Silahlar Davası*'nda UAD'na sunulan yazılı beyan (*ibid.*, § 262).

70 Örn. bkz., Fransa (*ibid.*, § 169), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 183) ve Birleşik Devletler'in (*ibid.*, § 184) askeri elkitapları.

71 ENMOD Sözleşmesi, madde I (*ibid.*, § 290).

eder gözükmektedir.⁷² Öte yandan, ENMOD Sözleşmesi'ne taraf olmayan Endonezya ise askeri elkitabında bu kuralı belirtmektedir.⁷³ Silahlı Çatışma Zamanlarında Çevrenin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler bu kuralı içerir.⁷⁴ Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Onyılı hakkında 1994'te oya konulmaksızın kabul ettiği bir kararıyla BM Genel Kurulu, tüm devletleri bu Rehber İlkeleri geniş şekilde yaymaya davet etmiştir.⁷⁵ 1992'deki İkinci ENMOD Gözden Geçirme Konferansı'nda Amerika Birleşik Devletleri, Sözleşmenin “doğanın kendisinin bir savaş aleti olarak kullanılmaması gerektiği yönünde uluslararası toplumun konsensüsünü” yansıttığını belirtmiştir.⁷⁶

ENMOD Sözleşmesi'nde yer alan spesifik kurallara ilaveten, çevreye yönelik kasti bir saldırıyı bir savaş yöntemi olarak kullanmayı yasaklayan önemli uygulamalar bulunmaktadır. Bazı devletlerin mevzuatı “ekosit”i suç olarak kabul etmektedir.⁷⁷ Estonya'nın Ceza Kanunu bir savaş metodu olarak çevreyi etkilemeyi yasaklar.⁷⁸ Yugoslavya, 1999'da bir petrokimya tesisine yapılan NATO saldırısı ile bağlantılı olarak “ekosit” olarak adlandırdığı şeyi kınamıştır.⁷⁹ 1991'de BM Genel Sekreteri'ne gönderdiği bir mektupta Irak çevreyi ve doğal kaynakları “silah olarak” istismar etmeyeceğini belirtmiştir.⁸⁰ BM Genel Sekreteri'ne aynı yıl gönderdiği bir mektupta Kuveyt ise çevrenin ve doğal kaynakların “terörizm silahı olarak” kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir.⁸¹ BM Genel Kurulu'nun Altıncı Komitesi'nde 1991'deki bir tartışma esnasında İsveç, Irak kuvvetlerinin çevreyi tahrip etmesine işaret ederek, bunun “gelecekte kabul edilemez savaş şekli” olduğunu söylemiştir.⁸² Aynı bağlamda Kanada da, “bu şekilde çevrenin, doğrudan saldırının hedefi olmaması gerektiğini” belirtmiştir.⁸³ Ayrıca, 1991'de OECD Çevre Bakanları tarafından, Irak'ın petrol kuyularını ateşe vermesini ve petrolü Körfez'e dökmesini uluslararası hukukun bir ihlali olarak kınayan bir bildirinin kabul edilmesi ve Irak'tan çevresel tahribata bir silah olarak başvurmaktan vazgeçmesinin istenmesi de dikkat çekicidir.⁸⁴

72 İsrail, *Savaş Kurallarına İlişkin Elkitabı* (*ibid.*, § 300); Güney Kore, *Askeri Hukuk Elkitabı* (*ibid.*, § 301); Yeni Zelanda, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 302).

73 Endonezya, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 299).

74 Silahlı Çatışma Zamanlarında Çevrenin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler, para. 12 (*ibid.*, § 294).

75 BM Genel Kurul, Karar 49/50 (*ibid.*, § 317).

76 Birleşik Devletler, İkinci ENMOD Gözden Geçirme Konferansı'ndaki Beyan (*ibid.*, § 316).

77 Örn. bkz., Beyaz Rusya (*ibid.*, § 192), Ermenistan (*ibid.*, § 189), Kazakistan (*ibid.*, § 204), Kırgızistan (*ibid.*, § 205), Moldova (*ibid.*, § 207), Rusya (*ibid.*, § 212), Tacikistan (*ibid.*, § 215), Ukrayna (*ibid.*, § 217) ve Vietnam'ın (*ibid.*, § 219) mevzuatları.

78 Estonya, *Ceza Kanunu* (*ibid.*, § 200).

79 Yugoslavya, Çağrılar ve Federal Kalkınma, Bilim ve Çevre Bakanlığı'nın Mektubu (*ibid.*, § 271).

80 Irak, BM Genel Sekreteri'ne Mektup (*ibid.*, § 237).

81 Kuveyt, BM Genel Sekreteri'ne Mektup (*ibid.*, § 245).

82 İsveç, BM Genel Kurulu Altıncı Komite huzurunda beyan (*ibid.*, § 48).

83 Kanada, BM Genel Kurulu Altıncı Komite huzurunda beyan (*ibid.*, § 37).

84 OECD, Çevre Bakanları Bildirisi (*ibid.*, § 278).

Binaenaleyh, ENMOD Sözleşmesi'nin hükümlerinin kendilerinin teamül hukuku olup olmadıklarına bakılmaksızın, doğal çevrenin tahrip edilmesinin silah olarak kullanılamayacağı sonucuna varmaya yetecek kadar yaygın, temsil edici ve yeknesak uygulama vardır.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kuralın her iki kısmının da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilirliği, uluslararası silahlı çatışmalara nazaran daha belirsizdir. Ek I.Protokol'ün 35(3) maddesinde yer alan kuralın aynı Ek II.Protokol'ye de dâhil etme teklifi, Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan Diplomatik Konferans'ın III. Komitesinde 1974'te kabul edilmiş fakat 1977'de ret edilmiştir.⁸⁵ Bu fikir değişikliğinin nedeni açık değildir fakat Ek II.Protokol'ün kabul edilmesini sağlamak amacıyla müzakerelerin son safhalarında getirilen basitleştirme süreciyle alakalı olabilir. Bu kural, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin diğer başka belgelerde de yer alır.⁸⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları bu kuralı içerir.⁸⁷ İlaveten, birçok devlet “ekosit”i veya kasten “doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar” vermeyi, her türlü silahlı çatışma için suç haline getiren mevzuat kabul etmiştir.⁸⁸ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda meydana gelen çevresel hasarla bağlantılı olarak birkaç kınama bulunmaktadır.⁸⁹ Ancak, silahlı çatışmada çevresel hasarı kınayan resmi beyanların çoğu, genel niteliktedir ve uluslararası silahlı çatışmalara hasredilmiş gibi gözükmemektedir.

Ancak, bu kural henüz teamül hukuku değilse de, çevrenin daha ileri korunmasına doğru ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak kurallar tesis edilmesine doğru mevcut eğilimler, bu kuralın zaman içinde teamüli hale gelme ihtimalinin yüksek olduğu anlamını taşır. Bu, çevreye verilen önemli hasarın pek nadiren uluslararası sınırlara saygı göstermesinden dolayı ve ayrıca bu tür hasar ver-

85 Bkz., Ek Protokoller'in kabul edilmesi ile sonuçlanan Diplomatik Konferans'taki müzakereler bağlamındaki devlet uygulamaları (*ibid.*, § 150).

86 Örn. bkz., Hırvatistan ve Sosyalist Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 6 (*ibid.*, § 157); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.5 (*ibid.*, § 158).

87 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 171–173), Avustralya (*ibid.*, § 164), Benin (*ibid.*, § 167), Güney Kore (*ibid.*, § 301), İtalya (*ibid.*, § 174), Kenya (*ibid.*, § 175), Kolombiya (*ibid.*, § 169), Togo (*ibid.*, § 183) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 187) askeri elkitapları.

88 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 191), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 192), Bosna ve Hersek (*ibid.*, § 193), Ermenistan (*ibid.*, § 189), Hırvatistan (*ibid.*, § 198), İspanya (*ibid.*, § 214), Kazakistan (*ibid.*, § 204), Kırgızistan (*ibid.*, § 205), Kolombiya (*ibid.*, § 196), Moldova (*ibid.*, § 207), Slovenya (*ibid.*, § 213), Tacikistan (*ibid.*, § 215), Ukrayna (*ibid.*, § 217) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 220) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 188), El Salvador (*ibid.*, § 199) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 210) taslak mevzuatları.

89 Örn. bkz., Bosna ve Hersek (*ibid.*, § 223) ve Kolombiya'nın (*ibid.*, § 84) beyanları.

mek, ayırım gözetmeyen saldırıların yasaklanması (bkz. Kural 11) gibi hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda eşit derecede uygulanacak diğer başka kurallara aykırı olabileceği için, özellikle doğrudur.

Yorum

Bu kural ile sivil nesnelere uygulanacak genel uluslararası insancıl hukuk kuralının çevreye de uygulanmasını gerektiren kural (bkz. Kural 43) arasındaki fark, bu kuralın mutlak olmasıdır. Eğer yaygın, uzun süreli ve ağır hasar verilmişse veya doğal çevre silah olarak kullanılmışsa, bu davranışın veya sonucun askeri gereklilik temelinde mazur olup olmadığını veya arazi hasarın aşırı olup olmadığını sorgulamak gereksizdir. Ek I.Protokol'deki “yaygın, uzun süreli ve ağır hasar” deyişinin böylesine yüksek bir eşik getirmesinin sebebi işte budur. Üç koşul bir arada gerçekleşmelidir ve “uzun süreli” ibaresi görüşmeci devletlerce onlarca yıl anlamına gelecek şekilde anlaşılmıştır. Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'ne karşı NATO Bombardıman Harekâtını Gözden Geçirmek için Kurulan Komite 2000'de Nihai Raporunda, eşiğin, bir ihlal olduğu kararına varılamayacak kadar yüksek olduğunu ifade etmiştir. Rapor, Körfez Savaşı sırasındaki hasarın bu eşiği aşmış olduğunu hususunda bu sebepten dolayı görüş ayrılığı olduğuna işaret etmiştir.⁹⁰ ABD Savunma Bakanlığı da 1992'de Kongre'ye sunduğu raporunda hasarın “uzun süreli” olma eşiğini aşmış olduğunu sorgulamıştır.⁹¹

Eski Sovyetler Birliği ülkelerinin ceza kanunlarında “ekosit”, “flora ve faunanın toptan yok edilmesi ve atmosferin veya su kaynaklarının zehirlenmesi ve bunların yanı sıra ekolojik bir felakete yol açabilecek diğer eylemler” olarak tanımlanmaktadır.⁹² Vietnam'ın Ceza Kanunu da “doğal çevrenin yok edilmesinden bahsetmektedir.”⁹³

Bu kuralın ihlali, belli bir savaş araç veya yönteminin yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vereceğine veya muhtemelen vereceğine ilişkin bir bilginin veya çıkarsamanın olduğunu mecburen farz ettiğinden dolayı, hangi tür savaşın hangi tür çevre üzerinde böyle felaket etkisi yaratacağına ilişkin bir miktar fikir sahibi olunması gerekecektir. Kural 44 ile birlikte değerlendirildiğinde bunun anlamı, bir çatışmanın taraflarının planladıkları eylemlerin potansiyel sonuçları ile ilgili mümkün olduğu ölçüde bilgi edinmekle yükümlü oldukları ve yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vereceği tahmin edilebilecek eylemlerden imtina etmeleri gerektiğidir. Silahlı çatışma

90 YFC'ne karşı NATO Bombardıman Harekâtını Gözden Geçirmek için Kurulan Komite, Nihai Rapor (*ibid.*, § 283).

91 Birleşik Devletler, Savunma Bakanlığı, Basra Körfezi Savaşı'nın İdaresine İlişkin Olarak Kongre'ye Sunulan Nihai Rapor (*ibid.*, § 267).

92 Bkz. Beyaz Rusya (*ibid.*, § 192), Ermenistan (*ibid.*, § 189), Kazakistan, (*ibid.*, § 204), Kırgızistan (*ibid.*, § 205), Moldova (*ibid.*, § 207), Rusya, (*ibid.*, § 212), Tacikistan, (*ibid.*, § 215) ve Ukrayna'nın (*ibid.*, § 217) mevzuatları.

93 Vietnam, *Ceza Kanunu* (*ibid.*, § 219).

zamanında çevrenin korunması hakkında 1993'te BM Genel Sekreteri'ne sunduğu bir raporda ICRC şunu belirtmiştir:

“Çevresel tahribat yaratacak bazı eylemlerin kapsamının ve süresinin ne olacağını önceden tam olarak bilmek kolay değildir ve “yaygın, uzun süreli ve ağır” kriterinin katı bir yorumunun karşılanacağını kesin olmadığı vakalarda dahi çevresel tahribatı mümkün olduğunca sınırlama gereği vardır”.⁹⁴

Ek I.Protokol'ün aksine, ENMOD Sözleşmesi koşullarının bir arada gerçekleşmesini arayan bir standart içermemektedir ve “uzun süreli” ibaresi bu Sözleşme’de “aylar boyunca veya yaklaşık bir mevsim süren” şeklinde tanımlanmıştır.⁹⁵ Bu farklılık ENMOD, çevre üzerinde amaçlanan veya tahmin edilen bir sonuçtan ziyade, çevrenin kasten tadil edilmesinden bahsettiği için konulmuştur. 1992’de ENMOD Sözleşmesi’nin taraflarının, Sözleşme’nin, bitkileri öldüren ilaçların kullanımını, çevresel tadil için kullanılıyorsa ve bölgenin ekolojik dengesini bozma etkisi yaratıyorsa yasaklayan bir yorumunu kabul etmiş olmaları dikkat çekicidir.⁹⁶ Bu yorum, taraf devletlerin Sözleşme’yi bilim-kurgu türü silahlarla sınırlandırmama arzusuna dayanmaktadır ve bundan dolayı silahlı çatışma sırasında çevreye daha geniş koruma sağlamaya yönelik bir ilgiyi yansıtmaktadır.⁹⁷

94 ICRC, Silahlı çatışma zamanında çevrenin korunması hakkında Rapor (*ibid.*, § 286).

95 Silahsızlanma Komitesi Konferansı, ENMOD Sözleşmesi’nin 1. maddesine ilişkin Anlayış (*ibid.*, § 291).

96 ENMOD SÖZleşmesi Taraflarının İkinci Gözden Geçirme Konferansı, Sonuç Bildirisi (Cilt II, Alt-Bölüm 24, § 633’te aktarılmıştır).

97 Örn. bkz., Kanada, ENMOD İkinci Gözden Geçirme Konferansı’nda yapılan Beyan (*ibid.*, § 616).

BÖLÜM III

BELİRLİ SAVAŞ YÖNTEMLERİ

HAYAT BAĞIŞLAMAYI REDDETMEK

Not: Hayat bağışlama yükümlülüğü savaş meydanında muharebe durumlarında muharebe dışı kalmış olarak kabul edilen kişilere saldırılmasını yasaklayan temel bir kuraldır. Muharebe dışı kalan kişilere gösterilecek muamele Bölüm V'te incelenmiştir.

Kural 46. – Hayat bağışlanmayacağına yönelik emir vermek, bununla hasmı tehdit etmek ya da muhasamata bu karara bağlı olarak sürdürmek yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 15, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Bu kurala muhasamata doğrudan katılan herkes tarafından saygı gösterilmelidir, ancak uygulamada özellikle komutanlar için anlam taşımaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Hayat bağışlanmayacağını ilan etme yasağı, Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Oxford Talimatnamesi'nde mevcut bulunan eski bir teamül hukuku kuralıdır; Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir.¹ 'hayat bağışlamama emri' I. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Sorumluluklar Komisyonu'nun raporunda da savaş suçları arasında

¹ Lieber Kodu (1863), md.60 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 7); Brüksel Bildirgesi (1874), md.13, al. d) (ibid., par. 8); Oxford Talimatnamesi (1880), md.9, al. b) (ibid., par. 9); Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. d) (ibid., par. 2).

yer almaktadır.² Bu kural bundan böyle Ek I.Protokol'de de yazılıdır.³ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'hayat bağışlamayacağını ilan etmek' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁴

Bu yasak önemli bir sayıda askeri talimatnamede de mevcut bulunmaktadır.⁵ Birçok devlette hayat bağışlanmayacağını emretmek ulusal mevzuatın ihlalini teşkil etmektedir.⁶ I. ve II. Dünya Savaşları'ndan sonra yargılanan birçok olayda sanıklar bu kuralı ihlal etmekle suçlanmışlardır.⁷

Ek I.Protokol'e hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir verileceği 'tehdidi' ya da muhasamata bu karara göre sürdürme yasağının eklenmesi, hiçbir tartışmaya sebebiyet vermemiştir ve önemli bir sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁸ Bu yasak birçok devletin mevzuatında mevcuttur.⁹ Hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir verileceği tehdidi, Ek I.Protokol'e taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış birçok devlet tarafından desteklenmiştir.¹⁰ Genel olarak uluslararası hukuk, yasak bir eylemin icra edileceği tehdidini yasaklamaktadır. Ayrıca hayatta kalan kimsenin olmayacağı yönünde emir vermek ya da bununla tehdit etmek yasaksa, böyle bir emri ifa etmek ya da bu tehdidi hayata geçirmek ya da

2 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 11).

3 Ek I.Protokol (1977), md.40 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 3).

4 UCM'nin Statüsü (1998), md.8 par. 2, al. b) xii) (ibid., par. 6).

5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 45), Arjantin (ibid., par. 15), Belçika (ibid., par. 19), Burkina Faso (ibid., par. 22), Kamerun (ibid., par. 23), Kolombiya (ibid., par. 27), Kongo (ibid., par. 28), Birleşik Devletler (ibid., par. 52), Fransa (ibid., par. 29-30), İtalya (ibid., par. 34), Mali (ibid., par. 36), Fas (ibid., par. 37), Nijerya (ibid., par. 40-42), Birleşik Krallık (ibid., par. 50-51), Senegal (ibid., par. 44) ve İsviçre (ibid., par. 48).

6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 54), Avustralya (ibid., par. 55), Kanada (ibid., par. 59), Çin (ibid., par. 60), Kongo (ibid., par. 61), İspanya (ibid., par. 75), Birleşik Devletler (ibid., par. 78), Etyopya (ibid., par. 63), Gürcistan (ibid., par. 64), İtalya (ibid., par. 67), Litvanya (ibid., par. 68), Mali (ibid., par. 69), Yeni Zelanda (ibid., par. 72), Hollanda (ibid., par. 70-71) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 77); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 58) ve Trinidad- Tobago (ibid., par. 76).

7 Bkz. örn. Kanada, Aurich'teki Askeri Mahkeme, Abbaye Ardenne davası (ibid., par. 81); Almanya, Leipzig Mahkemesi, Stenger Cruisus davası (ibid., par. 85); Birleşik Krallık, Hamburg'daki İngiliz askeri mahkemesi, Peleus davası (ibid., par. 86), Wickman (ibid., par. 88) ve Von Ruchteschell (ibid., par. 89) davaları; Birleşik Krallık, Brunswick Askeri Mahkemesi, Von Falkenhorst davası (ibid., par. 87); Birleşik Krallık, 5 no'lu Curiohaus Mahkemesi, Hamburg-Altona, Le Paradis davası (ibid., par. 90); Birleşik Devletler, Augsburg'daki askeri komisyon, Thiele davası (ibid., par. 91); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Birleşik Devletler Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı davası (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 92).

8 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 33), Arjantin (ibid., par. 16), Avustralya (ibid., par. 17-18), Belçika (ibid., par. 20), Benin (ibid., par. 21), Kamerun (ibid., par. 24), Kanada (ibid., par. 25-26), İspanya (ibid., par. 46), Fransa (ibid., par. 30 et 32), Kenya (ibid., par. 35), Yeni Zelanda (ibid., par. 39), Hollanda (ibid., par. 38), Rusya (ibid., par. 43), İsveç (ibid., par. 47), Togo (ibid., par. 49) ve Yugoslavya (ibid., par. 53).

9 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları:Almanya (ibid., par. 65), Avustralya (ibid., par. 56), Bosna Hersek (ibid., par. 57), Hırvatistan (ibid., par. 62), İrlanda (ibid., par. 66), Norveç (ibid., par. 73), Slovenya (ibid., par. 74) ve Yugoslavya (ibid., par. 79).

10 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 30) Kenya (ibid., par. 35), Birleşik Devletler'in beyanatu (ibid., par. 98) İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 95).

böyle bir karara bağlı olarak askeri operasyonları sürdürmek evleviyetle yasaktır. Hayatta kalan kimsenin olmayacağı yolunda emir vererek askeri operasyonları yönetmek muharebe dışı kalmış kişilere saldırma yasağının mükerrer ihlalini teşkil edecektir (bkz. Kural 47).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek I.Protokol'ün 4. maddesi hayatta kalan kimsenin olmayacağını emretmeyi yasaklamaktadır.¹¹ Sierra Leone için bir Özel Mahkemenin kurulması üzerine yazdığı raporda BM Genel Sekreteri, 4. maddenin düzenlemelerinin uzun zamandan beri uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunun kabul edildiğini saptamıştır.¹² Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü 'hayat bağışlanmayacağını ilan etmenin' uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil edeceğini hükme bağlamıştır¹³

Hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir verme yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış olan askeri talimatnamelerde de mevcuttur.¹⁴ Türü ne olursa olsun bir silahlı çatışmada hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir vermek önemli sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir. ¹⁵ Kolombiya Anayasa Mahkemesi bu yasağın Anayasa'nın ilkelerine uygun olduğuna hükmetmiştir, çünkü bu yasağın amacı insan hayatını ve onurunu korumaktır. Mahkeme ayrıca, bir askerin üstünün vereceği 'muharebe dışında öldürme' emrine uymama yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.¹⁶ Hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir verme yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanatlara da desteklenmektedir.¹⁷

11 Ek II.Protokol (1977), md.4, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 4).

12 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için özel bir mahkeme kurulması hakkında rapor (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 444).

13 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. e) x) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 6).

14 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 45), Almanya (ibid., par. 33), Arjantin (ibid., par. 16), Avustralya (ibid., par. 17-18), Benin (ibid., par. 21), Kamerun (ibid., par. 24), Kanada (ibid., par. 25-26), Kolombiya (ibid., par. 27), İspanya (ibid., par. 46), Fransa (ibid., par. 32), İtalya (ibid., par. 34), Kenya (ibid., par. 35), Nijerya (ibid., par. 40 et 42), Yeni Zelanda (ibid., par. 39), Hollanda (ibid., par. 38), Rusya (ibid., par. 43), Togo (ibid., par. 49) ve Yugoslavya (ibid., par. 53).

15 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 65), Avustralya (ibid., par. 56), Bosna Hersek (ibid., par. 57), Kanada (ibid., par. 59), Kongo (ibid., par. 61), Hırvatistan (ibid., par. 62), Etiyopya (ibid., par. 63), Gürcistan (ibid., par. 64), İrlanda (ibid., par. 66), Norveç (ibid., par. 73), Yeni Zelanda (ibid., par. 72), Hollanda (ibid., par. 71), Birleşik Krallık (ibid., par. 75), Slovenya (ibid., par. 74) ve Yugoslavya (ibid., par. 79); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuatı: İtalya (ibid., par. 67), ki bunun uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsamaktadır. Ayrıca Bkz. Burundi (ibid., par. 57) ve Trinidad-Tobago'nun mevzuat taslakları (ibid., par. 76).

16 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar no T-409 (ibid., par. 82), Karar n° C-225/95 (ibid., par. 83) ve Karar no C-578 (ibid., par. 84).

17 Bkz. örn. Çin, Halkın Kurtuluşu Ordusu'nun Duyurusu (ibid., par. 94).

El Salvador için BM Gerçekleri Tespit Komisyonu'nun, iki yaralı askerin bir FMLN devriyesi mensubunca öldürüldüğü bir olaya ilişkin incelemesinde, işbu infazların ne üstler tarafından emredildiğine; ne de FMLN'in sistematik olarak esirleri öldürmeye yönelik politikasına tekabül ettiğine ilişkin yeterli kanıt bulamamıştır. Komisyon, FMLN'in bu olayların suç teşkil ettiğini kabul ettiğini ve sanıkları yargıladığını belirtmiştir.¹⁸

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, hiç kimsenin hayatta kalmayacağına yönelik emir verilmesinin uluslararası ya da uluslararası olmayan bütün silahlı çatışmalarda yasak olduğunu hatırlatmıştır.¹⁹

Muhasamatı hayat bağışlamayı reddetme temeli üzerinde yürütmek Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesinin ihlal edecektir; zira muharebe dışı kalmış kişilerin öldürülmesini doğuracaktır.²⁰ Aynı zamanda adam öldürmeyi yasaklayan temel garantiyi de ihlal edecektir (bkz. Kural 89).

Kural 47. – Muharebe dışı kaldığı kabul edilen kişilere saldırma yasaktır. Herhangi bir muhasamat fiilinden kaçınması ve kaçmaya çalışmaması şartıyla

- a) Hasım tarafın eline geçen;
 - b) Bilincini kaybettiğinden, deniz kazası geçirdiğinden, yaralarından ya da hastalığından dolayı savunmasız kalan; ya da
 - c) Teslim olma niyetini açıkça gösteren;
- Her kişi muharebe dışı kalmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 15, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan, Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir ulus-

18 Birleşmiş Milletler'in El Salvador için kurduğu Hakikat Komisyonu, Çılgınlıktan Umuda, rapor (ibid., par. 103).

19 Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) (ICRC), Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında memorandum (ibid., par. 110), Türkuaz Operasyonu'na katılan kuvvetlerce uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında memorandum (ibid., par. 111) ve basın bildirisi 01/58 (ibid., par. 113).

20 Cenevre Sözleşmeleri(1949), ortak md.3 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 1).

lararası teamül hukuku kuralıdır.²¹ Lahey Tüzüğü özellikle ‘silahını indirerek ya da artık kendini savunma imkânları olmayarak kendi takdiri ile teslim olan bir düşmanı öldürme ya da yaralamanın’ yasak olduğunu açıkça belirtmektedir.²² Ek I.Protokol muharebe dışı olarak kaldığı kabul edilen kişilere karşı saldırıları yasaklamakta ve bu çeşit saldırıların Protokol’ün ağır ihlallini teşkil ettiğini belirtmektedir.²³ Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü’ne göre ‘silahını bırakarak ya da artık kendini savunma imkânları olmayarak kendi takdiri ile teslim olan bir muharibi öldürme ya da yaralama’ uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.²⁴

Muharebe dışı kalmış olduğu kabul edilen kişilere saldırma yasağı önemli bir sayıdaki askeri talimatnamede yazılıdır.²⁵ İsveç’in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesi, Ek I.Protokol’ün 41. maddesinde yazılı olan muharebe dışı kaldığı kabul edilen kişilere saldırma yasağını bir uluslararası teamül hukuku kuralının kodifikasyonu olarak tanımlamaktadır.²⁶

Birçok devlette işbu kuralın her ihlali mevzuatın da ihlallini teşkil etmektedir.²⁷ Askeri bildirimlerde de bu duruma atıf yapılmıştır.²⁸ Bu kural resmi beyanatlar ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmektedir.²⁹ Muharebe dışı kalmış kişilere

21 Lieber Kodu (1863), md.71 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 218); Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al. c) (ibid., par. 219); Oxford Talimatnamesi (1880), md.9, al. b) (ibid., par. 220).

22 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. c) (ibid., par. 214).

23 Ek I.Protokol (1977), md.41, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 119) et md.85, par. 3, al. e) (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 120).

24 UCM’nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) vi) (ibid., par. 217).

25 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 156), Arjantin (ibid., par. 126), Avustralya (ibid., par. 127-128), Belçika (ibid., par. 129-130), Benin (ibid., par. 131), Kamerun (ibid., par. 132), Kanada (ibid., par. 133), Kolombiya (ibid., par. 135-136), Hırvatistan (ibid., par. 137-139), Ekvator(ibid., par. 140), İspanya (ibid., par. 157), Birleşik Devletler, Fransa (ibid., par. 141-143), Macaristan (ibid., par. 144), İsrail (ibid., par. 145-146), İtalya (ibid., par. 147-148), Kenya (ibid., par. 149), Madagaskar (ibid., par. 150), Yeni Zelanda (ibid., par. 152), Hollanda (ibid., par. 151), Filipinler (ibid., par. 153), Romanya (ibid., par. 154), Rusya (ibid., par. 155), İsveç (ibid., par. 158), İsviçre (ibid., par. 159) ve Togo (ibid., par. 160).

26 İsveç, *IHL Manual* (ibid., par. 158).

27 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 176), Ermenistan (ibid., par. 163), Avustralya (ibid., par. 164-165), Belarus (ibid., par. 166), Belçika (ibid., par. 167), Bosna Hersek (ibid., par. 168), Kanada (ibid., par. 169), Kıbrıs (ibid., par. 173), Kolombiya (ibid., par. 170), Hırvatistan (ibid., par. 172), Gürcistan (ibid., par. 175), Cook Adaları (ibid., par. 171), İrlanda (ibid., par. 177), Moldova (ibid., par. 180), Nijer (ibid., par. 184), Norveç (ibid., par. 185), Yeni Zelanda (ibid., par. 182), Hollanda (ibid., par. 181), Birleşik Krallık (ibid., par. 188), Slovenya (ibid., par. 186), Tacikistan (ibid., par. 187), Yemen (ibid., par. 189), Yugoslavya (ibid., par. 190) ve Zimbabve (ibid., par. 191); ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları El Salvador (ibid., par. 174), Ürdün (ibid., par. 178), Lübnan (ibid., par. 179) Nikaragua (ibid., par. 183).

28 Bkz. örn. Mısır’ın, Askeri Bildirisi No. 34 ve 46 (ibid., par. 196); Irak’ın Askeri Bildirisi No. 973, 975 ve 1902 (ibid., par. 199).

29 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Şili (ibid., par. 194) ve Suriye (ibid., par. 201), aynı zamanda Cezayir (ibid., par. 193), Mısır (ibid., par. 195) ve Ürdün’ün (ibid., par. 200) ve rapor edilen uygulama.

saldırı yasağı I. ve II. Dünya Savaşları'nı takip eden içtihat tarafından da teyit edilmiştir³⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İşbu kural, muharebe dışı kalmış kişilerin 'hayatına ya da vücut bütünlüğüne hanel getirilmesini, özellikle de her şekliyle öldürmeyi' yasaklayan Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi üzerine kurulmuştur.³¹ Bu yasa, 'kimsenin canlı bırakılmamasını emretmek yasaktır' hükmünü ekleyen Ek I.Protokol'de de tekrar edilmiştir.³² Ayrıca bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmaları ilgilendiren diğer belgelerde de bulunmaktadır.³³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış olan askeri talimatnameler muharebe dışı kalmış olduğu kabul edilen kişilere saldırıyı yasaklamaktadır.³⁴ Bu saldırılar, belli bir sayıda devletin mevzuatında da savaş suçu olarak tanımlanmıştır.³⁵ Kural ulusal içtihatça da uygulanmıştır.³⁶ Resmi beyanat ve diğer şekillerdeki uygulama ile desteklenmektedir.³⁷

30 Bkz. örn. Almanya, Leipzig Mahkemesi, Stenger ve Cruisus davası (ibid., par. 328) ve İmparatorluk Adalet Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht), Llandovery Castle davası (ibid., par. 329); Birleşik Krallık, Hambourg'daki İngiliz Askeri mahkemesi, Peleus davası (ibid., par. 331), Elten Askeri mahkemesi, Renoth davası (ibid., par. 332) Hamburg Askeri mahkemesi, Von Ruchteschell davası (ibid., par. 333); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Birleşik Devletler Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı davası (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 192) ve Roma'daki Askeri Komisyon, Dostler davası (ibid., par. 334).

31 Cenevre Sözleşmeleri(1949), md.3 ortak (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 2).

32 Ek II.Protokol (1977), md.4 (konsensüsle kabul edilmiş) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 4).

33 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanması hakkında uzlaşma protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 123); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 124).

34 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 156), Avustralya (ibid., par. 127), Benin (ibid., par. 131), Kanada (ibid., par. 134), Kolombiya (ibid., par. 135 -137), Hırvatistan (ibid., par. 137 -139), Ekvator (ibid., par. 140), İtalya (ibid., par. 147-148), Kenya (ibid., par. 149), Madagaskar (ibid., par. 150), Filipinler (ibid., par. 153) ve Togo (ibid., par. 160).

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 176), Ermenistan (ibid., par. 163), Belarus (ibid., par. 166), Belçika (ibid., par. 167), Bosna Hersek (ibid., par. 168), Kolombiya (ibid., par. 170), Hırvatistan (ibid., par. 172), Gürcistan (ibid., par. 175), Moldova (ibid., par. 180), Nijer (ibid., par. 184), Slovenya (ibid., par. 186), Tacikistan (ibid., par. 187), Yemen (ibid., par. 189) ve Yugoslavya (ibid., par. 190); ayrıca Bkz. aşağıdaki ülkelerin mevzuat tasarıları: El Salvador (ibid., par. 174), Ürdün (ibid., par. 178) ve Nikaragua (ibid., par. 183).

36 Bkz. örn. Arjantin, Ulusal istinaf mahkemesi, Askeri Cunta davası (ibid., par. 327); Nijerya, 3 Eylül 1968 tarihli dava (ibid., par. 330).

37 Bkz. örn. Şili'nin beyanatu (ibid., par. 194), Kolombiya'nın (ibid., par. 337) ve Yugoslavya'nın uygulamaları (ibid., par. 351), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları Çin (ibid., par. 365) ve Küba (ibid., par. 338).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu özel raportörlerince ve Uluslar arası Kızılhaç Komitesi'nce toplanan aksi yöndeki uygulamalar bu kuralın ihlali olarak kınanmıştır.³⁸

Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalarda muharebe dışı kalmış kişilere saldırılması yasağına saygı gösterilmesi çağrısında bulunmuştur.³⁹

Özel muharebe dışı kalmış kişi kategorileri

Muharebe dışı kalmış bir kişi, bilinçli bir kararla ya da şartlar sebebiyle muhasamata katılmayan kişidir. Uluslararası teamül hukukunda bir kişi uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda vuku bulabilecek üç halde muharebe dışı bırakılabilir:

a) *Bir hasım tarafın eline geçen her kişi*: Kimse, bir hasım tarafın eline geçen kişinin muharebe dışı kaldığına itiraz etmemektedir. Bu kural Ek I.Protokol'de belirtilmiştir ve zımnî olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesi ve Ek I.Protokol'de mevcuttur.⁴⁰ Önemli bir sayıda askeri talimatnamede de doğrulanmıştır.⁴¹ Bir hasım tarafın elindeki kişilere saygı gösterilmesi ve korunması Cenevre Sözleşmeleri'nin ve Ek Protokoller'in birçok hükmünde yansıtıldığı gibi uluslararası insancıl hukukun köşe taşlarından birini oluşturmaktadır. Sonuç olarak uygulama daha ziyade bu kişilere yapılması gereken muamele üzerinde yoğunlaşmaktadır (bkz. Özellikle Alt Bölüm XXXIII ve XXXVII).

38 Bkz. örn. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Zaire'deki insan hakları durumu hakkındaki raporu, (ibid., par. 202), Guatemala'daki insan hakları durumu hakkındaki bağımsız uzmanın raporu (ibid., par. 357) ve Özel raportörün toplu, keyfi ve hukuk dışı infazlar hakkındaki raporu (ibid., par. 358), aynı zamanda ICRC'nin arşivlerindeki dokümanlarda derlenmiş uygulamalar (ibid., par. 383384, 387, 389 et 393-394).

39 ICRC, Güney Afrikadaki çatışma: ICRC'nin çağrısı (ibid., par. 370), Irak ve İran arasındaki çatışma: ICRC'nin çağrısı (ibid., par. 371), n° 1682 (ibid., par. 373), basın bildirisi n° 1705 (ibid., par. 374), basın bildirisi n° 1712, 1724 et 1726 (ibid., par. 375), Basın Bildirisi, Tajikistan: ICRC insani kural-lara uyma konusunda ısrarcı (ibid., par. 376), Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi konusunda memorandum (ibid., par. 377), Operasyon Türkuaz'a katılan kuvvetlerin uluslararası insancıl hukuka saygı göstermesi konusunda memorandum (ibid., par. 378), basın bildirisi n° 1792 (ibid., par. 379), basın bildirisi n° 1793 (ibid., par. 380), basın bildirisi 00/36 (ibid., par. 381) et basın bildirisi 01/58 (ibid., par. 382).

40 Cenevre Sözleşmeleri(1949), ortak md.3 ortak (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 1); Ek I.Protokol (1977), md.41, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 215); Ek II.Protokol (1977), md.4 (konsensüsle kabul edilmiş).

41 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 224), Avustralya (ibid., par. 225-226), du Burkina Faso (ibid., par. 233), Kamerun (ibid., par. 234,235), Kanada (ibid., par. 236), Kongo (ibid., par. 239), Hırvatistan (ibid., par. 240), Ekvator (ibid., par. 244), İspanya (ibid., par. 278), Birleşik Devletler (ibid., par. 287 ve 291), Fransa (ibid., par. 246 ve 248-249), Kenya (ibid., par. 256), Lübnan (ibid., par. 259), Madagaskar (ibid., par. 260), Mali (ibid., par. 261), Fas (ibid., par. 262), Yeni Zelanda (ibid., par. 266), Uganda (ibid., par. 282), Hollanda (ibid., par. 26359), Peru (ibid., par. 271), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 243), Birleşik Krallık (ibid., par. 283) Senegal (ibid., par. 276), İsveç (ibid., par. 279) ve İsviçre (ibid., par. 280).

b) *Bilincini kaybettiğinden, deniz kazası geçirdiğinden, yaralarından ya da hastalığından dolayı savunmasız kalan her kişi*: Bu kategori, savunmasız kişilere karşı saldırılmasını yasaklayan Lahey Tüzüğü, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve Ek I.Protokol'ün üzerine kuruludur.⁴² Önemli bir sayıda askeri talimatnamede⁴³ olduğu kadar birçok devletin mevzuatında da mevcuttur.⁴⁴ İçtihat, resmi beyanatlar ve silahlı kuvvetlere verilen talimatlar gibi diğer şekillerdeki uygulamalar ile de desteklenmektedir.⁴⁵ Ayrıca yaralı, hasta ya da deniz kazazedesi olan kişilerin saygı görmesi ve korunması Cenevre Sözleşmeleri'nin ve Ek Protokoller'in birçok hükmünde yansıtıldığı gibi uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilen uluslararası insancıl hukukun temel ilkelerinden biridir. Sonuç olarak uygulama daha ziyade bu kişilere yapılması gereken muamele üzerinde yoğunlaşmaktadır (bkz. Alt BölümXXXIV).

c) *Açıķça teslim olma niyetini belirten her kişi*: Bu kategori, Lahey Tüzüğü, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve Ek I.Protokol'ün üzerine kuruludur.⁴⁶ Önemli bir sayıda askeri talimatnamede⁴⁷ olduğu kadar birçok devletin mev-

42 Lahey Tüzüğü (1907), md.23, al. c) (ibid., par. 214); Cenevre Sözleşmeleri(1949), ortak md.3 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 1); Ek I.Protokol (1977), md.41, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 215).

43 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 277), Almanya (ibid., par. 250), Arjantin (ibid., par. 223-224), Avustralya (ibid., par. 225-226), Belçika (ibid., par. 228-230), Benin (ibid., par. 231), Kamerun (ibid., par. 235), Kanada (ibid., par. 236-237), Hırvatistan (ibid., par. 241), El Salvador (ibid., par. 245), Ekvator(ibid., par. 244), İspanya (ibid., par. 278), Birleşik Devletler (ibid., par. 285- 291), Fransa (ibid., par. 249), Endonezya (ibid., par. 252), İsrail (ibid., par. 253), İtalya (ibid., par. 254,255),Kenya (ibid., par. 256), Lübnan (ibid., par. 259), Madagaskar (ibid., par. 260), Nijerya (ibid., par. 268 ve 270), Yeni Zelanda (ibid., par. 266), Hollanda (ibid., par. 263-264), Peru (ibid., par. 271), Filipinler (ibid., par. 273), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 257), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 243), Birleşik Krallık (ibid., par. 283-284), Rusya (ibid., par. 274), İsveç (ibid., par. 279), İsviçre (ibid., par. 280), Togo (ibid., par. 281) ve Yugoslavya (ibid., par. 292).

44 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 293), Bosna Hersek (ibid., par. 294), Kanada (ibid., par. 296), Kolombiya (ibid., par. 297), Kongo (ibid., par. 298), Hırvatistan (ibid., par. 299), Mısır (ibid., par. 300), İspanya (ibid., par. 319), Estonya (ibid., par. 302), Birleşik Devletler (ibid., par. 324), Etyopya (ibid., par. 303), Gürcistan (ibid., par. 304), İrlanda (ibid., par. 306), İtalya (ibid., par. 307), Litvanya (ibid., par. 308), Mali (ibid., par. 309), Nikaragua (ibid., par. 312), Norveç (ibid.,par. 314), Yeni Zelanda (ibid., par. 311), Hollanda (ibid., par. 310), Peru (ibid., par. 315), Polonya (ibid., par. 316), Birleşik Krallık (ibid., par. 323), Slovenya (ibid.,par. 317), İsveç (ibid., par. 320), İsviçre (ibid., par. 321) ve Yugoslavya (ibid., par. 326); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 295), El Salvador (ibid., par. 301), Nikaragua (ibid., par. 313) ve Trinidad-Tobago (ibid., par. 322).

45 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin içtihadı: Almanya (ibid., par. 328-329), Arjantin (ibid., par. 327), Birleşik Krallık (ibid., par. 331), Birleşik Devletler'in beyanatu (ibid., par. 347) ve aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Mısır (ibid., par. 339), Birleşik Devletler (ibid., par. 348), Irak (ibid., par. 341) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 344).

46 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. c) (ibid., par. 214); Cenevre Sözleşmeleri(1949), md.3 ortak (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 1); Ek I.Protokol (1977), md.41, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 215).

47 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 277), Almanya (ibid., par. 250-251), Arjantin (ibid., par. 223-224), Avustralya (ibid., par. 225-226), Belçika (ibid., par. 227-228), Benin (ibid., par. 231), Burkina Faso (ibid., par. 233), Kamerun (ibid., par. 234-235),

zuatında da mevcuttur.⁴⁸ Resmi beyanatlar ve silahlı kuvvetlere verilen talimatlar gibi diğer şekillerdeki uygulamalar ile de desteklenmektedir.⁴⁹ Bu uygulamadan çıkan genel ilke, şartsız teslim olma yönünde açık bir belirtinin bunun sahibini muharebe dışına çıkaracağıdır. Kara savaşlarında teslim olma yönündeki açık niyet genellikle silahları bırakarak ve elleri havaya kaldırarak gösterilir. Çok sayıda askeri talimatname beyaz bir bayrak sallayarak mevziyi terk etmek gibi başka örnekler de vermektedir.⁵⁰ Hava ve deniz savaşlarında teslim olma niyetini gösterme yöntemlerinin özel örnekleri mevcuttur.⁵¹

Muharebenin özel şartları dâhilinde teslim olmayı kabul etme olanağı, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler tarafından sırasıyla Güney Atlantik Savaşı'nda ve Körfez Savaşı'nda dile getirilmiştir.⁵² Birleşik Krallık, başka bir mevkiden gelen ateş altında bulunuluyorsa bir birliğin teslim olmasını kabul etmenin mümkün olamayabileceğini belirtmiştir. Sonuç olarak kendisine teslim olunacak taraf, teslimi-

Kanada (ibid., par. 236-237), Kolombiya (ibid., par. 238), Kongo (ibid., par. 239), Hırvatistan (ibid., par. 241-242), El Salvador (ibid., par. 245), Ekvator (ibid., par. 244), İspanya (ibid., par. 278), Birleşik Devletler (ibid., par. 285-291), Fransa (ibid., par. 246-247), Endonezya (ibid., par. 252), İsrail (ibid., par. 253), İtalya (ibid., par. 254-255), Kenya (ibid., par. 257), Lübnan (ibid., par. 259), Madagaskar (ibid., par. 260), Mali (ibid., par. 261), Fas (ibid., par. 262), Nijerya (ibid., par. 267-270), Yeni Zelanda (ibid., par. 267), Hollanda (ibid., par. 263-265), Peru (ibid., par. 271), Filipinler (ibid., par. 272-273), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 258), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 243), Romanya (ibid., par. 274), Birleşik Krallık (ibid., par. 283-284), Rusya (ibid., par. 275), Senegal (ibid., par. 276), İsveç (ibid., par. 279), İsviçre (ibid., par. 280), Togo (ibid., par. 281) ve Yugoslavya (ibid., par. 292).

48 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 305), Azerbaycan (ibid., par. 293), Bosna Hersek (ibid., par. 294), Kanada (ibid., par. 296), Kongo (ibid., par. 298), Hırvatistan (ibid., par. 299), İspanya (ibid., par. 318-319), Estonya (ibid., par. 302), Birleşik Devletler (ibid., par. 324), Etiyopya (ibid., par. 303), Gürcistan (ibid., par. 304), İrlanda (ibid., par. 306), İtalya (ibid., par. 307), Litvanya (ibid., par. 308), Mali (ibid., par. 309), Norveç (ibid., par. 314), Yeni Zelanda (ibid., par. 311), Hollanda (ibid., par. 310), Peru (ibid., par. 315), Polonya (ibid., par. 316), Birleşik Krallık (ibid., par. 323), Slovenya (ibid., par. 317), İsviçre (ibid., par. 321), Venezuela (ibid., par. 325) ve Yugoslavya (ibid., par. 326); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 295), El Salvador (ibid., par. 301), Nikaragua (ibid., par. 313) ve Trinidad-Tobago (ibid., par. 322).

49 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 336) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 349), aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Kolombiya (ibid., par. 337), Mısır (ibid., par. 339), Birleşik Devletler (ibid., par. 348-349), Birleşik Krallık (ibid., par. 345-346) ve Yugoslavya (ibid., par. 351), aynı zamanda Cezayir'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 335).

50 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 230), Benin (ibid., par. 231), Kamerun (ibid., par. 235), Kanada (ibid., par. 237), Hırvatistan (ibid., par. 241), Birleşik Devletler (ibid., par. 287), Fransa (ibid., par. 249), İtalya (ibid., par. 255), Kenya (ibid., par. 256), Madagaskar (ibid., par. 260), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 243) ve Togo (ibid., par. 281).

51 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 1619; Louise Doswald-Beck (éd.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 1995, par. 47.57, p. 135.

52 Bkz. Birleşik Krallık'ın uygulaması hakkında rapor (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 411); Birleşik Devletler, Savunma Bakanlığı, Körfez Savaşı'nın yürütülmesi hakkında Kongre'ye sunulan nihai rapor (*Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War*) (ibid., par. 349).

yeti kabul etmek için kendi mevkisini terk etmemeli; yer değiştirmek ve kendini düşman eline teslim etmek teslim olan tarafa düşmektedir. Birleşik Devletler teslim olma teklifinin onu kabul etmenin ve bunu gerektiği şekilde uygulamanın mümkün olduğu bir anda yapılması gerektiğini ve saldırıyı icra etmekte olan bir kuvvete son dakikada yapılan teslim olma teklifinin kabul edilmesinin zor olabileceğini belirtmiştir. Bununla beraber aradaki fiziki mesafenin teslim olma niyetini belli etmeyi zorlaştırdığı ya da teslim olan tarafı taraf değiştirme suçlamasıyla karşı karşıya bırakacağı zaman hangi yöntemle teslim olunacağı sorunu çözümlenmiş değildir. Birleşik Devletler, teslim olma niyetini göstermeden ricat halinde çarpışan muharıplerin silahlı olsun ya da olmasın her zaman bir saldırının hedefi olabileceğini ve saldırıya başlamadan önce teslim olmaları için imkân sunma yükümlülüğü bulunmadığını da belirtmiştir.

Alışılmamış muharebe koşullarında hayat bağışlama

Muharebe dışı kabul edilen bir kişiye saldırılması yasağı, esirleri elde tutmak ya a onları tahliye etmenin zor olduğu durumlarda, örneğin yalnız olarak hareket eden ufak bir devriyenin bir muharibi ele geçirmesi halinde bile her halükarda uygulanır. Ek I.Protokol uyarınca bu şekildeki bir zorluk ilgili kişiyi silahsızlandırarak ve salıvererek aşılabılır.⁵³ Birçok askeri talimatname bu hükmü aynen tekrarlamaktadır.⁵⁴ Aynı şekilde Birleşik Devletler Ordusu'nun talimnamesi şu hükme yer vermektedir:

“Bir komutan esirlerini, varlıkları hareketini yavaşlattığı ya da çok sayıda muhafıza ihtiyaç duyduğu cihetle direnme gücünü zayıflattığı ya da kendi erzaklarını tükettikleri, ya da düşman kuvvetlerinin başarısının yakın olması nedeniyle özgürlüklerin kavuşacaklarının kesin olması sebebiyle öldüremez. Bir komutanın, bir hava operasyonu ya komando operasyonu sırasında bile olsa kendisinin hayatta kalmasını sağlamak amacıyla da olsa esirleri öldürmesi hukuka aykırıdır.”⁵⁵

İsrail'in savaş hukuku talimnamesi ve Birleşik Krallık'ın askeri talimnamesi benzer beyanlar içermektedir.⁵⁶ Ek I.Protokol ve birçok askeri talimatname serbest bırakılan esirlerin güvenliğini sağlamak amacıyla faydalı her önlemin alınmasını emretmektedir.⁵⁷

53 I.Ek Protokol (1977), md.41, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 395).

54 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 399), İspanya (ibid., par. 404), Fransa (ibid., par. 400), Kenya (ibid., par. 402), Hollanda (ibid., par. 403), ve İsviçre (ibid., par. 405).

55 Birleşik Devletler, *Field Manual* (ibid., par. 407).

56 İsrail, *Manual on the Laws of War* (ibid., par. 401); Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 406).

57 Ek I.Protokol (1977), md.41, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 395); Aşağıdaki devletlerin askeri talimatnameleri: Kanada (ibid., par. 399), İspanya (ibid., par. 403), Fransa (ibid., par. 400), Kenya (ibid., par. 402) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 406).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında, bazı silahlı muhalif gruplar, tevkif etmeye ilişkin bazı tedbirlerin alınmasının barındırdığı zorluktan bahsetmişlerdir ancak hayat bağışlama zorunluluğunun kendisi asla tartışma konusu edilmemiştir.⁵⁸

Uygulama, savaş esiri statüsüne hakkı olsun olmasın muhasamata doğrudan katılan herkesin hayat bağışlanması yükümlülüğünden yararlanacağını kabul etmektedir. Bu da paralı asker, casus ve sabotajcılarının hayat bağışlanması kuralından yararlanacağını ve yakalandıkları zaman hemen infaz edilemeyecekleri anlamına gelmektedir (bkz. Kural 107 ve 108).

Korunmanın kaybı

Ek I.Protokol'e göre saldırıya karşı korunma, her türlü muhasamat fiilinden ve kaçma teşebbüsünden kaçınma şartına tabidir.⁵⁹ İşbu hüküm birçok askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁶⁰ Bu fiilleri işlemek bahsi geçen kişinin artık muharebe dışı olmadığı ve bu kural gereğince korunmadan yararlanmak için gereken şartları artık yerine getirmediği anlamına gelmektedir. III. Cenevre Sözleşmesi 'savaş esirlerine karşı silah kullanımı, özellikle de kaçanlar ya da kaçmaya teşebbüs edenlere karşı, sadece son çare olarak başvurulacak ve her zaman öncesinde şartlara uygun bir uyarı verilecek bir yöntemdir' hükmünü düzenlemiştir.⁶¹ Sözleşme savaş esirlerinin kaçışına uygulanacak başka özel kurallar içermektedir.⁶²

Muhasamat fiilleri tanımlanmamıştır ancak Ek Protokoller'in Yorumu, fırsat bulunduğu anda yeniden muharebeye girişmek, kendi tarafıyla iletişime geçmeye ya da düşmanın yerleşimlerini ya da askeri malzemesini yok etmeye çalışmak gibi örnekler vermektedir.⁶³

58 Bkz., ICRC arşivindeki belgelerde silahlı direniş gruplarının uygulamaları (ibid., par. 418-420).

59 Ek I.Protokol (1977), md.41 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 215).

60 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 224), Avustralya (ibid., par. 225,226), Belçika (ibid., par. 230), Kanada (ibid., par. 236-237), İspanya (ibid., par. 278), Fransa (ibid., par. 249), Kenya (ibid., par. 256), Yeni Zelanda (ibid., par. 266), Hollanda (ibid., par. 263), Birleşik Krallık (ibid., par. 283) ve İsviçre (ibid., par. 280).

61 3 no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.42 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 659).

62 3 no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.91- 94.

63 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 1621-1622.

Kural 48. – Düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere, aşağıya inişleri sırasında saldırmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 15, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere, aşağıya inişleri sırasında saldırmak yasağı, 1922-1923 yıllarında Lahey’de bir hukukçular komisyonunca hazırlanan Hava Savaşı Üzerine Lahey Kuralları’nda⁶⁴ mevcuttu ve bunun bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıttığı kabul ediliyordu.⁶⁵ Bu sıfatla Ek I.Protokol’ün 42. maddesinde kodifiye edilmiştir.⁶⁶ Bununla beraber 42. madde konsensüs ile kabul edilmemiştir çünkü bazı devletler kendi topraklarına inen kişilerin muharebe dışı olarak kabul edilmeyebileceğini belirtmişlerdir. Sonuç olarak bu bakış açısı azınlıkta kalmış ve mesele bahsi geçen kişileri nereye inerlerse insanlara yere inişleri sırasında muharebe dışı kalmış olarak kabul eden düşünce lehine çözümlenmiştir.⁶⁷ Karaya kadar yüzebilirler ya da dost bir gemi tarafından kurtarılıp muharebeye devam edecek durumda olsalar bile (uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda) muharebe dışı kalmış olarak kabul edilen deniz kazazedeleri ile bir paralellik kurulabilir. Bu hususta, düşmekte olan bir hava aracını terk eden kişilerin ‘gökyüzü kazazedesi’ olarak adlandırıldığını belirtmek ilginç olacaktır. Artık bu kural genel olarak kabul edilmiştir ve böylece 42. madde için hiçbir çekince ileri sürülmemiştir.

64 Hava savaşları hakkında Lahey kuralları, md.XX (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 423).

65 Bkz. Birleşik Devletler, *Annotated Supplement to the Naval Handbook* (ibid., par. 470).

66 Ek I.Protokol (1977), md.42 (ibid., par. 421); Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels* (ibid., par. 481); Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts* (ibid., par. 485).

67 İşbu karara yön veren askeri ve insancıl nedenler aşağıdaki eserde ortaya konmaktadır: Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 1642.

Ayrıca önemli bir miktarda askeri talimatname düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere saldırılmasını yasaklamaktadır.⁶⁸ Bu talimatnameler arasında Ek I.Protokol'e taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerin talimatnameleri de bulunmaktadır.⁶⁹ Bu kural, askeri bildirgeler gibi resmi beyanatlar ve rapor edilen uygulama ile de desteklenmiştir.⁷⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere saldırı yasağı, 'başka herhangi bir' sebeple muharebe dışı kalmış kişileri koruyan Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesi uyarınca uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmaktadır.⁷¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü çerçevesinde ortak 3. maddeye karşı savaş suçlarının unsurlarının görüşülmesi sırasında metnin yazarları 'muharebe dışı' deyiminin dar anlamda yorumlanmaması gerektiğini anlamış ve ortak 3. maddede verilen örneklerin üstüne Ek I.Protokol'ün 42. maddesine atıf yapmışlardır.⁷² Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış olan birçok askeri talimatnamede yer almaktadır.⁷³

Yukarıda açıklandığı gibi düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilerin aşağıya inişleri sırasında muharebe dışı kalmış olarak kabul edilmelerine

68 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 458), Almanya (ibid., par. 442), Arjantin (ibid., par. 424-425), Avustralya (ibid., par. 426-427), Belçika (ibid., par. 428-429), Benin (ibid., par. 430), Burkina Faso (ibid., par. 431), Kamerun (ibid., par. 432-433), Kanada (ibid., par. 434), Kongo (ibid., par. 435), Hırvatistan (ibid., par. 436), Ekvator (ibid., par. 438), İspanya (ibid., par. 459), Birleşik Devletler (ibid., par. 465-470), Fransa (ibid., par. 439-441), Endonezya (ibid., par. 443), İsrail (ibid., par. 444), İtalya (ibid., par. 446-447), Kenya (ibid., par. 448), Lübnan (ibid., par. 449), Madagaskar (ibid., par. 450), Mali (ibid., par. 451), Fas (ibid., par. 452), Nijerya (ibid., par. 455), Yeni Zelanda (ibid., par. 454), Hollanda (ibid., par. 453), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 437), Birleşik Krallık (ibid., par. 463-464), Rusya (ibid., par. 456), Senegal (ibid., par. 457), İsveç (ibid., par. 460), İsviçre (ibid., par. 461), Togo (ibid., par. 462) ve Yugoslavya (ibid., par. 471).

69 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Kamerun (ibid., par. 432), Birleşik Devletler (ibid., par. 465-470), Fransa (ibid., par. 439), Endonezya (ibid., par. 443), İsrail (ibid., par. 444), Kenya (ibid., par. 448), Lübnan (ibid., par. 449), Mali (ibid., par. 451), Fas (ibid., par. 452 ve Birleşik Krallık (ibid., par. 463-464).

70 Bkz. örn. Mısır Askeri Bildiri No. 34 ve 46 (ibid., par. 476); Birleşik Devletler, Dışişleri Bakanlığı Hukuk müşavir yardımcısının mütalaası (ibid., par. 480) Körfez Bölgesi'nde konuşlandırılmış Birleşik Devletler Ordusu kuvvetlerinin hukuk müşavirine Kara Kuvvetleri Konutanlığından gönderilen mektup (ibid., par. 481); Irak, Askeri Bildiri No. 541, 683, 996 et 1383 ve bir soruya Savunma Bakanlığınca verilen yanıt (ibid., par. 478); İran, 29 Eylül 1980 tarihli Askeri Bildiri (ibid., par. 477); Pakistan'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 479).

71 Cenevre Sözleşmeleri(1949), md.3 ortak (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 32, par. 1).

72 Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, p. 389.

73 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 15, par. 458), Almanya (ibid., par. 442), Avustralya (ibid., par. 426), Benin (ibid., par. 430), Hırvatistan (ibid., par. 436), Ekvator (ibid., par. 438), İtalya (ibid., par. 446-447), Kenya (ibid., par. 448), Lübnan (ibid., par. 449), Madagaskar (ibid., par. 450), Togo (ibid., par. 462) ve Yugoslavya (ibid., par. 471).

ilişkin olarak, esas kaygıyı bu kişilerin kendi topraklarına inebilmeleri oluşturmaktadır. Uluslararası toplum bu meseleyi atlayışları sonunda nereye inerlerse insanları inişleri süresince işbu kişileri muharebe dışı olarak kabul ederek çözmüştür. Dolayısıyla, bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanması için uygulama açısından hiçbir mani yoktur ve böyle bir sınırlamaya yönelik hiçbir düşünce ifade edilmemiştir.

Yorum

Uygulama belirtmektedir ki düşmekte olan bir hava aracından paraşütle atlayan kişilere, açıkça muhasamat fiillerine girişmiyorlarsa, yere indikleri anda teslim olma fırsatı verilmelidir. Bu ilke Ek I.Protokol'de yazılıdır.⁷⁴ Birçok askeri talimatnamede de bulunmaktadır.⁷⁵ Ek Protokollerin Yorumu, bu kuralın, eğer aksi yöndeki niyetlerini göstermezlerse vurulan bir uçaktaki havacıların teslim olma niyetleri olduğu yönündeki karineye dayandığını açıklamaktadır.⁷⁶ Bununla beraber Birleşik Devletler'in Hava Kuvvetleri'nin talimatnamesi, düşmekte olan bir uçaktan paraşütle atlayan ve kendi hatları gerisine salimen inen muhariplere saldırılabileceğini zira teslim olma teklifinin kabul edilmesinin imkânsız olduğunu belirtmektedir.⁷⁷ Bu durum teslim olmanın tanımı konusunda verilen açıklamaya uygundur (bkz. kural 47'nin yorumu).

Bu kuraldan, düşmekte olan bir uçağın sivil ya da muharip bütün mürettebatı yararlanabilir ancak bu kural bir askeri operasyon çerçevesinde hareket eden ve düşmekte olan bir uçaktan atlamayan hava indirme birliklerine uygulanmaz.⁷⁸

74 Ek I.Protokol (1977), md.42 (ibid., par. 421)

75 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 425), Avustralya (ibid., par. 426,427), Belçika (ibid., par. 428-429), Kamerun (ibid., par. 432), Kanada (ibid., par. 434), Ekvator(ibid., par. 438), İspanya (ibid., par. 459), Birleşik Devletler (ibid., par. 466-467 ve 469,470), Fransa (ibid., par. 441), Endonezya (ibid., par. 443), Kenya (ibid., par. 448), Yeni Zelanda (ibid., par. 454), Hollanda (ibid., par. 453), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 437), İsveç (ibid., par. 460) ve İsviçre (ibid., par. 461).

76 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels* (ibid., par. 486).

77 Birleşik Devletler, *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 466).

78 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 458), Almanya (ibid., par. 442), Arjantin (ibid., par. 424-425), Avustralya (ibid., par. 426-427), Belçika (ibid., par. 428-429), Benin (ibid., par. 430), Burkina Faso (ibid., par. 431), Kamerun (ibid., par. 432-433), Kanada (ibid., par. 434), Kongo (ibid., par. 435), Ekvator(ibid., par. 438), İspanya (ibid., par. 459), Birleşik Devletler (ibid., par. 465- 467 ve 469), Fransa (ibid., par. 439-441), Endonezya (ibid., par. 443), İsrail (ibid., par. 444-445), İtalya (ibid., par. 446), Kenya (ibid., par. 448), Lübnan (ibid., par. 449), Mali (ibid., par. 451), Fas (ibid., par. 452), Nijerya (ibid., par. 455), Yeni Zelanda (ibid., par. 454), Hollanda (ibid., par. 453), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 436), Birleşik Krallık (ibid., par. 463-464), Rusya (ibid., par. 456), Senegal (ibid., par. 457), İsveç (ibid., par. 460), İsviçre (ibid., par. 461), Togo (ibid., par. 462) ve Yugoslavya (ibid., par. 471).

MALLARIN YOK EDİLMESİ YA DA MALLARIN MÜSADERESİ

Kural 49. – Çatışmanın tarafları, karşı tarafa ait askeri malzemeye savaş ganimeti olarak el koyabilir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 16, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Çatışmanın taraflarının, bir karşı tarafa ait askeri malzemeye savaş ganimeti olarak el koyabileceği kuralı Lieber Kodu'nda yazılıdır.¹ Bu kural uluslararası silahlı çatışmalardaki eski bir uygulamayı yansıtmaktadır. Aynı zamanda, savaş esirlerinin kişisel eşyalarını ve giysilerini (ve de koruyucu ekipmanlarını) korumalarına izin verilmesi gerektiğini düzenleyen Lahey Tüzüğü'nde ve III. Cenevre Sözleşmesi'nde de zımnen mevcuttur.²

Bu kural önemli bir sayıda askeri talimatnamede de mevcuttur.³ Avustralya savunma kuvvetlerinin talimatnamesinin belirttiği gibi 'ganimetten anlaşılan savaş

1 Lieber Kodu (1863), md.45 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 16, par. 4).

2 Lahey Tüzüğü(1907), md.4 (ibid., par. 2); 3 no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.18, al. 1 (ibid., par.3).

3 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 17), Arjantin (ibid., par. 5), Avustralya (ibid., par. 6-7), Belçika (ibid., par. 9), Benin (ibid., par. 10), Kamerun (ibid., par. 12), Kanada (ibid., par. 13-14), İspanya (ibid., par. 25), Birleşik Devletler (ibid., par. 29 -31), Fransa (ibid., par. 16), Macaristan (ibid., par. 18), İsrail (ibid., par. 19), Kenya (ibid., par. 20), Madagaskar (ibid., par. 21), Yeni Zelanda (ibid., par. 23), Hollanda (ibid., par. 22), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 15), Birleşik Krallık (ibid., par. 27) ve Togo (ibid., par. 26).

esirleriyle beraber ele geçirilen ve ‘kişisel eşya’ olmayan her objedir.⁴ Bu kuraldan içtihatla da bahsedilmiştir.⁵

Lieber Kodu’na göre, ganimet onu ele geçiren kişiye değil tarafa aittir.⁶ Bu ilke önemli bir sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁷ Ulusal içtihat tarafından da desteklenmiştir.⁸ Bundan çıkan sonuç askerlerin ele geçirilen askeri materyal üzerinde hiçbir zilyetlik ya da mülkiyet hakkı olmadığıdır. Bazı talimatnameler açıkça askerlerin evlerine ‘savaş ganimeti’ getirmesini yasaklamaktadır.⁹ Körfez Savaşı’ndan sonra Birleşik Krallık’ta askerlerin ülkeye gizlice hasımdan aldıkları silahları sokmayı denemeleri yüzünden askeri mahkeme önüne çıkarıldıklarına işaret edilmiştir.¹⁰

Uygulama, ganimetin sınırlama olmaksızın kullanılabilceğini ve hasma iade edilmek zorunda olmadığını göstermektedir.¹¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ilişkin olarak bir karşı tarafa ait olan askeri malzemenin müsadereğine izin veren, ya da bu müsadereyi yasaklayan hiçbir uluslararası hukuk kuralı belirlenmemiştir.

Tanım

Önemli bir sayıda askeri talimatname savaş ganimetini savaş alanında ele geçirilen ya da bulunan düşman malları (ya da mülk ya da materyal) olarak tanımlamaktadır.¹² Başka birçok talimatname menkul ‘kamu’ mallarının da savaş ganimeti olabileceğini belirtmektedir.¹³ Savaş alanında bulunan özel mallara ilişkin olarak

4 Avustralya, *Defence Force Manual* (ibid., par. 7).

5 Bkz. örn. İsrail, Yüksek Adalet Divanı, Al Nawar Savunma Bakanlığına karşı davası (ibid., par. 39).

6 Lieber Kodu (1863), md.45 (ibid., par. 4).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 17), Arjantin (ibid., par. 5), Avustralya (ibid., par. 6-7), Benin (ibid., par. 10), Bosna Hersek (ibid., par. 11), Kanada (ibid., par. 13), İspanya (ibid., par. 25), Birleşik Devletler (ibid., par. 29), Macaristan (ibid., par. 18), İsrail (ibid., par. 19), Kenya (ibid., par. 20), Madagaskar (ibid., par. 21), Yeni Zelanda (ibid., par. 23), Hollanda (ibid., par. 22), Birleşik Krallık (ibid., par. 27) ve Togo (ibid., par. 26).

8 Bkz. örn. İsrail, Yüksek Adalet Divanı, Al Nawar Savunma Bakanlığına karşı davası (ibid., par. 39) ve Birleşik Devletler, Devlete karşı yapılan şikayetlere bakmakla görevli mahkeme, Morrison davası (ibid., par. 41).

9 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 14) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 32).

10 Birleşik Krallık’ın uygulaması üzerine rapor (ibid., par. 40).

11 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 10), Kamerun (ibid., par. 12), Fransa (ibid., par. 16), Kenya (ibid., par. 20), Madagaskar (ibid., par. 21), Hollanda (ibid., par. 22) ve Togo (ibid., par. 26).

12 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 6-7), Benin (ibid., par. 10), Kamerun (ibid., par. 12), İspanya (ibid., par. 25), Fransa (ibid., par. 16), Macaristan (ibid., par. 18), Kenya (ibid., par. 20), Madagaskar (ibid., par. 21), Hollanda (ibid., par. 22) ve Togo (ibid., par. 26).

13 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 17), Arjantin (ibid., par. 5), Kanada (ibid., par. 13), Birleşik Devletler (ibid., par. 29), Yeni Zelanda (ibid., par. 23) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 27).

Birleşik Krallık talimatnamesi ve Birleşik Devletler ordusu talimatnamesi belirtmektedir ki işbu özel malların silah, cephane, askeri malzeme ya da askeri belge olması halinde ganimet olarak müsadere edilebileceğini belirtmektedirler.¹⁴ 1985 yılında İsrail Yüksek Adalet Divanı'nınca görülen Al Nawar davasında yargıç Shamgar:

“Savaş alanında müsadere edilen devletin mülkiyetindeki tüm menkul mallar (silahlar ve cephane, makine, araç-gereç, emtia deposu ve hatta nakit para) savaşan devlet tarafından savaş ganimeti olarak saklanabilir.

Bunun dışında somut olarak düşmanca amaçlarla kullanılan (ya da bu amaçla kullanılabilir olan) savaş alanında ya da muharebe bölgesinde bulunan özel mallar savaşan devlet tarafından savaş ganimeti olarak müsadere edilebilir¹⁵.”

Yargıç Shamgar tarafından kullanılan ganimet tanımı askeri malzemenin ötesine geçmektedir; Lahey Tüzüğü'nün 53. Maddesinde daha geniş şekilde tarif edilen tanıma dayanmaktadır. İşbu tanım işgal altındaki topraklarda müsadere edilebilecek mallar arasında '(devlete ait olan) madeni paralar, fonlar, muaccel senetler, silah depoları, ulaşım araçları, depolar ve antrepoler ve erzak ve genel olarak savaş operasyonlarına hizmet edebilecek olan devlete ait her türlü menkul malı' kapsamaktadır.¹⁶ Bu mallar müsadere edilebildikleri oranda, teknik olarak savaş alanında ele geçirilemez ya da bulunamaz olsalar da, de facto olarak savaş ganimeti teşkil ederler. İşbu bağ Almanya, Fransa ve Hollanda'nın askeri talimatnamelerinde de bulunmaktadır.¹⁷ Almanya'nın talimatnamesi, örneğin, 'hükümetin askeri amaçlarla kullanılabilen menkul malları savaş ganimeti olur' hükmünü içermektedir.

Özel Kurallar

Sabit ya da hareketli askeri sıhhiye birimlerinin ele geçirilmesi I.Cenevre Sözleşmesi'nce düzenlenmektedir.¹⁸ Sıhhi birimler hasta ve yaralılara tahsis edilmeye devam etmelidir. Sabit sıhhi birimler hasta ve yaralılar için gerekli olduğu sürece orijinal kullanımından saptırılamazlar.

Ek I.Protokol askeri gemi ve uçaklara ilişkin ek kuralları tanımlamaktadır.¹⁹ Sivil savunma örgütlerine sürekli olarak tahsis edilmiş askeri birliklerin binaları ve malzemelerin ele geçirilmesi de aynı şekilde Ek I.Protokol ile düzenlenmiştir.²⁰

14 Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 27); Birleşik Devletler, *Field Manual* (ibid., par. 29).

15 İsrail, Yüksek Adalet Divanı, Al Nawar Savunma Bakanlığına karşı davası (ibid., par. 39).

16 Lahey Tüzüğü(1907), md.53 (ibid., par. 245).

17 Almanya, *Military Manual* (ibid., par. 17); Fransa, *Manuel de droit des conflits armés (SÇH Manual)* (ibid., par. 16);Hollanda, *Military Manual* (ibid., par. 22).

18 I no'lu Cenevre Sözleşmesi (1949), md.33 et 35.

19 Ek I.Protokol (1977), md.22, 23 et 30.

20 Ek I.Protokol (1977), md.67.

Kural 50. – Baskın askeri gereklilik olmadıkça hasmın mallarının yok edilmesi ya da bunların müsadere edilmesi yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 16, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan eski bir teamül hukuku kuralıdır ve Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi'nde mevcut olup Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir.²¹ Bu kuralın, 'askeri gereklilikçe doğrulanmayan ve büyük ölçekli, hukuku aykırı ve keyfi şekilde malların yok edilmesi ve de el konulması' yoluyla ihlal edilmesi Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalini teşkil etmektedir.²² Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün hükümlerine göre 'düşman mallarına el koymak ya da yok etmek, yok etmenin ya da el koymanın askeri gereklilikçe emredilmediği haller dışında' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.²³ Ağır bir ihlal olarak kabul edilmesi için yok etmenin büyük ölçekte icra edilmesi kriterine ilişkin olarak, Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi Blaškić kararında 'büyük ölçek olaydaki olgular ışığında değerlendirilir, bir hastanenin yıkılması gibi tek bir olay böyle bir ihlalin vücut bulması için yeterlidir' şeklinde hüküm vermiştir.²⁴

Bu kural önemli sayıda askeri talimatnamede mevcuttur.²⁵ Hasmın mallarını, baskın askeri gereklilik gerektirmiyorsa yok etmek ya da el koymak birçok devletin

21 Lieber Kodu (1863), md.15-16 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 16, par. 57-58); Brüksel Bildirgesi (1874), md.13, al. g), (ibid., par. 60); Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. g) (ibid., par. 51).

22 I no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.50 (ibid., par. 53); II no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.51 (ibid., par. 53); IV no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.147 (ibid., par. 53).

23 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xiii) (ibid., par. 55).

24 ICTY, davası Savcı Tihomir Blaškić'e karşı davası, karar (ibid., par. 239).

25 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 108), Almanya (ibid., par. 88), Arjantin (ibid., par. 70-71), Avustralya (ibid., par. 72-73), Belçika (ibid., par. 74-75), Benin (ibid., par. 76), Kamerun (ibid., par. 77), Kanada (ibid., par. 78-79), Kolombiya (ibid., par. 80), Ekvator(ibid., par. 83), İspanya (ibid., par. 109), Birleşik Devletler (ibid., par. 115-120), Fransa (ibid., par. 84-87), İsrail (ibid., par. 90), İtalya (ibid., par. 91-92), Kenya (ibid., par. 93), Lübnan (ibid., par. 95), Madagaskar (ibid., par. 96), Nijerya (ibid., par. 100-102), Yeni Zelanda (ibid., par. 98), Hollanda (ibid., par. 97), Peru (ibid., par. 103), Filipinler (ibid., par. 104), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 94), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 82), Romanya (ibid., par. 105), Birleşik Krallık (ibid., par. 113-114), Rusya (ibid., par. 106), Senegal (ibid., par. 107), İsveç (ibid., par. 110), İsviçre (ibid., par. 111) ve Togo (ibid., par. 112).

mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.²⁶ Bu kural, II. Dünya Savaşı'ndan sonra hükme bağlanan birçok davada uygulanmıştır.²⁷ Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi önündeki suçlamalar bu kural üzerine kurulmuştur ve Blaskić davasında olduğu kadar Kordic ve Cerkez davasında da sanıklar bu kuralın ihlalinden suçlu bulunmuştur.²⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'düşman mallarına el koymak ya da yok etmek, yok etmenin ya el koymanın askeri gereklilikçe emredilmediği haller dışında' uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.²⁹

26 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 155), Ermenistan (ibid., par. 122), Avustralya (ibid., par. 123 -125), Azerbaycan (ibid., par. 126), Bangladeş (ibid., par. 127), Barbados (ibid., par. 128), Belarus (ibid., par. 129), Belçika (ibid., par. 130), Bosna Hersek (ibid., par. 131), Bostvana (ibid., par. 132), Bulgaristan (ibid., par. 133), Kanada (ibid., par. 136 ve 138), Şili (ibid., par. 139), Kongo (ibid., par. 142), Hırvatistan (ibid., par. 144), Küba (ibid., par. 145), Kıbrıs (ibid., par. 146), El Salvador (ibid., par. 149-150), İspanya (ibid., par. 200-201), Estonya (ibid., par. 151), Birleşik Devletler (ibid., par. 212-213), Gürcistan (ibid., par. 154), Cook Adaları (ibid., par. 143), Hindistan (ibid., par. 157), Irak (ibid., par. 158), İrlanda (ibid., par. 159), İsrail (ibid., par. 160), İtalya (ibid., par. 161-162), Kenya (ibid., par. 165), Letonya (ibid., par. 166), Litvanya (ibid., par. 168), Lüksemburg (ibid., par. 169-170), Malavi (ibid., par. 171), Malezya (ibid., par. 172), Mali (ibid., par. 174), Maurice (ibid., par. 175), Meksika (ibid., par. 176), Moldova (ibid., par. 177), Mozambik (ibid., par. 178), Nikaragua (ibid., par. 183-184), Nijer (ibid., par. 185), Nijerya (ibid., par. 186), Norveç (ibid., par. 187), Yeni Zelanda (ibid., par. 181-182), Uganda (ibid., par. 207), Özbekistan (ibid., par. 215), Papua Yeni Gine (ibid., par. 189), Paraguay (ibid., par. 190), Hollanda (ibid., par. 179-180), Peru (ibid., par. 181), Filipinler (ibid., par. 192), Portekiz (ibid., par. 193), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 147), Romanya (ibid., par. 194), Birleşik Krallık (ibid., par. 210-211), Seyşeller (ibid., par. 196), Singapur (ibid., par. 197), Slovakya (ibid., par. 198), Slovenya (ibid., par. 199), Tacikistan (ibid., par. 205), Ukrayna (ibid., par. 209), Vanuatu (ibid., par. 216), Vietnam (ibid., par. 218), Yugoslavya (ibid., par. 219) ve Zimbabve (ibid., par. 220); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuat tasakları: Arjantin (ibid., par. 121), Burundi (ibid., par. 134), Ürdün (ibid., par. 164), Lübnan (ibid., par. 167), Sri Lanka (ibid., par. 204) ve Trinidad-Tobago (ibid., par. 206).

27 Bkz. özellikle, Fransa, Dijon'daki Sürekli Askeri Mahkeme, Holstein davası (ibid., par. 221); Almanya, Dresden Eyaleti Yüksek Mahkemesi, Genel yıkım davası (ibid., par. 222); Hollanda, Özel Yargıtay, Wingten davası (ibid., par. 224); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri mahkemesi, Birleşik Devletler Wilhelm List'e karşı (rehinler davası) (ibid., par. 225) ve Birleşik Devletler Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı davaları (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 226).

28 ICTY, aşağıdaki davalar: Savcı Dragan Nikolic'e karşı, ilk iddianame ve iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 236), Savcı. Radovan Karadžić ve Ratko Mladic'e karşı, ilk iddianame ve iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 237), Savcı Ivica Rajić'e karşı, ilk iddianame ve iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 238), Savcı Tihomir Blaškić'e karşı, karar (ibid., par. 239), ve Savcı Dario Kordic ve Mario Cerkez' karşı, karar (ibid., par. 240).

29 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. e) xii) (ibid., par. 56).

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış olan askeri talimatnamelerde mevcuttur.³⁰ Her ne tür olursa olsun bir silahlı çatışmada bu kralın ihlali birçok devletin mevzuatının ihlalinin teşkil etmektedir.³¹

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi yönde hiçbir uygulama tespit edilmemiştir.

Kural 51. – İşgal altındaki topraklarda buyurucu askeri gereklilik, bu malların müsadere edilmesini ya da yok edilmesini gerektirmedikçe:

- a) Askeri operasyonlara hizmet edebilecek nitelikteki kamuya ait menkuller müsadere edilebilir;
- b) Kamuya ait gayrimenkuller irtifak hakkına uygun olarak idare edilmeli ve
- c) Özel mülkiyete saygı gösterilmeli ve müsadere edilmemelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 16, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

30 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 108), Almanya (ibid., par. 88), Avustralya (ibid., par. 72), Benin (ibid., par. 76), Kanada (ibid., par. 79), Kolombiya (ibid., par. 80), Ekvator (ibid., par. 83), İtalya (ibid., par. 91-92), Kenya (ibid., par. 93), Lübnan (ibid., par. 95), Madagaskar (ibid., par. 96), Nijerya (ibid., par. 100 ve 102), Peru (ibid., par. 103), Filipinler (ibid., par. 104) ve Togo (ibid., par. 112).

31 Bkz. örn., aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Almanya (ibid., par. 155), Ermenistan (ibid., par. 122), Avustralya (ibid., par. 125), Azerbaycan (ibid., par. 126), Belarus (ibid., par. 129), Belçika (ibid., par. 130), Bosna Hersek (ibid., par. 131), Kamboçya (ibid., par. 135), Kanada (ibid., par. 138), Kongo (ibid., par. 142), Hırvatistan (ibid., par. 144), El Salvador (ibid., par. 149-150), İspanya (ibid., par. 200201), Estonya (ibid., par. 151), Gürcistan (ibid., par. 154), Letonya (ibid., par. 166), Litvanya (ibid., par. 168), Moldova (ibid., par. 177), Nikaragua (ibid., par. 184), Nijer (ibid., par. 185), Yeni Zelanda (ibid., par. 182), Özbekistan (ibid., par. 215), Hollanda (ibid., par. 180), Portekiz (ibid., par. 193), Birleşik Krallık (ibid., par. 211), Slovenya (ibid., par. 199), Tacikistan (ibid., par. 205) Yugoslavya (ibid., par. 219); Aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Bulgaristan (ibid., par. 133), İtalya (ibid., par. 161-162), Mozambik (ibid., par. 178), Nikaragua (ibid., par. 183), Paraguay (ibid., par. 190), Peru (ibid., par. 191), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 147), Romanya (ibid., par. 194) ve Slovakya (ibid., par. 198), ki bunların uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsamaktadır, ve aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 121), Burundi (ibid., par. 134), Ürdün (ibid., par. 164) ve Trinidad -Tobago (ibid., par. 206).

Menkul Kamu Malları

Askeri operasyonlarda yararlanılabilecek nitelikteki her menkul kamu malına el konabileceği düzenleyen kural eski bir teamül hukuku kuralıdır ve Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Oxford Talimatnamesi'nde yer almaktadır.³² Bu kural 'devlete ait madeni para, fonlar, vadeli değerler, silah depoları, ulaşım araçları, depolar, azık ve genel olarak savaş operasyonlarında... da yararlanılabilecek nitelikteki devlete ait tüm menkul mallara' el konulabilir şeklinde Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir.³³

Bu kural önemli bir sayıda askeri talimatnamede de bulunmaktadır.³⁴ II. Dünya Savaşı'ndan sonra yargılanan birçok olayda uygulanmıştır.³⁵

Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'nın askeri talimatnameleri müsadereyi 'düşmanın menkul kamu mallarını, ait oldukları devlete herhangi bir tazminat ödeme gereği olmaksızın, almaktır' şeklinde tarif etmektedirler.³⁶ Bunlar, dar anlamda yaklaşıldığında, savaş ganimeti savaş alanında bulunan ya da ele geçirilen askeri malzemeyi ifade ettiği ölçüde savaş ganimeti teşkil etmemektedir; söylenen bu olmakla beraber uygulamada bu iki kategori arasına ayırımın bulanıklaşmıştır; zira savaş ganimeti ve müsadere edilen mallar aynı rejime tabidir: tazminat ödenmeden alınabilirler. Örnek olarak Almanya'nın askeri talimatnamesi her iki durumda da 'savaş ganimeti' deyimini kullanmaktadır.³⁷

Lahey Tüzüğü'ne göre belediye malları, ibadete, hayır işlerine, eğitime, sanat ve bilime tahsis edilmiş kurumların malları, devlete ait bile olsalar özel mülkiyetmiş gibi muamele görürler.³⁸ Bu sebeple, tarihi eserler ve bilim ve sanat eserleri dahi olmak üzere bu mallara el koymak ya da onları yok etmek yasaktır (bkz. Kural 40).

Gayrimenkul Kamu Malları

Gayrimenkul kamu mallarının irtifak kuralına uygun olarak idare edilmesi eski bir teamül hukuku kuralıdır ve Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Oxford

32 Lieber Kodu (1863), md.31 (ibid., par. 246); Brüksel Bildirgesi (1874), md.6 (ibid., par. 247); Oxford Talimatnamesi (1880), md.50 (ibid., par. 248).

33 Lahey Tüzüğü(1907), md.53 (ibid., par. 245).

34 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 255), Arjantin (ibid., par. 251), Avustralya (ibid., par. 252), Kanada (ibid., par. 253), Birleşik Devletler (ibid., par. 262), Fransa (ibid., par. 254), İtalya (ibid., par. 256), Nijerya (ibid., par. 258), Yeni Zelanda (ibid., par. 257) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 261).

35 Bkz. özellikle Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri mahkemesi, Flick davası (ibid., par. 268), Birleşik Devletler Alfred Krupp ve diğerlerine karşı davası (ibid., par. 269) ve Krauch (I. G. Farben davası) (ibid., par. 270).

36 Avustralya, *Defence Force Manual* (ibid., par. 252);Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique (SÇH Manual)* (ibid., par. 253); Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 257).

37 Almanya, *Military Manual* (ibid., par. 255).

38 Lahey Tüzüğü(1907), md.56.

Talimatnamesi'nde yer almaktadır.³⁹ Lahey Tüzüğü'nde aşağıdaki gibi kodifiye edilmiştir:

İşgalci devlet kendini düşmana ait olan ve işgal altındaki ülkede bulunan resmi dairelerin, gayrimenkullerin, ormanların ve tarımsal işletmelerin irtifak hakkı sahibi ve idareci olarak kabul edecektir. Bu mülkiyetlerin özünü korumalı ve bunları irtifak kurallarına uygun olarak idare etmelidir.⁴⁰

Bu kural birçok askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁴¹ Örneğin Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'nın talimatnameleri açıklamaktadır ki 'düşmanın gayrimenkul kamu malları kullanılıp idare edilebilir ancak müsadere edilemezler.'⁴² Bu kural II. Dünya Savaşı'ndan sonra yargılanan birçok olayda uygulanmıştır.⁴³

Birçok askeri talimatname gayrimenkul kamu mallarına açıkça düşmanın mallarının baskın bir askeri gerekliliğin gerektirmesi durumunda yok edilebileceğini öngören ilkeyi uygulamaktadırlar (bkz. kural 50).⁴⁴

Özel Mülkiyet

Özel mülkiyetin müsadereye karşı korunması eski bir teamül hukuku kuralıdır ve Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Oxford Talimatnamesi'nde yer almaktadır.⁴⁵ Özel mülkün müsadere edilmesi yasağı Lahey Tüzüğü'nün 46. Maddesinde kodifiye edilmiştir.⁴⁶ Bu yasak hiçbir özel mülkiyete tâbi hiçbir malın hiçbir zaman müsadere edilemeyeceği anlamına gelmemektedir çünkü Lahey Tüzüğü'nün 53. Maddesinin belirttiği gibi:

Karada, denizde ve havada haberlerin yayılmasına, kişilerin ya da şeylerin taşınmasına tahsis edilmiş her araç, (...) silah depoları ve genel olarak her türlü savaş mühimmatı, özel kişilere ait olsalar bile müsadere edilebilir ancak barış zamanı iade edilmeleri ve tazminat ödenmesi gerekecektir.⁴⁷

39 Lieber Kodu (1863), md.31 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 16, par. 284); Brüksel Bildirgesi (1874), md.7 (ibid., par. 285); Oxford Talimatnamesi (1880), md.52 (ibid., par. 286).

40 Lahey Tüzüğü(1907), md.55 (ibid., par. 283).

41 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 291), Arjantin (ibid., par. 288), Avustralya (ibid., par. 289), Kanada (ibid., par. 290), Birleşik Devletler (ibid., par. 298), İtalya (ibid., par. 292), Yeni Zelanda (ibid., par. 293), Birleşik Krallık (ibid., par. 297) ve İsviçre (ibid., par. 296).

42 Avustralya, *Defence Force Manual* (ibid., par. 289); Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique (SÇH Manual)* (ibid., par. 290); Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 293).

43 Bkz. özellikle Polonya, Poznan'daki Ulusal Yüksek Mahkeme, Greiser davası (ibid., par. 302); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Flick davası (ibid., par. 303), Birleşik Devletler Alfred Krupp ve diğerlerine karşı (ibid.,par. 304) ve Krauch (I. G. Farben davası) (ibid., par. 305).

44 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 290), Birleşik Devletler (ibid., par. 298), Nijerya (ibid., par. 294), Yeni Zelanda (ibid., par. 293) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 297).

45 Lieber Kodu (1863), md.22 (ibid., par. 319), md.37 (ibid., par. 320) et md.38 (ibid., par. 321); Brüksel Bildirgesi(1874), md.38 (ibid., par. 322); Oxford Talimatnamesi (1880), md.54 (ibid., par. 323).

46 Lahey Tüzüğü(1907), md.46 (ibid., par. 317).

47 Lahey Tüzüğü(1907), md.53 (ibid., par. 317).

Bu kural önemli sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁴⁸ Avustralya savunma kuvvetlerinin talimatnamesinin açıkladığı gibi ‘bu mallar işgalci güç tarafından müsadere edilebilir ancak onun mülkiyetine girmezler. Müsadere sadece malın zilyetliğinin işgalci güce geçmesi demek olurken mülkiyet özel malikin olmaya devam eder.’⁴⁹ Yeni Zelanda’nın askeri talimatnamesine göre bu kategori aşağıdakileri içermektedir:

Kablolar, telefon ve telgraf tesisleri, televizyon, telekomünikasyon ve radyo malzemesi; atlar, arabalar, bisikletler, koşulmuş hayvanlar, at arabaları; demir yolları ve demiryolu tesisleri, tramvaylar; iskeledeki gemiler, kanal ve nehirde seyir araçları; sıhhi taşıma hava araçları dışındaki her çeşit hava aracı; spor ve av silahları ve savaş malzemesi olarak kullanılabilir nitelikte olan her türlü mal.⁵⁰

Birçok talimatname açıkça özel mülkiyete, buyurucu askeri gerekliliğin baş göstermesi halinde düşmanın mallarının yok edilebileceği ya da müsadere edilebileceğini öngören ilkeyi uygulamaktadır (bkz. Kural 50).⁵¹

Özel mülkiyetin müsadereye karşı korunması II. Dünya Savaşı’ndan sonraki uluslararası içtihatla olduğu kadar birçok başka davalarda da onaylanmıştır.⁵² 1985 yılında İsrail Yüksek Adalet Divanı’na götürülen Al Nawar davasında yargıç Shamgar Lahey Tüzüğü’nün 46. Maddesinin ‘gerçekten düşman ordusunca kullanılan’ özel malları kapsamadığını takdir etmiştir.⁵³

48 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 357), Almanya (ibid., par. 342), Arjantin (ibid., par. 327), Avustralya (ibid., par. 329), Benin (ibid., par. 330), Kanada (ibid., par. 333-334), Kolombiya (ibid., par. 335 -337), Birleşik Devletler (ibid., par. 363-364 ve 367), Macaristan (ibid., par. 343), Endonezya (ibid., par. 344), İsrail (ibid., par. 345), İtalya (ibid., par. 346), Yeni Zelanda (ibid., par. 349), Nijerya (ibid., par. 350- 352), Uganda (ibid., par. 360-361), Peru (ibid., par. 353), Filipinler (ibid., par. 354), Romanya (ibid., par. 356), Birleşik Krallık (ibid., par. 362), İsviçre (ibid., par. 358) ve Togo (ibid., par. 359).

49 Avustralya, *Defence Force Manual* (ibid., par. 329).

50 Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 349).

51 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 363 ve 365), Birleşik Krallık (ibid., par. 362) ve İsviçre (ibid., par. 358).

52 Bkz. özellikle Almanya, Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi, Jorgic davası (ibid., par. 411); Bosna Hersek, Biha Kanton Mahkemesi, Bijelic davası (ibid., par. 405); Çin, Milli Savunma Bakanlığı’nın işlediği savaş suçları için Nanking’deki askeri mahkeme, Takashi Sakai davası (ibid., par. 406); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Flick (ibid., par. 421), Birleşik Devletler Alfred Krupp ve diğerlerine karşı (ibid., par. 422), Krauch (I. G. Farben davası) (ibid., par. 423) davaları, Birleşik Devletler Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı davası (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 424); Fransa, Clermont-Ferrand Sürekli Askeri Mahkemesi, Szabados davası (ibid., par. 408); Fransa, Metz Sürekli Askeri Mahkemesi, Rust davası (ibid., par. 409); Fransa, Almanya’daki Fransız işgal bölgesi askeri hükümetinin genel mahkemesi, Herman Roehling ve dava ortakları davası (ibid., par. 410); İsrail, Yüksek Adalet Divanı Ayub (ibid., par. 412) ve Sakhwil (ibid., par. 413) davaları; Japonya, Chiba bölge mahkemesi, Hokekyoji Dini Örgütü davası (ibid., par. 415); Japonya, Tokyo bölge mahkemesi, Takada (ibid., par. 416) ve Suikosha (ibid., par. 417) davaları; Hollanda, Özel Yargıtay, Esau davası (ibid., par. 418); Hollanda, Lahey’deki Özel Ceza Mahkemesi, Fiebig davası (ibid., par. 419) ve Polonya, Poznan’daki Ulusal Yüksek Mahkeme, Greiser davası (ibid., par. 420).

53 İsrail, Yüksek Adalet Divanı, Al Nawar Savunma Bakanlığına karşı davası (ibid., par. 414).

Lahey Tüzüğü, işgal güçlerinin askeri ihtiyaçlarını karşılamak için yükümlülükler/salma denen aynı edimlere ve işgal edilen toprağın yetkilileri ve halkından istenen hizmetlere ilişkin olarak detaylı kurallar ihtiva etmektedir:

Aynı yükümlülükler ve hizmetler belediyelerden ya da sakinlerden sadece işgal ordusunun gereksinimlerini için talep edilebilir. Ülkenin kaynaklarına uygun olmalı ve halkların kendi vatanlarına karşı savaş operasyonlarında yer almaları yükümlülüğü içermemelidir. Bu yükümlülük ve hizmetler işgal edilen mevkiinin komutanının izniyle istenebilir. Aynı yükümlülükler mümkün olduğu oranda anında nakit olarak ödenmeli; mümkün değilse bunlar makbuzla tespit edilmeli ve en yakın zamanda ödenmesi gereken meblağ ödenmelidir.⁵⁴

Bu kurallar birçok askeri talimatnamede mevcuttur.⁵⁵ Bunların ihlali birçok devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir.⁵⁶ Bazı özel kategorideki mallara el konulmasına ilişkin olarak başka detaylı kurallar mevcuttur: yardım örgütlerinin malları⁵⁷; işgal altındaki topraklardaki hastaneler⁵⁸; işgal altındaki topraklardaki sivil savunmanın ihtiyaç duyduğu malzeme ve binalar.⁵⁹

Özel mülkiyete saygı gösterilmesi gereğini içeren temel kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilen birçok talimatnamede sarih bir şekilde yazılmıştır.⁶⁰ Bununla beraber bu kural, baskın askeri gereklilik halleri haricinde yok etme ya da müsadere etme yasağı (bkz. Kural 50) ve yağma yasağı (bkz. Kural 52) dışında ayrı özel bir kural getirmemektedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda özel mülkiyeti müsadere etmeyi yasaklayan uluslararası hukuka dayana hiçbir kural tespit edilmemiştir, bu tip bir müsadereye izin veren bir uluslararası hukuk kuralı da yoktur. Bununla beraber bu konunun ulusal mevzuatta düzenlendiği düşünülebilir.

54 Lahey Tüzüğü(1907), md.52 (ibid., par. 317).

55 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 342), Arjantin (ibid., par. 327), Avustralya (ibid., par. 328-329), Kanada (ibid., par. 333-334), Birleşik Devletler (ibid., par. 363-364), Fransa (ibid., par. 341), İtalya (ibid., par. 346), Nijerya (ibid., par. 351), Yeni Zelanda (ibid., par. 349), Birleşik Krallık (ibid., par. 362) ve İsviçre (ibid., par. 358).

56 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 368), Bosna Hersek (ibid., par. 373), Bulgaristan (ibid., par. 374), Şili (ibid., par. 376), Çin (ibid., par. 377), Kolombiya (ibid., par. 378), Hırvatistan (ibid., par. 379), İspanya (ibid., par. 399), Estonya (ibid., par. 382), İtalya (ibid., par. 387-388), Litvanya (ibid., par. 389), Moldova (ibid., par. 391), Norveç (ibid., par. 396), Hollanda (ibid., par. 395), Slovenya (ibid., par. 398) ve Yugoslavya (ibid., par. 404); aynı zamanda aşağıdaki devletin mevzuat taslağı: Arjantin (ibid., par. 370).

57 I no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.34.

58 IV no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.57.

59 Ek I.Protokol (1977), md.63, par. 4 -6.

60 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri:Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 16, par. 357), Benin (ibid., par. 330), Kanada (ibid., par. 334), Kolombiya (ibid., par. 336337), El Salvador (ibid., par. 340), İtalya (ibid., par. 346), Peru (ibid., par. 353), Filipinler (ibid., par. 354) ve Togo (ibid., par. 359).

Kural 52. – Yağma yasaktır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 16, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Yağmalama yasağı eski bir teamül hukuku kuralıdır ve Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Oxford Talimatnamesi'nde yer almaktadır.⁶¹ Lahey Tüzüğü yağmayı her koşulda yasaklamıştır.⁶² I. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan sorumluluklar Komitesi'nin raporunda olduğu kadar II.Dünya Savaşı ertesinde kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (Nuremberg) Statüsü'nde de yağma bir savaş suçu olarak kabul edilmiştir.⁶³ IV. Cenevre Sözleşmesi de yağmayı yasaklamaktadır.⁶⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü 'nün hükümlerine göre 'bir şehir ya da mevkiinin yağma edilmesi, saldırıyla ele geçirilmiş dahi olsa' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁶⁵

Yağmalama yasağı önemli bir sayıda askeri talimatnamede yazılı bulunmaktadır.⁶⁶ Yağma önemli bir sayıda devletin de mevzuatının ihlalini teşkil

61 Lieber Kodu (1863), md.44 (ibid., par. 470); Brüksel Bildirgesi(1874), md.18 (ibid., par. 471) et md.39 (ibid., par. 472); Oxford Talimatnamesi (1880), md.32 (ibid., par. 473).

62 Lahey Tüzüğü(1907), md.28 (ibid., par. 461) et md.47 (ibid., par. 462).

63 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 475); Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (Nürnberg) Statüsü (1945), md.6, al. 2 b) (ibid., par. 465).

64 IV no'lu Cenevre Sözleşmesi(1949), md.33, al. 2 (ibid., par. 466).

65 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xvi) (ibid., par. 468).

66 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 538), Almanya (ibid., par. 511-512), Arjantin (ibid., par. 486-487), Avustralya (ibid., par. 488-489), Belçika (ibid., par. 490-491), Benin (ibid., par. 492), Burkina Faso (ibid., par. 493), Kamerun (ibid., par. 494-495), Kanada (ibid., par. 496-497), Çin (ibid., par. 498), Kolombiya (ibid., par. 499-500), Kongo (ibid., par. 501), Hırvatistan (ibid., par. 502-503), El Salvador (ibid., par. 506), Ekvator(ibid., par. 505), İspanya (ibid., par. 539), Birleşik Devletler (ibid., par. 547-552), Fransa (ibid., par. 507- 510), Endonezya (ibid., par. 513-514), İsrail (ibid., par. 515-516), İtalya (ibid., par. 517-518), Kenya (ibid., par. 519), Madagaskar (ibid., par. 522), Mali (ibid., par. 523), Fas (ibid., par. 524), Nijerya (ibid., par. 528 -531), Yeni Zelanda (ibid., par. 527), Uganda (ibid., par. 543-544), Hollanda (ibid., par. 525-526), Peru (ibid., par. 532), Filipinler (ibid., par. 533-534), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 520-521), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 504), Birleşik Krallık (ibid., par. 545-546), Rusya (ibid., par. 535), Senegal (ibid., par. 536-537), İsveç (ibid., par. 540), İsviçre (ibid., par. 541), Togo (ibid., par. 542) ve Yugoslavya (ibid., par. 553).

etmektedir.⁶⁷ Bu yasak II. Dünya Savaşı'ndan sonra birçok davada ulusal mahkemelerce⁶⁸ olduğu kadar Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi'nce de uygulanmıştır.⁶⁹ Yağmalama yasağı birçok resmi beyanatta ve diğer tür uygulamalarla da desteklenmiştir.⁷⁰

- 67 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Arnavutluk (ibid., par. 554), Cezayir (ibid., par. 555), Almanya (ibid., par. 591), Avustralya (ibid., par. 557 -559), Azerbaycan (ibid., par. 560561), Bangladeş (ibid., par. 562), Bosna Hersek (ibid., par. 563), Brezilya (ibid., par. 564), Bulgaristan (ibid., par. 565), Burkina Faso (ibid., par. 566), Kamerun (ibid., par. 568), Kanada (ibid., par. 569-570), Şili (ibid., par. 572), Çin (ibid., par. 573,574), Kolombiya (ibid., par. 576), Kongo (ibid., par. 578), Fildişi Sahili (ibid., par. 579), Hırvatistan (ibid., par. 580), Mısır (ibid., par. 583), El Salvador (ibid., par. 584-585), Ekvator (ibid., par. 582), İspanya (ibid., par. 636 -638), Estonya (ibid., par. 586), Birleşik Devletler (ibid., par. 653 -656), Etyopya (ibid., par. 587), Fransa (ibid., par. 588), Gambiya (ibid., par. 589), Gürcistan (ibid., par. 590), Gana (ibid., par. 592), Gine (ibid., par. 593), Macaristan (ibid., par. 594), de l'Inde (ibid., par. 595), Endonezya (ibid., par. 596-597), Irak (ibid., par. 598), İrlanda (ibid., par. 599), İsrail (ibid., par. 600-601), İtalya (ibid., par. 602-603), Ürdün (ibid., par. 604), Kazakistan (ibid., par. 605), Kenya (ibid., par. 606), Letonya (ibid., par. 608), Lüksemburg (ibid., par. 609), Malezya (ibid., par. 610), Mali (ibid., par. 611-612), Fas (ibid., par. 615), Meksika (ibid., par. 613), Moldova (ibid., par. 614), Mozambik (ibid., par. 616), Myanmar (ibid., par. 617), Nikaragua (ibid., par. 623), Nijerya (ibid., par. 624), Norveç (ibid., par. 625), Yeni Zelanda (ibid., par. 621-622), Uganda (ibid., par. 648), Özbekistan (ibid., par. 657), Paraguay (ibid., par. 626-627), Hollanda (ibid., par. 618 -620), Peru (ibid., par. 628), Filipinler (ibid., par. 629-630), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 607), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 577), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 581), Rusya (ibid., par. 631), Birleşik Krallık (ibid., par. 650 -652), Senegal (ibid., par. 632), Singapur (ibid., par. 633), Slovakya (ibid., par. 634), Slovenya (ibid., par. 635), Sri Lanka (ibid., par. 639 -641), İsviçre (ibid., par. 642), Tacikistan (ibid., par. 643), Çad (ibid., par. 571), Togo (ibid., par. 644), Trinidad Tobago (ibid., par. 645), Tunus (ibid., par. 647), Ukrayna (ibid., par. 649), Venezuela (ibid., par. 658), Vietnam (ibid., par. 659), Yemen (ibid., par. 660-661), Yugoslavya (ibid., par. 662-663), Zambiya (ibid., par. 664) et Zimbabve (ibid., par. 665); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 556), Burundi (ibid., par. 567) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 646).
- 68 Bkz. özellikle, Çin, Milli Savunma Bakanlığı'nın işlediği savaş suçları için Nanking'deki askeri mahkeme, Takashi Sakai davası (ibid., par. 667); Fransa, Clermont-Ferrand Sürekli Askeri Mahkemesi, Szabados davası (ibid., par. 669); Fransa, Dijon Sürekli Askeri Mahkemesi, Holstein davası (ibid., par. 670); Fransa, Metz Sürekli Askeri Mahkemesi Bauer davası (ibid., par. 671); Hollanda, Hertogenbosch Özel Ceza Mahkemesi ve Özel Yargıtay, Esau davası (ibid., par. 675); Hollanda, Lahey Özel Ceza Mahkemesi Fiebig davası (ibid., par. 676); Birleşik Devletler, Nürnberg Askeri Mahkemesi, Pohl (ibid., par. 677) ve Birleşik Devletler Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı davaları (Yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 678).
- 69 ICTY, Savcı Goran Jelisić'e karşı davası, karar (ibid., par. 740), Savcı Zejnib Delalić'e dava ortaklarına karşı davası, karar (ibid., par. 742), Savcı Tihomir Blaškić'e karşı davası, karar (ibid., par. 743) ve Savcı Dario Kordić ve Mario Cerkez'e karşı davası, karar (ibid., par. 744).
- 70 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari: Afganistan (ibid., par. 680), Almanya (ibid., par. 688-689), Bahreyn (ibid., par. 683), Çin (ibid., par. 684), İspanya (ibid., par. 700), Birleşik Devletler (ibid., par. 704), Finlandiya (ibid., par. 686), Fransa (ibid., par. 687), Kuveyt (ibid., par. 691 - 693), Katar (ibid., par. 695), Birleşik Krallık (ibid., par. 701 ve 703), Rusya (ibid., par. 697), Slovenya (ibid., par. 699) ve Yugoslavya (ibid., par. 705), aynı şekilde Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 702) ve İran'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 690).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Yağmalamak, Ek II.Protokol tarafından yasaklanmıştır.⁷¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün hükümlerine göre 'bir şehir ya a mevkiinin yağma edilmesi, saldırıyla ele geçirilmiş dahi olsa' uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁷² Yağmalama Rwanda ve Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemeleri'nin Statüleri'nde olduğu gibi Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin Statüsü'nde de savaş suçları arasında bulunmaktadır.⁷³

Yağmalama yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde mevcuttur.⁷⁴ Hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun yağmalama birçok devletin mevzuatının ihlalinin teşkil etmektedir.⁷⁵ 1985 yılında verdiği Askeri Cunta kararında Arjantin Yargıtayı iç karışıklıklar sırasında işlenen fiillere Lahey Tüzüğü'nde yazılı olan yağmalama yasağı kuralını uygulamıştır.⁷⁶ Yağmalama yasağı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar çerçevesinde resmi beyanatlar ve diğer uygulamaya yönelik örneklerle desteklenmiştir.⁷⁷

71 Ek II.Protokol (1977), md.4, par. 2, al. g) (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 467).

72 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. e) v) (ibid., par. 468).

73 ICTY'nin Statüsü (1993), md.3, al. 1 e) (ibid., par. 480); ICTR (TPIR) Statüsü(1994), md.4, al. 1 f) (ibid., par. 482); Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), md.3 (ibid., par. 469).

74 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 538), Almanya (ibid., par. 511-512), Arjantin (ibid., par. 487), Avustralya (ibid., par. 488-489), Benin (ibid., par. 492), Kamerun (ibid., par. 495), Kanada (ibid., par. 496-497), Çin (ibid., par. 498), Kolombiya (ibid., par. 499-500), Hırvatistan (ibid., par. 502-503), El Salvador (ibid., par. 506), Ekvator (ibid., par. 505), İspanya (ibid., par. 539), Fransa (ibid., par. 510), İtalya (ibid., par. 517-518), Kenya (ibid., par. 519), Madagaskar (ibid., par. 522), Nijerya (ibid., par. 528-529 et 531), Yeni Zelanda (ibid., par. 527), Uganda (ibid., par. 543-544), Hollanda (ibid., par. 525), Peru (ibid., par. 533), Filipinler (ibid., par. 533-534), Rusya (ibid., par. 535), Senegal (ibid., par. 537), Togo (ibid., par. 542) ve Yugoslavya (ibid., par. 553).

75 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 591), Avustralya (ibid., par. 559), Azerbaycan (ibid., par. 561), Bosna Hersek (ibid., par. 563), Kanada (ibid., par. 569-570), Kolombiya (ibid., par. 576), Kongo (ibid., par. 578), Hırvatistan (ibid., par. 580), El Salvador (ibid., par. 584-585), Ekvator(ibid., par. 582), İspanya (ibid., par. 637-638), Estonya (ibid., par. 586), Etiyopya (ibid., par. 587), Gambiya (ibid., par. 589), Gürcistan (ibid., par. 590), Gana (ibid., par. 592), Gine (ibid., par. 593), İrlanda (ibid., par. 599), Kazakistan (ibid., par. 605), Kenya (ibid., par. 606), Letonya (ibid., par. 608), Moldova (ibid., par. 614), Nikaragua (ibid., par. 623), Nijerya (ibid., par. 624), Norveç (ibid., par. 625), Yeni Zelanda (ibid., par. 621-622), Uganda (ibid., par. 648), Özbekistan (ibid., par. 657), Paraguay (ibid., par. 627), Hollanda (ibid., par. 620), Demokratik Kongo Cumhuriyeti(ibid., par. 577), Birleşik Krallık (ibid., par. 652), Rusya (ibid., par. 631), Singapur (ibid., par. 633), Slovenya (ibid., par. 635), İsviçre (ibid., par. 642), Tacikistan (ibid., par. 643), Trinidad Tobago (ibid., par. 645), Ukrayna (ibid., par. 649), Venezuela (ibid., par. 658), Yemen (ibid., par. 661), Yugoslavya (ibid., par. 663), Zambiya (ibid., par. 664) ve Zimbabve (ibid., par. 665); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Bulgaristan (ibid., par. 565), Burkina Faso (ibid., par. 566), Macaristan (ibid., par. 594), İtalya (ibid., par. 602-603), Mozambik (ibid., par. 616), Paraguay (ibid., par. 626), Peru (ibid., par. 628), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 607), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 581), Slovakya (ibid., par. 634) ve Togo (ibid., par. 644), ki bunların uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsamaktadır, ve aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları:Arjantin (ibid., par. 556), Burundi (ibid., par. 567) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 646).

76 Arjantin, Ulusal istinaf mahkemesi, Askeri Cunta davası(ibid., par. 666).

77 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Almanya (ibid., par. 688), Fransa (ibid., par. 687), Rusya (ibid., par. 696) ve Ruanda (ibid., par. 698), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Kolombiya (ibid., par. 685) ve Yugoslavya (ibid., par. 705).

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi yönde hiçbir uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlali iddiaları devletler tarafından genel olarak kınanmıştır.⁷⁸ Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler de bu ihlal iddialarını kınamışlardır.⁷⁹ Olayların çoğunda bu iddialar ilgili taraflarca ya reddedilmiş ya da hukuka aykırı oldukları kabul edilmiştir.⁸⁰ Diğer başka bir olayda yetkililer kendi askerlerine disiplin ağlama konusunda yetersizliklerini ileri sürmüşlerdir.⁸¹

1999 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVII. Uluslararası Konferansı'nca kabul edilen 2000-2003 yılları için hareket planı, bir silahlı çatışmanın tüm taraflarından 'uluslararası insancıl hukukun yağmalamayı (....) da içeren ağır ihlallerinin engellenmesi için kesin emirler verilmesi' amacıyla gerekenin yapılmasını istemektedir.⁸²

Kültürel malların yağmalanmasına (bkz. Kural 40), hasta ve yaralıların (bkz. Kural 111), ölülerin (bkz. Kural 113) ve özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin kişisel mallarının yağmalanmasına ilişkin toplanan özel uygulama bu kuralın teamülü niteliğinin değerlendirilmesinde ayrıca dikkate alınmalıdır.

Tanım

Yağmalama, Black hukuk sözlüğünde 'bir fatih ya da işgalci ordusu tarafından düşmanın tabiiyetindeki özel malların bunlardan zorla alınmasıdır.'⁸³ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurları sahiplenmenin 'kişisel ya da özel amaçlara yönelik' olması gereğini belirtmektedir.⁸⁴ Böyle tanımlandığında yağmalama yasağı hırsızlığı yasaklayan hukuk genel ilkesinin özel bir uygulamasını teşkil etmektedir. Bu yasak tüm dünyada ulusal ceza mevzuatlarında bulunmaktadır. Yağmalama gerek askeri hukukta gerekse de ceza genel hukukunda genel olarak cezalandırılan bir fiildir.

78 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Afganistan (ibid., par. 680), Almanya (ibid., par. 688-689), Bahreyn (ibid., par. 683), Çin (ibid., par. 684), Kolombiya (ibid., par. 685), İspanya (ibid., par. 700), Birleşik Devletler (ibid., par. 704), Finlandiya (ibid., par. 686), Fransa (ibid., par. 687), Kuveyt (ibid., par. 691-693), Nijerya (ibid., par. 694), Katar (ibid., par. 695), Birleşik Krallık (ibid., par. 701-703), Rusya (ibid., par. 696-697), Ruanda (ibid., par. 698), Slovenya (ibid., par. 699) ve Yugoslavya (ibid., par. 705).

79 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi'nin 912 sayılı, kararı 912 (ibid., par. 710), karar 1019 (ibid., par. 711) et karar 1034 (ibid., par. 712); BM Güvenlik Konseyi Başkanını beyanatları (ibid., par. 713-715); BM Genel Kurulu, karar 50/193 (ibid., par. 716); BM İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/59 (ibid., par. 717), karar 1996/71 (ibid., par. 718) ve karar 1997/57 (ibid., par. 719); Körfez İşbirliği Konseyi, Bakanlar Konseyi Nihai Bildirisi (ibid., par. 736).

80 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Rusya (ibid., par. 696) ve Ruanda (ibid., par. 698), aynı zamanda Bosna Hersek, Republika Srpska'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 757).

81 Bkz. örn. bir devletin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 708).

82 Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVII. Uluslararası Konferansı, 2000-2003 yılları için hareket planı (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 738).

83 *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1979, p. 1033.

84 UCM'nin suçun unsurları (2000), md.8, par. 2, al. b) xvi), Yağma (UCM'nin Statüsü, md.8, par. 2, al. b) xvi) ve md.8, par. 2, al. e) v)).

AÇLIK VE İNSANİ YARDIMA ULAŞMA

Kural 53. – Sivil halka karşı bir savaş yöntemi olarak açlığın kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 17, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre, bu kural uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanabilen teamüli bir uluslararası hukuk normudur.

Uluslararası silahlı çatışmalar

1863 yılında hala Lieber Kodu ‘düşmanın olabildiğince çabuk teslim olmasını sağlamak için silahlı olsun olmasın savaşan hasmı aç bırakmak yasaldır’¹ hükmünü açıkça belirtse de I.Dünya Savaşı’ndan sonra kurulan Sorumluluklar Komisyonu’nun 1919 tarihli raporu ‘sivillere dayatılan açlığın’ cezai kovuşturmayı gerektiren savaş teamül ve kanunlarının bir ihlalini teşkil ettiği söylemektedir.² Savaş yöntemi olarak açlığın yasaklanması Ek I.Protokol’ün 54. Maddesinin 1. Paragrafında kodifiye edilmiştir.³ Bu hüküm Ek Protokol ‘ün kabulü zamanında genel olarak yeni bir hüküm olarak değerlendirilmiş, ancak o tarihten beri uluslararası teamül hukuku kuralı statüsünü kazanmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü’ne göre ‘savaş yöntemi olarak kasten sivilleri aç bırakmak’ uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁴

1 Lieber Kodu (1863), md.17 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 17, par. 4).

2 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 5).

3 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 1).

4 UCM’nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xxv) (ibid., par. 3).

Açlık yasağı önemli bir sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁵ Açlığı bir savaş yöntemi olarak kullanmak birçok devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.⁶ Bu kural resmi beyanlatlar ve başka şekillerdeki uygulamalar ile desteklenmektedir.⁷ Bu uygulama Ek I.Protokol'e taraf olmayan ya da o uygulama esnasında işbu Protokol'e taraf olmayan devletlerinkileri içermektedir.⁸ Aksi yöndeki uygulama örnekleri genellikle kınanmış ya da suçlanan tarafça reddedilmiştir.⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Açlığı bir savaş yöntemi olarak yasaklanması Ek II.Protokol'de yazılıdır.¹⁰ Ayrıca bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka belgelerde de mevcuttur.¹¹

-
- 5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 19), Arjantin (ibid., par. 9), Avustralya (ibid., par. 10-11), Belçika (ibid., par. 12), Benin (ibid., par. 13), Kanada (ibid., par. 14), Kolombiya (ibid., par. 15), Hırvatistan (ibid., par. 16), İspanya (ibid., par. 30), Birleşik Devletler (ibid., par. 35), Fransa (ibid., par. 17-18), Macaristan (ibid., par. 20), Endonezya (ibid., par. 21), İsrail (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Madagaskar (ibid., par. 25), Yeni Zelanda (ibid., par. 27), Nijerya (ibid., par. 28), Hollanda (ibid., par. 26), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 24), Birleşik Krallık (ibid., par. 34), Rusya (ibid., par. 29), İsveç (ibid., par. 31), İsviçre (ibid., par. 32), Togo (ibid., par. 33) ve Yugoslavya (ibid., par. 36).
- 6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 50), Avustralya (ibid., par. 37-38), Azerbaycan (ibid., par. 39), Belarus (ibid., par. 40), Bosna Hersek (ibid., par. 41), Kanada (ibid., par. 43), Çin (ibid., par. 44), Kongo (ibid., par. 45), Fildişi Sahili (ibid., par. 46), Hırvatistan (ibid., par. 47), Etyopya (ibid., par. 48), Gürcistan (ibid., par. 49), İrlanda (ibid., par. 51), Litvanya (ibid., par. 52), Mali (ibid., par. 53), Norveç (ibid., par. 57), Yeni Zelanda (ibid., par. 56), Hollanda (ibid., par. 54-55), Birleşik Krallık (ibid., par. 60), Slovenya (ibid., par. 58) ve Yugoslavya (ibid., par. 61-62); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 42) ve Trinidad -Tobago (ibid., par. 59).
- 7 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Almanya (ibid., par. 81 -85), Belçika (ibid., par. 67), Çin (ibid., par. 70), Fildişi Sahili (ibid., par. 74), Küba (ibid., par. 75), Birleşik Devletler (ibid., par. 101), Finlandiya (ibid., par. 77), Malezya (ibid., par. 92), Birleşik Krallık (ibid., par. 99), SSCB (ibid., par. 106) ve Yemen (ibid., par. 107), Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 103) ve Belçika (ibid., par. 69) ve İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 88).
- 8 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 35), Fransa (ibid., par. 17), Endonezya (ibid., par. 21), İsrail (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Birleşik Krallık (ibid., par. 34), aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Azerbaycan (ibid., par. 39), Çin (ibid., par. 44), Etyopya (ibid., par. 48) ve Hollanda (ibid., par. 54), aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 101), Malezya (ibid., par. 92) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 99) aynı zamanda İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 88).
- 9 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Almanya (ibid., par. 81), Suudi Arabistan (ibid., par. 76), Avusturya (ibid., par. 66), Çin (ibid., par. 70), Fildişi Sahili (ibid., par. 74), Küba (ibid., par. 75), Mısır (ibid., par. 76), Finlandiya (ibid., par. 77), İran (ibid., par. 76), Malezya (ibid., par. 92), Pakistan (ibid., par. 76), Birleşik Krallık (ibid., par. 99), Senegal (ibid., par. 76), Türkiye (ibid., par. 76), Yemen (ibid., par. 107) ve üç başka devlet (ibid., par. 108 -110).
- 10 Ek II.Protokol (1977), md.14 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 2).
- 11 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 6); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 7).

Açlık yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış bulunan birçok askeri talimatnamede mevcuttur.¹² Bir savaş yöntemi olarak sivil kişileri aç bırakma birçok devletin mevzuatında savaş suçu olarak düzenlenmektedir.¹³ 1997 yılında Zadar bölgesi mahkemesince Perisic ve ortakları davasında açlık yasağını uygulanmıştır.¹⁴ Bu yasak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar çerçevesinde rapor edilen uygulanma ve resmi beyanatlarla desteklenmiştir.¹⁵ Olayların çoğunda, örneğin Sudan ve Nijerya'daki iç savaşlarda devletler, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş yöntemi olarak açlığın kullanıldığı iddia edilen olayları ihbar etmişlerdir.¹⁶

1995 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI. Uluslararası Konferansı 'silahlı çatışmalarda sivil halkı aç bırakmayı hedefleyen girişimleri' şiddetle kınamış ve 'sivil kişilere karşı bir savaş yöntemi olarak açlığın kullanılması yasağının' altını çizmiştir.¹⁷ Bu yasak, Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVII. Uluslararası Konferansı'nda 1999 yılında kabul edilen 2000-20003 yılları için hareket planında da vurgulanmıştır.¹⁸

54'ten 56'ya kadar olan kurallar sivil kişilere karşı bir savaş yöntemi olarak açlığın kullanılması yasağının doğal sonucudur. Bu da demektir ki sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırma (kural 54) ve ihtiyacı olan sivil kişilere yönelik insani yardımın geçişine izin vermemek ki buna kasti olarak yardımın geçişini engellemek (bkz. Kural 55) ya da yardım personelinin hareket özgürlüğünü kısıtlamak (bkz. Kural 56) da dâhildir, açlık yasağının ihlalini teşkil edebilir. 54'ten 56'ya kadar olan kurallara ilişkin uygulama işbu kuralın uluslararası teamül hukuku normu statüsünü kuvvetlendirmektedir.

Açlığa sebep olan kuşatmalar

Bir savaş yöntemi olarak açlığın yasaklanması kuşatma savaşını, işbu kuşatmanın askeri bir amaca yönelik olması, bir sivil halkı aç bırakmak amacıyla yapılmaması

12 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 19), Arjantin (ibid., par. 9), Avustralya (ibid., par. 10-11), Benin (ibid., par. 13), Kanada (ibid., par. 14), Kolombiya (ibid., par. 15), Hırvatistan (ibid., par. 16), İspanya (ibid., par. 30), Fransa (ibid., par. 18), Macaristan (ibid., par. 20), Kenya (ibid., par. 23), Madagaskar (ibid., par. 25), Nijerya (ibid., par. 28), Yeni Zelanda (ibid., par. 27), Hollanda (ibid., par. 26), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 24), Rusya (ibid., par. 29), Togo (ibid., par. 33) ve Yugoslavya (ibid., par. 36).

13 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 50), Azerbaycan (ibid., par. 39), Belarus (ibid., par. 40), Bosna Hersek (ibid., par. 41), Hırvatistan (ibid., par. 47), Etyopya (ibid., par. 48), Litvanya (ibid., par. 52), Slovenya (ibid., par. 57) ve Yugoslavya (ibid., par. 61).

14 Hırvatistan, Zadar bölge Mahkemesi Zadar, Perişi ve dava arkadaşları davası, karar (ibid., par. 63).

15 Bkz. örn. aşağıdaki ülkelerin beyanlatları: Almanya (ibid., par. 79-80), Belçika (ibid., par. 67), Kolombiya (ibid., par. 72), Birleşik Devletler (ibid., par. 102), Fransa (ibid., par. 78), Irak (ibid., par. 87), Nijerya (ibid., par. 94), Filipinler (ibid., par. 96), Vatikan (ibid., par. 86), İsveç (ibid., par. 98) SSCB (ibid., par. 105), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması Belçika (ibid., par. 69), Malezya (ibid., par. 93) ve Ruanda (ibid., par. 97).

16 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları Almanya (ibid., par. 79-80) ve Belçika (ibid., par. 67).

17 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (ibid., par. 118).

18 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 119).

şartıyla yasaklamamaktadır. Bu husus Fransa ve Yeni Zelanda'nın askeri talimatnamelerinde belirtilmiştir.¹⁹ İsrail'in savaş hukuku talimatnamesi, açlık yasağının 'hiç kuşku yok ki bir şehrin sakinlerinin kuşatma sırasında şehri terk etmelerine izin verilmesi gerekliliği anlamına geldiğini' belirtmektedir.²⁰ Bu yapılmıyorsa kuşatan taraf 55. Kurala uygun olarak erzak ve diğer temel ürünlerin bir engelle karşılaşmadan geçişine izin vermelidir. Bosna-Hersek'te kuşatma savaşına başvurulması devletler tarafından ifşa edilmiş²¹ ve uluslararası örgütlerce kınanmıştır.²²

Açlığa sebep olan abluka ve ambargolar

Aynı şekilde, savaş yöntemi olarak açlığın yasaklanması denizden abluka altına almayı, bahsi geçen bu ablukanın askeri bir amaca yönelik olması, bir sivil halkı aç bırakmak amacıyla yapılmaması şartıyla yasaklamamaktadır. Bu ilke, denizdeki silahlı çatışmalara uygulanan uluslararası hukuk üzerine San Remo Talimatnamesi'nde yer aldığı gibi, ayrıca sivil halkın gereksinimlerini yeterli derecede sağlayamadığı durumlarda, ablukayı uygulayan tarafın insani yardımın geçmesine izin vermesi gerektiğini belirten birçok askeri talimatnamede de mevcut bulunmaktadır.²³ Şehirlerin ve bölgelerin abluka ve ambargo altına alınması Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütlerce, örnek olarak Afganistan'daki çatışmalarda ve İsrail tarafından işgal altına alınan topraklarda, kınanmıştır.²⁴ Birleşmiş Milletler Örgütü'nce konan ambargolar da bu kurala uymak zorundadır.

19 Fransa, *Manuel de droit des conflits armés (SÇH Manual)* (ibid., par. 136); Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 138).

20 İsrail, *Manual on the Laws of War* (ibid., par. 137).

21 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari:Arnavutluk (ibid., par. 142) ve Pakistan (ibid., par. 144).

22 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 761 (ibid., par. 145), karar 764 (ibid., par. 146) ve karar 859 (ibid., par. 147); BM Güvenlik Konseyi, Başkanının beyanati (ibid., par. 148); BM Genel Kurulu, karar 48/88, 49/10 ve 49/196 (ibid., par. 149); BM İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/72 (ibid., par. 150); AB, BM Genel Kurulu'da beyanat (ibid., par. 153); Batı Avrupa Birliği, Eski Yugoslavya'daki durum hakkında Başkanlık Komitesi'nin özel beyanati (ibid., par. 154).

23 San Remo Talimatnamesi (1994), par. 102-103 (ibid., par. 160); Aşağıdaki devletlerin sahra talimatnameleri: Avustralya (ibid., par. 162), Kanada (ibid., par. 163), Birleşik Devletler (ibid., par. 169) ve Fransa (ibid., par. 165).

24 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanati (ibid., par. 174-175);BM İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/74 (ibid., par. 176)ve karar 1995/76 (ibid., par. 176);İKO, Dışişleri Bakanları Konferansı, karar 1/7-P (IS) (ibid., par. 183).

Kural 54. – Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırmak, bunları yok etmek, halkın elinden almak ya da kullanım dışı hale getirmek yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 17, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural aç bırakma yasağının doğal bir sonucudur (bkz. Kural 53).

Uluslararası silahlı çatışmalar

İlke olarak, sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallar sivil nitelikli mallardır ve bu sebeple saldırılamazlar (bkz. Kural 7). Ek I.Protokol'ün 54. Maddesinin 2. Paragrafı sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırmayı, bunları yok etmeyi, elden almayı ya da kullanım dışı hale getirmeyi özellikle yasaklamaktadır.²⁵ Ek Protokollerin Yorumuna göre 'bu hüküm, [54. Maddenin] 1. Paragrafın[da] belirtilen sivil halka karşı açlığa başvurmanın yasak oluşu ilkesini geliştirmektedir; onun en yaygın uygulama yöntemlerini açıklamaktadır.'²⁶ 54. Maddenin 2. Paragrafı, bazı mallara 'taşındıkları yaşamsal değer yüzünden sivil halkı ya da hasım tarafı bunlardan mahrum bırakmak amacıyla sebebi ne olursa olsun, ister sivil kişileri aç bırakmak, ister yer değiştirmelerine sebep olmak ya da başka bir sebeple olsun' saldırmayı yasaklamaktadır.²⁷ Ek I.Protokol'ü onayladıklarında Fransa ve Birleşik Krallık işbu hükmün, sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallardan mahrum bırakmayı hedefleyen saldırılar istisnası dışında, özel bir amaçla yapılan saldırıları yasaklamadığını düşündüklerini beyan etmişlerdir.²⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'hayatta kalmaları için mutlaka gerekli olan mallardan onları mahrum bırakmak suretiyle bir savaş yöntemi olarak kasten sivilleri aç bırakmak' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.²⁹

25 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 188).

26 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 2098.

27 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (vol. II, alt bölüm 17, par. 188).

28 Fransa, Ek Protokol I'in onaylanması esnasında ileri sürülen çekince ve beyanlar (1977) (ibid., par. 189); Birleşik Krallık, Ek Protokol I'in onaylanması esnasında ileri sürülen çekince ve beyanlar I (1977) (ibid., par. 190).

29 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xxv) (ibid., par. 192).

Önemli sayıda askeri talimatname sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırmanın, bunları yok etmenin, elden almanın ya da kullanım dışı hale getirmenin yasak olduğunu belirtmiştir.³⁰ İşbu talimatnameler arasında Ek I.Protokol'e taraf olmayan ya da bu talimatnameler yazılırken henüz taraf olmamış olan devletlerinkiler de bulunmaktadır.³¹ Birleşik Devletler'in deniz kuvvetlerinin talimatnamesinin açıklayıcı ekinde bu yasağın uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığı belirtilmiştir.³² Birçok askeri talimatname saldırının hukuka aykırı olması için sivil halkın ikmalini engelleme kastıyla saldırının yapılmasının gerektiğini belirtmektedir.³³ Bununla beraber askeri talimatnamelerin çoğu bu tür bir gereklilikten bahsetmemekte ve sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırıyı bu haliyle yasaklamaktadır.³⁴ Aynı şey bu kuralın her türlü ihlalini mevzuata aykırılık olarak tanımlayan ulusal mevzuatlar için de geçerlidir.³⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallar genel olarak sivil nitelikli mallardır ve bu halde saldırı hedefi yapılamazlar (bkz. Kural 7). Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırı yasağı Ek II.Protokol'de yazılıdır ve açlık yasağının doğal bir sonucunu teşkil ettiği belirtilmiştir.³⁶ Ek Protokollerin Yorumu'nun belirttiği gibi bu hüküm 'bu hüküm, sivil halka karşı açlığa başvurma yasak oluşu ilkesini, onun en yaygın uygulama yöntemlerini

-
- 30 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 220), Almanya (ibid., par. 209-210), Avustralya (ibid., par. 199-200), Belçika (ibid., par. 201), Benin (ibid., par. 202), Kanada (ibid., par. 203), Kolombiya (ibid., par. 204), Ekvator (ibid., par. 205), İspanya (ibid., par. 221), Birleşik Devletler (ibid., par. 226-227), Fransa (ibid., par. 206- 208), Endonezya (ibid., par. 212), İsrail (ibid., par. 213), Kenya (ibid., par. 214), Madagaskar (ibid., par. 215), Nijerya (ibid., par. 219), Yeni Zelanda (ibid., par. 218), Hollanda (ibid., par. 216-217), Birleşik Krallık (ibid., par. 225), İsveç (ibid., par. 222), İsviçre (ibid., par. 223), Togo (ibid., par. 224) ve Yugoslavya (ibid., par. 228).
- 31 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 226-227), Fransa (ibid., par. 206), Endonezya (ibid., par. 212), İsrail (ibid., par. 213), Kenya (ibid., par. 214) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 225).
- 32 Birleşik Devletler, *Annotated Supplement to the Naval Handbook* (ibid., par. 227).
- 33 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 210), Avustralya (ibid., par. 200), Ekvator (ibid., par. 205), İspanya («sivil halkı aç bırakmak niyetiyle») (ibid., par. 221), Birleşik Devletler (ibid., par. 226-227), Fransa (ibid., par. 208), Yeni Zelanda (ibid., par. 218), İsveç (ibid., par. 222) ve Yugoslavya (ibid., par. 228).
- 34 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 220), Belçika (ibid., par. 201), Benin (ibid., par. 202), Kanada («hangi amaçla olursa olsun») (ibid., par. 203), Kolombiya (ibid., par. 204), Fransa (ibid., par. 206-207), Endonezya (ibid., par. 212), İsrail (ibid., par. 213), Kenya (ibid., par. 214), Madagaskar (ibid., par. 215), Nijerya (ibid., par. 219), Hollanda («hangi amaçla olursa olsun» [bizim çevirimiz]) (ibid., par. 216-217), Birleşik Krallık (ibid., par. 225), İsviçre (ibid., par. 223) ve Togo (ibid., par. 224).
- 35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Kolombiya (ibid., par. 233), İspanya (ibid., par. 251), Estonya (ibid., par. 237), Hollanda (ibid., par. 245), Peru (ibid., par. 249), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 235) ve Slovakya (ibid., par. 250); Aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat tasakları Arjantin (ibid., par. 229), El Salvador (ibid., par. 236) ve Nikaragua (ibid., par. 247).
- 36 Ek II.Protokol (1977), md.14 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 191).

açıklayarak geliştirmektedir.³⁷ Ayrıca bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilen birçok başka belgede de mevcuttur.³⁸

Yasak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanmış olan askeri talimatnamelerde bulunmaktadır.³⁹ Türü ne olursa olsun herhangi bir silahlı çatışmada sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırı birçok devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.⁴⁰ Bu kuraldan uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanatlarda olduğu kadar diğer şekillerdeki uygulamada da bahsedilmektedir.⁴¹

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlali yönündeki iddialar genellikle, özellikle de Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütlerce kınanmıştır ki Bosna-Hersek ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki çatışmalara ilişkin olarak takınılan tutum buna örnek teşkil etmektedir.⁴² 1995 yılında XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı 'sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırmanın, bunları yok etmenin, elden almanın ya da kullanım dışı hale getirmenin yasak olduğunun' genel bir ifadeyle altını çizmiştir.⁴³ Bu yasak, Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVII. Uluslararası Konferansı'nda 1999 yılında kabul edilen 2000-20003 yılları için hareket planında da vurgulanmıştır.⁴⁴ Uluslararası Kızılhaç

37 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 4800.

38 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 6 (vol. II, alt bölüm 17, par. 194); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 195).

39 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 220), Almanya (ibid., par. 209-210), Arjantin (ibid., par. 198), Avustralya (ibid., par. 199-200), Benin (ibid., par. 202), Kanada (ibid., par. 203), Kolombiya (ibid., par. 204), Ekvator (ibid., par. 205), İspanya (ibid., par. 221), Fransa (ibid., par. 208), Kenya (ibid., par. 214), Madagaskar (ibid., par. 215), Nijerya (ibid., par. 219), Yeni Zelanda (ibid., par. 218), Hollanda (ibid., par. 216), Togo (ibid., par. 224) ve Yugoslavya (ibid., par. 228).

40 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları:Almanya (ibid., par. 239), Kolombiya (ibid., par. 233), İspanya (ibid., par. 251), Estonya (ibid., par. 237), İrlanda (ibid., par. 241) ve Norveç (ibid., par. 248); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin, uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatları Peru (ibid., par. 249), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 235) ve Slovakya (ibid., par. 250), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 229), El Salvador (ibid., par. 236) ve Nikaragua (ibid., par. 247).

41 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari: Kolombiya (ibid., par. 259)ve Filipinler (ibid., par. 267) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Malezya (ibid., par. 266) ve Ruanda (ibid., par. 268).

42 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanatlari (ibid., par. 274-275); BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri ve İnsani işlerle görevli Genel Sekreter, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki duruma ilişkin basın bildirisini (ibid., par. 281); AB, Başkanlığın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki durum konusundaki basın bildirisini (ibid., par. 283).

43 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (ibid., par. 286).

44 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 287).

Komitesi uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına bu kurala uyma çağrısında bulunmuştur.⁴⁵

İstisnalar

Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara saldırı yasağının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki bu malların askeri bir hedef teşkil ettikleri düşünülmesi halinde onlara saldırılabileceği fikri üzerine kuruludur. Ek I.Protokol, malların sadece muharipler için esaslı ve yaşamsal önemi haiz bir kaynak olarak ya da başka amaçlarla ancak bir askeri harekâta doğrudan destek olarak kullanılması halinde bunu söz konusu olabileceğini düzenlemektedir.⁴⁶ Bu istisna birçok askeri talimatnamede olduğu kadar birkaç ulusal mevzuatta ve resmi beyanatta da mevcuttur.⁴⁷ Bununla beraber bu uygulama bu malların sadece muhariplerin hayatta kalması için kullanılmadığı ancak yine de askeri harekâta doğrudan bir destek teşkil ettikleri zaman, açlık yasağı, işbu mallara saldırmanın sivil halkta açlığa neden olacağı beklenebiliyorsa bunlara saldırılması yasağını getirir. Bu uygulama Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin uygulamalarını içerir.⁴⁸ Bununla beraber bu istisnanın uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanması pek olası görünmektedir çünkü Ek I.Protokol'ün 14. Maddesi bunu ön görmemekte ve hiçbir uygulama bu hipotezi desteklememektedir.

İkinci istisnayı 'yanmış toprak' olarak adlandırılan ve ulusal toprakları işgale karşı savunmak için uygulanan politika teşkil etmektedir. Ek I.Protokol 'Silahlı çatışmanın her bir tarafının ulusal topraklarını işgal karşı korumaya yönelik hayati çıkarları göz önünde tutulduğunda (...) eğer baskın askeri gereklilik gerektiriyorsa' bu istisnayı öngörmektedir.⁴⁹ Bu istisna birçok askeri talimatname ve resmi beyanatta mevcuttur.⁵⁰

45 Bkz. örn. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Güney Afrika'daki Çatışma:ICRC'nin Çağrısı» (ibid., par. 290), Uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliği üzerine memorandum (ibid., par. 291), basın bildirisin° 1682 (ibid., par. 293), basın bildirisin n° 1705 (ibid., par. 296), basın bildirisin n° 1712 (ibid., par. 297), basın bildirisin n° 1726 (ibid., par. 297), Angola'da Uluslararası insancıl hukuka uyulması üzerine Memorandum (ibid., par. 298) ve Turkuaz Operasyonuna katılan kuvvetlerin uluslararası insancıl hukuka uyması üzerine Memorandum (ibid., par. 299).

46 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 308).

47 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 313), Belçika (ibid., par. 314), Kanada (ibid., par. 315), İspanya (ibid., par. 319), İsrail (ibid., par. 316), Yeni Zelanda (ibid., par. 318), Hollanda (ibid., par. 317), İsveç (ibid., par. 320) ve Yugoslavya (ibid., par. 321), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuatları: İspanya (ibid., par. 323); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 322) ve aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Kolombiya (ibid., par. 325) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 327).

48 Bkz. İsrail, *Manual on the Laws of War* (ibid., par. 316); Birleşik Devletler, *Address by the Deputy Legal Adviser of the Department of State* (ibid., par. 327).

49 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 5 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 333).

50 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 340), Avustralya (ibid., par. 336-337), Kanada (ibid., par. 338), İspanya (ibid., par. 344), İsrail (ibid., par. 341), Yeni Zelanda (ibid., par. 343), Hollanda (ibid., par. 342), İsveç (ibid., par. 345) ve Yugoslavya (ibid., par. 347), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 351) ve İsveç (ibid., par. 350).

Bu uygulama Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin uygulamalarını içerir.⁵¹ Bununla beraber yanmış toprak politikasına yönelik istisnanın uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanması pek olası görünmemektedir çünkü Ek I.Protokol'ün 14. Maddesi bunu ön görmemektedir. Kolombiya'nın kısaltılmış askeri talimatnamesi 'tüm silahlı çatışmalarda' bir muharebe yöntemi olarak yanmış toprak politikası emri vermenin yasak olduğunu belirtmiştir.⁵²

Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara karşı zararlar karşılık sorunu Alt Bölüm XLI'de incelenmiştir.

Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan malların tanımı

Ek I. ve II'nci Protokol Sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olan mallara örnek olarak şu aşağıdakileri saymaktadır: yiyecek maddeleri ve yiyecek maddelerinin üretimi için tahsis edilen tarım alanları, tarım ürünleri, sürü hayvanları, içme suyu tesisleri ve depoları ve sulama kanalları.⁵³ İlgili hükümlerdeki 'bunlar gibi' düzenlemesinin belirttiği gibi bu örnek listesi tüketici değildir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki suç unsurlarının görüşmeleri sırasında 'aç bırakmak' fiilinin alışlagelmiş anlamının, dar anlamda sadece besin ve sudan mahrum bırakarak öldürmeyi değil ayrıca daha genel anlamda hayatta kalma için mutlaka gerekli olan şeylerden ya da bu nitelikteki temel mallardan yetersiz miktarda sağlamayı ya da mahrum bırakmayı da kapsadığı kabul edilmiştir. Böylece bu görüşmeler sırasında bahsi geçen diğer örnekler ilaçlar ve bazı durumlarda battaniyeler gibi besin teşkil etmeyen zorunlu malları da içermekteydi.⁵⁴ Bu hususta, Ek I.Protokol ve II'nin her ikisinin de yiyecekleri ve ilaçları sivil halkın hayatta kalması için mutlaka gerekli olarak kabul ettiğinin; hâlbuki Ek I.Protokol'ün kıyafetlerden, uyuma gereçlerinden ve acil durum barınaklarından da bahsettiğinin belirtilmesi önem arz etmektedir.⁵⁵

51 Bkz. örn. İsrail'in askeri talimatnamesi (ibid., par. 341) ve Birleşik Devletler'in beyanları (ibid., par. 351).

52 Kolombiya, *Basic Military Manual* (ibid., par. 339).

53 Ek I.Protokol (1977), md.54, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 188); Ek II.Protokol (1977), md.14 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 191).

54 Knut Dörmann, «*Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes – Part II: Other Serious Violations of the Laws and Customs Applicable in International and Non-International Armed Conflicts*», *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 842, juin 2001, pp. 475-476.

55 Ek I.Protokol (1977), md.69, par. 1; Ek II.Protokol (1977), md.18, par. 2.

Kural 55. – Çatışmanın tarafları, kontrol hakları saklı olmak üzere; ihtiyacı olan sivil kişilere yönelik tarafsız nitelik taşıyan ve olumsuz nitelikte hiçbir ayırım gözetmeden sağlanan insani yardıma izin vermeli ve bunun hızlı ve hiçbir engelle karşılaşmadan geçişini kolaylaştırmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 17, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

IV. Cenevre Sözleşmesi devletlerden sadece sivillere yönelik ‘her ilaç ve sıhhi malzeme gönderimine serbest geçiş’ tanınmasını istemektedir; aynı şekilde devletlerden ‘mutlaka gerekli olan yiyecek, giyecek ve 15 yaşından küçük çocuklara, hamile ya da yeni doğum yapmış kadınlara yönelik kuvvet verici maddelerin her gönderimine serbest geçiş’ tanınması da istenmektedir.⁵⁶ Ek I.Protokol işbu yükümlülüğü ‘her yardım malzemesi ve personelinin gönderiminin hızlı ve hiçbir güçlük çıkarmadan geçişini’ kapsayacak şekilde genişletmiştir.⁵⁷ Bu genişletme, Ek I.Protokol’e taraf olamayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış devletlerce de genel bir kabul görmüştür.⁵⁸

Çok sayıda askeri talimatname insani yardım örgütlerinin ihtiyacı olan sivillere ulaşmasına izin verme ve bunu kolaylaştırma yükümlülüğü içermektedir.⁵⁹ İnsani yardım örgütlerinin ihtiyacı olan sivillere ulaşmasına izin verme ve bunu kolaylaştırma yükümlülüğü resmi beyanatlarla ve rapor edilen uygulamalarla destek-

56 IV. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.23 (vol. II, alt bölüm 17, par. 361).

57 Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 362).

58 Bkz. örn. Kenya’nın askeri talimatnamesi (ibid., par. 388) ve Birleşik Devletler’in beyanatu (ibid., par. 435).

59 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya («izin vermek») (ibid., par. 386), Arjantin («yetki vermek») (ibid., par. 380-381), Avustralya («yetki vermek»)(ibid., par. 383), Kanada («serbest geçiş hakkı tanımak» ve «kolaylaştırmak» kuşatma harbi esnasında) (ibid., par. 384), Kolombiya («yetki vermek») (ibid., par. 385), Birleşik Devletler («izin vermek» ve «kolaylaştırmak») (ibid., par. 396), İtalya («kabul etmek») (ibid., par. 387), Kenya («yetki vermek ve kolaylaştırmak») (ibid., par. 388), Yeni Zelanda («yetki vermek») (ibid., par. 390), Hollanda («vermek zorunda» ve «kolaylaştırmak») (ibid., par. 389), Birleşik Krallık («yetki vermek», «gerekli tüm kolaylıklar» ve «güvence altına almak») (ibid., par. 394-395), Rusya («tüm kolaylığı göstermek») (ibid., par. 391) ve İsviçre («gerekli kolaylıklar») (ibid., par. 393).

lenmektedir.⁶⁰ Özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü birçok kereler işbu kurala saygı gösterilmesi için çağrıda bulunmuştur. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi örneğin Irak'ta ve Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki çatışmadan etkilenen bütün bölgelerde uluslararası insani yardımların hiçbir engelle karşılaşmadan yol almasını istemiştir.⁶¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İnsani yardım örgütlerinin ihtiyacı olan sivillere ulaşmasına izin verme ve bunu kolaylaştırma yükümlülüğü Ek Protokoller'in kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferansın II. Komisyonu'nca kabul edilen Ek II. Protokol taslağında yazılıydı; ancak son anda daha basitleştirilmiş bir metnin kabul edilmesi sağlamak amacıyla bir grup hükümle beraber kaldırılmıştır.⁶² Böylece Ek II. Protokol ihtiyaç içindeki sivil halk yararına yardım faaliyetlerini yapılmasını istemekte, ama hiç kuşku yok ki yardım faaliyetleri için *sine qua non* (olmazsa olmaz) bir şart teşkil etse bile insani yardım örgütlerinin erişimi hakkında özel bir hüküm ihtiva etmemektedir.⁶³ Bunun dışında bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka belgelerde de mevcut bulunmaktadır.⁶⁴

Yardıma serbest geçiş tanıma yükümlülüğü, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde de mevcuttur.⁶⁵ Yardıma serbest geçiş tanıma yükümlülüğü, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin çok sayıda resmi beyanat ve diğer şekillerdeki uygulamalar ile de desteklenmiştir.⁶⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre, 'besine ve ilaca erişimden mahrum bırakma gibi halkın bir bölümünün yok edilmesine sebep olacağı hesaplanan yaşam şartlarına kasti olarak zorlamayı' kapsayacak şekilde tanımlanan yok

60 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları Birleşik Devletler (ibid., par. 435) ve Norveç (ibid., par. 430), aynı zamanda Kuveyt'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 426).

61 BM Güvenlik Konseyi, karar 688 (ibid., par. 440), karar 706 (ibid., par. 441), karar 822 (ibid., par. 445), karar 853 (ibid., par. 448) ve karar 874 (ibid., par. 449).

62 Ek II. Protokol taslağı, md.33 (ibid., par. 363).

63 Ek II. Protokol (1977), md.18, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 680).

64 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 9 (ibid., par. 368); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.6 (ibid., par. 369); Bahar Dar Antlaşması (1992), par. 2 (ibid., par. 370); Yemen Cumhuriyeti'nde ateşkes ilanı andlaşması, par. 3 (ibid., par. 373); Kişilerin kendi ülkeleri içinde yer değiştirmesine yönelik temel ilkeler (1998), ilke 25 (ibid., par. 375); BM Genel Sekreter'nin Sirküleri md.9.9 (ibid., par. 376); Sudan'da İnsani Yardımın Sağlanması ve Bunun Korunması Hakkında Antlaşma (1999), par. 1 (ibid., par. 377).

65 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 386), Kolombiya (ibid., par. 385), İtalya (ibid., par. 387) ve Kenya (ibid., par. 388).

66 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Almanya (ibid., par. 423), Birleşik Devletler (ibid., par. 434), Nijerya (ibid., par. 429) ve Yugoslavya (ibid., par. 437), aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Ürdün (ibid., par. 425), Filipinler (ibid., par. 431-432) ve Yugoslavya (ibid., par. 438) ve Ruanda'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 433).

etme, bütün sivil halka karşı girişilen genel ya da sistematik bir saldırı dâhilinde ve bu saldırının bilinciyle işlendiği zaman insanlığa karşı bir suç teşkil etmektedir.⁶⁷ Yok etme suçu önemli bir sayıda devletin mevzuatında da bulunmaktadır.⁶⁸

Aksi yöndeki uygulamalar, uluslararası olsun veya olmasın, silahlı çatışmalarda genellikle kınanmıştır. Aynı şekilde, Etiyopya'daki Mengitsu rejiminin silahlı muhalif gruplara karşı bir silah olarak kullanılmak üzere 1989 yılı sonundaki açlığın akabinde ki yardım faaliyetlerini de engelleyerek yiyecek geçişine izin vermediği iddia edilmiştir. Bununla beraber görünen odur ki 'Mengitsu bu kararından, söz konusu politikanın uluslararası planda yarattığı toplu tepkiler neticesinde geri dönmüştür.'⁶⁹ Özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü bu kurala saygı gösterilmesi hususunda çağrılarda bulunmuştur. Birleşmiş Milletler Güvenli Konseyi örneğin, Afganistan, Angola, Bosna-Hersek, Burundi, Gürcistan, Kosova, Liberya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Somali ve Yemen'deki ve Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki çatışmalar gibi birçok çatışmanın taraflarına insani yardımın hiçbir engelle karşılaşmadan yol alması konusunda çağrıda bulunmuştur.⁷⁰ 1999 yılında silahlı çatışma durumlarında bulunan çocuklara ilişkin olarak kabul edilen bir kararda BM Güvenlik Konseyi silahlı çatışmaların tüm taraflarından 'insani yardımların ve insani yardım personelinin silahlı çatışmalardan etkilenen tüm çocuklara tam, güvenlik içinde ve hiçbir engelle karşılaşmadan ulaşmasını sağlama' isteğinde bulunmuştur.⁷¹ 1999 yılında kabul edilen silahlı çatışmalar süresince sivillerin korunmasına yönelik başka bir kararda Güvenlik Konseyi 'çatışmalardan etkilenen kişilere güvenlik içinde ve zorlukla karşılaşmadan eriminin engellenmesi' sebebiyle rahatsızlık duyduğunu belirtmiş ve 'silahlı çatışma döneminde insani yardım personelinin sivillere güvenlik içinde ve hiçbir engelle karşılaşmadan ulaşmasına izin verilmesinin önemli olduğunu' vurgulamıştır.⁷² Bu düşünceler 2000 yılında kabul edilen kararlarda da tekrarlanmıştır.⁷³

67 UCM'nin Statüsü (1998), md.7 (ibid., par. 365).

68 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 407), Avustralya (ibid., par. 397), Azerbaycan (ibid., par. 398), Belçika (ibid., par. 400), Kamboçya (ibid., par. 402), Kanada (ibid., par. 403), Kongo (ibid., par. 404), Birleşik Devletler (ibid., par. 416-417), İsrail (ibid., par. 409), Mali (ibid., par. 410), Yeni Zelanda (ibid., par. 411), Birleşik Krallık (ibid., par. 415) ve Vietnam (ibid., par. 418); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki ülkelerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 401) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 414).

69 Bkz. Thomas P. Ofcansky ve LaVerle Berry (éd.), *Ethiopia: A Country Study* (ibid., par. 422).

70 BM Güvenlik Konseyi, karar 752 (ibid., par. 442), karar 757 (ibid., par. 443), karar 794 (ibid., par. 444), karar 822 (ibid., par. 445), karar 824 (ibid., par. 446), karar 851 (ibid., par. 447), karar 853 (ibid., par. 448), karar 874 (ibid., par. 449), karar 876 (ibid., par. 450), karar 908 (ibid., par. 451), karar 931 (ibid., par. 452), karar 998 (ibid., par. 453), karar 1004 (ibid., par. 454), karar 1019 (ibid., par. 456), karar 1059 ve 1071 (ibid., par. 457), karar 1083 (ibid., par. 459), karar 1160 (ibid., par. 460), karar 1199 (ibid., par. 461), karar 1213 (ibid., par. 462), karar 1239 (ibid., par. 463), karar 1291 (ibid., par. 468), karar 1333 (ibid., par. 471) Başkanın beyanatları (ibid., par. 472-479 ve 483).

71 BM Güvenlik Konseyi, karar 1261 (ibid., par. 464).

72 BM Güvenlik Konseyi, karar 1265 (ibid., par. 466).

73 BM Güvenlik Konseyi, karar 1296 (ibid., par. 469) ve karar 1314 (ibid., par. 470).

1995 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI. Uluslararası Konferansı 'silahlı çatışma zamanında insani örgütlerin, uluslararası insancıl hukukun uygulanabilir kurallarına uygun olarak için hiçbir kısıtlama olmaksızın, ihtiyacı olan sivil halklara ulaşabilmesinin önemi' vurgulanmıştır.⁷⁴ 1999 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVII. Uluslararası Konferansı'nca kabul edilen 2000-2003 hareket planı bir silahlı 'tarafsız insani örgütlerin sivillere, halkı korumak ve ona yardım etmek amacıyla hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan, uluslararası insancıl hukuka uygun olarak hızlıca ulaşabilmesini' çatışmanın tüm taraflarından beklemektedir.⁷⁵ Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına da bu kurala saygı gösterilmesi çağrısında bulunmuştur.⁷⁶

Rıza

Ek I. ve II.Protokol'ün her ikisi de yardım faaliyetlerinin sürdürülmesi için ilgili devletlerin rızasını aramaktadır.⁷⁷ Toplanan uygulama, sıklıkla, bu gereksinimden bahsetmemektedir ancak ilgili tarafın rızası olmadan da insani bir örgütün faaliyet gösteremeyeceği de açıktır. Bununla beraber devletler bu rızayı vermekten keyfi sebeplerle kaçınmaz. Eğer bir sivil halkın açlık tehdidiyle karşı karşıya olduğu tespit edilmişse ve eğer yardımı tarafsız şekilde ve ayırım gözetmeksizin sağlayan bir insani örgüt bu duruma çözüm getirebilecek imkâna sahipse, ilgili tarafın rıza göstermesi gerekmektedir.⁷⁸ 1995 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI. Uluslararası Konferansı bir silahlı çatışmanın tüm taraflarının, 'hayatta kalması için gereken temel mallardan yoksun kalmaya başladığında sivil halka yönelik tarafsız ve insani nitelikteki yardım faaliyetlerini, uluslararası insancıl hukuk tarafından belirtilen şartlarda kabul etme yükümlülüğünü' vurgulamıştır.⁷⁹ Devletler bu rızayı vermekten keyfi sebeplerle kaçınmaz ise de uygulama, ilgili tarafın yardım faaliyetleri üzerinde

74 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (ibid., par. 533).

75 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 536).

76 Bkz. örn. ICRC, Güney Afrika'daki çatışma: ICRC'nin çağrısı (ibid., par. 540), basın bildirisi n° 1488 (ibid., par. 541), Faaliyet raporu 1986 (ibid., par. 542), *Press Release, ICRC denies allegations* (ibid., par. 545), *Press Release, Tajikistan: ICRC urges respect for humanitarian rules* (ibid., par. 546), basın bildirisi n° 1744 (ibid., par. 547), *Press Release, ICRC Appeal for respect for international humanitarian law in central Bosnia* (ibid., par. 548), basın bildirisi n° 93/17 (ibid., par. 549), basın bildirisi n° 93/22 (ibid., par. 550), Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine memorandum (ibid., par. 553), Turkuaz Operasyonu'na katılan kuvvetlerce uluslararası insancıl hukuka uyulması üzerine memorandum (ibid., par. 554), basın bildirisi n° 97/08 (ibid., par. 556) ve basın bildirisi n° 01/47 (ibid., par. 557).

77 Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 679); Ek II.Protokol (1977), md.18, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 680).

78 Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels* (ibid., par. 539); Ayrıca Bkz. Yorum par. 2805.

79 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 17, par. 533).

bir kontrol uygulayabileceğini kabul etmektedir.⁸⁰ Bunun dışında yardım personeli ülkeye girişe ilişkin ulusal mevzuata ve güvenliğe ilişkin yürürlükteki düzenlemelere saygı göstermelidir.⁸¹

Uygulama ayrıca belirtmektedir ki sivil halkı aç bırakma sonucunu doğuran bir kuşatma, abluka ya da ambargo uygulayan tarafın ihtiyaç duyan sivil halka yönelik insani yardımın erişimine izin verme yükümlüğü vardır (bkz. Kural 53'ün yorumu).

İşgal altındaki topraklara ilişkin olarak IV. No.lu Cenevre Sözleşmesi işgalci güce, sivil halka yiyecek ve sağlık malzemesi sağlama yükümlülüğü getirmektedir.⁸² Uygulama şu an için bunu tam olarak belirtmese de, bir çatışmanın tüm taraflarından 'halklarının temel mallara erişimi için gerekeni yapmaları; ve bunun yeterli derecede sağlanamaması halinde, uluslararası yardım çağrısında bulunmaları ve böyle bir yardımın sunulmasını beklememeleri gerektiğini ileri sürmek mantıklı olacaktır.

İnsani yardım gönderilerinin engellenmesi

Uygulama göstermektedir ki bir çatışmanın tüm tarafları kendi otoritesi altındaki alanlarda ihtiyacı olan sivillere yardım ulaştırılmasını kasti olarak engellemekten kaçınılmadırlar. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre bir savaş yöntemi olarak, bilerek sivilleri aç bırakmak amacıyla 'yardım gönderilerini kasti olarak engellemek' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.⁸³ Yardım gönderilerini kasti olarak engellemek önemli bir sayıda devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir⁸⁴ki bazı durumlarda bu mevzuat uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmaktadır.⁸⁵

Bosna-Hersek'teki yardım faaliyetlerine çıkarılan engeller çok geniş bir kınamaya konu olmuştur⁸⁶ BM'in Güvenlik Konseyi'nin, Genel Kurulu'nun ve Birleşmiş

80 Bkz. örn. IV. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.23 (ibid., par. 361); Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 362); Aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 386), Arjantin (ibid., par. 380), Avustralya (ibid., par. 383), Kanada (ibid., par. 384), Birleşik Devletler (ibid., par. 396), Kenya (ibid., par. 388), Yeni Zelanda (ibid., par. 390), Hollanda (ibid., par. 389) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 394).

81 Ek I.Protokol (1977), md.71, par. 4 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 725).

82 IV. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.55.

83 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xxv) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 17, par. 564).

84 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 577), Avustralya (ibid., par. 569), Kanada (ibid., par. 572), Kolombiya (ibid., par. 573), Kongo (ibid., par. 574), Gürcistan (ibid., par. 576), İrlanda (ibid., par. 578), Mali (ibid., par. 579), Norveç (ibid., par. 583), Yeni Zelanda (ibid., par. 581), Hollanda (ibid., par. 580), Filipinler (ibid., par. 584) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 586); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 571), El Salvador (ibid., par. 575), Nikaragua (ibid., par. 582) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 585).

85 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 577) ve Kolombiya (ibid., par. 573); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: El Salvador (ibid., par. 575) ve Nikaragua (ibid., par. 582).

86 Bkz. aşağıdaki devletlerin beyanları: Suudi Arabistan (ibid., par. 590), Çin (ibid., par. 589), Mısır (ibid., par. 590), İran (ibid., par. 590), Pakistan (ibid., par. 590), Birleşik Krallık (ibid., par. 593), Senegal (ibid., par. 590) Türkiye (ibid., par. 590); Aynı zamanda Bkz. Almanya'nın Sudan ve Afganistan üzerine beyanları (ibid., par. 591-592).

Milletler'in İnsan Hakları Komisyonu'nun birçok kararı bu faaliyetleri engelleyen fiilleri kınamıştır.⁸⁷ Bu kararlardan bazıları açıkça hükümetlerin ordu güçlerini hedef alırken diğerleri açıkça silahlı muhalif gruplara ilişkindir.

Bu kararlardan bazıları, basitçe insani yardımı engelleme yasak oluşundan bahsederken, diğerleri sadece 'kasten' ya da 'bilinçli olarak' engellemeyi yasaklamaktadır. Ahdi hukuk kadar uygulama da göstermektedir ki çatışmanın tarafları insani yardımın içeriğini ve dolaşımını kontrol için belli sayıda tedbir alabilir, ancak bu haliyle 'bilinçli olarak' dolaşımını engelleyemezler. Bu denetleme tedbirleri yardım kargolarının aranması ve yardımın dağıtımının kontrolünü içerebilir.⁸⁸

İnsani yardımın üçüncü ülkelerden geçişi

Ek I.Protokol sadece çatışmanın taraflarının değil Protokol'e taraf olan her devletin insani yardımın engelle karşılaşmadan geçişine izin vermesini ve bu geçişi kolaylaştırmasını istemektedir.⁸⁹ Benzer bir hüküm Ek II.Protokol'ün Ek Protokoller'in kabul edilmesiyle sonuçlanan Diplomatik konferansın II. Komisyonu'nca hazırlanan taslağına eklenmişti, ancak son anda daha basitleştirilmiş bir metnin kabul edilmesi sağlamak amacıyla bir dizi hükümle beraber kaldırılmıştır.⁹⁰ 2000 yılında kabul ettiği silahlı çatışma zamanında sivillerin korunmasına ilişkin bir kararında BM Güvenlik Konseyi, insani yardım personelinin sivilere erişiminin sağlanması için ' komşu devletler de dâhil olmak üzere ilgili tüm tarafların tam bir işbirliği içinde olmasını' istemiştir.⁹¹ 1994 yılında Güvenlik Konseyi '[Ruanda'ya] sınır komşusu olan devletlerden (...) Ruanda'da yerlerinden edilmiş kişilerin ihtiyaçlarına cevap vermek üzere gerekli erzakın dolaşımının kolaylaştırılmasını' istemiştir.⁹² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 1991 yılın kabul edildiği şekliyle insani yardım konusunda yol gösteren temel ilkeler 'felakete uğramış bölgelerin yakınında bulunan devletlerin, insani yardımın geçişini mümkün olduğunca kolaylaştırmak amacıyla etkilenen devletler ile olan uluslararası işbirliği çalışmalarına sıkıca iştirak etmesinin' önemini vurgulamaktadır.⁹³

87 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 758 (ibid., par. 594), karar 761 (ibid., par. 595), karar 770 (ibid., par. 596), karar 771 (ibid., par. 597), karar 787 (ibid., par. 598), karar 794 (ibid., par. 599), karar 836 (ibid., par. 600), karar 945 et 952 (ibid., par. 601), karar 998 (ibid., par. 602), karar 1132 (ibid., par. 603) et karar 1193 (ibid., par. 604); BM Genel Kurulu, karar 46/242 (ibid., par. 622), karar 49/196 et 50/193 (ibid., par. 623), karar 52/140 (ibid., par. 624) et karar 52/145 (ibid., par. 625); BM İnsan Hakları Komisyonu karar 1983/29 (ibid., par. 626), karar 1994/72 (ibid., par. 627), karar 1994/75 (ibid., par. 628), karar 1995/77 (ibid., par. 629), karar 1995/89 (ibid., par. 630), karar 1996/73 (ibid., par. 631) et karar 1998/67 (ibid., par. 632).

88 Bkz. Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 362).

89 Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 656).

90 Ek II.Protokol taslağı, md.33, par. 2 (ibid., par. 657).

91 BM Güvenlik Konseyi, karar 1296 (ibid., par. 666).

92 BM Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanatu (ibid., par. 667).

93 BM Genel Kurulu, karar 46/182 (ibid., par. 668).

İhtiyaç içindeki sivil halkın insani yardım alma hakkı

Uygulamanın, ihtiyaç içindeki halkın, uluslararası hukuka uygun olarak, hayatta kalması için mutlaka gereken insani yardımı almasına hakkı olduğunu tanıdığı durumlar mevcuttur. IV. Cenevre Sözleşmesi korunan kişilerin Koruyucu güçlere, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne, Ulusal bir Kızılhaç ya da Kızılay derneğine olduğu gibi yardıma gelebilecek herhangi bir örgüte de başvurma hakkını tanımaktadır.⁹⁴ Ek Protokoller zımni şekilde ihtiyaç içindeki bir sivil halkın insani yardım alma hakkını tanımaktadır, zira bir halkın ihtiyaç içinde olduğu her durumda 'yardım faaliyetlerine girişileceğini' öngörmektedirler.⁹⁵

Diğer başka örneklerde, devlet uygulaması açıkça bu hakkı tanımaktadır. Gerçekten de, Nikaragua askeri talimatnamesi 'sivil halk ihtiyaç duyduğu yardımı alma hakkına sahiptir' hükmünü öngörmektedir.⁹⁶ Bu hak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara yönelik olarak da tanınmıştır.⁹⁷

BM Güvenlik Konseyi, Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu birçok kereler sivil halkın yardıma erişmesini sağlama yükümlülüğü üzerinde ısrarla durmuştur.⁹⁸ Sudan'a acil yardım konusunda bir raporda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri beyan etmiştir ki:

Uluslararası toplumun Sudan'daki sivil halkın acılarını hafifletme imkânlarını engellemeyi hedefleyen her girişim, kabul edilen her insancıl ilkenin, üstüne üstlük sivil halkın savaş zamanı insani yardım alma hakkının ihlali olarak sadece en kuvvetli protestolara yol açacaktır.⁹⁹

1995 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI. Uluslararası Konferansı 'ihtiyaç içindeki bir sivil halkın uluslararası insancıl hukuka uygun olarak, tarafsız insani yardım faaliyetlerinden yararlanma hakkına sahip olduğunu' kuvvetle tekrar belirtmiştir.¹⁰⁰ 1997 yılında Zaire'deki çatışmaya ilişkin bir basın açıklamasında, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ilgili tüm taraflara 'kurbanların korunma ve yardım görme hakkına saygı gösterilmesi' için çağrıda bulunmuştur.¹⁰¹

94 IV. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.30, al. 1 (ibid., par. 678).

95 Ek I.Protokol (1977), md.70, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 679); Ek II.Protokol (1977), md.18, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 680).

96 Nicaragua, *Military Manual* (ibid., par. 688).

97 Bkz. örn. Kolombiya'nın uygulaması (ibid., par. 696).

98 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 824 (ibid., par. 701); BM Genel Kurulu, karar 55/2 (ibid., par. 704); BM İnsan Hakları Komisyonu, karar 1995/77 (ibid., par. 705).

99 BM Genel Sekreteri, Sudan'a yönelik acil destek hakkında rapor (ibid., par. 706); Aynı zamanda Bkz. Sığınmacılar ve çatışmalardan etkilenen diğer kişilere yönelik insani yardım faaliyetlerinin korunması hakkında rapor (ibid., par. 707) ve silahlı çatışmalarda sivillerin korunması hakkında raporlar (ibid., par. 708-709).

100 XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (ibid., par. 713).

101 ICRC, basın bildirisi n° 97/08 (ibid., par. 721).

Kural 56. – Çatışmanın tarafları, izin verilen yardım personelinin görevlerini ifa etmeleri için gereken dolaşım serbestisini sağlamalıdır. Bu dolaşım sadece buyurucu askeri gereklilik halinde geçici olarak kısıtlanabilir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 17, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Dolaşım özgürlüğünü sağlama yükümlülüğü ihtiyaç içindeki sivil halka erişim sağlama yükümlülüğünün ve insani yardımın ulaşımının bilinçli olarak engellenmesi yasağının doğal bir sonucudur (bkz. Kural 55).

Uluslararası ve Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İzin verilen insani yardım personeline dolaşım özgürlüğü sağlam yükümlülüğü Ek I. Protokol'de yazılıdır.¹⁰² Ek I. Protokol ihtiyaç içindeki sivil halk için yardım faaliyetlerine girişmesini istemekte ancak insani yardımla görevli personelin yardımın ulaşımı için gerekli olan dolaşım özgürlüğü üzerinde özel bir düzenleme içermemektedir.¹⁰³

Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'si dolaşım özgürlüğü ilkesini olduğu kadar insani yardım personelinin hızlı ve engelle karşılaşmaksızın geçişi gerekliliğini, çatışmanın her tarafının 'kontrolü altındaki her bölgede bulunan güç ya da misyonu, mayın, tuzak ya da diğer düzeneklerden korumak için gereken tedbirleri' alması gerektiğini öngörerek işlevsel hale getirmektedir. Protokol özellikle belirtmektedir ki her yüksek akit taraf ya da bir çatışmanın her bir tarafı: görevlerini ifa etmek için misyonun, tarafın kontrolü altındaki herhangi bir yere ulaşmaya ya da böyle bir yerden geçmeye ihtiyaç duyduğu anda ve misyonun personeline bu yere güvenli bir erişim ya da böyle bir yerden güvenli geçiş sağlamak amacıyla:

aa) süregelen muhasamat bunu engellemediği takdirde, gereken bilgilere ilgili taraf sahip olduğu kadarıyla, misyon şefine bu yere güvenli bir yolu göstermeye; ya da

bb) güvenli bir yol saptamaya olanak sağlayan bilgiler aa) fıkrasına uygun şekilde verilmemişse, gerekli olduğu kadarıyla ve yapılabildiği kadarıyla mayın tarlalarından bir yol açmaya¹⁰⁴ mecburdur.

¹⁰² Ek I. Protokol (1977), md.71, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 725).

¹⁰³ Ek II. Protokol (1977), md.18, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 680).

¹⁰⁴ Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesine II. Protokol (1996), md.12, par. 3, al. b) ii) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 29, par. 352).

Yardımla görevli personelin görevlerini ifa etmeleri için gereken dolaşım serbestisinden yararlanma gerekliliği uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulamada da işleri sürülmüştür. Bu kuralın ihlali silahlı çatışma uluslararası olsun ya da olmasın kınama konusu olmuştur. Özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü çok sayıda bildirge yayınlamış ve bu konuda aralarından birçoğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olan önemli bir sayıda karar kabul etmiştir. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi Afganistan, Bosna-Hersek, Gürcistan, Liberya, Somali, Tacikistan ve Büyük Göller Bölgesindeki silahlı çatışmaların tüm taraflarına insani yardım personelinin dolaşım özgürlüğünü sağlamaları çağrısında bulunmuştur.¹⁰⁵ 1999 yılında silahlı çatışmalar süresince siviller üzerine kabul ettiği bir kararda Güvenlik Konseyi, ‘muhariplerin, uluslararası insancıl örgütlerin personelinin dolaşım özgürlüğünü sağlamasının’ altını çizmiştir.¹⁰⁶ 2000 yılında yine aynı konu üzerinde alınan başka bir kararda Güvenlik Konseyi ‘devletler dışındaki tarafları da içeren tüm ilgili taraflara, insancıl örgütlerin personelinin serbest dolaşımını sağlamaları’ çağrısını yinelemiştir.¹⁰⁷

Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarını bu kurala saygı duymaya çağırmıştır.¹⁰⁸

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Uygulama, olayların çoğunda kuralın, izin verilen insani yardım personelinin ilgilendirdiğine dair bir kriterden bahsetmemektedir; ancak şurası açıktır ki silahlı çatışmanın bir tarafının, izin vermediği bir örgütün dolaşım özgürlüğünü tanıması da istenemez. Bununla beraber böyle bir iznin keyfi olarak reddedilemeyeceğinin belirtilmesi uygundur (bkz. Kural 55’in yorumu). Ayrıca, çatışmanın her bir tarafının ilgili personelin insani yardım faaliyetine katıldığını doğrulaması hakkı uygulamada kabul edilmektedir.¹⁰⁹ III. Ve IV. Cenevre Sözleşmeleri’ne uygun olarak ‘Uluslar arası Kızılhaç Komitesi’nin bu alandaki özel durumu her koşulda tanınacak ve saygı görecektir.’¹¹⁰

105 BM Güvenlik Konseyi, karar 746 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 17, par. 734), karar 751 (ibid., par. 735), karar 819 (ibid., par. 736), karar 998 (ibid., par. 737), karar 1075 (ibid., par. 738), karar 1078 (ibid., par. 739), karar 1080 (ibid., par. 740), karar 1083 (ibid., par. 741), karar 1088 (ibid., par. 742), karar 1173 ve 1180 (ibid., par. 743), karar 1193 (ibid., par. 744), karar 1202 (ibid., par. 745), karar 1213 (ibid., par. 746), karar 1333 (ibid., par. 750) ve Başkanın beyanatları (ibid., par. 752 -762).

106 BM Güvenlik Konseyi, karar 1265 (ibid., par. 748).

107 BM Güvenlik Konseyi, karar 1296 (ibid., par. 749).

108 Bkz. örn. ICRC, Güney Afrika’daki çatışma: ICRC’nin çağrısı» (ibid., par. 772), *Appeal in behalf of the civilians in Yugoslavia* (ibid., par. 773), basın bildirisini n° 1705 (ibid., par. 774), basın bildirisini n° 1712 (ibid., par. 775), basın bildirisini n° 1726 (ibid., par. 775), Angola’da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine memorandum (ibid., par. 776) ve Turkuaz Operasyonu’na katılan kuvvetlerce uluslararası insancıl hukuka uyulması üzerine memorandum (ibid., par. 777).

109 Aynı zamanda Bkz. Ek I. Protokol (1977), md.71, par. 4 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 725).

110 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.125, al. 3; IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.142, al. 3.

İstisna

Ek I.Protokol ‘sadece baskın askeri gereklilik halinde işbu yardım personelinin faaliyetleri sınırlandırılabilceğini ve dolaşımı geçici olarak kısıtlanabileceğini’ öngörmektedir.¹¹¹ Baskın askeri gereklilik halindeki ayrıık durum yardım operasyonlarının askeri operasyonları etkilemesine izin verilemeyeceği yoksa insani yardım personelinin güvenliğinin tehlikeye atılacağı olgusuyla gerekçelendirilmektedir. Bununla beraber bu kısıtlamalar sadece sınırlı ve geçici nitelikte olabilir; hiçbir durumda önceki kuralların ihlaline yol açamazlar(bkz. Kural 53’ten 55’e).

111 Ek I.Protokol (1977), md.71, par. 3 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 725).

ALDATMA

Kural 57. – Savaş hileleri, uluslararası insancıl hukukun hiçbir kuralını çiğnememek kaydıyla, yasak değildir

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.¹ Bu kural Ek I.Protokol'de de mevcuttur.²

Savaş hilelerine izin veren kural önemli bir miktar askeri talimatnamede yazılıdır.³ Birçok resmi beyanatta olduğu gibi başka tür uygulamalarla da desteklenmektedir.⁴

1 Lieber Kodu (1863), md.15-16 et 101 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 5); Brüksel Bildirgesi(1874), md.14 (ibid., par. 6); Lahey Tüzüğü(1907), md.24 (ibid., par. 2).

2 Ek I.Protokol (1977), md.37, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 3).

3 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 40), Almanya (ibid., par. 26), Arjantin (ibid., par. 11-12), Avustralya (ibid., par. 13-14), Belçika (ibid., par. 15-16), Benin (ibid., par. 17), Kamerun (ibid., par. 18), Kanada (ibid., par. 19-21), Hırvatistan (ibid., par. 22), Ekvator (ibid., par. 23), İspanya (ibid., par. 41-42), Birleşik Devletler (ibid., par. 48-50), Fransa (ibid., par. 24-25), Endonezya (ibid., par. 28), İsrail (ibid., par. 29), İtalya (ibid., par. 30-31), Kenya (ibid., par. 32), Madagaskar (ibid., par. 34), Nijerya (ibid., par. 38-39), Yeni Zelanda (ibid., par. 37), Hollanda (ibid., par. 35-36), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 33), Birleşik Krallık (ibid., par. 46-47), İsveç (ibid., par. 43), İsviçre (ibid., par. 44), Togo (ibid., par. 45) ve Yugoslavya (ibid., par. 51).

4 Bkz. örn. Birleşik Devletler'in beyanata (ibid., par. 59), Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 59) Irak'ın uygulaması (ibid., par. 55) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Cezayir (ibid., par. 54), Malezya (ibid., par. 56) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 57).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kural, Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansın III. Komisyonu'nca hazırlanan Ek II.Protokol'ün taslağında mevcut bulunuyordu. Ancak son anda daha basit bir metnin kabul edilmesine olanak sağlamak amacıyla dizi hükümle beraber kaldırılmıştır.⁵ Bunun dışında bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilen başka belgelerde de bulunmaktadır.⁶

Uluslararası insancıl hukukun hiçbir kuralını çiğnememek kaydıyla savaş hilelerine izin veren kural uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanmış ya da uygulanabilir nitelikte olan askeri talimatnamelerde gözükmektedir.⁷ Kolombiya Anayasa Mahkemesi 1997 yılında, askeri strateji ve yöntemlerin kullanımının anayasal normlara uygun olması gerektiğine hükmederken üstü örtülü bir şekilde bunların uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabileceğini kabul etmiştir.⁸

Derlenen uygulama, uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalardan örnekler ihtiva etmektedir; hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun, hilelerin yasak olduğunu telkin eden hiçbir uygulama tespit edilmemiştir.

Tanım

Hileler amacı düşmanı aldatmak olan hareketlerdir. Hilelere silahlı çatışmalarda yaygın şekilde başvurulduğu sıklıkla söylenmektedir. Birleşik Krallık'ın askeri talimatnamesi aşağıdaki örnekleri hukuka uygun hileler olarak saymaktadır: Şaşırtmak; pusu kurmak; saldırıyor, kaçıyor ya da geri çekiliyor gibi görünmek; hareketsizlik ve sükûnet taklidi yapmak; önemli müstahkem mevkilleri az sayıda askere emanet etmek; kullanılmayacak tesisler, köprüler vb. inşa etmek; aldatıcı sinyaller yaymak, düşman tarafından ele geçirilsin diye sahte mesajlar ya da günlükler göndermek; düşmanın sinyallerini, parolarını, telgraf kodlarını, telsiz ayarlama sinyallerini olduğu kadar düşmanın komuta kademesinin emirlerini kullanmak; sahada büyük bir askeri hareketlilik varken telsizden yakalaması kolay olan bir frekans üzerinden sahte bir askeri tatbikatın yapılacağını duyurmak; mevcut olmayan birlikler ya da takviyelerle iletişime geçme taklidi yapmak; sahadaki işaret noktalarının yerini değiştirmek; sahte hava alanları ve hava araçları inşa etmek; sahte silah ve tanklar yerleştirmek, sahte mayın döşemek; üniformalardan amblemleri kaldırmak; ölülerin ya da esirlerin önemli bir kuvvete ait olduğu izlenimi yaratmak için aynı birliğe ait

5 Ek II.Protokol taslağı, md.21, par. 2 (ibid., par. 4).

6 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü(1991), par. 6 ibid., par. 8); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik andlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 9); San Remo talimatnamesi (1994), par. 110 (ibid., par. 10).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 40), Almanya (ibid., par. 26), Avustralya (ibid., par. 13), Benin (ibid., par. 17), Kanada (ibid., par. 21), Hırvatistan (ibid., par. 22), Ekvator (ibid., par. 23), İtalya (ibid., par. 30-31), Kenya (ibid., par. 32), Madagaskar (ibid., par. 34), Nijerya (ibid., par. 38), Togo (ibid., par. 45) ve Yugoslavya (ibid., par. 51).

8 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° T-303 (ibid., par. 53).

olan askerlere birçok farklı birliğin üniformasını giydirmek; hava indirme birliklerinin ve uçakla taşınan materyallerin düşman bölgesine paraşütle indirilmesini sağlamak ve uçakları düşman bölgeye inmeye sürüklemek amacıyla yer işaretlerini değiştirmek.⁹

Kural 58. – Beyaz bayrağın (elçilik bayrağının) uygunsuz kullanımı yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.¹⁰ Lahey Tüzüğü ile kodifiye edilmiştir.¹¹ I. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Sorumluluklar Komitesi'nin raporu cezai kovuşturmayla ilgili konuları düzenleyen savaş kanunları ve teamüllerinin ihlalleri arasında 'beyaz bayrağın usulsüz kullanımını' da saymıştır.¹² Bu kural Ek I.Protokol'de de mevcuttur.¹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde 'elçilik bayrağının usulsüz kullanımı durumunun' eğer can kaybı ya da ciddi yaralanmaya yol açıyorsa uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil ettiğini belirtmiştir.¹⁴

9 Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 46); Aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 40), Almanya (ibid., par. 26), Arjantin (ibid., par. 12), Avustralya (ibid., par. 13-14), Belçika (ibid., par. 15), Kanada (ibid., par. 20), Hırvatistan (ibid., par. 22), Ekvator (ibid., par. 23), İspanya (ibid., par. 41-42), Birleşik Devletler (ibid., par. 48-50), Fransa (ibid., par. 25), Macaristan (ibid., par. 27), Endonezya (ibid., par. 28), İsrail (ibid., par. 29), İtalya (ibid., par. 31), Kenya (ibid., par. 32), Madagaskar (ibid., par. 34), Nijerya (ibid., par. 38-39), Yeni Zelanda (ibid., par. 37), Hollanda (ibid., par. 35-36), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 33), Birleşik Krallık (ibid., par. 47), İsveç (ibid., par. 43), İsviçre (ibid., par. 44) ve Yugoslavya (ibid., par. 51).

10 Lieber Kodu (1863), md.114 (ibid., par. 72) et md.117 (ibid., par. 73); Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al. f (ibid., par. 74); Oxford Talimatnamesi (1880), md.8, al. d), (ibid., par. 75).

11 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. f) (ibid., par. 68).

12 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 76).

13 Ek I.Protokol (1977), md.38, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 69).

14 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) vii) (ibid., par. 71).

Beyaz bayrağın usulsüz kullanımı yasağı önemli bir miktar askeri talimatnamede de yazılıdır.¹⁵ Bu kuralın ihlali çok sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹⁶ Birçok resmi beyanatta olduğu gibi başka tür uygulamalarla da desteklenmektedir.¹⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Elçilik bayrağı ya da beyaz bayrağın usulsüz kullanımı yasağı, Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansın III. Komisyonu'nca hazırlanan Ek II.Protokol'ün taslağında mevcut bulunuyordu. Ancak son anda daha basit bir metnin kabul edilmesine olanak sağlamak amacıyla dizi hükümle beraber kaldırılmıştır.¹⁸ Bu yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilen başka belgelerde de bulunmaktadır.¹⁹

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde mevcuttur.²⁰ Bu kuralın ihlali çok sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.²¹

15 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 108), Almanya (ibid., par. 93), Arjantin (ibid., par. 80-81), Avustralya (ibid., par. 82-83), Belçika(ibid., par. 84), Burkina Faso (ibid., par. 85), Kamerun (ibid., par. 86-87), Kanada (ibid., par. 88), Kongo (ibid., par. 89), Ekvator(ibid., par. 90), İspanya (ibid., par. 109), Birleşik Devletler (ibid., par. 113-116), Fransa (ibid., par. 91-92), İtalya (ibid., par. 94), Lübnan (ibid., par. 96), Madagaskar (ibid., par. 97), Mali (ibid., par. 98), Fas (ibid., par. 99), Yeni Zelanda (ibid., par. 102), Nijerya (ibid., par. 103-105), Hollanda (ibid., par. 100-101), Rusya (ibid., par. 106), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 95), Birleşik Krallık (ibid., par. 111-112), Senegal (ibid., par. 107), İsveç (ibid., par. 110) ve Yugoslavya (ibid., par. 117).

16 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Cezayir (ibid., par. 118), Almanya (ibid., par. 137), Avustralya (ibid., par. 120-122), Azerbaycan (ibid., par. 123), Belarus (ibid., par. 124), Bosna Hersek (ibid., par. 125), Burkina Faso (ibid., par. 126), Kanada (ibid., par. 128), Çin (ibid., par. 129), Kongo (ibid., par. 130), Fildişi Sahili (ibid., par. 132), Hırvatistan (ibid., par. 133), İspanya (ibid., par. 151-152), Estonya (ibid., par. 134), Birleşik Devletler (ibid., par. 156), Fransa (ibid., par. 135), Gürcistan (ibid., par. 136), Gine (ibid., par. 138), İrlanda (ibid., par. 139), İtalya (ibid., par. 140-141), Mali (ibid., par. 142), Nikaragua (ibid., par. 147), Norveç (ibid., par. 148), Yeni Zelanda (ibid., par. 146), Hollanda (ibid., par. 144-145), Polonya (ibid., par. 149), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 131), Birleşik Krallık (ibid.,par. 155), Slovenya (ibid., par. 150), İsveç (ibid., par. 153) ve Yugoslavya (ibid., par. 157); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 119), Burundi (ibid.,par. 127) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 154).

17 Bkz. örn. Birleşik Devletler'in beyanati (ibid., par. 160) ve Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 159).

18 Ek II.Protokol taslağı, md.23, par. 2 (ibid., par. 70).

19 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma protokolü (1991), par. 6(ibid., par. 77); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 78).

20 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 108), Almanya(ibid., par. 93), Avustralya (ibid., par. 82), Ekvator (ibid., par. 90), İtalya (ibid., par. 94), Lübnan (ibid., par. 96), Madagaskar (ibid., par. 97), Nijerya (ibid., par. 103 ve 105) ve Yugoslavya (ibid., par. 117).

21 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 137), Azerbaycan (ibid., par. 123), Belarus (ibid., par. 124), Bosna Hersek (ibid., par. 125), Hırvatistan (ibid., par. 133), İspanya (ibid., par. 152), Estonya (ibid., par. 134), Gine (ibid., par. 138), Nikaragua (ibid., par. 147), Polonya (ibid., par. 149), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 131), Slovenya (ibid., par. 150), İsveç

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygunsuz şekilde beyaz bayrağın sağladığı korumayı kullanmanın hukuka uygun olabileceğini belirten bir uygulama da mevcut değildir. Böyle uygunsuz bir kullanım beyaz bayrağı iyi niyetle kullanan kişilerin sahip olduğu korunmayı tehlikeye atacaktır (bkz. Kural 67'nin yorumu). Tarafların uygulamada beyaz bayrağı uygunsuz şekilde kullanmaktan kaçınmaları bu hususta meşru bir beklentinin var olduğu sonucuna ulaşılmasını mümkün kılmaktadır.

Tanım

'Uygunsuz kullanımdan' anlaşılan beyaz bayrağın tasarlandığı kullanım dışındaki her türlü kullanımdır. Beyaz bayrağın tasarladığı kullanım, örneğin ateşkes müzakerelere etmek ya da teslim olmak için iletişim kurma talebi aracı olarak kullanımdır.²² Bunun dışındaki her kullanım, örnek olarak düşman üzerinde askeri bir avantaj elde etmek için, uygunsuz ve hukuka aykırıdır.

Kural 59. – Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici işaretlerini uygunsuz olarak kullanmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.²³ 1899 ve 1907 tarihli Lahey Tüzükleri ile ve 1906, 1929 ve 1949 tarihli Cenevre

(ibid., par. 153) ve Yugoslavya (ibid., par. 157); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Burkina Faso (ibid., par. 126) ve İtalya (ibid., par. 140-141), Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 119).

²² Bkz. cilt II, alt bölüm 19, par. 49 -92.

²³ Lieber Kodu (1863), md.117 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 186); Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al. f), (ibid., par. 187); Oxford Talimatnamesi (1880), md.8, al. d), (ibid., par. 188).

Sözleşmeleri ile kodifiye edilmiştir.²⁴ Bu kural Ek I.Protokol'de de mevcuttur.²⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde 'Cenevre Sözleşmeleri'nce öngörülen işaretlerin uygunsuz kullanımının' eğer can kaybı ya da ciddi yaralanmaya yol açıyorsa uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil ettiğini belirtmiştir.²⁶

Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici işaretlerini uygunsuz olarak kullanma yasası önemli bir miktarda askeri talimatnamede belirtilmiştir.²⁷ Bu kuralın ihlali birçok devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir. ²⁸ Bu kural aynı zamanda ulusal içtihat²⁹, resmi beyanlar ve başka şekillerdeki uygulama ile de desteklenmektedir. ³⁰ 1994 yılında *Amblem* davasında verdiği kararda Alman Federal Yüksek Mahkemesi ayırt edici işaretlerin yasak olan her kullanıma karşı korunması çok önemli bir genel yarar teşkil etmektedir.³¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol ayırt edici işaretlerin uygunsuz kullanımını yasaklamaktadır.³² Ayrıca bu yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan başka belgelerde de mevcuttur.³³

24 Lahey Tüzüğü (1907) de 1899, md.23, al. f) (ibid., par. 168); Lahey Tüzüğü (1907), md.23, al. f) (ibid., par. 170); 1906 Cenevre Sözleşmesi, md.27-28 (ibid., par. 169); 1929 Cenevre Sözleşmesi, md.24 (ibid., par. 171) ve md.28 (ibid., par. 172); I. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.39 (ibid., par. 173), md.44 (ibid., par. 174), md.53 (ibid., par. 175) ve md.54 (ibid., par. 176); II. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.41, al. 1 (ibid., par. 177), md.44 (ibid., par. 178) ve md.45 (ibid., par. 179).

25 Ek I.Protokol (1977), md.38, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 182).

26 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) vii) (ibid., par. 185).

27 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 213), Arjantin (ibid., par. 196-197), Avustralya (ibid., par. 198-199), Belçika (ibid., par. 200-201), Burkina Faso (ibid., par. 202), Kamerun (ibid., par. 203-204), Kanada (ibid., par. 205-206), Kolombiya (ibid., par. 207), Kongo (ibid., par. 208), Ekvator(ibid., par. 210), İspanya (ibid., par. 229-230), Birleşik Devletler (ibid., par. 235-238), Fransa (ibid., par. 211-212), Endonezya (ibid., par. 214), İtalya (ibid., par. 215), Japon (ibid., par. 216), Lübnan (ibid., par. 219), Madagaskar (ibid., par. 220), Mali (ibid., par. 221), Fas (ibid., par. 222), Yeni Zelanda (ibid., par. 225), Nijerya (ibid., par. 226), Hollanda (ibid., par. 223-224), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 217-218), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 209), Birleşik Krallık (ibid., par. 233-234), Rusya (ibid., par. 227), Senegal (ibid., par. 228), İsveç (ibid., par. 231), İsviçre (ibid., par. 232) ve Yugoslavya (ibid., par. 239).

28 Bkz., örn. mevzuatlar (ibid., par. 240 -412).

29 Bkz. örn. Kolombiya, Danıştay, İdari dava n° 11369 (ibid., par. 413); Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, Emblème davası (ibid., par. 414); Hollanda, Yükek Mahkeme, Kızılhaç Amblemi Davası (ibid., par. 415).

30 Bkz. örn. Birleşik Devletler'in beyanları (ibid., par. 425), aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Fransa (ibid., par. 421), Irak (ibid., par. 423) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 424) ve Almanya'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 422)

31 Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, Emblème davası (ibid., par. 414).

32 Ek II.Protokol (1977), md.12 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 184).

33 Bkz. örn. İnsancıl İlkelere Saygı Hakkında Lahey Bildirisi (ibid., par. 189); Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 190); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 et 3 (ibid., par. 191).

Ayırt edici işaretlerin uygunsuz şekilde kullanımı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde yer almaktadır.³⁴ Bu kuralın ihlali, birçok devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir.³⁵ Bu kural ulusal içtihat ile olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında yapılan resmi beyanatlar ile de desteklenmiştir.³⁶

1977 yılında XXIII. Uluslar arası Kızılhaç Konferansı, Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olan devletleri 'Kızılhaç, kızıl ay, kızıl aslan ve güneş amblemlerinin kullanımındaki uygunsuzlukları cezalandıran mevcut ulusal mevzuatına işlerlik kazandırmak ve şu an için böyle bir mevzuatın olmadığı yerlerde bu yönde bir mevzuat düzenlemesi yapmaya ve suçluları cezalandırmak için uygun cezalar içeren yaptırımlar öngörmeye' davet etmiştir.³⁷ Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarını ayırt edici işaretlerin uygunsuz kullanımından kaçınmaya çağırmıştır.³⁸

Ayırt edici işaretlerin uygunsuz kullanımına ilişkin birçok duruma işaret edilmiş, ancak bu tür vakıalar, başta Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından olmak üzere üçüncü ülkeler ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu'nca da resmi olarak ifşa edilmiştir.³⁹ Bu olaylara karşın devletlerin bazıları ilgili hareketlerin yasa dışı

34 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri:Almanya (ibid., par. 213), Arjantin (ibid., par. 197), Avustralya (ibid., par. 198-199), Kamerun (ibid., par. 204), Kanada (ibid., par. 205-206), Kolombiya (ibid., par. 207), Ekvator(ibid., par. 210), İspanya (ibid., par. 230), Fransa (ibid., par. 212), İtalya (ibid., par. 215), Lübnan (ibid., par. 219), Madagaskar (ibid., par. 220), Yeni Zelanda (ibid., par. 225), Rusya (ibid., par. 227) ve Yugoslavya (ibid., par. 239).

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 306), Antigua Barbuda (ibid., par. 242), Ermenistan (ibid., par. 245-246), Azerbaycan (ibid., par. 251), Belarus (ibid., par. 256-257), Belçika (ibid., par. 258), Belize (ibid., par. 259), Bolivya (ibid., par. 260), Bosna Hersek (ibid., par. 261-262), Bulgaristan (ibid., par. 266), Kamerun (ibid., par. 270), Şili (ibid., par. 274), Çin (ibid., par. 275), Costa Rica (ibid., par. 282), Hırvatistan (ibid., par. 284-285), İspanya (ibid., par. 380-381), El Salvador (ibid., par. 296), Estonya (ibid., par. 297), Etyopya (ibid., par. 298), Finlandiya (ibid., par. 299-300), Guatemala (ibid., par. 311), Gine (ibid., par. 313), Macaristan (ibid., par. 317), İrlanda (ibid., par. 321), Kazakistan (ibid., par. 329), Kırgızistan (ibid., par. 331), Malta (ibid., par. 342), Moldova (ibid., par. 345-346), Nikaragua (ibid., par. 355-356), Norveç (ibid., par. 359-360), Panama (ibid., par. 361), Hollanda (ibid., par. 350), Polonya (ibid., par. 365-366), Demokratik Kongo Cumhuriyeti(ibid., par. 279), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 291), Saint-Kitts ve Nevis (ibid., par. 370), Slovakya (ibid., par. 376), Slovenya (ibid., par. 377-378), İsviç (ibid., par. 384), Tacikistan (ibid., par. 386-387), Togo (ibid., par. 391), Ukrayna (ibid., par. 398 et 400), Uruguay (ibid., par. 405), Yemen (ibid., par. 408) ve Yugoslavya (ibid., par. 409-410); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Bulgaristan (ibid., par. 265), Burkina Faso (ibid., par. 267),Macaristan (ibid., par. 316), İtalya (ibid., par. 323 et 325), Nikaragua (ibid., par. 354),Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 290), Romanya (ibid., par. 367), Slovakya (ibid., par. 375) ve Togo (ibid., par. 390), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 244) ve Letonya (ibid., par. 332).

36 Bkz. örn. Kolombiya, Danıştay, İdari dava No. 11369 (ibid., par. 413).

37 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Bosna Hersek (ibid., par. 417) Kolombiya (ibid., par. 419-420).

38 XXIII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XI (ibid., par. 434).

39 Bkz. örn. ICRC, basın bildirisi n° 87/19/MMR (ibid., par. 443), basın bildirisi n° 1673 (ibid., par. 444) *Press Release, ICRC denies allegations* (ibid., par. 448), basın bildirisi n° 93/17 (ibid., par. 450), Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine memorandum (ibid., par.

olduğunu kabul etmiş ve bu hareketlerin tekrarlanmasını engellemek üzere tedbirler alacaklarını duyurmuşlardır.⁴⁰ Tarafların ayırt edici işaretleri uygunsuz şekilde kullanmaktan kaçınmaları bu hususta meşru bir beklentinin var olduğu sonucuna ulaşılmasını mümkün kılmaktadır.

Tanım

‘Uygunsuz kullanımdan’ anlaşılan, ayırt edici işaretlerin tasarlandığı kullanım dışındaki tüm kullanımlarıdır. Ayırt edici işaretlerin tasarlandığı kullanım, sıhhi ve dini personelin, sıhhi birlikler ve sıhhi nakil araçlarının ve de Uluslar arası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi’nin unsurlarına ait olan personel ve eşyaların tanınma aracı olarak kullanımdır.⁴¹ Bu kullanımlar Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I. ve II. Protokol’de⁴² gözükmektedir. Bu uygunsuz kullanım tanımı önemli bir miktar askeri talimatname-de büyük sayıda devletin mevzuatında mevcuttur.⁴³

Kural 60. – Birleşmiş Milletler’in amblem ve üniformasını, Örgüt tarafından kullanımına izin verilen haller dışında kullanmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

452), Turkuaz Operasyonu’na katılan kuvvetlerce uluslararası insancıl hukuka uyulması üzerine memorandum (ibid., par. 453), basına bilgi (ibid., par. 458), basın bildirisi 00/42 (ibid., par. 460) aynı zamanda ICRC’nin arşivlerindeki belgelerde rapor edilen uygulamalar (ibid., par. 439, 441-442, 445, 449, 451 et 454).

40 Bkz. örn. ICRC, basın bildirisi n° 87/19/MMR (ibid., par. 443); ICRC’nun arşivlerindeki belgelerde rapor edilen uygulamalar (ibid., par. 429, 441-442, 449, 454 et 458) Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Nikaragua’daki insan hakları durumu hakkında rapor (ibid., par. 436).

41 Bkz. örn. ICRC’nin arşivlerindeki belgelerde rapor edilen uygulamalar (ibid., par. 441 et 454).

42 Bkz. I. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.24 -27 ve 38 -44 (ibid., par. 173-174 ve 180); II. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.22, 24-25, 27, 36 -39 et 41- 44 (ibid., par. 177-178 et 180); IV. Cenevre Sözleşmesi(1949), md.18 -22 (ibid., par. 180); Ek I.Protokol (1977), md.8, 18 et 22-23 (ibid., par. 183); Ek II.Protokol (1977), md.12 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 184).

43 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri, Arjantin (ibid., par. 196-197), Belçika (ibid., par. 200-201), Ekvator (ibid., par. 210), İspanya (ibid., par. 229-230), Birleşik Devletler (ibid., par. 235- 238), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 209), Birleşik Krallık (ibid., par. 233), İsveç (ibid., par. 231), İsviçre (ibid., par. 232), ve mevzuat (ibid., par. 240 -412).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Birleşmiş Milletler'in amblem ve üniformasını, Örgüt tarafından kullanımına izin verilen haller dışında kullanmak yasağı Ek I.Protokol'de mevcuttur.⁴⁴ Uluslar arası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde Birleşmiş Milletler Örgütü'nün üniformasını, askeri işaretlerini ve bayrağını uygunsuz şekilde –yani kullanımına izin verilen haller dışında– kullanmanın eğer can kaybı ya da ciddi yaralanmaya yol açıyorsa uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil ettiğini belirtmiştir.⁴⁵

Birleşmiş Milletler'in amblem ve üniformasının izinsiz olarak kullanma yasağı birçok askeri talimatnamede tanınmıştır.⁴⁶ Bu kuralın ihlali önemli bir miktar devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.⁴⁷ Bu uygulama Ek Protokol'e taraf olmayan ya da mevzuatında düzenlemeleri yaparken bu Protokol'e henüz taraf olmamış olan devletlerin uygulamalarını da içermektedir.⁴⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kural, Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansın III. Komisyonu'nca hazırlanan Ek II.Protokol'ün taslağında mevcut bulunuyordu. Ancak son anda daha basit bir metnin kabul edilmesine olanak sağlamak amacıyla

44 Ek I.Protokol (1977), md.38, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 465).

45 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) vii) (ibid., par. 468).

46 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 486), Arjantin (ibid., par. 473), Avustralya (ibid., par. 474-475), Belçika (ibid., par. 476), Burkina Faso (ibid., par. 477), Kamerun (ibid., par. 478-479), Kanada (ibid., par. 480), Kolombiya (ibid., par. 481), Kongo (ibid., par. 482), Ekvator (ibid., par. 483), İspanya (ibid., par. 494), Birleşik Devletler (ibid., par. 496-497), Fransa (ibid., par. 484-485), İtalya (ibid., par. 487), Mali (ibid., par. 488), Fas (ibid., par. 489), Yeni Zelanda (ibid., par. 491), Hollanda (ibid., par. 490), Rusya (ibid., par. 492), Senegal (ibid., par. 493), İsveç (ibid., par. 495) ve Yugoslavya (ibid., par. 498).

47 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Cezayir (ibid., par. 499), Almanya (ibid., par. 518), Ermenistan (ibid., par. 501), Avustralya (ibid., par. 502-503), Azerbaycan (ibid., par. 504), Belarus (ibid., par. 505), Bosna Hersek (ibid., par. 506), Burkina Faso (ibid., par. 507), Kanada (ibid., par. 509), Kongo (ibid., par. 511), Fildişi Sahili (ibid., par. 512), Hırvatistan (ibid., par. 513), Danimarka (ibid., par. 515), İspanya (ibid., par. 532), Fransa (ibid., par. 516), Gürcistan (ibid., par. 517), Gine (ibid., par. 519), İrlanda (ibid., par. 520), İtalya (ibid., par. 521), Litvanya (ibid., par. 522), Mali (ibid., par. 523-524), Norveç (ibid., par. 527-528), Yeni Zelanda (ibid., par. 526), Hollanda (ibid., par. 525), Polonya (ibid., par. 529), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 510), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 514), Birleşik Krallık (ibid., par. 536), Slovakya (ibid., par. 530), Slovenya (ibid., par. 531), İsveç (ibid., par. 533), İsviçre (ibid., par. 534) ve Yugoslavya (ibid., par. 537); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 500), Burundi (ibid., par. 508) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 535).

48 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 497) ve Mali (ibid., par. 488), Azerbaycan'ın mevzuatı (ibid., par. 504), Birleşik Devletler'in beyanatu (ibid., par. 541), Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 540), Endonezya'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 539)

bir grup hükümle beraber kaldırılmıştır.⁴⁹ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan diğer başka belgelerde de mevcuttur.⁵⁰

Birleşmiş Milletler'in amblem ve üniformasının izinsiz olarak kullanma yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde yazılıdır.⁵¹ Hangi tür silahlı çatışma olursa olsun bu kuralın ihlali önemli sayıda devletin mevzuatının ihlalinin teşkil etmektedir.⁵²

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, aksi yönde hiçbir uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlali iddiaları çoğu zaman, özellikle de Bosna-Hersek çatışması dâhilinde kınanmıştır.⁵³ Bir çatışmaya taraf hiçbir devlet ne işbu kuralın uygulanabilirliğini reddetmiş ne de izin olmaksızın Birleşmiş Milletler'in amblem ve üniformalarını kullanmanın hukuka uygun olacağını iddia etmiştir.

Kural 61. – Uluslararası planda tanınan diğer amblemlerin de uygunsuz olarak kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

49 Ek II.Protokol taslağı, md.23, par. 2 (ibid., par. 466).

50 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insanlık hukuku uygulanmasına ilişkin antlaşma protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 470); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insanlık hukukunun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 471).

51 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 486), Avustralya (ibid., par. 474), Kolombiya (ibid., par. 481), Ekvator (ibid., par. 483), İtalya (ibid., par. 487) ve Yugoslavya (ibid., par. 498).

52 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 518), Ermenistan (ibid., par. 501), Azerbaycan (ibid., par. 504), Belarus (ibid., par. 505), Bosna Hersek (ibid., par. 506), Hırvatistan (ibid., par. 513), İspanya (ibid., par. 532), Gine (ibid., par. 519), Polonya (ibid., par. 529), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 510), Slovenya (ibid., par. 531), İsveç (ibid., par. 533) ve Yugoslavya (ibid., par. 537); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Burkina Faso (ibid., par. 507), İtalya (ibid., par. 521), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 514) ve Slovakya (ibid., par. 530), aynı zamanda Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 500).

53 Bkz. örn. BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'nin 1010 sayılı kararının uygulanması hakkında sunulan rapor (1995) (ibid., par. 543).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Kültürel mallara ilişkin olarak bu kural Kültürel Malların Korunmasına Yönelik Lahey Sözleşmesi'nde yazılıdır.⁵⁴ Ek I.Protokol'ün kültürel malların koruyucu işaretini de içeren genel olarak koruyucu amblem, işaret ve sinyallere ilişkin 38. Maddesinin 1. paragrafında da mevcuttur.⁵⁵ Ek I.Protokol'ün 66. Maddesinin 8. Paragrafı taraf devletlerin sivil savunmanın uluslararası ayırt edici işaretinin uygunsuz kullanımını engellemek ve cezalandırmak için tedbir almalarını istemektedir.⁵⁶

Uluslararası planda tanınan diğer amblemlerin uygunsuz kullanımının yasaklanması çok sayıda askeri talimatnamede mevcuttur.⁵⁷ Bu kuralın ihlali kayda değer sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil edecektir.⁵⁸ Bu kural Ek Protokol'e ve Kültürel Malların Korunmasına Yönelik Lahey Sözleşmesi taraf olmayan ya da mevzuatında düzenlemeleri yaparken bunlara henüz taraf olmamış olan devletlerin uygulamalarını da içermektedir.⁵⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Kültürel mallara yönelik ayırt edici işarete ilişkin olan kural Kültürel Malların Korunmasına Yönelik Lahey Sözleşmesi'nde yazılıdır.⁶⁰ 'Bir silahlı çatışmada uluslararası koruyucu diğer amblemlerin, işaret ve sinyallerin kasten uygunsuz olarak kullanılması yasaktır' kuralı, ki bu kültürel malların koruyucu işaretini de kapsamaktadır, konsensüsle Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansın III. Komisyonu'nca hazırlanan Ek II.Protokol'ün taslağına dâhil

54 Kültürel Malların Korunması için Lahey Konvansiyonu (1954), md.17 (ibid., par. 550).

55 Ek I.Protokol (1977), md.38, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 551).

56 Ek I.Protokol (1977), md.66, par. 8 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 552).

57 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 569), Arjantin (ibid., par. 556), Avustralya (ibid., par. 557-558), Belçika (ibid., par. 559), Burkina Faso (ibid., par. 560), Kamerun (ibid., par. 561-562), Kanada (ibid., par. 563), Kolombiya (ibid., par. 564), Kongo (ibid., par. 565), Ekvator (ibid., par. 566), İspanya (ibid., par. 578), Birleşik Devletler (ibid., par. 580-581), Fransa (ibid., par. 567-568), İtalya (ibid., par. 570), Lübnan (ibid., par. 571), Mali (ibid., par. 572), Fas (ibid., par. 573), Yeni Zelanda (ibid., par. 575), Hollanda (ibid., par. 574), Rusya (ibid., par. 576), Senegal (ibid., par. 577), İsveç (ibid., par. 579) ve Yugoslavya (ibid., par. 582).

58 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Cezayir (ibid., par. 583), Arjantin (ibid., par. 585), Ermenistan (ibid., par. 586), Avustralya (ibid., par. 587), Belarus (ibid., par. 589), Bosna Hersek (ibid., par. 590), Burkina Faso (ibid., par. 591), Fildişi Sahili (ibid., par. 594), Hırvatistan (ibid., par. 595), Danimarka (ibid., par. 596), İspanya (ibid., par. 608), Estonya (ibid., par. 597), Finlandiya (ibid., par. 598), Fransa (ibid., par. 599), Gine (ibid., par. 600), Cook Adaları (ibid., par. 593), İrlanda (ibid., par. 601), İtalya (ibid., par. 602), Mali (ibid., par. 603), Norveç (ibid., par. 604-605), Polonya (ibid., par. 606), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 592), Birleşik Krallık (ibid., par. 613), Slovenya (ibid., par. 607), İsveç (ibid., par. 609-610), İsviçre (ibid., par. 611-612), Yugoslavya (ibid., par. 614) ve Zimbabve (ibid., par. 615); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 584) ve Bangladeş (ibid., par. 588).

59 Bkz. Birleşik Devletler'in sahra talimnameleri (ibid., par. 580-581), Birleşik Devletler'in beyanlatları (ibid., par. 619) ve İsrail'in beyanlatları (ibid., par. 617), aynı zamanda Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 618).

60 Kültürel Malların Korunması için Lahey Konvansiyonu (1954), md.17 (ibid., par. 550)

edilmişti. Ancak son anda daha basit bir metnin kabul edilmesine olanak sağlamak amacıyla bir dizi hükümlerle beraber kaldırılmıştır.⁶¹

Uluslararası planda tanınan diğer amblemlerin de uygunsuz olarak kullanılması yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde yazılıdır.⁶² Bu kuralın ihlali, önemli bir sayıda devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir.⁶³

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aksi yönde hiçbir uygulama tespit edilmemiştir. Bir çatışmaya taraf hiçbir devlet ne işbu kuralın uygulanabilirliğini reddetmiş ne de uluslararası planda tanınan diğer amblemlerin uygunsuz kullanımının hukuka uygun olacağını iddia etmiştir. Uygunsuz bir kullanım bu amblemlerle teşhis edilen kişi ve malların sahip olduğu korumayı tehlikeye atacaktır.

Tanımlar

‘Uluslararası planda tanınan diğer amblemler’ deyimini kültürel malların ayırt edici işaretini, sivil savunmanın uluslararası ayırt edici işaretini, tehlikeli kuvvetleri barındıran tesis ve yapılar için öngörülen uluslararası özel işareti kapsamaktadır. Bu deyim ayrıca sihhi bölge ve de mahallerin koruyucu amblemi⁶⁴ ile sihhi bölge ve mahaller ve güvenlik bölgeleri ve mahallerinin koruyucu amblemlerini⁶⁵; savaş esiri kamplarını ifade eden ‘PG’ ya da ‘PW’ harflerini⁶⁶ ve sivil enterne kamplarını ifade eden ‘IC’ harflerini de kapsamaktadır.⁶⁷

‘Uygunsuz kullanım’, işbu amblemlerin tasarlandığı kullanım dışındaki her türlü kullanımı ifade etmektedir. Bu işaretlerin tasarlandığı kullanım yukarıdaki sırayla malların, bölgelerin, mahallerin ve kampların teşhisidir.

61 Ek II. Protokol Projesi, md.23 (ibid., par. 554).

62 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sivil talimatnameleri: Almanya (ibid., par. 569), Avustralya (ibid., par. 557), Kolombiya (ibid., par. 564), Ekvator (ibid., par. 566), İtalya (ibid., par. 570), Lübnan (ibid., par. 571) ve Yugoslavya (ibid., par. 582).

63 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 585), Ermenistan (ibid., par. 586), Belarus (ibid., par. 589), Bosna Hersek (ibid., par. 590), Hırvatistan (ibid., par. 595), Danimarka (ibid., par. 596), İspanya (ibid., par. 608), Estonya (ibid., par. 597), Gine (ibid., par. 600), Norveç (ibid., par. 604-605), Polonya (ibid., par. 606), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 592), Slovenya (ibid., par. 607), İsveç (ibid., par. 610), İsviçre (ibid., par. 612) ve Yugoslavya (ibid., par. 614); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Burkina Faso (ibid., par. 591) ve İtalya (ibid., par. 602) ve aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 584) ve Bangladeş (ibid., par. 588).

64 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.23 ve ek I, md.6

65 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.14 ve ek I, md.6.

66 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.23, al. 3.

67 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), md.83, al. 3.

Kural 62. – Hasmın bayraklarını, sancaklarını, sembollerini ve askeri birlik işaretlerini ve askeri üniformalarını uygunsuz şekilde kullanmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım F.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Tarafların üniforma giydiği durumlarda bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanabileceği ileri sürülebilir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.⁶⁸ Bu kural Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir.⁶⁹ Ek I.Protokol, 'saldırı sırasında ya da askeri operasyonu saklamak, kolaylaştırmak, korumak ya da engellemek için 'düşmanın bayrak, sembol, amblem ya da askeri üniformalarını kullanmayı' yasaklamaktadır.⁷⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 'düşmanın bayrak ve amblemlerini ya da üniformalarını uygunsuz şekilde kullanmanın' eğer can kaybı ya da ciddi yaralanmaya yol açıyorsa uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil ettiğini belirtmiştir.⁷¹

Bu kural önemli bir sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁷² İsveç'in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesi, Ek I.Protokol'ün 39. Maddesinde belirtilen ulusal işaretlerin uygunsuz kullanımı yasağını uluslararası teamül hukukunun bir ilkesinin kodifikasyonu olarak değerlendirmiştir.⁷³ Bu kuralın ihlali çok sayıda dev-

68 Lieber Kodu (1863), md.63 et 65 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 634); Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al. f), (ibid., par. 635); Oxford Talimatnamesi (1880), md.8, al. d), (ibid., par. 636).

69 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. f) (ibid., par. 627).

70 Ek I.Protokol (1977), md.39, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 630).

71 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) vii) (ibid., par. 633).

72 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 678), Almanya (ibid., par. 658), Arjantin (ibid., par. 641-642), Avustralya (ibid., par. 643-644), Belçika (ibid., par. 645-646), Burkina Faso (ibid., par. 647), Kamerun (ibid., par. 648-649), Kanada (ibid., par. 650), Kongo (ibid., par. 651), Hırvatistan (ibid., par. 652), Ekvator(ibid., par. 653), İspanya (ibid., par. 679), Birleşik Devletler (ibid., par. 684- 686), Fransa (ibid., par. 654 ve 657), Macaristan (ibid., par. 659), İsrail (ibid., par. 661-662), İtalya (ibid., par. 664), Lübnan (ibid., par. 666), Mali (ibid., par. 668), Fas (ibid., par. 669), Nijerya (ibid., par. 673-674), Yeni Zelanda (ibid., par. 672), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 665), Birleşik Krallık (ibid., par. 682-683), Rusya (ibid., par. 676), Senegal (ibid., par. 677), İsveç (ibid., par. 680), İsviçre (ibid., par. 681) ve Yugoslavya (ibid., par. 687).

73 İsveç, *IHL Manual* (ibid., par. 680).

letin mevzuatının da ihlali anlamına gelmektedir.⁷⁴ Bu kural resmi beyanatlarla olduğu kadar başka şekillerdeki uygulamayla da desteklenmektedir.⁷⁵

Bazı hallerde uygulama, düşman üniforması giymeyi hıyanet olarak değerlendirilmektedir.⁷⁶ Bununla beraber bu düşünce insancıl hukukun düşman üniformasına özel bir koruma atfetmediği ölçüde, o üniformayı giymek düşmanın güvenini uyandırır da (hıyanetin tanımı için bkz. Kural 65'in yorumu), hıyanetin tanımına tam olarak uymamaktadır. Diğer uygulama örnekleri bu davranışta iyi niyet ilkesinin ihlalini görmektedir.⁷⁷

Uygunsuz kullanımın tanımı

Brüksel Bildirgesi, Oxford Talimatnamesi ve Lahey Tüzüğü 'uygunsuz' ibaresinin tanımını vermeden düşmanın bayrak, amblem ve üniformalarının 'uygunsuz olarak' kullanımını yasaklamışlardır.⁷⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları belirtmektedir ki 'bir saldırı esnasında uluslararası silahlı çatışmalar hukukunca yasaklanmış bir şekilde'⁷⁹ düşman üniforması kullanmak bir savaş suçu teşkil etmektedir.

Çok sayıda askeri talimatname başka bir açıklama getirilmeden 'uygunsuz' kullanımını yasaklamıştır.⁸⁰ Birleşik Krallık askeri talimatnamesi:

Düşman ulusal bayrağının, askeri amblem ya da üniformaların hile amacıyla kullanımını yasak değildir, ancak Lahey Tüzüğü bunların uygunsuz şekilde kullanımını, hangi kullanımın uygunsuz olduğunu açıklamaksızın yasaklamaktadır. Bununla beraber, bunların kullanımını bir muharebe esnasında yasaktır, yani düşmanın kendisi gibi görünerek ateş açmak yasaktır. Buna karşılık yaklaşma ya da çekilme maksadıyla

74 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 699), Cezayir (ibid., par. 688), Ermenistan (ibid., par. 690), Avustralya (ibid., par. 691), Belarus (ibid., par. 692), Kanada (ibid., par. 694), Kolombiya (ibid., par. 695), Kongo (ibid., par. 696), Mısır (ibid., par. 697), İspanya (ibid., par. 711-712), Birleşik Devletler (ibid., par. 717), Gürcistan (ibid., par. 698), Yunanistan (ibid., par. 700), İrlanda (ibid., par. 701), İtalya (ibid., par. 702-703), Mali (ibid., par. 704), Nikaragua (ibid., par. 707), Norveç (ibid., par. 708), Yeni Zelanda (ibid., par. 706), Hollanda (ibid., par. 705), Polonya (ibid., par. 710), Birleşik Krallık (ibid., par. 716), Suriye (ibid., par. 714) ve Yugoslavya (ibid., par. 718); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 689), Burundi (ibid., par. 693) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 715).

75 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Almanya (ibid., par. 721), Irak (ibid., par. 723) ve Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 725).

76 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 655-656), Macaristan (ibid., par. 659), İsrail (ibid., par. 662), Romanya (ibid., par. 675) ve İsviçre (ibid., par. 681).

77 Bkz. örn. Arjantin, *Law of War Manual* (ibid., par. 641)

78 Brüksel Bildirgesi (1874), md.13, al. f), (ibid., par. 635); Oxford Talimatnamesi (1880), md.8, al. d), (ibid., par. 636); Lahey Tüzüğü (1907), md.23, al. f) (ibid., par. 628).

79 UCM Suç Unsurları (2000), md.8, par. 2, al. b) vii), Düşmanın bayrak, amblem ve üniformalarının uygunsuz kullanımı (UCM'nin Statüsü, md.8, par. 2, al. b) vii)).

80 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 658), Burkina Faso (ibid., par. 647), Kamerun (ibid., par. 648), Kongo (ibid., par. 651), Fransa (ibid., par. 654), İsrail (ibid., par. 661), Lübnan (ibid., par. 666), Mali (ibid., par. 668), Fas (ibid., par. 669), Nijerya (ibid., par. 674), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 665), Rusya (ibid., par. 676) ve Senegal (ibid., par. 677).

düşmanın üniformasını giyme ya da bayrağını kullanma konusunda bir görüş birliği yoktur. Sabotaj maksadıyla ya da sabotaja ilişkin olarak düşman üniformasının kullanımı casuslukla aynı kategoriye girmektedir.⁸¹

Belçika'nın savaş hukuku talimatnamesi uygunsuz kullanım örneği olarak aşağıdaki hareketleri vermektedir: düşman üniformasını taşıyarak ateş açmak ya da taarruza katılmak ve düşmandan ele geçirilen ve hala düşmanın amblemlerini taşıyan muharebe araçlarından ateş açmak. Talimatname, 'düşman hatlarına sızmak ve hasımda, kılık değiştirmiş düşmanla ya da düşman üniformasıyla kendi hatlarının gerisinde istihbarat toplamak ya da orada sabotajda bulunmak amacıyla operasyon yapan düşmanla çarpışıyor zannıyla kendi askerlerine ateş ettirecek noktada paniğe sebep olmayı', her ne kadar bu faaliyetler savaş esiri statüsünün kaybına sebep olabilse de uygunsuz kullanım olarak kabul etmemiştir⁸² (bkz. Kural 106). İsveç'in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesi aşağıdaki açıklamayı vermektedir:

Uygunsuz kullanım yasağı, düşman üniformasının muharebeye ilişkili olarak ya da muharebe sırasında kullanılamayacağı şeklinde yorumlanmıştır. Bu durum ise uygulamada büyük bir belirsizliğe yol açmıştır. 1974-1977 diplomatik konferansında büyük güçlerin bazıları düşman üniformasını giyme imkânının korunmasını dilemişlerdir; ancak daha düşük ölçekteki devletlerin çoğunluğu bu imkânın sınırlandırılmasını ya da kaldırılmasını düşünmekteydiler. Konferans bu hususta daha küçük devletlerin düşüncesine katılmıştır. 39. maddenin 2. Paragrafı (Ek I.Protokol'ün düşman üniformasını 'saldırıları esnasında ya da askeri operasyonları saklamak, kolaylaştırmak, korumak ya da engellemek amacıyla' kullanmanın uygunsuz olacağını düzenleyen kural) düşman üniformasının sadece kişisel koruma amacıyla, örnek olarak aşırı meteorolojik koşullarda kullanılabileceğini ve ne tipte olursa olsun hiçbir askeri operasyonla ilişkili olarak kullanılmayacağı şeklinde yorumlanabilir. Savaş esirleri tarafından kaçış teşebbüsü esnasında düşman üniformalarının kullanımı 39. Maddenin ihlalini ediyor gibi yorumlanamaz.⁸³

Belli bir sayıda askeri talimatname, düşman üniformasının 'uygunsuz kullanımı' tanımını Ek I.Protokol'de yer alan ve 'saldırıları esnasında ya da askeri operasyonları saklamak, kolaylaştırmak, korumak ya da engellemek amacıyla' şeklinde düzenlenen tanımı aynen tekrarlayarak yapmaktadır.⁸⁴ Ek I.Protokol'ü onaylarken Kanada bir çekince ileri sürmüştü ve düşman üniformasını kullanma yasağıyla sadece saldırılar sırasında bağlı olacağını, ancak askeri harekâtı saklamak, kolaylaştırmak, korumak ya da engellemeye ilişkin olarak bağlı olmayacağını bildirmiştir.⁸⁵ Kanada silahlı

81 Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 682).

82 Belçika, *Droit pénal et disciplinaire militaire et droit de la guerre* (Law of War Manual) (ibid., par. 645).

83 İsveç, *IHL Manual* (ibid., par. 680).

84 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 678), Avustralya (ibid., par. 643-644), Belçika (ibid., par. 646), İspanya (ibid., par. 679) et Yeni Zelanda (ibid., par. 672).

85 Kanada, Ek Protokol I'in onaylanması sırasında ileri sürülen çekince ve beyanlatlar (1977) (ibid., par. 631).

çatışmalar hukuk talimatnamesi de bu ayırımı belirtmektedir.⁸⁶ Birçok talimatname de benzer şekilde yasağın kapsamını sadece muharebe operasyonlarıyla sınırlamaktadır.⁸⁷ Belirtilmesi gerekir ki birçok talimatname sadelikle ve basitçe düşman üniformasının kullanımını yasaklamaktadır.⁸⁸

1947 yılında *Skorzeny* davasında Almanya'nın Amerika Birleşik Devletleri'nin sorumluluğuna bırakılan alanın Genel Askeri Hükümet Mahkemesi, sanıkları düşman üniformasıyla savaşmak suretiyle uygunsuz kullanım suçlamalarından beraat ettirmiştir. Mahkeme, Alman subayların düşman askeri hedeflerini işgal etmeye çalışırken düşman üniforması giymesini uygunsuz olarak değerlendirmemiş ve bu şekilde kılık değiştirmişken silah kullandıklarına yönelik hiçbir kanıt bulunmadığına hükmetmiştir.⁸⁹ Birleşik Devletler 'Ek Protokol'ün 39. Maddesindeki düşman amblem ve üniformalarının askeri operasyonlar sırasındaki kullanımı yasağını desteklemediklerini' beyan etmiştir.⁹⁰ II. Dünya Savaşı'ndan sonra meydana gelen birçok silahlı çatışmada ki aralarında uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da mevcuttur, düşman üniformalarının taşınması örneklerine rastlanmaktadır.⁹¹ Dolayısıyla, düşman üniformasının muharebe dışında giyilmesinin uygunsuz bir kullanım teşkil edeceği sonucuna varmak mümkün değildir.

Birçok talimatname hasmı aldatmak için deniz kuvvetlerinin düşman bayrağı çekebileceğini ancak gerçek silahlı angajmana başlamadan önce kendi renklerini göndere çekmesi gerektiğini belirtmektedir.⁹² Bununla beraber savaş uçaklarının düşmanın renklerini taşıyamayacağı konusunda konsensüs var gibi gözükmektedir. Ekvator'un deniz talimatnamesi ve Birleşik Devletler'in deniz kuvvetleri talimatnamesi yasağı muharebe ile sınırlamaktadırlar; Almanya ve Yeni Zelanda'nın askeri talimatnameleri ve Birleşik Devletler'in hava kuvvetleri talimatnamesi bir uçağın düşman işaretleri taşıyamayacağını belirtmektedir.⁹³ Kanada'nın talimatnamesine

86 Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (SÇH Manual) (ibid., par. 650).

87 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Arjantin: (ibid., par. 641-642), Ekvator(ibid., par. 653), Birleşik Devletler (ibid., par. 685-686), Fransa («muharebe faaliteyi esasında, askeri operasyonları saklamak, kolaylaştırmak ya da engellemek amacıyla») (ibid., par. 657), Nijerya (ibid., par. 673), Birleşik Krallık (ibid., par. 683) ve Yugoslavya (ibid., par. 687).

88 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 655-656), Endonezya (ibid., par. 660), İtalya (ibid., par. 663), Madagaskar (ibid., par. 667), Hollanda (ibid., par. 670-671) ve Romanya (ibid., par. 675).

89 Birleşik Devletler, Almanya'nın Birleşik Devletler'in sorumluluğuna bırakılmış kısmındaki Askeri Genel Yönetim Mahkemesi, *Skorzeny* davası (ibid., par. 719).

90 Birleşik Devletler, *Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State* (ibid., par. 729).

91 Bkz. W. Hays Parks, «*Air War and the Law of War*» (ibid., par. 740).

92 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri:Almanya (ibid., par. 658), Avustralya (ibid., par. 643-644), Belçika (ibid., par. 645), Kanada (ibid., par. 650), Ekvator(ibid., par. 653), Birleşik Devletler (ibid., par. 686), Fransa (ibid., par. 657) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 672).

93 Almanya, *Military Manual* (ibid., par. 658); Ekvator, *Naval Manual* (ibid., par. 653); Birleşik Devletler, *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 685) ve *Naval Handbook* (ibid., par. 686); Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 672).

göre ‘bir askeri uçağın üzerinde düşman işaretleri gibi sahte işaretler kullanmak’ hıyanet teşkil etmektedir.⁹⁴ Gemi ve uçaklar arasındaki muamele farkı, bir geminin seyruşifer sırasında çektiği bayrağı muharebeye girmeden değıştirme imkânı olması, ancak uçakların işaretlerini uçuş esnasında değıştirememeleri ile açıklanabilir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek Protokoller’in kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansta Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nce sunulan Ek II.Protokol taslağı ‘(bu çeşit hareketler) muharebeyi başlatmak ya da yeniden başlatmak niyetiyle icra edildiğinde, hasmın ayırt edici askeri işaretlerini muharebede kullanmak’ hıyanet teşkil eder. Bu hüküm, diplomatik konferansın III. Komisyon’daki müzakereler sırasında kaldırılmıştır.⁹⁵ Düşmanın bayrak, sembol, amblem, ya da askeri üniformalarının saldırı sırasında ya da askeri operasyonları saklamak, kolaylaştırmak, korumak ya da engellemek için kullanılması yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan diğer belgelerde de mevcuttur.⁹⁶ Düşmanın üniforma ve işaretlerinin uygunsuz kullanımı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde gözükmektedir.⁹⁷ Hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun bu kuralın ihlali önemli sayıda devletin mevzuatının ihlalinin teşkil etmektedir.⁹⁸ Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanması resmi beyanatlar ve diğer şekillerdeki ulusal uygulama il de desteklenmektedir.⁹⁹ Çin iç savaşı sırasında Çin komünist partisi, kızıl ordunun üniformalarının milliyetçi askerler tarafından kullanımını ifşa etmiş ve bunun kızıl orduyu lekelemeye yönelik fiilleri işlemek amacıyla yapıldığını belirtmiştir.¹⁰⁰

94 Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (SÇH Manual) (ibid., par. 650).

95 Ek II.Protokol taslağı, md.21, par. 1 (ibid., par. 632).

96 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 637); Bosna Hersek’teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 638).

97 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 678), Almanya (ibid., par. 658), Avustralya (ibid., par. 643), Hırvatistan (ibid., par. 652), Ekvator (ibid., par. 653), İtalya (ibid., par. 664), Lübnan (ibid., par. 666), Nijerya (ibid., par. 674) ve Yugoslavya (ibid., par. 687).

98 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 699), Ermenistan (ibid., par. 690), Belarus (ibid., par. 692), Kolombiya (ibid., par. 695), İspanya (ibid., par. 713), Nikaragua (ibid., par. 707), Polonya (ibid., par. 710), ve Yugoslavya (ibid., par. 718); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 702-703), Arjantin’in mevzuat taslağı (ibid., par. 689).

99 Bkz. örn. Türkiye’nin beyanatu (ibid., par. 727) ve Çin’in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 720) Ruanda’nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 726).

100 Çin’in uygulaması hakkında rapor (ibid., par. 720).

Kural 63. – Tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin bayraklarını, sancaklarını, sembollerini, askeri birlik işaretlerini, amblemlerini ya da üniformalarını kullanmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım G.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kural Ek I.Protokol'de yazılıdır.¹⁰¹ Başka belgelerde, özellikle de denizdeki silahlı çatışmalara uygulanan San Remo Talimatnamesi'nde de tekrar edilmiştir.¹⁰²

Yasak önemli bir miktarda askeri talimatnamede gözükmektedir.¹⁰³ Bu kuralın ihlali çok sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹⁰⁴ Bu, Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin uygulamasını da içermektedir.¹⁰⁵

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir taraf tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin üniformalarını kullanma hakkını ileri sürmemiştir.

101 Ek I.Protokol (1977), md.39, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 742).

102 San Remo Talimatnamesi (1994), par. 109 (ibid., par. 743).

103 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 751), Avustralya (ibid., par. 744-745), Belçika (ibid., par. 746), Kamerun (ibid., par. 747), Kanada (ibid., par. 748), Ekvator (ibid., par. 749), İspanya (ibid., par. 758), Birleşik Devletler (ibid., par. 760-761), Fransa (ibid., par. 750), Endonezya (ibid., par. 752), İtalya (ibid., par. 753), Yeni Zelanda (ibid., par. 756), Hollanda (ibid., par. 754-755), Rusya (ibid., par. 757) ve İsveç (ibid., par. 759).

104 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Cezayir (ibid., par. 762), Ermenistan (ibid., par. 764), Avustralya (ibid., par. 765), Belarus (ibid., par. 766), İspanya (ibid., par. 776-777), İrlanda (ibid., par. 768), İtalya (ibid., par. 769-770), Nikaragua (ibid., par. 771), Norveç (ibid., par. 772), Filipinler (ibid., par. 773), Polonya (ibid., par. 774), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 767), Slovakya (ibid., par. 775) ve Suriye (ibid., par. 778); aynı zamanda Bkz. Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 763).

105 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 760-761)ve Endonezya (ibid., par. 752), ve de Filipinler'in mevzuatı (ibid., par. 773).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanabilir olan talimatnamelerde mevcuttur.¹⁰⁶ Hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun bu kuralın ihlali birçok devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹⁰⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak başka hiçbir uygulama tespit edilmemiş olsa da aksi yönde bir uygulama da tespit edilmemiştir. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın tarafının tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin bayraklarını ya da üniformalarını kullanma hakkını ileri sürmesine ilişkin hiçbir olaya işaret edilmemiştir. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya üçüncü bir devletin üniformalarını kullanarak onu dâhil etme durumu, hukuka aykırı bir davranış olarak muhtemelen işbu devlet ya da hasım taraf tarafından ifşa edilecektir. Dolayısıyla, bu kurala uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarınca saygı gösterilmesine ilişkin meşru bir beklentinin mevcut olduğu ve bu kuralın uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığı sonucuna varılabilir.

Kural 64. – Yapılan anlaşmaya güvenen düşmanı gafil avlamak amacıyla muharebelerin askıya alınması yönünde anlaşma yapmak yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Kural iyi niyete saygı gösterilmesi üzerine kuruludur (bkz. Kural 66). Bunun her ihlali kaçınılmaz olarak uygulanması için muharebenin askıya alınmasını gerektiren, yaralıların, hasta ve sivil kişilerin tahliyesi gibi diğer kuralların ihlalini doğurur (bkz. Kural 109 ve 129).

106 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 751), Avustralya (ibid., par. 744), Ekvator (ibid., par. 749) ve İtalya (ibid., par. 753).

107 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 764), Belarus (ibid., par. 766), İspanya (ibid., par. 777), Nikaragua (ibid., par. 771), Filipinler (ibid., par. 773) ve Polonya (ibid., par. 774); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin Uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 769-770), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 767) ve Slovakya (ibid., par. 775), Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 763).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Muharebelerin askıya alınması konusundaki bir anlaşmaya aykırı davranmak güvenin kötüye kullanılması ve iyi niyet prensibinin ihlalini teşkil eder. Kuralın iyi niyet üzerine kurulması Lieber Kodu'nda, 'askeri gereklilik, savaş sırasında kararlaştırılmış olsun ya da savaş hukukunun mevcut durumundan kaynaklansın, açık bir anlaşmanın kesilmesini içermeyen her türlü hileyi kabul eder' suretiyle belirtilmektedir.¹⁰⁸ Birleşik Krallık'ın askeri talimatnamesi vurgulamaktadır ki: 'verilen sözleşme saygı şeklinde kendini gösteren iyi niyet savaşta esastır.'¹⁰⁹

Bu kural önemli bir sayıda askeri talimatnamede bulunmaktadır.¹¹⁰ Bu talimatnamelerin bazıları ateşkes yapmış gibi görünmeyi hıyanet olarak değerlendirmektedir.¹¹¹ Birleşik Devletler'in ordu ve hava kuvvetleri talimatnameleri, örneğin genel mütareke yapıldığı şeklinde düşmana yönelik radyodan yayınlanan yalan mesajın genellikle 'hıyanet' olarak değerlendirilen bir davranış şekli olduğunu belirtmektedir.¹¹²

Ateşkes, mütareke, teslim olma ya da muharebenin askıya alınması yönünde herhangi başka bir antlaşmanın ihlali birçok devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹¹³ Bu kural örneğin İran-İrak savaşı esnasında Irak tarafından verilen gibi resmi beyanatlarla desteklenmektedir.¹¹⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nce Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferansta sunulan Ek II.Protokol taslağında '(bu çeşit) hareketler muharebeyi başlatmak ya da yeniden başlatmak amacıyla icra edildiğinde ateşkes taklidi yapmak' hıyanet teşkil edecektir şeklinde bir hüküm vardı.¹¹⁵ Bu hüküm diplomatik

108 Lieber Kodu (1863), md.15 (ibid., par. 786).

109 Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 803).

110 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 793), Belçika (ibid., par. 787), Burkina Faso (ibid., par. 788), Kamerun (ibid., par. 789), Kanada (ibid., par. 790), Kongo (ibid., par. 791), Birleşik Devletler (ibid., par. 804 -806), Fransa (ibid., par. 792), Mali (ibid., par. 796), Fas (ibid., par. 797), Nijerya (ibid., par. 800), Yeni Zelanda (ibid., par. 799), Hollanda (ibid., par. 798), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 795), Birleşik Krallık (ibid., par. 803), Senegal (ibid., par. 801) ve İsviçre (ibid., par. 802).

111 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 793), Belçika (ibid., par. 787), Birleşik Devletler (ibid., par. 804-805) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 803).

112 Birleşik Devletler, *Field Manual* (ibid., par. 804) ve *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 805).

113 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 807-808), Azerbaycan (ibid., par. 810), Belarus (ibid., par. 811), Bolivya (ibid., par. 812), Şili (ibid., par. 813), Costa Rica (ibid., par. 814), El Salvador (ibid., par. 817), Ekvator (ibid., par. 815-816), İspanya (ibid., par. 828-829), Etyopya (ibid., par. 818), Guatemala (ibid., par. 819), Macaristan (ibid., par. 820), İtalya (ibid., par. 821-822), Meksika (ibid., par. 823), Nikaragua (ibid., par. 825), Hollanda (ibid., par. 824), Peru (ibid., par. 826-827), İsviçre (ibid., par. 830) ve Venezuela (ibid., par. 831-832); aynı zamanda Bkz. Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 809).

114 Irak, BM Genel Sekreteri'ne mektup (ibid., par. 835) 1 mart 1987 tarihli askeri ileti (ibid., par. 836).

115 Ek II.Protokol taslağı, md.21, par. 1 (ibid., par. 785).

konferansın 3. Komisyon'unun görüşmeleri sırasında kaldırılmıştır. Bununla beraber bu durum işbu hareketlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hukuka uygun olacağı anlamına gelmemektedir. Antlaşmaların uygulanmasındaki iyi niyet ilkesi uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanmaktadır (bkz. Kural 66).

Bu yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanana ya a uygulanabilir olan askeri talimatnamelerde de mevcuttur.¹¹⁶ Türü ne olursa olsun bir silahlı çatışmada bu kuralın ihlali çok sayıda devletin mevzuatının da ihlalini teşkil edecektir.¹¹⁷ Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalar çerçevesinde verilen resmi beyanatlar rapor edilen uygulama ile de desteklenmektedir.¹¹⁸

Aksi yönde hiçbir uygulama tespit edilmemiştir. Bu kuralın ihlali olayların çoğunda kınanmıştır. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada bir tarafın, yapılan anlaşmaya güvenen düşmanı gafil avlamak amacıyla muharebelerin askıya alınması yönünde anlaşma yapma hakkına sahip olduğunu iddia etmesine dair bir olaya hiç işaret edilmemiştir.

Kural 65. – Hainlik yoluyla hasmı öldürmek, yaralamak ya da ele geçirmek yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 18, Kısım I.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir uluslara-

116 Bkz. örn. Almanya, *Military Manual* (ibid., par. 793).

117 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 810), Belarus (ibid., par. 811), Costa Rica (ibid., par. 814), El Salvador (ibid., par. 817), Ekvator (ibid., par. 815), İspanya (ibid., par. 829), Etyopya (ibid., par. 818), Nikaragua (ibid., par. 825), İsviçre (ibid., par. 830) ve Venezuela (ibid., par. 831); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uluslararası olayın silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Arjantin (ibid., par. 808), Macaristan (ibid., par. 820) ve İtalya (ibid., par. 821-822), aynı zamanda Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 809).

118 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Çin (ibid., par. 834) ve Yugoslavya (ibid., par. 837), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları Yugoslavya (ibid., par. 839) ve bir devlet (ibid., par. 840).

rası teamül hukuku kuralıdır.¹¹⁹ Bu kural Ek I.Protokol'de de mevcuttur.¹²⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'düşman ulusuna ya da ordusuna ait kişilerin hainlik yoluyla öldürülmesi ya da yaralanması' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.¹²¹

Hainlik yasağı çok sayıda askeri talimatnamede de mevcuttur.¹²² İsveç'in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesine göre, Ek I.Protokol'ün 37. Maddesinde belirtilen hıyanet yasağı uluslararası teamül hukukunun bir ilkesinin kodifikasyonunu teşkil etmektedir.¹²³ Bu kuralın ihlali önemli sayıda devletin mevzuatının da ihlali ni oluşturacaktır.¹²⁴ Bu yasak resmi beyanlar ve diğer şekillerdeki ulusal uygulamalar ile desteklenmektedir.¹²⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Hainlik yasağı, Ek Protokollerin kabul edilmesiyle sonuçlanan diplomatik konferansın III. Komisyonu'na hazırlanan Ek II.Protokol'ün taslağında mevcut bulunuyordu. Ancak son anda daha basit bir metnin kabul edilmesine olanak sağlamak amacıyla bir dizi hükümle beraber kaldırılmıştır.¹²⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'hasım muharibi hainlik yoluyla öldürmek ya da yaralamak' uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil edecek-

119 Lieber Kodu (1863), md.101 (ibid., par. 930); Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al.b) (ibid., par. 931); Oxford Talimatnamesi (1880), md.8, al. b) (ibid., par. 932); Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. b) (ibid., par. 926).

120 Ek I.Protokol (1977), md.37, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 927).

121 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xi) (ibid., par. 929).

122 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 889-890), Almanya (ibid.,par.875), Arjantin (ibid., par. 856-857 ve 937), Avustralya (ibid., par. 858-859 ve 938-939), Belçika (ibid., par. 861 ve 940), Benin (ibid., par. 863), Kamerun (ibid., par. 864 ve 941), Kanada(ibid., par. 866 ve 942), Kolombiya (ibid., par. 867), Hırvatistan (ibid., par. 868-869), Ekvator (ibid., par. 870), İspanya (ibid., par. 891 ve 956), Birleşik Devletler (ibid., par. 898, 900-901ve 961-962), Fransa (ibid., par. 871-873 ve 943), Macaristan (ibid., par. 876), Endonezya (ibid., par. 944), İsrail (ibid., par. 945), İtalya (ibid., par. 947), Kenya (ibid., par. 948), Nijerya (ibid., par. 886-887 ve 952-953), Yeni Zelanda (ibid., par. 951), Hollanda (ibid., par. 883- 885 ve 949-950), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 880-881), Romanya (ibid., par. 954), Birleşik Krallık (ibid., par. 896 ve 959-960), Rusya (ibid., par. 888 ve 955), İsveç (ibid., par. 893 et 957), İsviçre (ibid., par. 894 ve 958), Togo (ibid., par. 895) ve Yugoslavya (ibid., par. 902 et 963).

123 İsveç, *IHL Manual* (ibid., par. 893).

124 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 971), Avustralya (ibid., par. 964), Bosna Hersek (ibid., par. 965), Kanada (ibid., par. 967), Kongo (ibid., par. 968), Hırvatistan (ibid., par. 969), Birleşik Devletler (ibid., par. 982), Gürcistan (ibid., par. 970), İrlanda (ibid., par. 972), İtalya (ibid., par. 973), Mali (ibid., par. 974), Norveç (ibid., par. 977), Yeni Zelanda (ibid., par. 976), Hollanda (ibid., par. 975), Birleşik Krallık (ibid., par. 981), Slovenya (ibid., par. 978), İsveç (ibid., par. 979) ve Yugoslavya (ibid., par. 983); ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat tasarıları: Burundi (ibid., par. 966), El Salvador (ibid., par. 903) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 980).

125 Bkz. örn. Birleşik Devletler'in beyanları (ibid., par. 917 ve 988), Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 916 ve 990) ve Irak'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 912 ve 985).

tir.¹²⁷ Bu kural ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan diğer belgelerde de mevcuttur.¹²⁸

Hainliğe başvurulması, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ya da uygulanabilir olan askeri talimatnamelerce yasaklanmıştır.¹²⁹ Hangi tür silahlı çatışma olursa olsun bu kuralın ihlali önemli sayıda devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹³⁰ Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanatlar ve diğer şekillerdeki uygulamalar ile desteklenmiştir.¹³¹

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir taraf hainliğe başvurma hakkı olduğunu ileri sürmemiştir.

Hainliğin tanımı

Ek I.Protokol hainliği ‘düşmanın güvenini, daha sonra bu güvene ihanet etmeyi planlayarak kazanmayı amaçlayan ve silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde düşmanın kendisini bu kurallarla korunduğuna ya da bu kurallara uymak zorunda olduğuna inanmasını sağlayan hareketler’ olarak tanımlamaktadır.¹³² Bu tanım Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü’ndeki suçların unsurlarında aynen kullanılmıştır.¹³³ Önemli bir miktarda askeri talimatname-

126 Ek II.Protokol projesi, md.21, par. 1 (ibid., par. 928).

127 UCM’nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. e) ix) (ibid., par. 929).

128 Bkz. örn. Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 853 et 934); Bosna Hersek’teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 854 et 935); San Remo Talimatnamesi (1994), par. 111 (ibid., par. 855); ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, al. (e) (ix) (ibid., par. 936).

129 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 889-890), Almanya (ibid., par. 875), Avustralya (ibid., par. 858 ve 939), Benin (ibid., par. 863), Kanada (ibid., par. 866), Kolombiya (ibid., par. 867), Hırvatistan (ibid., par. 868-869), Ekvator (ibid., par. 870), İtalya (ibid., par. 947), Kenya (ibid., par. 948), Nijerya (ibid., par. 886 et 952-953), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 881), İsveç (ibid., par. 893), Togo (ibid., par. 895) ve Yugoslavya (ibid., par. 902 et 963).

130 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 971), Avustralya (ibid., par. 964), Bosna Hersek (ibid., par. 965), Kanada (ibid., par. 967), Kongo (ibid., par. 968), Hırvatistan (ibid., par. 969), Gürcistan (ibid., par. 970), Yeni Zelanda (ibid., par. 976), Hollanda (ibid., par. 975), Birleşik Krallık (ibid., par. 981), Slovenya (ibid., par. 978), İsveç (ibid., par. 979) ve Yugoslavya (ibid., par. 983); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 973), Burundi (ibid., par. 966), El Salvador (ibid., par. 903) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 980).

131 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Şili (ibid., par. 910), Peru (ibid., par. 913) ve Yugoslavya (ibid., par. 918), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları Kolombiya (ibid., par. 911) ve Filipinler (ibid., par. 914).

132 Ek I.Protokol (1977), md.37, par. 1 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 847).

133 UCM’nin suç unsurları (2000), md.8, par. 2, al. b) xi), Hainlik yoluyla öldürme ve yaralama (Statut de la CPI, md.8, par. 2, al. b) xi) et md.8, par. 2, al. e) ix)).

de de mevcuttur.¹³⁴ Diğer şekillerdeki uygulamalar ile de desteklenmektedir.¹³⁵ Bu uygulama Ek I.Protokol'e taraf olmayan ya da o tarihte henüz taraf olmamış olan devletlerinkileri içermektedir.¹³⁶ Yeni Zelanda'nın askeri talimatnamesi kadar İsveç'in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesi de 37. Maddedeki hainlik tanımının bir uluslararası teamül hukuku prensibinin kodifikasyonu teşkil ettiğini belirtmektedir.¹³⁷ Hainliğin esasını, daha sonra aldatmak amacıyla hasmın iyi niyetine başvurmak teşkil etmektedir: Diğer bir ifadeyle, güvenin kötüye kullanılması söz konusudur. Bu hasmın güvenini suiistimal etme özel kastının gerekliliği, hainliği uygunsuz kullanımdan ayırmakta ve hainliği uluslararası insancıl hukukun daha ciddi bir ihlali haline getirmektedir. Bazı askeri talimatnameler bu kuralı aşağıdaki gibi açıklamaktadır: Hukuki bir koruma altında düşmanca faaliyetlerde bulunmak yasaktır.¹³⁸

Hainliğin yukarıda verilen tanımı Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nce Ek Protokollerin kabulüyle sonuçlanan diplomatik konferansta sunulan Ek I.Protokol taslağında da mevcuttu, ancak III. Komisyon tarafından kaldırılmıştır.¹³⁹ Bununla beraber Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, suçların unsurlarını hazırlamakla görevli hazırlık Komisyonu, hainlik yoluyla öldürme ve yaralama savaş suçlarının unsurlarının uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aynı olduğu sonucuna varmıştır.¹⁴⁰

Hainliğin tanımı hasmın iyi niyetinin uluslararası insancıl hukuk tarafından sağlanan koruma üzerine kurulması gereğini düzenlediğinden dolayı, aşağıdaki hareketler hasmın iyi niyetini aldatmak kastıyla icra edildikleri zaman hainlik olarak değerlendirilecektir:

- Yaralanmadan ya da hastalıktan ötürü sakatlanma taklidi yapmak, zira bu durumdaki düşman savaş dışı kalmış sayılır ve ona saldırılmaz, ancak koruma görüp tedavi edilmelidir (bkz. Kural 47 ve 109-10);¹⁴¹

134 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 874-875), Arjantin (ibid., par. 857), Avustralya (ibid., par. 858-859), Belçika (ibid., par. 860-862), Kamerun (ibid., par. 864), Kanada (ibid., par. 865), Hırvatistan (ibid., par. 869), Ekvator (ibid., par. 870), İspanya (ibid., par. 892), Birleşik Devletler (ibid., par. 899 ve 901), Fransa (ibid., par. 871 ve 873), Macaristan (ibid., par. 876), İsrail (ibid., par. 877), Kenya (ibid., par. 879), Yeni Zelanda (ibid., par. 885), Hollanda (ibid., par. 883), Birleşik Krallık (ibid., par. 897) ve İsveç (ibid., par. 893).

135 Bkz. örn. Birleşik Devletler'in beyanatı (ibid., par. 916-917) ve Irak'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 912).

136 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 899 et 901), Fransa (ibid., par. 871), İsrail (ibid., par. 877), Kenya (ibid., par. 879) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 897), Devletler'in beyanatları (ibid., par. 916-917) ve Irak'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 912).

137 Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 885);İsveç, *IHL Manual* (ibid., par. 893).

138 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 863), Kanada (ibid., par. 865) ve Togo (ibid., par. 895).

139 Ek II.Protokol taslağı, md.21, par. 1 (ibid., par. 848).

140 Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, p. 476.

141 Bkz. örn. uygulama (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 18, par. 1000- 1044).

- Teslim olma taklidi yapmak, zira teslim olan hasım savaş dışı kalmış olarak değerlendirilir ve ona saldırılamaz; ancak teslim alınmalı ya da serbest bırakılmalıdır (bkz. Kural 47);¹⁴²

- Beyaz bayrak (elçilik bayrağı) kullanarak görüşme yapmak niyeti bulunduğu kanaatini uyandırmak; zira elçilik bayrağı altında ilerleyen kişiye saygı gösterilmelidir (bkz. Kural 67);¹⁴³

- Kızılhaç ya da Kızılay'ın amblemini kullanarak korunan kişi statüsünü taklit etmek, zira ayırt edici amblem taşıyan sıhhi ya da dini personel, birlik ya da araçlar saygı görmeli ve korunmalıdır (bkz. Alt Bölüm VII);¹⁴⁴

- Birleşmiş Milletler Örgütü'nün amblem, simge ya da üniformalarını kullanarak korunan kişi statüsünü taklit etmek, zira Birleşmiş Milletler Örgütü'nün bu amblemleri, simgeleri ya da üniformalarını kullanan barış gücü personeli ve insani yardım personeli, sivillere sağlanan korumanın aynısına sahip olduğu kadarıyla saygı görmelidirler ve zira bu amblem, simge ya da üniformaları izinsiz kullanılamazlar. (bkz. Kural 31, 33 ve 60);¹⁴⁵

- Diğer koruyucu amblemleri kullanarak korunan kişi statüsünü taklit etmek, zira kültürel mallara ilişkin ayırt edici işaret de dâhil olmak üzere diğer koruyucu işaretleri kullanan personel korunmalıdır ve zira bu amblemler uygunsuz olarak kullanılmazlar (bkz. Kural 61);¹⁴⁶

- Sivil kişi statüsünü taklit etmek, zira muhasamata doğrudan katılmayan sivil-ler saygı görmelidir ve saldırı hedefi yapılamazlar (bkz. Kural 1 ve 6);¹⁴⁷

- Tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin üniformalarını taşımak ya da amblemlerini kullanmak, zira tarafsız devletlerin ya da çatışmaya taraf olmayan diğer devletlerin üniforma ya da amblemleri kullanılamaz (bkz. Kural 63);¹⁴⁸

Bu tanım, her kategori için örnek uygulamayla ve korumanın dayandığı kural-ların uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması olgusuyla desteklenmiştir.

Lahey Tüzüğü 'ihamet yoluyla öldürmek ya da yaralamayı' yasaklamış olmasına rağmen, Ek I.Protokol 'hasım hainliğe başvurarak öldürme, yaralama ya da ele geçirmeyi' yasaklamıştır.¹⁴⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü Lahey Tüzüğü'nün formülüne akın bir formülü kullanmaktadır: 'hainlik yoluyla yaralamak ya da öldürmek'.¹⁵⁰ Aynı şekilde bazı askeri talimatnameler hainliğe başvurarak

142 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1045 - 1129).

143 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1130 - 1218).

144 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1219 - 1324).

145 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1325 - 1397).

146 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1398 - 1451).

147 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1452 - 1505).

148 Bkz. örn. uygulama (ibid., par. 1506 - 1545).

149 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. b) (ibid., par. 926); Ek I.Protokol (1977), md.37, par. 1 (kon-sensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 927).

150 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xi) et md.8, par. 2, al. c) ix) (ibid., par. 929).

öldürme ya da yaralamayı yasaklamaktayken diğerleri hainliğe başvurarak öldürme, yaralama ve ele geçirmeyi yasaklamaktadır.¹⁵¹ Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin askeri talimatnameleri, İsrail tarafından kullanılan talimatname istisna tutulursa genellikle ele geçirmeden bahsetmemektedir.¹⁵² Bu kuralın ihlalini mevzuatına aykırılık olarak düzenleyen hemen hemen bütün devletlerin ulusal mevzuatları sadece öldürme ve yaralama eylemlerinden bahsetmektedir.¹⁵³ Birleşik Devletler 'bireysel olarak muharıplerin hainliğe başvurarak düşman personelini öldüremeyecekleri, yaralayamayacakları ya da ele geçiremeyecekleri ilkesini' desteklediklerini bildirmiştir.¹⁵⁴ Bu uygulamaya dayanarak uluslararası teamül hukukuna göre hainliğe başvurarak öldürmek, yaralamak ya da esir almak hukuka aykırıdır, ancak sadece vücutta ciddi yaralanmalara yol açan hareketler - ki bunlar öldürme ya da yaralamadır- savaş suçu teşkil etmektedir. Bu mantık, hainliğe başvurularak hasmın ele geçirilmesinin, sonuçları bir savaş suçu oluşturacak kadar ağır olmasa da her halükarda uluslararası insancıl hukuk tarafından sağlanan korumayı temelinden sarsacağı üstüne de kuruludur. Altı çizilmesi gereken bir husus da bir hasmın ele geçirilmesinin sıklıkla öldürme ya da yaralama tehdidiyle beraber vuku bulduğu ve hukuka aykırı bir fiil işleme tehdidinin de genel olarak hukuka aykırı kabul edildiğidir.

Bir düşmanın hayatına haince kastetmek

Lieber Kodu belirtmektedir ki ' savaşın ortak hukuku, özellikle tehlikeli ve onlara karşı korunması özellikle zor olduğu takdirde düşmana zarar verici gizli ve haince teşebbüslerin ölüm cezasıyla cezalandırılmasına izin vermektedir.'¹⁵⁵ Brüksel

151 Aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri hainliğe başvurmak suretiyle öldürme, yaralama ya da ele geçirmeyi yasaklamaktadır: Arjantin (ibid., par. 937), Kamerun (ibid., par. 941), Kanada (ibid., par. 942), İspanya (ibid., par. 956), Fransa (ibid., par. 943), İsrail (ibid., par. 945), Yeni Zelanda (ibid., par. 951), Hollanda (ibid., par. 949-950) ve Romanya (ibid., par. 954) Halbuki aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri yasağı sadece öldürme ve yaralama ile sınırlamıştır: Belçika (ibid., par. 940), Birleşik Devletler (ibid., par. 961-962), Endonezya (ibid., par. 944), İtalya (ibid., par. 947), Kenya (ibid., par. 948), Nijerya (ibid., par. 952-953), Birleşik Krallık (ibid., par. 959-960), Rusya (ibid., par. 955), İsveç (ibid., par. 957), İsviçre (ibid., par. 958) ve Yugoslavya (ibid., par. 963) Aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri yasağı «meşru bir koruma perdesi altında yapılan muhasamat fiilleri»ne uygulanacak şekilde tanımlamıştır. Böylece bu yasak kapsamına öldürme ve yaralamanın yanı sıra ele geçirme ve başka fiiller de girecektir: Benin (ibid., par. 863), Kanada (ibid., par. 865) ve Togo (ibid., par. 895)

152 Bkz. İsrail, *Law of War Booklet* (ibid., par. 946).

153 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 971), Avustralya (ibid., par. 964), Bosna Hersek (ibid., par. 965), Kanada (ibid., par. 967), Kongo (ibid., par. 968), Hırvatistan (ibid., par. 969), Birleşik Devletler (ibid., par. 982), Gürcistan (ibid., par. 970), İtalya (ibid., par. 973), Mali (ibid., par. 974), Yeni Zelanda (ibid., par. 976), Birleşik Krallık (ibid., par. 981), Slovenya (ibid., par. 978), İsveç (ibid., par. 979) ve Yugoslavya (ibid., par. 983); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 966) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 980). Tek istisna İrlanda (ibid., par. 972) ve Norveç'in (ibid., par. 977) Ek I.Protokol'ün tüm ihlallerini cezalandıran mevzuatlarıdır (1977).

154 Birleşik Devletler, *Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State* (ibid., par. 988).

155 Lieber Kodu (1863), md.101 (ibid., par. 930).

Bildirgesi ‘düşman ordusuna ya da ulusuna ait kişilerin haince öldürülmesini’ yasaklamaktadır, Oxford talimatnamesi de ‘bir düşmanın hayatına, örneğin parayla katiller tutarak, haince kastetmeyi’ yasaklamaktadır.¹⁵⁶ Lahey Tüzüğü ‘düşman ordusu ya da ulusuna ait kişilerin haince öldürülmesi ya da yaralanmasını’ yasaklamaktadır.¹⁵⁷ ‘Düşman ordusu ya da ulusuna ait kişiler’ deyiminin kullanılması hiç kuşku yok ki sivillerin de muharipler gibi kapsandığını göstermektedir.

Birleşik Devletler’in hava kuvvetlerinin askeri talimatnamesi, Lahey Tüzüğü’nün 23. Maddesinin b) fıkrasının ‘bir düşmanı katletmeyi, onu sürgüne göndermeyi ya da yasa dışı ilan etmeyi ya da bir düşmanın başına ödül koymayı ya da ‘ölü ya da diri’ ele geçen bir düşman için ödül vaat etmeyi’ yasaklamak üzere düzenlendiğini belirtmektedir. Ancak ‘hiç kuşku yok ki bu düzenlemenin meşru muharipler aracılığıyla, düşman asker ve subaylarına karşı hukuka uygun saldırıları reddetmediğinin’ belirtmektedir.¹⁵⁸ Birçok başka askeri talimatname de bir düşmanın katlini ya da başına ödül konmasını yasaklamaktadır.¹⁵⁹ Yeni Zelanda’nın askeri talimatnamesi suikastı ‘cephe hattı gerisinde, düşmanın ajanları ya da kanun dışı muharipleri tarafından belirli bir kişinin öldürülmesi ya da yaralanması’ şeklinde tanımlamaktadır.¹⁶⁰ Suikast yasağı resmi beyanlarla da desteklenmektedir.¹⁶¹

156 Brüksel Bildirgesi(1874), md.13, al. b) (ibid., par. 931); Oxford Talimatnamesi (1880), art.8 (ibid., par. 932).

157 Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. b) (ibid., par. 926).

158 Birleşik Devletler, *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 962).

159 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 938) (sivilleri öldürmek, hasım taraftan bir kişinin başına ödül koymak, ölü ya da diri ele geçirilecek bir düşman için prim vermek), Avustralya (ibid., par. 939) (belirli bir kişiyi öldürmek, sürgüne göndermek ve kanun dışı ilan etmek, hasım taraftan bir kişinin başına ödül koymak, ölü ya da diri ele geçirilecek bir düşman için prim vermek), Kanada (ibid., par. 942) (belirli sebeplerle seçilen sivilleri öldürmek, hasım taraftan bir kişinin başına ödül koymak, ölü ya da diri ele geçirilecek bir düşman için prim vermek), İsrail (ibid., par. 946) (düşmanın yöneticilerinin (sivil ya da asker) hayatına kast etmek, belirli bir kişiyi, peşine bir katil salarak ya da ölümü için prim vaadederek öldürmeye çalışmak), Yeni Zelanda (ibid., par. 951) (belirli bir düşmanı öldürmek, sürgüne göndermek, kanun dışı ilan etmek ya da başına ödül koymak, ölü ya da diri ele geçirilecek bir düşman için prim vermek), İsviçre (ibid., par. 958) (düşmanın sivil ya da asker bir yöneticisinin başına ödül koymak), Birleşik Krallık (ibid., par. 959) (belirli bir düşmanı öldürmek, sürgüne göndermek, kanun dışı ilan etmek ya da başına ödül koymak, ölü ya da diri ele geçirilecek bir düşman için prim vermek) ve Yugoslavya (ibid., par. 963) (devlet yönetici, askeri bir komutan ya da başka herhangi biri olması farketmeksizin bir kişinin başına ödül konması.)

160 Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 951).

161 Bkz. örn. Birleşik Devletler, *Presidential Executive Order 12333* (ibid., par. 987) ve *Memorandum of Law of the Department of the Army: Executive Order 12333 and Assassination* (ibid., par. 989).

DÜŞMANLA İLETİŞİM

Not: Bu Alt Bölüm, savaşın yürütülmesine ilişkin iletişimi kapsamakta ve silahlı çatışmaya son vermek amacıyla sürdürülen siyasi görüşmeleri kapsamamaktadır.

Kural 66. – Komutanlar kendi aralarında, herhangi bir iletişim aracıyla düşmanca olmayan irtibat kurabilir. Bu irtibat iyi niyet ilkesi üzerine kurulmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 19, Kısım A

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Askeri talimatnamelerin çoğunluğu, insani ya da askeri gerekçelerle komutanların; özellikle yaralıların, hasta ve ölümlerin aranması, ölümlerin gömülmesi, esir değişim, kuşatılmış bir bölgeden insanların tahliyesi, din ve sıhhiye görevlilerinin geçişi ve sıhhi hava taşıtlarının uçuşu gibi sorunlar üzerinde yerel anlaşmalar yapmak üzere karşı tarafla irtibat kurmasının bir gereklilik haline gelebileceğini vurgulamıştır. Daha yüksek bir kademedeki, sıhhi alanlar ya da güvenlik alanları ya da tarafsız bölge ya da askerden arındırılmış bölgelerin ihdasını yönelik düzenlemeler yapılabilir.¹

¹ Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 19, par. 12), Belçika (ibid., par. 5), Kanada (ibid., par. 8), Hırvatistan (ibid., par. 10), İspanya (ibid., par. 23), Birleşik Devletler (ibid., par. 27), Macaristan (ibid., par. 13), İtalya (ibid., par. 15), Kenya (ibid., par. 16), Madagaskar (ibid., par. 19), Nijerya (ibid., par. 22), Yeni Zelanda (ibid., par. 21), Hollanda (ibid., par. 20), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 17), Birleşik Krallık (ibid., par. 25-26) ve İsviçre (ibid., par. 24).

Bazı askeri talimatnameler muharıplerin kendi başlarına düşmanla irtibat kuramayacaklarını belirtmiştir.² Hollanda'nın askeri talimatnamesi, örneğin, 'sadece bir komutanın karşı tarafla görüşmeye karar verebileceğini' özellikle belirtmiştir.³

Uygulama göstermiştir ki iletişim değişik araçlarla gerçekleştirilebilir: 'elçi' denilen araçlarla olduğu kadar telefon ya da telsiz aracılığıyla da.⁴ Elçi çatışmanın bir tarafına ait olan ve çatışmanın bir diğer tarafıyla iletişime girmesine izin verilmiş kişidir. Elçi olarak kendini tanıtanın geleneksel yöntemi beyaz bir bayrak taşıyarak ilerlemektir.⁵

Değişik askeri talimatnamelerin de tanıklık ettiği gibi bu geleneksel yöntem halen geçerlidir.⁶ Ayrıca uygulama, tarafların iletişimi kolaylaştırmak için üçüncü bir kişiye, özellikle koruyucu güçlere ya da onların yerini alacak tarafsız bir insani örgüte – özellikle Uluslararası Kızılhaç Komitesi – ama aynı zamanda uluslararası örgütlere ve barışı koruma kuvvetlerinin üyelerine çağrıda bulunabilmesini kabul etmektedir. Tespit edilen uygulama göstermektedir ki değişik kurum ve örgütler gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda görüşmelerde aracı olarak hareket etmiştir ve bu yöntem genel olarak kabul görmektedir.⁷

Birçok askeri talimatname düşmanla tüm iletişimlerde iyi niyete titizlikle saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁸ Bu da iki tarafça görüşmeci olarak kabul

2 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 4), Burkina Faso (ibid., par. 6), Kamerun (ibid., par. 7), Kongo (ibid., par. 9), Fransa (ibid., par. 11), Lübnan (ibid., par. 18) ve Hollanda (ibid., par. 20).

3 Hollanda, *Military Handbook* (ibid., par. 20).

4 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 12), Belçika (ibid., par. 4), Kanada (ibid., par. 8), Hırvatistan (ibid., par. 10), İspanya (ibid., par. 23), Birleşik Devletler (ibid., par. 27), Macaristan (ibid., par. 13), İtalya (ibid., par. 14-15), Madagaskar (ibid., par. 19), Yeni Zelanda (ibid., par. 21), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 17) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 25), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Kolombiya (ibid., par. 31), Ruanda (ibid., par. 36) Zimbabve (ibid., par. 41).

5 Elçi'nin tanımı hakkında, Bkz. örn. Brüksel Bildirgesi(1874), md.43 ibid., par. 95), Oxford Talimatnamesi (1880), md.27 (ibid., par. 96) ve Lahey Tüzüğü(1907), md.32 (ibid., par. 94) aynı zamanda aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 104), Arjantin (ibid., par. 98), Belçika (ibid., par. 99-101), Kanada (ibid., par. 103), İspanya (ibid., par. 109-110), Birleşik Devletler (ibid., par. 113), İtalya (ibid., par. 105), Nijerya (ibid., par. 108), Yeni Zelanda (ibid., par. 107), Hollanda (ibid., par. 106), Birleşik Krallık (ibid., par. 112), İsviçre (ibid., par. 111) ve Yugoslavya (ibid., par. 114).

6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 98), Belçika (ibid., par. 99-101), Kamerun (ibid., par. 102), İspanya (ibid., par. 110), Birleşik Devletler (ibid., par. 113), İtalya (ibid., par. 105), Nijerya (ibid., par. 108), Yeni Zelanda (ibid., par. 107), Hollanda (ibid., par. 106), Birleşik Krallık (ibid., par. 112), İsviçre (ibid., par. 111) ve Yugoslavya (ibid., par. 114).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 12), İspanya (ibid., par. 23), Birleşik Devletler (ibid., par. 27) ve Madagaskar (ibid., par. 19), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Kolombiya (ibid., par. 31), Gürcistan (ibid., par. 33), Filipinler (ibid., par. 35), Rwanda (ibid., par. 36) ve iki başka devlet (ibid., par. 42 et 44).

8 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3), Belçika (ibid., par. 5), Birleşik Devletler (ibid., par. 27), Kenya (ibid., par. 16), Yeni Zelanda (ibid., par. 21) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 25-26).

edilenlerin, müzakere edilen anlaşmaların saygı görmesi gerektiği, aksi takdirde bunun hukuka aykırı bir aldatma teşkil edeceği anlamına gelmektedir. İyi niyet olmaksızın savaş meydanındaki müzakereler hem tehlikeli hem de sınırlı bir yararlılığa sahip olur. Taraflar, karşı tarafça, görüşmecilerinin güvenliğine ve yapılan anlaşmalara saygı gösterileceğine (genel iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olarak *pacta sunt servanda*) yönelik verilen garantilere güvenebilmelidir. İyi niyet, ilkesi tanımı gereği gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmakta ve iletişim kurma isteğinin belirtisi⁹ olarak beyaz bayrağın iki tür silahlı çatışmada da saygı görmesini içermektedir. Elçilerin gönderilmesi ve kabulüne uygulan detaylı kurallar iyi niyet ilkesinin özel bir uygulamasını teşkil etmektedir. (bkz. Kural 67 – 69)

Elçilerin kabul edilmesinin reddi

Eski bir uluslararası teamül hukuku kuralı, komutanların elçileri kabul etme zorunluluğu olmadığını öngörmekte; ancak daha baştan hiçbir elçinin kabul edilmeyeceği beyanını yasaklamaktadır. Bu kural Brüksel Bildirgesi'nde, Oxford talimatnamesinde ve Lahey Tüzüğü'nde yazılıdır.¹⁰ Birçok askeri talimatname bu kuralı içermektedir.¹¹ İşbu talimatnamelerin bazıları ya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmıştır ya da uygulanabilir niteliktedir.¹² Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

9 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 74), Avustralya (ibid., par. 50-51), Belçika (ibid., par. 53), Benin (ibid., par. 54), Kanada (ibid., par. 56-57), Kolombiya (ibid., par. 58), Ekvator (ibid., par. 60), Birleşik Devletler (ibid., par. 78-80), İtalya (ibid., par. 65), Kenya (ibid., par. 66), Madagaskar (ibid., par. 68), Nijerya (ibid., par. 72), Yeni Zelanda (ibid., par. 71), Hollanda (ibid., par. 69-70), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 67), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 59), Birleşik Krallık (ibid., par. 76-77), Togo (ibid., par. 75) ve Yugoslavya (ibid., par. 81); Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 88); Çin'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 85) Rwanda'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 87).

10 Brüksel Bildirgesi(1874), md.44 (ibid., par. 125); Oxford Talimatnamesi (1880), md.29 (ibid., par. 126); Lahey Tüzüğü (1907), md.33 (ibid., par. 124).

11 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 132), Arjantin (ibid., par. 128), Belçika (ibid., par. 129-130), Kanada (ibid., par. 131), İspanya (ibid., par. 138-139), Birleşik Devletler (ibid., par. 143), İtalya (ibid., par. 133), Kenya (ibid., par. 134), Nijerya (ibid., par. 137), Yeni Zelanda (ibid., par. 136), Hollanda (ibid., par. 135), Birleşik Krallık (ibid., par. 141-142), İsviçre (ibid., par. 140) ve Yugoslavya (ibid., par. 144).

12 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 132), İtalya (ibid., par. 133), Kenya (ibid., par. 134) ve Yugoslavya (ibid., par. 144).

Kural 67. – Elçilerin dokunulmazlığı vardır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 19, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.¹³ Elçilerin dokunulmazlığı önemli bir sayıda askeri talimatnamede de belirtilmiştir¹⁴ ki bu talimatnamelerin bazıları ya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmıştır ya da uygulanabilir niteliktedir.¹⁵

Birçok talimatname beyaz bayrak taşıyan bir elçiye saldırmanın bir savaş suçu teşkil ettiğini belirtmektedir.¹⁶ Elçilerin dokunulmazlığına saygı göstermemek birçok devletin mevzuatına ihlal oluşturmaktadır.¹⁷ Bu kural, aralarında uluslararası

13 Brüksel Bildirgesi (1874), md.43 (ibid., par. 156); Oxford Talimatnamesi (1880), md.27 (ibid., par. 157); Lahey Tüzüğü(1907), md.32 (ibid., par. 155).

14 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 185), Almanya (ibid., par. 172), Arjantin (ibid., par. 160), Avustralya (ibid., par. 161-162), Belçika (ibid., par. 163-164), Burkina Faso (ibid., par. 165), Kamerun (ibid., par. 166), Kanada (ibid., par. 167), Kongo (ibid., par. 168), Ekvator(ibid., par. 169), İspanya (ibid., par. 186-187), Birleşik Devletler (ibid., par. 192-195), Fransa (ibid., par. 170-171), İtalya (ibid., par. 173), Kenya (ibid., par. 174), Mali (ibid., par. 176), Nijerya (ibid., par. 180), Yeni Zelanda (ibid., par. 179), Hollanda (ibid., par. 177-178), Filipinler (ibid., par. 181-182), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 175), Birleşik Krallık (ibid., par. 190-191), Rusya (ibid., par. 183), Senegal (ibid., par. 184), İsviçre (ibid., par. 188-189) ve Yugoslavya (ibid., par. 196).

15 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 185), Almanya (ibid., par. 172), Avustralya (ibid., par. 161), Ekvator (ibid., par. 169), İtalya (ibid., par. 173), Kenya (ibid., par. 174), Filipinler (ibid., par. 181-182) ve Yugoslavya (ibid., par. 196).

16 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 185), Avustralya (ibid., par. 161-162), Kanada (ibid., par. 167), Ekvator(ibid., par. 169), Birleşik Devletler (ibid., par. 192-195), Nijerya (ibid., par. 180), Yeni Zelanda (ibid., par. 179), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 175), Birleşik Krallık (ibid., par. 190) ve İsviçre (ibid., par. 189).

17 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 197), Bosna Hersek (ibid., par. 199), Şili (ibid., par. 200), Hırvatistan (ibid., par. 201), El Salvador (ibid., par. 204), Ekvator (ibid., par.203), İspanya (ibid., par. 214 -216), Estonya (ibid., par. 205), Etyopya (ibid., par. 206), Macaristan (ibid., par. 207), İtalya (ibid., par. 208), Meksika (ibid., par. 209-210), Nikaragua (ibid., par. 211), Peru (ibid., par. 212), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 202), Slovenya (ibid., par. 213), İsviçre (ibid., par. 217), Venezuela (ibid., par. 218-219) ve Yugoslavya (ibid., par. 220); aynı zamanda Bkz. Arjantin'in mevzuat taslağı (ibid., par. 198).

olmayan silahlı çatışmalar bağlamındaki uygulamaların¹⁸ da bulunduğu başka şekillerdeki ulusal uygulamalarla desteklenmiştir.¹⁹

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir taraf elçilerin dokunulmazlığına saygı göstermeme hakkını haiz olduğunu iddia etmemiştir.

Yorum

Brüksel Bildirgesi, Oxford talimatnamesi ve Lahey Tüzüğü'ne göre dokunulmazlık elçiye refakat eden kişileri de kapsamaktadır.²⁰ Bu nokta birçok askeri talimatnamede teyit edilmiştir.²¹ Birleşik Krallık'ın askeri talimatnamesi ve silahlı çatışmalar hukuku talimatnamesi açıklamaktadır ki elçiye refakat eden kişiler, geleneksel olarak bir trompetçi (borazancı ya da davulcu), bir bayrak taşıyıcısı ve bir çevirmendir; ancak bugün elçi sıklıkla beyaz bayrak taşıyan bir zırhlı araç içinde, şoför, telsiz ve hoparlör operatörü ve bir çevirmenin eşliğinde kendini göstermektedir.²²

Birçok askeri talimatname elçinin mevcut bulunduğu sektörde tam bir ateşkesin söz konusu olmasının mutlaka gerekmediğini; ancak beyaz bayrak arkasında ilerleyen tarafın ateş altında olmaması gerektiğini belirtmektedir.²³ Ayrıca belli bir sayıda askeri talimatname beyaz bayrağı göstermek için doğru zamanı seçmenin ve tehlikeli yerlerden kaçınmanın elçinin ödevi olduğunun altını çizmektedir.²⁴ Son olarak belli bir sayıda askeri talimatname belirtmektedir ki elçilerin ve onlara eşlik edenlerin dokunulmazlığı bunlar güvenlik içinde dost topraklara geri döndükleri ana kadar geçerlidir.²⁵

Uygulama, beyaz bayrak taşıyan bir elçinin karşı tarafa doğru ilerlemesi gerektiğini göstermektedir. Elçinin iletişim kurmak istediği taraf ilerlemek zorunda

18 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Çin (ibid., par. 222), Kolombiya (ibid., par. 223) ve Filipinler (ibid., par. 224).

19 Bkz. örn. Birleşik Krallık'ın uygulaması (ibid., par. 225) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması Çin (ibid., par. 222), Kolombiya (ibid., par. 223), Birleşik Devletler (ibid., par. 227) ve Filipinler (ibid., par. 224).

20 Brüksel Bildirgesi(1874), md.43 (ibid., par. 156); Oxford Talimatnamesi (1880), md.28 (ibid., par. 157); Lahey Tüzüğü(1907), md.32 (ibid., par. 155).

21 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 172), Arjantin (ibid., par. 160), Belçika (ibid., par. 163), Kanada (ibid., par. 167), İspanya (ibid., par. 187), Birleşik Devletler (ibid., par. 192), İtalya (ibid., par. 173), Nijerya (ibid., par. 180), Yeni Zelanda (ibid., par. 179), Hollanda (ibid., par. 177-178), Birleşik Krallık (ibid., par. 190-191), Rusya (ibid., par. 183), İsviçre (ibid., par. 188-189) ve Yugoslavya (ibid., par. 196).

22 Birleşik Krallık, *Military Manual* (ibid., par. 190) ve *SÇH Manual* (ibid., par. 191).

23 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 172), Kanada (ibid., par. 167), Birleşik Devletler (ibid., par. 192), İtalya (ibid., par. 173), Yeni Zelanda (ibid., par. 179), Hollanda (ibid., par. 177-178), Birleşik Krallık (ibid., par. 190) ve Yugoslavya (ibid., par. 196).

24 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 192), Nijerya (ibid., par. 180), Yeni Zelanda (ibid., par. 179) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 190).

25 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 172), Kanada (ibid., par. 167), İtalya (ibid., par. 173), Kenya (ibid., par. 174), Yeni Zelanda (ibid., par. 179) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 190-191).

değildir. Bu husus teslim olmayanın özel hallerine ilişkin olarak, Güney Atlantik'teki savaşta yaşanan bir olayla bağlantılı olarak da tartışılmıştır (bkz. Kural 47'nin yorumu)

Kural 68.- Komutanlar, elçinin mevcudiyetinin herhangi bir zarara sebep olmasını engellemek amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 19, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut olan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.²⁶Bu kural birçok askeri talimatnamede teyit edilmiştir,²⁷ ki bu talimatnamelerin bazıları ya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmıştır ya da uygulanabilir niteliktedir.²⁸ Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Elçilerin gözaltına alınması

Uygulama göstermektedir ki elçilerin, eğer bunlar, karşı tarafa iletilmesi başlatılmakta ya da yürütülmekte olan bir askeri operasyonun üzerinde olumsuz etkileri olacak bilgilere kazara sahip olmuşlarsa, geçici olarak gözaltına alınmaları mümkündür. Geçici gözaltına alınma imkânı Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde öngörülmüş ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir.²⁹ Kural,

26 Brüksel Bildirgesi (1874), md.44 (ibid., par. 236); Oxford Talimatnamesi (1880), md.30 (ibid., par. 237); Lahey Tüzüğü(1907), md.33 (ibid., par. 235).

27 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 243), Arjantin (ibid., par. 239), Belçika (ibid., par. 240-241), Kanada (ibid., par. 242), İspanya (ibid., par. 247), Birleşik Devletler (ibid., par. 250), İtalya (ibid., par. 244), Nijerya (ibid., par. 246), Yeni Zelanda (ibid., par. 245), Birleşik Krallık (ibid., par. 249), İsviçre (ibid., par. 248), ve Yugoslavya (ibid., par. 251).

28 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 243), İtalya (ibid., par. 244) ve Yugoslavya (ibid., par. 251).

29 Brüksel Bildirgesi (1874), md.44 (ibid., par. 263); Oxford Talimatnamesi (1880), md.31 (ibid., par. 264); Lahey Tüzüğü(1907), md.33 (ibid., par. 262).

bazıları uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmış olan ya da uygulanabilir nitelikteki³⁰ belli bir sayıda askeri talimatnamede teyit edilmiştir.³¹ Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Kural 69. – Ayrıcalıklı konularından uluslararası hukuka aykırı ve karşı tarafa zarar veren faaliyetlerde bulunmak için yararlanan elçiler, dokunulmazlıklarını kaybederler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 19, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Burada söz konusu olan, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford talimatnamesinde mevcut bulunan ve Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilen eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.³² Bu kural birçok askeri talimatnamede teyit edilmiştir,³³ ki bu talimatnamelerin bazıları ya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmıştır ya da uygulanabilir niteliktedir.³⁴ Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Ayrıcalıklı konularından yararlanan elçiler hakkındaki uygulamada sayılan örnekler, bilgi toplama faaliyetlerini, sabotaj faaliyetlerini gerçekleştirmeyi, bilgi toplamak amacıyla askerleri işbirliği yapmaya teşvik etmeyi, askerleri görevlerini yap-

30 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri:Almanya (ibid., par. 270), İtalya (ibid., par. 271) ve Yugoslavya (ibid., par. 278).

31 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 270), Arjantin (ibid., par. 266), Belçika (ibid., par. 267-268), Kanada (ibid., par. 269), İspanya (ibid., par. 274), Birleşik Devletler (ibid., par. 277), İtalya (ibid., par. 271), Nijerya (ibid., par. 273), Yeni Zelanda (ibid., par. 272), Birleşik Krallık (ibid., par. 276), İsviçre (ibid., par. 275) ve Yugoslavya (ibid., par. 278).

32 Brüksel Bildirgesi(1874), md.45 (ibid., par. 290); Oxford Talimatnamesi (1880), md.31 (ibid., par. 291); Lahey Tüzüğü(1907), md.34 (ibid., par. 289).

33 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 297), Arjantin (ibid., par. 294), Belçika (ibid., par. 295), Kanada (ibid., par. 296), İspanya (ibid., par. 300301), Birleşik Devletler (ibid., par. 304), İtalya (ibid., par. 298), Yeni Zelanda (ibid., par. 299), Birleşik Krallık (ibid., par. 303), İsviçre (ibid., par. 302) ve Yugoslavya (ibid., par. 305).

34 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 297), İtalya (ibid., par. 298) ve Yugoslavya (ibid., par. 305).

mayı reddetmeye kışkırtmayı, askerden kaçmaya yüreklendirmeyi, karşı tarafın topraklarında casusluk faaliyetlerini organize etmeyi içermektedir.³⁵

Dokunulmazlığın kaybı elçinin tutsak edilebileceğini ve ulusal yasalara göre yargılanabileceğini belirtmektedir. Böyle bir durumda Alt Bölüm XXXII'de sayılan temel garantiler, özellikle de adil yargılanmaya ilişkin olan garantiler uygulanacaktır.

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 297), Belçika (ibid., par. 295), Kanada (ibid., par. 296), İspanya (ibid., par. 300-301) ve Yugoslavya (ibid., par. 305), aynı zamanda Yugoslavya'nın mevzuatı (ibid., par. 308).

BÖLÜM IV

SİLAHLAR

SİLAHLARIN KULLANILMASINA İLİŞKİN GENEL İLKELER

Kural 70. – Gereksiz acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 20, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Gereksiz acılara sebep olacak savaş yöntem ve araçlarının yasaklanması aralarında Saint- Petersburg Bildirgesi ve Lahey Tüzükleri gibi eski belgelerin de bulunduğu birçok antlaşmada yazılıdır.¹ Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nde belirtilen kimyasal ve biyolojik silahların kullanımının yasaklanması da esasında bu kuraldan esinlenmiştir.² Özellikle Ek I.Protokol'de, Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi ve II no.lu protokolü kadar bunun II no.lu Protokolü'nün değiştirilmiş halinde, Ottawa Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde bu kuralın yeniden belirtilmesi, işbu yasağın geçerli olduğunu göstermektedir.³ Bu kurala başka belgelerde de rastlanmaktadır.⁴

- 1 Saint-Petersburg Bildirgesi (1868) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 1); Boğucu gazlara ilişkin Lahey Bildirgesi (1899) (ibid., par. 2); Açılan mermilere ilişkin Lahey Bildirgesi (1899) (ibid., par. 3); Lahey Tüzüğü(1899), md.23, al.e) (ibid., par. 4); Lahey Tüzüğü (1907), md.23, al. e) (ibid., par. 5).
- 2 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 59), Avustralya (ibid., par. 34-35) ve Fransa (ibid., par. 55-56).
- 3 Ek I.Protokol (1977), md.35, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 6); Konvansiyonel silahlar sözleşmesi, dibace (ibid., par. 8); Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü(1980), md.6, par. 2 (ibid., par. 13); değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.3, par. 3 (ibid., par. 15); Ottawa Konvansiyonu (1997), dibace(ibid., par. 16); UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xx) (ibid., par. 17).
- 4 Bkz. örn. Deniz Savaşları Oxford Talimatnamesi (1913), md.16, par. 2 (ibid., par. 21); ICTY

Bu kural önemli bir miktar askeri talimatnamede de bulunmaktadır.⁵ Özellikle İsveç'in uluslararası insancıl hukuk talimatnamesi belirtmektedir ki, Ek I.Protokol'ün 35'in maddesinin 2. paragrafında belirttiği şekliyle gereksiz acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasağı bir uluslararası teamül kuralıdır.⁶ Bu kuralın ihlali birçok devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir.⁷ Bu kuraldan ulusal içtihadta da bahsedilmiştir.⁸

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun birçok kararı gibi Amerikan Devletleri Örgütü'nün bazı kararları da bu kuralı hatırlatmaktadır.⁹ Birçok uluslararası konferans da bu yasağı dikkate almıştır.¹⁰

Önemli sayıda devlet Nükleer Silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanı'na sundukları netice-i taleplerinde bu kurala atıfta bulunmuştur.¹¹ Divan, danışma

Statüsü (1993), md.3, al. 1 a) (ibid., par. 27); San Remo Talimatnamesi (1994), par. 42, al.1a) (ibid., par. 28); BM Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), md.6.4 (ibid., par. 30); ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, al. (b) (xx) (ibid., par. 31).

5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Almanya (ibid., par. 57-59), Arjantin (ibid., par. 32-33), Avustralya (ibid., par. 34-35), Belçika (ibid., par. 36-38), Benin (ibid., par. 39), Bosna Hersek (ibid., par. 40), Burkina Faso (ibid., par. 41), Kamerun (ibid., par. 42-43), Kanada (ibid., par. 44-45), Kolombiya (ibid., par. 46-47), Kongo (ibid., par. 48), Hırvatistan (ibid., par. 49-50), Ekvator (ibid., par. 52), İspanya (ibid., par. 81), Birleşik Devletler (ibid., par. 87-93), Fransa (ibid., par. 53- 56), Macaristan (ibid., par. 60), Endonezya (ibid., par. 61), İsrail (ibid., par. 62-63), İtalya (ibid., par. 64-65), Kenya (ibid., par. 66), Madagaskar (ibid., par. 68), Mali (ibid., par. 69), Fas (ibid., par. 70), Nijerya (ibid., par. 74-76), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 71-72), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 67), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 51), Romanya (ibid., par. 77), Birleşik Krallık (ibid., par. 85-86), Rusya (ibid., par. 78), Senegal (ibid., par. 79), İsveç (ibid., par. 82), İsviçre (ibid., par. 83), Togo (ibid., par. 84) ve Yugoslavya (ibid., par. 94).

6 İsveç, *UİH El Kitabı* (ibid., par. 82).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 96), Belarus (ibid., par. 97), Kanada (ibid., par. 99), Kolombiya (ibid., par. 102), Kongo (ibid., par. 103), İspanya (ibid., par. 112-113), Birleşik Devletler (ibid., par. 116), Gürcistan (ibid., par. 104), İrlanda (ibid., par. 105), İtalya (ibid., par. 106), Mali (ibid., par. 107), Nikaragua (ibid., par. 110), Norveç (ibid., par. 111), Yeni Zelanda (ibid., par. 109), Birleşik Krallık (ibid., par. 115), Venezuela (ibid., par. 117) ve Yugoslavya (ibid., par. 118); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 95), Burundi (ibid., par. 98) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 114).

8 Bkz. örn. Japon, Tokyo Bölge Mahkemesi, Shimoda davası, karar (ibid., par. 120).

9 BM Genel Kurulu, karar 3076 (XXVIII) (ibid., par. 214 ve 217), karar 3102 (XXVIII) (ibid., par. 215), karar 3255 (XXIX) (ibid., par. 217-218), karar 31/64 (ibid., par. 217 ve 219), karar 32/152 (ibid., par. 217ve 220), karar 33/70 (ibid., par. 217), karar 34/82 (ibid., par. 217 ve 222), karar 35/153 (ibid., par. 217 ve 223), karar 36/93 ve 37/79 (ibid., par. 217 ve 224), karar 38/66, 39/56, 40/84, 41/50, 45/64, 46/ 40, 47/56, 48/79, 49/79, 50/74, 51/49, 52/42, 53/81ve 54/58 (ibid., par. 224); OEA, Genel Kurul, karar 1270 (XXIV-O/94) (ibid., par. 229) ve karar 1565 (XXVIII-O/98) (ibid., par. 230).

10 Bkz. örn. XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XIV (ibid., par. 231); XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar II (ibid., par. 234); Kovansiyonel Silahlar Sözleşmesinin taraflarının antlaşmanın gözden geçirilmesiyle görevli 2. konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 236); Silahlı çatışma halinde sivil halkın korunması için uluslararası insancıl hukuk hakkında Afrika Parlamenterler Konferansı, sonuç bildirgesi ibid., par. 237).

11 Bkz. örn. Nükleer silahlar davasında aşağıdaki devletler tarafından sunulan müdafaa ve lahikalar: Avustralya (ibid., par. 123), Mısır (ibid., par. 135), Ekvator (ibid., par. 133), Birleşik Devletler (ibid., par. 202-203), Fransa (zimni olarak) (ibid., par. 136), Marshall adaları (ibid., par. 155),

görüşünde gereksiz acılara sebep olma yasağının insancıl hukukun ‘en temel ilkelere’ biri olduğunu belirtmiştir.¹²

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Gereksiz acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasağı Ek I.Protokol’ün taslağına konsensüs ile dâhil edilmişti; ancak son anda, herhangi bir tartışma yapılmadan daha basitleştirilmiş bir metnin kabul edilmesi amacıyla başka hükümlerle beraber kaldırıldı.¹³ Bununla beraber, Bu bağlamda kurala hiçbir itiraz yöneltilmemiştir.

Ottawa Sözleşmesi ve Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini (ki 2001’de yapılan bir değişiklikle uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilir hale gelmiştir) kabul ederken devletler diğer yasaklar yanında gereksiz acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasağına dayanmışlardır.¹⁴ Değiştirildiği şekliyle uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan *Konvansiyonel* silahlar sözleşmesinin II no.lu Protokolü, ‘gereksiz acılar ve aşırı yaralanmalara sebep olacak şekilde dizayn edilen mayın, tuzak ve diğer araçların kullanılmasını’ yasaklamaktadır.¹⁵

Bu kural uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir olan ya da bu çatışmalarda uygulanan askeri talimatnamelerde de bulunmaktadır.¹⁶ Ayrıca birçok devletin mevzuatında da göze çarpmaktadır¹⁷ ve ulusal mahkeme içtihatlarında da ona gönderme yapılmıştır.¹⁸

Salomon adaları (ibid., par. 178), Hindistan (ibid., par. 144), Endonezya (ibid., par. 147), İran (ibid., par. 147), İtalya (ibid., par. 149), Japonya (ibid., par. 151), Lesotho (ibid., par. 153), Meksika (ibid., par. 159), Yeni Zelanda (ibid., par. 165), Hollanda (ibid., par. 162), Birleşik Krallık (ibid., par. 191-192), Rusya (ibid., par. 171-172), Samoa (ibid., par. 175) ve İsveç (ibid., par. 182); aynı zamanda Bkz. Nükleer silahlar davasında (DSÖ) aşağıdaki devletlerce sunulan lahikalar: Salomon adaları (ibid., par. 177), Nauru (ibid., par. 161), Ruanda (ibid., par. 173), Samoa (ibid., par. 174) ve Sri Lanka (ibid., par. 179).

12 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 238).

13 Ek II.Protokol taslağı, md.20, par. 2 (ibid., par. 7).

14 Ottawa konvansiyonu (1997), dibace (ibid., par. 16);Konvansiyonel silahlar sözleşmesi, dibace (ibid., par. 8).

15 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel silahlar sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.3, par.3 (ibid., par. 15).

16 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Almanya (ibid., par. 57-59), Avustralya (ibid., par. 34), Benin (ibid., par. 39), Bosna Hersek (ibid., par. 40), Kanada (ibid., par. 45), Kolombiya (ibid., par. 46-47), Hırvatistan (ibid., par. 49-50), Ekvator (ibid., par. 52), İtalya (ibid., par. 64-65), Kenya (ibid., par. 66), Madagaskar (ibid., par. 68), Nijerya (ibid., par. 74 ve 76), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 67), Togo (ibid., par. 84) ve Yugoslavya (ibid., par. 94).

17 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 96), Belarus (ibid., par. 97), Kolombiya (ibid., par. 102), İspanya (ibid., par. 113), Nikaragua (ibid., par. 110), Venezuela (ibid., par. 117) ve Yugoslavya (ibid., par. 118); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 106), ve Arjantin’in mevzuat taslağı (ibid., par. 95).

18 Bkz. örn. Arjantin, Ulusal istinaf mahkemesi, Askeri cunta davası, karar (ibid., par. 119).

Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda gereksiz / aşırı acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasağı, o tarihte uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olarak kabul edilen çatışmalarla ilgili antlaşmalara derç edilmişti.¹⁹ Ayrıca 1991 yılında Yugoslavya yumuşak uçlu mermi kullandığını iddia ettiği Slovenya'yı bu mermiler 'orantısız ve gereksiz acıya sebep oluyor diye' kınamıştır.²⁰

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir.²¹

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda tespit edilmemiştir. Hiçbir devlet, tipi ne olursa olsun herhangi bir silahlı çatışmada gereksiz / aşırı acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerini kullanabileceğini belirtmemiştir. Uygulama göstermektedir ki bir çatışmanın tarafları uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, uluslararası silahlı çatışmalarda yasak olan silahları kullanmaktan çekinmektedirler. 1995 yılında Tadic Davasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi:

*'Gerçekten de, insanlığın temel mülahazaları ve mantık devletlerin kendi toprakları üzerinde, kendi vatandaşlarının başkaldırısını bastırmak için uluslararası silahlı çatışmalarda kullanımı yasak olan silahları kullanabilmesini saçma kılmaktadır. İnsanlık dışı olduğu için uluslararası silahlı çatışmalarda yasak olan, iç çatışmalarda insancıl ve kabul edilebilir olamaz.'*²²

Gereksiz neden olan savaş araçlarının tanımı

Gereksiz acıya neden olan savaş araçlarının yasaklanması bir silahın muharipler üzerindeki etkisine bağlıdır. Bu kuralın varlığı konusunda genel bir kabul bulunsa da, bir silahın aşırı acılara sebep olduğunun nasıl tespit edileceği hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Devletler, genel olarak, askeri bir amaca yönelik olmayan acıların bu kuralın ihlalini oluşturduğu hususunda anlaşmaktadırlar. Birçok devlete göre kural, askeri gereklilik bir yanda, bir kişide sebep olunabilecek yaralanmalar ve çektirilmesi beklenen acılar diğer yanda olmak üzere bir dengenin kurulmasıdır. Böylece umulan askeri avantaja göre orantısız kaçan böylece aşırı olarak değerlendirilen her yaralanma ve acı kuralın ihlalini oluşturacaktır.²³ Bazı devletler başkaca

19 Hırvatistan ve Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin antlaşma Protokolü (1991), par. 6 (ibid., par. 25); Bosna Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına yönelik antlaşma (1992), par. 2.5 (ibid., par. 26).

20 Yugoslavya, Savunma Bakanlığı, Sözde Slovenya silahlı kuvvetlerince yapılan uluslararası hukuk kurallarının ihlallerinin örnekleri (ibid., par. 209).

21 Silahlı çatışma halleri dışında polis kuvvetleri tarafından ayaklanmaları bastırmak için kullanılan ajanlara ve açılan mermilere başvurulması meselesine 75 ve 77. kuralların yorumunda değinilmiştir.

22 ICTY, dava no IT-94-1-AR72, Savcı Duško Tadic alias «Dule»'ye karşı davası, Savunmanın yetkisizlik ilk itirazına ilişkin olarak verilen karar, İstinaf, 2 ekim 1995, par. 119.

23 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt

araçların mevcudiyetini de bir silahın aşırı acılar verip vermediğinin değerlendirilmesi için hesaba katılması gereken bir unsur olduğunu ileri sürmektedirler.²⁴

Uluslararası Adalet Divanı Nükleer Silahlar davasında verdiği danışma görüşünde aşırı acıları ‘meşru askeri hedeflerin gerçekleşmesi için kaçınılmaz olarak kabul edilenden daha fazla olan ıstıraptır’ şeklinde tarif etmiştir.²⁵

Bir silahın aşırı acılara sebep olabileceğine karar verirken hesaba katılması gereken faktörlerden birini söz konusu silahın kaçınılmaz olarak ciddi ve kalıcı bir sakatlığa sebep verip vermemesidir. Birleşik Devletler Hava Kuvvetleri’nin talimatnamesi, örnek olarak, zehrin yasaklanmasına ilişkin gerekçelerden biri olarak ‘kalıcı sakatlığın (...) kaçınılmaz oluşunu saymaktadır.²⁶ Lazer silahları ile askerlerin özellikle gözlerinin hedef alınmasının Konvansiyonel silahlar sözleşmesinin IV no.lu Protokolü’nde belirtildiği şekliyle yasaklanması (bkz. 86. Kural), askerlerin bu şekilde bilerek kör edilmesinin aşırı acı vermekle aynı şey olduğu fikrinden esinlenmiştir.²⁷ Ottawa Sözleşmesi kabul ederken devletler diğer yasaklar yanında aşırı acılar veren savaş araçlarının kullanılması yasağına dayanmışlardır.²⁸ Yanıcı silahların kullanılmasından sıklıkla kaynaklanan ciddi sakatlıklar birçok devleti bu tür silahların anti personel amaçlarla kullanımının yasaklanmasını önermeye teşvik etmiştir (bkz. 85. Kuralın yorumu)

Bu konuya sıkıca bağlı olan başka bir sorun ise kaçınılmaz olarak ölüme sebep olan silahlardır. Saint-Petersburg Bildirgesi’nin dibacesi bu çeşit silahların kullanılmasının ‘insanlık kanunlarına aykırı olacağını’ belirtmektedir ve işte bu mülazımdır ki aynı bildirme ile infilaklı mermilerin yasaklanmasını beraberinde getirmiştir.²⁹ Birleşik Devletler Hava Kuvvetleri’nin talimatnamesi örneğin, ‘eski bir teamüli kural olan zehrin yasaklanması kısmen de olsa ‘zehrin ölümü kaçınılmaz kılması’ üzerine kuruludur; ve uluslararası hukuk ‘dom-dom’ kurşunlarını yasaklamasının nedeni ‘bunların sebep oldukları yaralanmaların türü ve kaçınılmaz olarak ölüme yol açmalarıdır.’³⁰ Birçok askeri talimatname ve resmi beyanat, kaçınılmaz olarak ölüme sebep olan silahların yasak olduğu belirtmektedir.³¹

bölüm 20, par. 80), Almanya (ibid., par. 58), Avustralya (ibid., par. 35), Kanada (ibid., par. 44-45), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 88-89 ve 93), Fransa (ibid., par. 54- 56), Yeni Zelanda (ibid., par. 73) ve Yugoslavya (ibid., par. 94); Belarus’un mevzuatı (ibid., par. 97); Aşağıdaki devletlerin beyanatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 194, 202 ve 206), Hindistan (ibid., par. 144), Hollanda (ibid., par. 162) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 191-192).

24 Bkz. Birleşik Devletler’in askeri talimatnamesi (ibid., par. 88) Birleşik Krallık’ın beyanatı (ibid., par. 191).

25 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 238).

26 Birleşik Devletler, *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 88).

27 Bkz. örn. İsvetç, Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü’nün kabulü sırasında yapılan beyanlar (ibid., par. 14) ve Fransa’nın sahra talimnameleri (ibid., par. 55-56).

28 Ottawa konvansiyonu (1997), dibace (ibid., par. 16).

29 Saint-Petersburg bildirgesi (1868), dibace (ibid., par. 1).

30 Birleşik Devletler, *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 88); aynı zamanda Bkz. Ekvator, *Naval Manual* (ibid., par. 52) Birleşik Devletler, *Air Force Commander’s Handbook* (ibid., par. 89) ve *Naval Handbook* (ibid., par. 93).

31 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 36), Ekvator (ibid., par. 52)

Aşırı acıya neden olan savaş yöntemlerinin tanımı

Aşırı acıya sebep olan savaş yöntemlerinin yasaklanması ilk kez olarak Ek I.Protokol ile düzenlenmiştir.³² Ottawa Sözleşmesi ve Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini kabul ederken devletler gereksiz acıya neden olan silahlar, mühimmat ya da malzemenin yanı sıra aşırı acıya sebep olan savaş yöntemlerinin (bizim tarafımızdan vurgulanmaktadır) kullanılması yasağına dayanmışlardır.³³ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü savaş suçları içinde 'gereksiz ıstırap ve aşırı acıya sebep olacak muharebe yöntemlerini kullanmayı da içermektedir.'^(bizim tarafımızdan vurgulanmaktadır)³⁴

Önemli sayıda devlet, kendi mevzuatlarına ve askeri talimatnamelerine aşırı acılara sebep olan savaş yöntemlerinin uygulanması yasağını eklemiştir.³⁵ Bu yasak aynı zamanda resmi beyanatlar kadar uygulamaya yönelik diğer yöntemlerde de zikredilmiştir.³⁶ Bu uygulama Ek I.Protokol'e bugün itibariyle taraf olmayan ya da, Protokol'e sonradan taraf olan devletlerin uygulamalarını içermektedir.³⁷ Bununla beraber işbu kuralı formüle eden devletler bu kuralın uygulanmasına yönelik olarak yasaklı olabilecek hiçbir savaş yöntemi örneği vermemişlerdir.

Yorum

Kimse aşırı acılara sebep olacak savaş araçları ve yöntemlerini yasaklayan bir kuralın varlığını tartışmamaktadır; ancak işbu kuralın bir silahı kendiliğinden illegal

ve Birleşik Devletler (ibid., par. 93), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Mısır (ibid., par. 135), Salomon adaları (ibid., par. 178), Hindistan (ibid., par. 144) ve Rusya (ibid., par. 171-172); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 121) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 164).

32 Ek I.Protokol (1977), md.35, par. 2 (konsensüsle kabul edilmiş) (ibid., par. 6).

33 Konvansiyonel silahlar sözleşmesi, dibace (ibid., par. 8); Ottawa konvansiyonu (1997),dibace (ibid., par. 16).

34 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xx (ibid., par. 17).

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 57-59), Arjantin (ibid., par. 33), Avustralya (ibid., par. 34-35), Belçika (ibid., par. 36), Benin (ibid., par. 39), Kolombiya (ibid., par. 46), Hırvatistan (ibid., par. 49), Ekvator(ibid., par. 52), İspanya (ibid., par. 81), Birleşik Devletler (ibid., par. 88 ve 93), Macaristan (ibid., par. 60), İtalya (ibid., par. 64), Kenya (ibid., par. 66), Hollanda (ibid., par. 71), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 51), İsveç (ibid., par. 82) ve Togo (ibid., par. 84), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 96), Belarus (ibid., par. 97), Kanada (ibid., par. 99), Kolombiya (ibid., par. 102), Kongo (ibid., par. 103), İspanya (ibid., par. 112-113), Gürcistan (ibid., par. 104), İrlanda (ibid., par. 105), Mali (ibid., par. 107), Nikaragua (ibid., par. 110), Norveç (ibid., par. 111), Yeni Zelanda (ibid., par. 109), Birleşik Krallık (ibid., par. 115) ve Yugoslavya (ibid., par. 118); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Arjantin (ibid., par. 95), Burundi (ibid., par. 98) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 114).

36 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 123), Mısır (ibid., par. 135), Birleşik Devletler (ibid., par. 196 et 198), Fransa (ibid., par. 139), İran (ibid., par. 147), Meksika (ibid., par. 159), Yeni Zelanda (ibid., par. 165), Hollanda (ibid., par. 162), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 140), Birleşik Krallık (ibid.,par. 192), Sri Lanka (ibid., par. 179), Yugoslavya (ibid., par. 208) ve Zimbabve (ibid., par. 210), aynı zamanda Fransa'nın uygulaması (ibid., par. 138).

kılabileceği, ya da bir silahın illegalliğinin sadece onun kullanımını yasaklayan bir antlaşma ya da belirli bir teamül kuralından kaynaklanabileceği hususlarında farklı görüşler mevcuttur.

Askeri talimatnamelerinin büyük bir kısmı aşırı acıya sebep olan silahları başka bir detaya girmeksizin yasaklamaktadır.³⁸ Ancak bazıları belirtmektedir ki işbu yasak kapsamına giren silahlar, devletlerin bazı silahları kullanmaktan kaçınmalarına yönelik uygulamalarının işbu silahların aşırı acıya sebep olmaları nedenine dayanmasıyla belirlenmelidir.³⁹

Uluslararası Adalet Divanı'na Nükleer Silahlar davasında sundukları netice-i taleplerde, Fransa ve Rusya bir silahın bu kurala göre yasaklanmasının ancak devletlerin bir antlaşma yoluyla işbu silahı yasaklamaya karar vermesi halinde mümkün olacağını beyan etmişlerdir.⁴⁰ Bununla beraber, diğer devletlerin büyük bir çoğunluğu, böyle bir gerekliliği dile getirmemiş ve nükleer silahların etkilerinin hukuka uygunluğunun kuralın mevcut kurala göre değerlendirmişlerdir.⁴¹

Nükleer silahlar davasında verdiği danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı nükleer silahların etkilerinin hukuka uygunluğunu mevcut kurala göre ve antlaşmalar hukukundan bağımsız olarak analiz etmiştir; ki yargıçlar da kişisel görüşlerinde aynı yolu izlemişlerdir.⁴²

37 Bkz., örn. Birleşik Devletler'in sahra talimnameleri (ibid., par. 88ve 93), Azerbaycan'ın mevzuatı (ibid., par. 96), aşağıdaki devletlerin beyanatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 196), İran (ibid., par. 147), Birleşik Krallık (ibid., par. 192) ve Sri Lanka (ibid., par. 179), aynı zamanda Fransa'nın uygulaması (ibid., par. 138).

38 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Almanya (ibid., par. 57 -59), Arjantin (ibid., par. 33), Avustralya (ibid., par. 34-35), Belçika (ibid., par. 36-38), Benin (ibid., par. 39), Bosna Hersek (ibid., par. 40), Burkina Faso (ibid., par. 41), Kamerun (ibid., par. 42-43), Kanada (ibid., par. 44-45), Kolombiya (ibid., par. 46-47), Kongo (ibid., par. 48), Hırvatistan (ibid., par. 49-50), Ekvator (ibid., par. 52), İspanya (ibid., par. 81), Birleşik Devletler (ibid., par. 89-90 ve 92-93), Fransa (ibid., par. 53-56), Macaristan (ibid., par. 60), Endonezya (ibid., par. 61), İsrail (ibid., par. 62-63), İtalya (ibid., par. 64-65), Kenya (ibid., par. 66), Madagaskar (ibid., par. 68), Mali (ibid., par. 69), Fas (ibid., par. 70), Nijerya (ibid., par. 74- 76), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 71-72), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 67), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 51), Romanya (ibid., par. 77), Birleşik Krallık (ibid., par. 85-86), Rusya (ibid., par. 78), Senegal (ibid., par. 79), İsveç (ibid., par. 82), İsviçre (ibid., par. 83), Togo (ibid., par. 84) ve Yugoslavya (ibid., par. 94).

39 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 32) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 87-88 ve 91).

40 Bkz. aşağıdaki devletler tarafından Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Fransa (ibid., par. 136) ve Rusya (ibid., par. 171-172).

41 Bkz. örn. aşağıdaki devletler tarafından Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Ekvator (ibid., par. 133), Birleşik Devletler (ibid., par. 202), Marshall adaları (ibid., par. 155), İran (ibid., par. 147), Japonya (ibid., par. 151), Lesotho (ibid., par. 153), Meksika (ibid., par. 159), Nauru (ibid., par. 161), Yeni Zelanda (ibid., par. 165), Hollanda (ibid., par. 162), Birleşik Krallık (ibid., par. 191-192), Samoa (ibid., par. 175) ve İsveç (ibid., par. 182); Aynı zamanda bkz. örn. aşağıdaki devletler tarafından Nükleer silahlar davasında (DSÖ) sunulan lahikalar: Samoa (ibid., par. 174) ve Sri Lanka (ibid., par. 179).

42 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 238), yargıçların bireysel görüşleri de dahil olmak üzere (ibid., par. 239- 245).

Örnekler

Aşağıdaki silahlar uygulamada bütün hallerde ya da belli şartlarda aşırı acıya sebep olan silahlar olarak anılmaktadırlar: ucu dikenli mızraklar⁴³, testere dişli süngüler⁴⁴, ucu açılarak genişleyen mermiler⁴⁵, infilaklı mermiler⁴⁶, zehir ve zehirli silahlar ki bunlara yaralarda daha da acıya sebep olacak maddeler içeren mühimmat da dâhildir⁴⁷, biyolojik ve kimyasal silahlar⁴⁸, asıl etkisi, X ışınlarıyla görülemeyecek parçalarla yaralamak olan silahlar ki bunlara cam parçaları ile doldurulan mühimmat da dâhildir⁴⁹, bazı tuzaklar⁵⁰, anti personel mayınları⁵¹, kendi kendini imha mekanizması olmayan torpidolar⁵², yangın çıkarıcı silahlar⁵³, kör edici lazerli silahlar⁵⁴,

-
- 43 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Birleşik Devletler (ibid., par. 87), Yeni Zelanda (ibid., par. 73) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85); aynı zamanda Bkz. BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 44 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Hollanda (ibid., par. 71-72).
- 45 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Almanya (ibid., par. 57-59), Avustralya (ibid., par. 34) («boş uçlu mermiler»), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 91), Fransa (ibid., par. 55-56), Hollanda (ibid., par. 71-72), Rusya (ibid., par. 78) ve Yugoslavya (ibid., par. 94); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 87), Yeni Zelanda (ibid., par. 73) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85), ki bunlar «şekilleri nizami olmayan mermiler» yasaklamaktadırlar; Aynı zamanda Bkz. BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 46 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 58) ve Rusya (ibid., par. 78); Aynı zamanda Bkz. BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 47 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 87, 89, 91 ve 93), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 72) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85); Aynı zamanda Bkz. BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 48 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 59), Avustralya (ibid., par. 34-35) ve Fransa (ibid., par. 55-56).
- 49 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Almanya (ibid., par. 59), Avustralya (ibid., par. 34), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 87, 89, 91 ve 93), Fransa (ibid., par. 55-56), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 71-72) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85); Aynı zamanda Bkz. BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 50 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 59) ve Hollanda (ibid., par. 72).
- 51 Bkz., örn. aşağıdaki devletin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 55-56).
- 52 Bkz., örn. aşağıdaki devletin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 55-56).
- 53 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Kolombiya (ibid., par. 130-131), Moritanya (ibid., par. 156), Meksika (ibid., par. 157-158) ve Norveç (ibid., par. 166), aynı zamanda Zimbabve'nin rapor edilen uygulaması (ibid., par. 211); Aynı zamanda Bkz. BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 227).
- 54 Bkz., örn. İsveç'in Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü'nü kabul ederken yaptığı beyanat (ibid., par. 14) ve Fransa'nın sahra talimnameleri (ibid., par. 55-56).

ve nükleer silahlar⁵⁵. Bütün bu örnekler üzerinde adı geçen bütün silahların aşırı acıları yasaklayan uluslararası teamül hukuku kuralını ihlal eder nitelikte olduğuna dair bir konsensüs mevcut değildir. Bununla beraber aralarından bazılarının yasak olduğu yönünde bir anlaşma mevcuttur; bundan sonraki alt bölümlerde bunlar incelenecektir.

Kural 71. – Ayırım gözetmeksizin vuran silahların kullanımı yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 20, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Ayırım gözetmeksizin vuran silahlardan anlaşılan belirli bir askeri hedefe yöneltilmeyen ya da etkileri uluslararası insancıl hukuk kurallarının emrettiği gibi sınırlandırılmayan silahlardır. Bu silahların yasaklanması, genel olarak ayırım gözetmeksizin saldırılmasının yasaklanması ile desteklenmiştir (bkz. Kural 11 ve kural 12).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ek I.Protokol ‘sivil kişiler ya da sivil nitelikteki malları ve askeri hedefleri ayırım gözetmeksizin’ vuran silahların kullanımını yasaklamıştır.⁵⁶ Bu yasak Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü’nde de tekrarlanmıştır.⁵⁷ Başka belgelerde de mevcuttur.⁵⁸

Bu kural çok sayıda askeri talimatnamede de bulunmaktadır⁵⁹; ihlali, birçok dev-

55 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Ekvator(ibid., par. 133), Mısır (ibid., par. 135), Hindistan (ibid., par. 144), İran (ibid., par. 147), Japonya (ibid., par. 151), Lesotho (ibid., par. 153), Marshall adaları (ibid., par. 155), İsveç (ibid., par. 182) ve Zimbabve (ibid., par. 210) aynı zamanda Nükleer silahlar davasında (DSÖ) aşağıdaki devletlerce sunulan lahikalar: Salomon adaları (ibid., par. 177) ve Samoa (ibid., par. 174).

56 Ek I.Protokol (1977), md.51, par. 4 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 3, par. 206 et 251).

57 UCM’nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xx) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 265).

58 Bkz. örn. San Remo talimatnamesi (1994), par. 42, al. b) (ibid., par. 268); ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, al (b) (xx) (ibid., par. 269).

59 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 278-279), Avustralya (ibid., par. 270-271), Belçika (ibid., par. 272), Kanada (ibid., par. 273), Kolombiya (ibid., par. 274), Ekvator(ibid., par. 275), Birleşik Devletler (ibid., par. 287-289), Fransa (ibid., par. 276-277), İsrail (ibid., par. 280), Nijerya (ibid., par. 283), Yeni Zelanda (ibid., par. 282), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 281), Rusya (ibid., par. 284), İsveç (ibid., par. 285), İsviçre (ibid., par. 286) ve Yugoslavya (ibid., par. 290).

letin yasalarının da ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁰ İşbu kural resmi beyanatlar ve uygulama ile de desteklenmektedir.⁶¹ Bu uygulama Ek I.Protokol'e bugün itibariyle taraf olmayan ya da, Protokol'e sonradan taraf olan devletlerin uygulamalarını içermektedir.⁶²

Ayırım gözetmeksizin vuran silahların yasaklanması Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu'nca kabul edilen birçok kararda olduğu kadar Amerikan Devletleri Örgütü'nün Genel Kurulu'nun bazı kararlarında da hatırlatılmıştır.⁶³ Bu kural birçok uluslararası konferanşa da hatırlatılmıştır.⁶⁴

Nükleer silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanına sundukları netice-i taleplerde, o sırada Ek I.Protokol'e taraf olmayan birçok devlet, ayırım gözetmeksizin

60 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Kanada (ibid., par. 292), Kongo (ibid., par. 293), Gürcistan (ibid., par. 294), Mali (ibid., par. 295), Yeni Zelanda (ibid., par. 296) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 298); Bkz. ayrıca aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 291) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 297).

61 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Güney Afrika (ibid., par. 352), Avustralya (ibid., par. 300-301), Kanada (ibid., par. 302-304), Çin (ibid., par. 305), Kıbrıs (ibid., par. 306), Mısır (ibid., par. 309-311), Ekvator (ibid., par. 307-308), Birleşik Devletler (ibid., par. 359-365), Fransa (ibid., par. 312-313), Marshall adaları (ibid., par. 329-330), Salomon adaları (ibid., par. 347-348), İran (ibid., par. 317-318), İsrail (ibid., par. 320), İtalya (ibid., par. 322), Japonya (ibid., par. 323), Lesotho (ibid., par. 327), Malezya (ibid., par. 328), Meksika (ibid., par. 331), Nauru (ibid., par. 332), Nijerya (ibid., par. 337), Yeni Zelanda (ibid., par. 336), Hollanda (ibid., par. 333-335), Peru (ibid., par. 339), Polonya (ibid., par. 340), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 314), Romanya (ibid., par. 341), Birleşik Krallık (ibid., par. 355-358), Rusya (ibid., par. 342-344), Rwanda (ibid., par. 345), Vatikan (ibid., par. 315), Sri Lanka (ibid., par. 349), İsveç (ibid., par. 350), İsviçre (ibid., par. 351), Türkiye (ibid., par. 353), SSCB (ibid., par. 354), Vietnam (ibid., par. 367) ve Zimbabve (ibid., par. 368), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Birleşik Devletler (ibid., par. 366), Hindistan (ibid., par. 316), İran (ibid., par. 319), İsrail (ibid., par. 321), Ürdün (ibid., par. 324), Kuveyt (ibid., par. 326), Pakistan (ibid., par. 338), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 325) ve Ruanda (ibid., par. 346).

62 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 276) ve İsrail (ibid., par. 280), aşağıdaki devletlerin beyanatları: Kıbrıs (ibid., par. 306), Mısır (ibid., par. 309), Birleşik Devletler (ibid., par. 359-364), İsrail (ibid., par. 320), Polonya (ibid., par. 340), Romanya (ibid., par. 341), Birleşik Krallık (ibid., par. 355-357), Vatikan (ibid., par. 315), Türkiye (ibid., par. 353), SSCB (ibid., par. 354) Vietnam (ibid., par. 367), Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 366) Hindistan'ın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 316), İran (ibid., par. 319), İsrail (ibid., par. 321) ve Pakistan (ibid., par. 338).

63 Bkz. BM Genel Kurulu, karar 1653 (XVI) (ibid., par. 369), karar 3032 (XXVII) (ibid., par. 370), karar 3076 (XXVIII) (ibid., par. 371-373), karar 3255 A (XXIX) (ibid., par. 371/372), karar 31/64 (ibid., par. 371 ve 374), karar 32/15 ve 33/70 (ibid., par. 371), karar 34/82 (ibid., par. 371 ve 375), karar 35/153 ve 36/93 (ibid., par. 371 ve 376-377), karar 37/79 (ibid., par. 371 ve 376, 377) ve karar 38/66, 39/56, 40/84, 41/50, 42/30, 43/67, 45/64, 46/40, 47/56, 48/79, 49/79, 50/74, 51/49, 52/42, 53/81 ve 54/58 (ibid., par. 376-377); ADÖ, Genel Kurul, karar 1270 (XXIV-O/94) ve 1335 (XXV-O/95) (ibid., par. 381) ve karar 1565 (XXVIII-O/98) (ibid., par. 382).

64 Bkz. örn. XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XIV (ibid., par. 383); XXIV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar XIII (ibid., par. 383); XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar II (ibid., par. 386); Konvansiyonel silahlar sözleşmesinin taraflarının sözleşmeyi gözden geçirmekle görevli 2. Konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 387); Silahlı çatışmalar esnasında sivil halkın korunması için uluslararası insancıl hukuk üzerine Afrika Parlamenterler Konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 388).

vuran silahların yasak olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Danışma görüşünde Divan, bu yasağın uluslararası insancıl hukukun ‘en temel ilkelerinden’ biri olduğunu doğrulamıştır.⁶⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivillere saldırılmaması gereğini düzenleyen teamül kuralı gereğince (bkz. Kural 1), ayırım gözetmeksizin vuran silahlar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da yasaktır. Konvansiyonel silahlar sözleşmesinin değiştirilen haliyle uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan Protokol II’inde kabul edilen bazı tipteki mayın ve tuzakların yasaklanmasının arkasındaki gerekçe de budur.⁶⁷ Aynı şekilde her silahlı çatışmada anti personel mayınların kullanılmasını yasaklayan Ottawa Sözleşmesi de kısmen muharip ve sivil ayırımının yapılması ilkesi üzerine kuruludur.⁶⁸

Ayırım gözetmeksizin vuran silahların yasaklanması, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilen ya da bunlarda uygulanmış birçok askeri talimatnamede bulunmaktadır.⁶⁹ Yasak, durulması gereken belli bir miktar resmi beyanat ve uygulama ile desteklenmektedir.⁷⁰ Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir.

Nükleer Silahlar Davasında Uluslararası Adalet Divanına sundukları netice-i taleplerde birçok devlet, ayırım gözetmeden vuran silahların yasaklanmasının, sivil ve muharipler ile askeri hedefler ve sivil karakterli mallar arasında ayırım yapılması ilkesine dayandığını kanınsındadır.⁷¹ Divan, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

65 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Birleşik Devletler (ibid., par. 364), Marshall adaları (ibid., par. 329-330), İran (ibid., par. 317-318), Japonya (ibid., par. 323), Nauru (ibid., par. 332) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 358); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasına (DSÖ) sunulan lahikalar: Malezya (ibid., par. 328) ve Sri Lanka (ibid., par. 349).

66 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 389).

67 Değiştirildiği şekliye Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.1, par. 2.

68 Ottawa Konvansiyonu (1997), dibace (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 264).

69 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 278-279), Avustralya (ibid., par. 270), Kolombiya (ibid., par. 274), Ekvator (ibid., par. 275), Nijerya (ibid., par. 283), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 281) ve Yugoslavya (ibid., par. 290).

70 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari: Güney Afrika (ibid., par. 352), Ekvator (ibid., par. 307), Mısır (ibid., par. 309-310), Birleşik Devletler (ibid., par. 365), Marshall adaları (ibid., par. 329), İsrail (ibid., par. 320), Lesotho (ibid., par. 327), Hollanda (ibid., par. 333-335), Romanya (ibid., par. 341), Birleşik Krallık (ibid., par. 358), Rusya (ibid., par. 342-343), Rwanda (ibid., par. 345) ve Vatikan (ibid., par. 315), aynı zamanda uygulama aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları Birleşik Devletler (ibid., par. 366), Hindistan (ibid., par. 316), İran (ibid., par. 317) ve Kuveyt (ibid., par. 326).

71 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Ekvator (ibid., par. 308), Mısır (ibid., par. 310), Birleşik Devletler (ibid., par. 364), Salomon adaları (ibid., par. 348), İran (ibid., par. 317-318), Japonya (ibid., par. 323), Nauru (ibid., par. 332), Yeni Zelanda

sorununu incelemeyeceğini belirtmesine rağmen ‘devletler asla ne sivilleri hedef olarak almalı, ne de, sonuç olarak sivil ve askeri hedef ayırımı gözetmesi imkânsız olan silahları kullanmalıdır’ demiştir.⁷²

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda tespit edilmemiştir. Hiçbir devlet, türü ne olursa olsun herhangi bir silahlı çatışmada ayırım gözetmeden vuran silahları kullanabileceğini belirtmemiştir.

Ayırım gözetmeksizin vuran silahların tanımı

Birçok askeri talimatname ve resmi beyanat ‘ayırım gözetmeden vuran’ silahlardan, ‘askeri hedef ve sivil halk ayırımı gözetmeksizin vuran’ silahlardan ya da ‘askeri hedef ve siviller arasında ayırım yapamayan’ silahlardan, daha başka bir ayrıntıya girmeksizin bahsetmektedir.⁷³ Bu şekildeki genel bir yaklaşımın haricinde, en sık başvurulan iki kriteri, bir silahın askeri bir hedefe yönlendirilebilme yeteneği ve uluslararası insancıl hukukun gereklerine uygun olarak etkilerinin sınırlandırılabilmesi oluşturmaktadır. Bu kriterlerin ikisi de Ek I.Protokol’de ortaya konmuştur: 51 maddenin 4. Paragrafının b) fıkrası, belirli bir askeri hedefe yöneltilen silahları yasaklarken; 51 maddenin 4. Paragrafının c) fıkrası etkileri Protokol’ün belirttiği şekilde sınırlandırılmayan silahları yasaklamaktadır.⁷⁴ Bu kriterler uluslararası teamül hukukunda ayırım gözetmeyen saldırıların tanımı arasında bulunmaktadır (bkz. Kural 12).

Bir silahı belirli bir askeri hedefe yöneltebilme kriteri birçok askeri talimatname-de, resmi beyanatta ve uygulamada sayılmaktadır.⁷⁵ Yargıç Higgins, nükleer silahlar davasındaki ayrık oyunda, bir silahın eğer bir askeri hedefe yöneltileniyorsa o zaman ayırım gözetmeksizin vuran bir silah olarak kabul edileceğini beyan etmiştir.⁷⁶ Martić davasında, 1996 yılında, Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi de bu kriterre atıfta bulunmuştur.⁷⁷

(ibid., par. 336) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 358); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında (DSÖ) sunulan lahikalar Salomon adaları (ibid., par. 347), Malezya (ibid., par. 328), Meksika (ibid., par. 331) ve Sri Lanka (ibid., par. 349).

72 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 389).

73 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 278-279), Kolombiya (ibid., par. 274), Fransa (ibid., par. 276-277), Salomon adaları (ibid., par. 347), İsveç (ibid., par. 285) ve İsviçre (ibid., par. 286), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatlari: Çin (ibid., par. 305), Marshall adaları (ibid., par. 330), İran (ibid., par. 317), Meksika (ibid., par. 331), Nauru (ibid., par. 332), Yeni Zelanda (ibid., par. 336) ve Romanya (ibid., par. 341).

74 Ek I.Protokol (1977), md.51, par. 4, al. b) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 3, par. 206) et md.51, par. 4, al. c) (ibid., par. 251).

75 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 270), Kanada (ibid., par. 273), Ekvator (ibid., par. 275), Birleşik Devletler (ibid., par. 287-289), İsrail (ibid., par. 280), Yeni Zelanda (ibid., par. 282) aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatlari: İsrail (ibid., par. 320) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 357) ve İsrail’in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 321).

76 UAD, Nükleer silahlar avası, Yargıç Higgins’in bireysel görüşü (ibid., par. 392).

77 ICTY, Savcı Milan Martić’e karşı davası, iddianamenin incelenmesi (ibid., par. 397).

Bir silahın etkilerinin uluslararası insancıl hukukun gereklerine uygun olarak sınırlı olması kriteri de birçok askeri talimatname ve resmi beyanatta sayılmıştır.⁷⁸ Nükleer silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanına sundukları netice-i taleplerde birçok devlet, eğer bir silahın etkilerinin kontrol edilmesi imkânsızsa ya da eğer neden olduğu zararlar büyükse ya da sivil halkta sebep olacağı beklenen arızı can kayıpları, umulan askeri avantaja göre aşırı ise bahsi geçen silahın ayırım gözetmeden vurduğunu belirtmiştir.⁷⁹

Nükleer silahlar davasındaki kişisel görüşlerinde Uluslararası Adalet Divanı'nın yargıçları, nükleer silahları ayırım gözetmeksizin vuran silahlar olarak değerlendirirken analizlerini, etkileri sınırlandırılmayan silahlar kriteri üzerine kurmuş gibi görmektedirler. Zira görüşlerini, hem zamanda hem de mekânda işbu silahın sebep olduğu büyük yıkıma atıfta bulunarak güçlendirmişlerdir.⁸⁰ Ancak bu yargıçlar daha belirli bir tanım yapmayı denememişlerdir.

Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu'nun 1969 yılında kabul ettiği bir kararın dibacesi, biyolojik ve kimyasal silahların 'kendiliğinden kınanması gereken silahlar olduğunu zira etkilerinin genellikle öngörülemez ve kontrol edilemez nitelik arz ettiğini' belirtmiştir.⁸¹ Ayırım gözetmeksizin vuran silahlar hakkındaki yasak 1998 yılında Amerikan Devletleri Örgütü'nün kabul ettiği bir kararda da hatırlatılmaktadır.⁸²

Yorum

Kimse aşırı acılara sebep olan savaş araç ve yöntemlerinin kullanımını yasaklayan bir kuralın varlığını tartışmamaktadır; bununla beraber bu kuralın kendiliğinden bir silahı yasadışı kılıp kılmayacağı, ya da bir silahın yasa dışılığının ancak onu yasaklayan özel bir antlaşma ya da teamül kuralı ile mümkün olabileceği konusunda farklı

78 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 270), Kanada (ibid., par. 273), Kolombiya (ibid., par. 274), Ekvator (ibid., par. 275), Birleşik Devletler (ibid., par. 287-289), İsrail (ibid., par. 280), Yeni Zelanda (ibid., par. 282), İsviçre (ibid., par. 286) ve Yugoslavya (ibid., par. 290), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Çin (ibid., par. 305), Romanya (ibid., par. 341) ve İsveç (ibid., par. 350).

79 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında ileri sürülen savunma ve lahikalar: Mısır (ibid., par. 310-311), Ekvator (ibid., par. 308), Marshall adaları (ibid., par. 330), İran (ibid., par. 317), Japonya (ibid., par. 323) ve Zimbabve (ibid., par. 368); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında (DSÖ) sunulan lahikalar: Salomon adaları (ibid., par. 347) ve Malezya (ibid., par. 328).

80 Bkz. örn. UAD, Nükleer silahlar davası, Yargıç Fleischhauer'in bireysel görüşü (ibid., par. 394), Yargıç Herczegh'in beyanatu (ibid., par. 395) ve Başkan Bedjaoui'nin beyanatu (ibid., par. 396); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki yargıçların bireysel görüşleri: Ferrari-Bravo, Koroma, Ranjeva, Shahabuddeen ve Weeramantry.

81 BM Genel Kurulu, karar 2603 A (XXIV). Üç devlet bu karar aleyhinde oy kullanmıştır. 36 devlet çekimser kalmıştır. Ancak anlaşmazlık daha ziyade bitki öldürücüler üzerinde olup temel ilkelere ilişkin değildir.

82 ADÖ, Genel Kurulu, karar 1565 (XXVIII-O/98) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 382).

görüşler mevcuttur. Nükleer silahlar davasında Uluslar arası Adalet Divanı'na sundukları netice-i taleplerde, devletlerin çoğu nükleer silahların yasallığı ya da yasa dışılığı hakkındaki gerekçelendirmelerini kurmak için ayırım gözetmeksizin vuran silahları yasaklayan kurala atıf yapmışlardır.⁸³ Bununla beraber Fransa, belirli bir silahın ayırım gözetmeksizin vuran bir silah olarak kabul edilmesi ve böylece yasadışı addedilmesi için bu yönde özel bir kuralın varlığının gerekli olduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Divanın yargıçları, kişisel görüşlerinde nükleer silahların yasallığını, antlaşmalar hukukundan bağımsız olarak, kuralın kendisine dayanarak değerlendirmişlerdir.⁸⁵ Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu'nun farklı kararların kabulüyle ve Konvansiyonel silahlar sözleşmesiyle sonuçlanan tartışmalar net değildir; zira bazı beyanatlar bazı silahların bu kural nedeniyle zaten yasak olduğu izlenimini vermekteyken diğer tebliğler özel bir yasağın gerekliliğinden bahsetmektedirler.⁸⁶

Örnekler

Aşağıdaki silahlar uygulamada her halde ya da belli şartlarda aşırı acıya sebep olan silahlar olarak anılmaktadırlar: Kimyasal silahlar⁸⁷, biyolojik silahlar⁸⁸, nükleer silah-

83 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasına ileri sürülen savunma ve lahikalar: Mısır (ibid., par. 310-311), Ekvator (ibid., par. 308), Birleşik Devletler (ibid., par. 364), Marshall adaları (ibid., par. 329-330), Salomon adaları (ibid., par. 348), İran (ibid., par. 317-318), Nauru (ibid., par. 332), Yeni Zelanda (ibid., par. 336), Hollanda (ibid., par. 335), Birleşik Krallık (ibid., par. 358) ve Zimbabve (ibid., par. 368); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerce Nükleer silahlar davasında (DSÖ) sunulan lahikalar: Salomon adaları (ibid., par. 347), Meksika (ibid., par. 331), Ruanda (ibid., par. 345) ve Sri Lanka (ibid., par. 349).

84 Fransa, Nükleer silahlar davasında (DSÖ) UAD'na sunulan lahika (ibid., par. 313); aynı zamanda bakınız İtalya'nın CDDH sırasında verdiği beyanat (ibid., par. 322).

85 Bkz. UAD, Nükleer silahlar davası, yargıçların bireysel görüşleri (ibid., par. 390-396).

86 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Kanada (ibid., par. 303-304), Kıbrıs (ibid., par. 306), Mısır (ibid., par. 309), Ekvator (ibid., par. 307), Fransa (ibid., par. 312), İsrail (ibid., par. 320), İtalya (ibid., par. 322), Nijerya (ibid., par. 337), Hollanda (ibid., par. 334), Polonya (ibid., par. 340), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 314), Romanya (ibid., par. 341), Birleşik Krallık (ibid., par. 355), Rusya (ibid., par. 343), Vatikan (ibid., par. 315), İsveç (ibid., par. 350), İsviçre (ibid., par. 351), Türkiye (ibid., par. 353) ve Vietnam (ibid., par. 367).

87 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 270-271), Fransa (ibid., par. 276-277) ve Rusya (ibid., par. 284), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 360) ve Romanya (ibid., par. 341); aynı zamanda Bkz. Azınlıkların Korunması ve Ayrımcı Önlemlere Karşı Mücadele Alt Komisyonu (BM İnsan Hakları Komisyonu), karar 1989/39 (ibid., par. 378) ve karar 1996/16 (ibid., par. 379), ve BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).

88 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 270-271), Birleşik Devletler (ibid., par. 287), Fransa (ibid., par. 276-277) ve Rusya (ibid., par. 284), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Romanya (ibid., par. 341) ve İsveç (ibid., par. 350); aynı zamanda Bkz. Azınlıkların Korunması ve Ayrımcı Önlemlere Karşı Mücadele Alt Komisyonu (BM İnsan Hakları Komisyonu), karar 1996/16 (ibid., par. 379) ve BM sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).

lar⁸⁹, mayınlar⁹⁰ anti personel mayınlar⁹¹, zehir⁹², balonlardan fırlatılan patlayıcılar⁹³, V1 ve V2 roketleri⁹⁴, salkım bombaları⁹⁵, tuzaklar⁹⁶, Scud füzeleri⁹⁷, Katyuşa roketleri⁹⁸, yangın çıkarıcı silahlar⁹⁹, çevreyi tahrip eden teknikler¹⁰⁰. Bütün bu örnekler üzerinde adı geçen bütün silahların ayırım gözetmeksizin vuran silahları yasaklayan uluslararası teamül hukuku kuralını ihlal eder nitelikte olduğuna dair bir konsensüs mevcut değildir. Bununla beraber aralarından bazılarının yasak olduğu yönünde bir anlaşma mevcuttur; bundan sonraki alt bölümlerde bunlar incelenecektir.

Ek I.Protokol, devletlerin belli bir savaş aracı ya yönteminin kullanılmasının uluslararası insancıl hukuka uygunluğunu denetleyecek ulusal bir mekanizma ya da

-
- 89 Bkz. örn. İsviçre'nin askeri talimatnamesi (ibid., par. 286) ve aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 301), Ekvator(ibid., par. 308), Mısır (ibid., par. 311), Marshall adaları (ibid., par. 329-330), Salomon adaları(ibid., par. 347), İran (ibid., par. 317-318), Japonya (ibid., par. 323), Lesotho (ibid., par. 327), Malezya (ibid., par. 328) ve Zimbabve (ibid., par. 368); aynı zamanda Bkz. Azınlıkların Korunması ve Ayırımı Önlemlere Karşı Mücadele Alt Komisyonu (BM İnsan Hakları Komisyonu), karar 1996/16 (ibid., par. 379) ve BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).
- 90 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Fransa (ibid., par. 276-277) ve Peru'nun rapor edilen uygulaması (ibid., par. 339).
- 91 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Ekvator(ibid., par. 275) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 289), Avustralya'nın beyanatu (ibid., par. 300) aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Ürdün (ibid., par. 324) ve Rwanda (ibid., par. 346); aynı zamanda Bkz. BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).
- 92 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 270-271), Kanada (ibid., par. 273), Fransa (ibid., par. 276-277) ve Rusya (ibid., par. 284).
- 93 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Ekvator(ibid., par. 275) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 287 ve 289).
- 94 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Ekvator(ibid., par. 275) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 287 ve 289) ve Ürdün'ün rapor edilen uygulaması (ibid., par. 324).
- 95 Bkz. örn. İsviçre'nin beyanatu (ibid., par. 351); aynı zamanda Bkz. Azınlıkların Korunması ve Ayırımı Önlemlere Karşı Mücadele Alt Komisyonu (BM İnsan Hakları Komisyonu), karar 1996/16 (ibid., par. 379) ve BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).
- 96 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları Avustralya (ibid., par. 300) ve Rusya (ibid., par. 342); Bkz. aynı zamanda BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).
- 97 Bkz. örn. Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (ibid., par. 273),aşağıdaki devletlerin beyanatları: Birleşik Devletler (ibid., par. 361 et 363), İsrail (ibid., par. 320) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 356), aynı zamanda İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 321).
- 98 Bkz. örn. İsrail'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 321).
- 99 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 300), Rusya (ibid., par. 342), İsveç (ibid., par. 350), İsviçre (ibid., par. 351) ve Türkiye (ibid., par. 353); aynı zamanda Bkz. BM Sekreterliği, Bazı silahların kullanımının sınırlanması ya da yasaklanmasına yönelik yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları (ibid., par. 380).
- 100 Bkz. örn. Rusya'nın askeri talimatnamesi (ibid., par. 284).

bir prosedür benimsemesini öngörmektedir.¹⁰¹ Aralarında Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin de bulunduğu çok sayıda devlet bu düzenlemeyi hayata geçirmiştir.¹⁰²

101 Ek I.Protokol (1977), md.36.

102 Özellikle Almanya, Avustralya, Belçika, Kanada, Danimarka, Birleşik Devletler, Norveç, Hollanda, Birleşik Krallık ve İsveç. Bkz. Isabelle Daoust, Robin Coupland ve Rikke Ishoey, «*New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare*», *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 846, juin 2002, p. 345; Justin McClelland, «*The review of weapons in accordance with md.36 of Additional Protocol I*», *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 850, juin 2003, p. 397.

ZEHİR

Kural 72. – Zehir ya da zehirli silah kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 21.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu yasak, kimyasal silahlara ilişkin yasaktan bağımsız olarak mevcuttur (bkz. Kural 74). Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü mevcut olan zehir kullanımı yasağından esinlenmiş olsa da, zehir ve zehirli silahlar üzerine bir kuralın oluşması için yeterli bağımsız bir uygulama bulunmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Zehir ya da zehirli silah kullanılması yasağı eski bir uluslararası teamül hukuku kuralı olup Lieber Kodu ve Lahey Tüzüğü'nde yer almaktadır.¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre 'zehir ve zehirli silah kullanmak' uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu teşkil etmektedir.²

Zehir ve zehirli silahların kullanımının yasaklanması önemli pek çok askeri talimatnamede bulunmaktadır.³ Zehir ve zehirli silahların kullanımı çok sayıda devletin

1 Lieber Kodu (1863), md.70 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 21, par. 4); Lahey Tüzüğü(1907), md.23, al. a) (ibid., par. 2).

2 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xvii) (ibid., par. 3).

3 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 39), Almanya (ibid., par. 25), Arjantin (ibid., par. 12), Avustralya (ibid., par. 13-14), Belçika (ibid., par. 15), Bosna Hersek (ibid., par. 16), Kanada (ibid., par. 17-18), Kolombiya (ibid., par. 19), Ekvator (ibid., par. 21), İspanya (ibid., par. 40), Birleşik Devletler (ibid., par. 46-51), Fransa (ibid., par. 22-24), Endonezya (ibid., par. 26), İsrail (ibid., par. 27-28), İtalya (ibid., par. 29), Kenya (ibid., par. 30), Nijerya (ibid., par. 35-37), Yeni Zelanda (ibid., par. 34), Hollanda (ibid., par. 32-33), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 31), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 20), Birleşik Krallık (ibid., par. 44-45), Rusya (ibid., par. 38), İsviçre (ibid., par. 41-43) ve Yugoslavya (ibid., par. 52).

kanunlarının ihlalinin teşkil etmektedir.⁴ Bu yasak ayrıca resmi beyanlar ve uygulama ile de desteklenmektedir.⁵ İşbu kuralın uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu sonucunu çıkarmaya olanak sağlayan ulusal içtihat bulunmaktadır.⁶

Nükleer silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanı'na sundukları netice-i taleplerde birçok devlet, zehir ve zehirli silah kullanımının yasak olduğunu hatırlatmıştır.⁷ Danışma görüşünde Divan, zehir ve zehirli silah kullanımı yasağının teamüli nitelik taşıdığını belirtmiştir.⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bölümlerinde zehir ya da zehirli silah kullanımının savaş suçu olduğuna ilişkin bir düzenleme içermemektedir; ve bu mesele Roma diplomatik konferansında da açıkça tartışılmamıştır. Bu nedenle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statü'sünün uygulama kanunlarından bazıları, zehir ya da zehirli silah kullanımının savaş suçu oluşturduğuna dair kuralın uygulamasını uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlandırmıştır.⁹ Bununla beraber, zehir ya da zehirli silahların kullanımının yasalarına göre suç oluşturan bazı devletlerin mevzuatı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmaktadır.¹⁰ Almanya'nın mevzuatı açıkça belirtmektedir ki işbu kural uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da uygulan-

4 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 64), Avustralya (ibid., par. 54-55), Brezilya (ibid., par. 56), Kanada (ibid., par. 58), Çin (ibid., par. 59), Kongo (ibid., par. 60), Estonya (ibid., par. 62), Birleşik Devletler (ibid., par. 73), Gürcistan (ibid., par. 63), İtalya (ibid., par. 65), Mali (ibid., par. 66), Yeni Zelanda (ibid., par. 69), Hollanda (ibid., par. 67-68), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 61), Birleşik Krallık (ibid., par. 72), İsviçre (ibid., par. 70) ve Yugoslavya (ibid., par. 74); Bkz. aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 57) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 71).

5 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanları: Birleşik Devletler (ibid., par. 98-99), Irak (ibid., par. 80) ve Pakistan (ibid., par. 91), aynı şekilde aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Bosna Hersek, Republika Srpska (ibid., par. 77), Hindistan (ibid., par. 79), Ürdün (ibid., par. 82), Kuveyt (ibid., par. 83), Malezya (ibid., par. 85), Norveç (ibid., par. 90), Filipinler (ibid., par. 92) ve Rwanda (ibid., par. 93).

6 Bkz. örn. Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, Shimoda davası (ibid., par. 75).

7 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin Nükleer silahlar davasında ileri sürdükleri savunma ve lahikalar: Mısır (ibid., par. 78), Birleşik Devletler (ibid., par. 100), Marshall Adaları (ibid., par. 86), Salomon Adaları (ibid., par. 94-95), Meksika (ibid., par. 87), Yeni Zelanda (ibid., par. 89), Birleşik Krallık (ibid., par. 97), İsveç (ibid., par. 96) ve Zimbabve (ibid., par. 101); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin Nükleer silahlar davasında (DSÖ) ileri sürdükleri savunma ve lahikalar: Malezya (ibid., par. 84) ve Nauru (ibid., par. 88).

8 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü, par. 80- 82.

9 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Avustralya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 21, par. 55), Kanada (ibid., par. 58), Kongo (ibid., par. 60), Mali (ibid., par. 66), Yeni Zelanda (ibid., par. 69), Hollanda (ibid., par. 68) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 72); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 57) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 71).

10 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 64), Estonya (ibid., par. 62), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (ibid., par. 61), İsviçre (ibid., par. 70) ve Yugoslavya (ibid., par. 74); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletin uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 65).

maktadır.¹¹ Kural, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir ya da uygulanmış bazı askeri talimatnamelerde de mevcuttur.¹² Birçok askeri talimatname, silahlı çatışmalarda zehir ya da zehirli silahların kullanımı yasağını, bunların, pekâlâ uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerli olan ‘insanlık dışı’ ya da ‘ayırım gözetmeksizin vuran’ silahlar olması gerekçesiyle açıklamaktadır.¹³ Belli sayıda devletin uygulamasının da işbu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanması yönünde destek teşkil ettiğine işaret edilmiştir.¹⁴

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir. Zehir ya da zehirli silahların uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanımı hususunda doğrulanmış bir rapor bilinmemektedir.¹⁵ Bu konudaki iddialar da seyrektiler.

Hiçbir devlet zehrin yasal bir şekilde uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanabileceğini iddia etmemiştir. Aksi yöndeki sınırlı sayıda uygulamanın tek örneği - duyurulduğu ya da işaretle belirtildiği takdirde içilebilir suların ya da besin maddelerinin zehirlenebileceğini belirten tek bir talimatname – işbu kuralın teamüli karakterini reddetmek için yeterli değildir.¹⁶

Zehir ve zehirli silahların tanımı

Devletlerin büyük çoğunluğu zehir ve zehirli silahların yasak olduğunu daha fazla detaya girmeksizin belirtmektedir. Nükleer silahlar davasında verdiği danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı, zehir ve zehirlenmiş silahlar terimlerinden devletlerin uygulamalarından anlaşılanın ‘asli ya da münhasır etkisi zehirlenmek ya da boğmak olan silahları kapsayacak şekilde terimlerin alışılmış anlamları’ olduğunu belirtmiştir.¹⁷ Nükleer silahlar davasında Uluslararası Adalet Divanı’na sundukları netice-i taleplerde Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler yasağın arızı olarak zehirlen-

11 Almanya, *Law Introducing the International Crimes Code* (ibid., par. 64).

12 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 39), Almanya (ibid., par. 25), Avustralya (ibid., par. 13), Bosna Hersek (ibid., par. 16), Kanada (ibid., par. 18), Kolombiya (ibid., par. 19), Ekvator (ibid., par. 21), İtalya (ibid., par. 29), Kenya (ibid., par. 30), Nijerya (ibid., par. 35 ve 37) ve Yugoslavya (ibid., par. 52).

13 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 13-14), Kanada (ibid., par. 17), Birleşik Devletler (ibid., par. 47), Fransa (ibid., par. 23-24), İsrail (ibid., par. 28) aynı zamanda aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 80), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 87, 89, 91 ve 93), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 72) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85).

14 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Bosna Hersek, Republika Srpska (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 21, par. 77), Hindistan (ibid., par. 79) Filipinler (ibid., par. 92) ve Rwanda (ibid., par. 93).

15 Kimyasal silah ve toplumsal olayları bastırmada kullanılan ajanların kullanımına ilişkin bilgiler alt bölüm XXIV’de ele alınmıştır.

16 Bkz. Yugoslavya, *YPA Military Manual* (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 21, par. 52).

17 UAD, Nükleer silahlar davası, danışma görüşü (ibid., par. 111).

meye yol açabilecek silahları değil sadece zehrin etkisi yoluyla yaralamak ya da öldürmek için tasarlanan silahlara uygulandığını beyan etmişlerdir.¹⁸ Bu yorum, zehrin yaralanmanın asli ya da münhasır etkeni olması gerektiğini değil; kuralın okları zehirle kaplayıp yaranın iyileşmesini engelleyecek hareketlerin yasaklanmasını öngören kaynağına uygun olarak zehrin, istenen zararın bir etkeni olması gerektiğini ifade etmektedir.

Örnekler

Zehir ve zehirli silahların kullanımının yasaklanması; mermilerin zehirle kaplanması, karşı tarafın yiyecek ve içeceğinin zehirlenmesi gibi uygulamaların yasaklanmasını ifade etmektedir. Bu kuralın uygulanmasına ilişkin açıklamalarda birçok askeri talimatname zehrin yasaklanmasının kuyu ve diğer su kaynaklarının zehirlenmesini de kapsadığını belirtmiştir.¹⁹

18 Nükleer silahlar davasında aşağıdaki devletlerin sundukları lahikalar: Birleşik Krallık (ibid., par. 97) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 100).

19 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 39), Almanya (ibid., par. 25), Avustralya (ibid., par. 14) (karşı tarafa tebliği edilmiş olsa bile), Belçika (ibid., par. 15) (karşı tarafa tebliği edilmiş olsa bile), Kanada (ibid., par. 17) (karşı tarafa tebliği edilmiş olsa bile), Kolombiya (ibid., par. 19), İspanya (ibid., par. 40), Birleşik Devletler (ibid., par. 46 ve 48-49) İsrail (ibid., par. 28), Nijerya (ibid., par. 36), Hollanda (ibid., par. 32), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 31), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 20), Birleşik Krallık (ibid., par. 44) (karşı tarafa tebliği edilmiş olsa bile), İsviçre (ibid., par. 43) ve Yugoslavya (ibid., par. 52) (karşı tarafa tebliği edilmiş olması hali dışında).

NÜKLEER SİLAHLAR

Bu çalışma, Aralık 1995 tarihinde Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI'ncı Uluslararası Konferansı'nca yapılan bir istek üzerine ele alınmıştır. Oysa bundan bir yıl önce Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu Uluslar arası Adalet Divanı'ndan aşağıdaki soru hakkında bir danışma görüşü vermesini istemişti: 'Uluslararası hukuk her durumda nükleer silah tehdidine ya da kullanımına başvurmaya izin vermekte midir?'¹ Bu konuda görüşlerini beyan etmek isteyen her devlet, Divan önünde yazılı ya da sözlü sunumlarla böyle bir fırsata sahip olmuştur. 8 Temmuz 1996 tarihinde verdiği danışma görüşünde Uluslar arası Adalet Divanı, uluslararası teamül hukuku ve uluslararası insancıl hukukun nükleer silahlara uygulanabilirliği ile ilgili olarak şu beyanda bulunmuştur:

'Ne uluslararası teamül hukuku ne de uluslararası ahdi hukuk, nükleer silah tehdidine ya da kullanımına başvurmaya özel bir izin vermemektedir;

Ne uluslararası teamül hukuku ne de uluslararası ahdi hukuk, nükleer silah tehdidine ya da kullanımına başvurmaya ilişkin doğrudan, genel ve tam bir yasaklama içermemektedir.

Nükleer silah tehdidi ya da kullanımına başvurma, aynı zamanda silahlı çatışmalarda uygulanan hukukun gerekleriyle, özellikle de insancıl hukukun ilke ve kurallarının gerekleriyle ve sarahaten nükleer silahlara ilişkin hususlar içeren antlaşmalar ve diğer yüklenimlerden doğan özel borçlara uyumlu olmalıdır;

Yukarıda bahsi geçen gerekliliklerden ortaya çıkmaktadır ki nükleer silah tehdidi ya da kullanımına başvurulması genel olarak silahlı çatışmalara uygulanan uluslararası hukuk kurallarına, özellikle de insancıl hukuk ilke ve kurallarına aykırı olacaktır;

Bununla beraber, uluslararası hukukun güncel durumundan, aynı zamanda olaylar ilişkin olarak elinde bulundurduğu verilerden Divan, bir devletin hayatta kalmasının söz konusu olacağı en uç meşru müdafaa halinde nükleer silah tehdidi ya da kullanımına başvurulmasının hukuka uygun ya da aykırı olup olmayacağına nihai olarak karar verememektedir.²

Yukarıda belirtildiği gibi bu görüş, devletler tarafından sunulan çok geniş bir yelpaze dâhilindeki hukuki analiz ve bilimsel verileri dikkate almıştır. Bu nedenle ve

1 BM Genel Kurulu, karar 49/75 K, Genel ve tam bir silahsızlanma, UAD'na nükleer silahların kullanılması ya da kullanımı tehdidinin hukukiliği konusunda danışma görüşü başvurusu 15 aralık 1994.

2 UAD, Nükleer Silahlar Davası, danışma görüşü 8 temmuz 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226.

Divan'ın Birleşmiş Milletler'in birincil yargı organı olması sebebiyle, Uluslar arası Kızılhaç Komitesi, Divan tarafından verilen danışma görüşünü dikkate almak zorunda kalmış ve aynı anda benzer bir girişimde bulunma fikrini uygun bulmamıştır.

BİYOLOJİK SİLAHLAR

Kural 73. – Biyolojik silahların kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 23.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural insanları hedef alması için tasarlanan biyolojik silahlara uygulanmaktadır. Kuralın bitki öldürücülere de teşmili meselesi 76 numaralı kuralın yorumunda ele alınmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalarda biyolojik silahların kullanımının yasaklanması Gazlara ilişkin Cenevre Protokolüne ve Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne dayanmaktadır.¹ Cenevre Protokolüne katılımları sırasında 37 devlet, karşı tarafın (ya da bazı durumlarda karşı tarafın bir müttefikinin) Protokolün hükümlerini ihlal etmesi halinde karşılık verme haklarını saklı tuttıklarına dair bir çekince koymuşlardır. Bu 'ilk kullanmama' çekincelerinden 17 tanesi daha sonra geri çekilmiştir.² Artık sadece 20 tanesi geçerlidir.³ Oysa çekinceleri koyan bu 20 devletten 18 tanesi Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraftır ki bu sözleşme her türlü biyolojik silaha sahip olunmasını yasaklamaktadır.⁴ Dolayısıyla işbu devletler söz konusu silahları kullanarak karşılık verme hakkına sahip değillerdir.⁵ Böylece günümüzde ilk kullanmama çekin-

1 Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü (1925) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 23, par. 1); Biyolojik silahlar Konvansiyonu, dibace (ibid., par. 4)ve md.1 (ibid., par. 5).

2 Güney Afrika, Avustralya, Belçika, Bulgaristan, Kanada, Şili, İspanya, Fransa, İrlanda, Yeni Zelanda, Hollanda, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Rusya ve Slovakya (ibid., par. 1).

3 Cezayir, Angola, Bahreyn, Bangladeş, Çin, Fiji, Salomon adaları, Hindistan, Irak, İsrail, Ürdün, Kuveyt, Libya, Nijerya, Pakistan, Papua Yeni Gine, Portekiz, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Vietnam ve Yugoslavya (ibid., par. 1).

4 Biyolojik silahlar Konvansiyonu, md.1 (ibid., par. 5).

5 Bkz. Rusya'nın uygulaması (ve SSCB'nin önceki uygulaması) (ibid., par. 210 -213).

cesini geri çekmeyen ve Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olmayan 2 devlet Angola ve İsrail'dir.

Son 30 yıl boyunca biyolojik silahların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmalar devletlerin, bu silahların var olmaması gerektiğini düşündükleri ve dolayısıyla bunların uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da dâhil olmak üzere hiçbir şart altında kullanılmaması gerektiği kabul ettikleri sonucuna varılmasına imkân vermektedir.

Devletlerin bu silahları ellerinde bulundurdukları iddiaları hep inkâr edilmiştir. Rusya 1992 yılında hala biyolojik silahlanma programına sahip olduğunu açıkladığında buna bir son vermeye hazırlandığını bildirmiştir. O zamandan günümüze kendisinin biyolojik silahları üretmeye devam ettiği yolundaki iddiaları şiddetle reddetmiştir.⁶ Irak'ın biyolojik silah programları hakkındaki raporlar uluslararası toplumun tepkisine sebep olmuştur.⁷ Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf ya da değil devletlerin beyanları ve diğer uygulamaları, her durumda biyolojik silahların kullanımının yasak olmasının sadece ahdi bir nitelik taşımadığının göstergesidir.⁸

Mevzuat ve askeri talimatnamelerden oluşan ve biyolojik silahların yasak olduğu yönünde oldukça bol bir uygulama mevcuttur; ve bu durum, ilgili devletin Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olsun olmasın ya da Gazlara İlişkin Cenevre Protokolü'ne 'ilk kullanmama' çekincesi ileri sürsün sürmesin geçerlidir. Birleşik Devletler deniz kuvvetlerinin talimatnamesine göre biyolojik silahların kullanımı yasağı teamül hukukundan kaynaklanmaktadır ve Gazlara İlişkin Cenevre Protokolü ya da Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olsun olmasın tüm devletleri bağlamaktadır.⁹ Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olmayan 3 devlet, biyolojik silahların üretimini, elde edilmesini, satımını ya da kullanımını suç olarak düzenlemiştir.¹⁰

6 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanları: Küba (ibid., par. 106), Ekvator (ibid., par. 115), Birleşik Devletler (ibid., par. 233), Fransa (ibid., par. 121), Birleşik Krallık (ibid., par. 219-220 ve 222), SSCB (ibid., par. 209) ve Yemen (ibid., par. 237); BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'nin 687 sayılı kararı (1991) uyarınca kurulmuş Özel Komisyon'un faaliyetleri hakkında raporlar (ibid., par. 257); Güvenlik Konseyi'nin 687 sayılı kararı (1991) uyarınca kurulmuş Özel Komisyon, silahsızlanma ve güncel ve gelecekteki kontrol ve doğrulama faaliyetlerine ilişkin meselelerle görevlendirilmiş Komisyon'un nihai raporu raporu (ibid., par. 258).

7 Bkz. örn. beyanlar, uygulama ve rapor edilen uygulama (ibid., par. 76 -241).

8 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 33), Almanya (ibid., par. 23-25), Avustralya (ibid., par. 12-13), Belçika (ibid., par. 14), Bosna Hersek (ibid., par. 15), Kamerun (ibid., par. 16), Kanada (ibid., par. 17), Kolombiya (ibid., par. 18), Ekvator (ibid., par. 19), İspanya (ibid., par. 34), Birleşik Devletler (ibid., par. 39-43), Fransa (ibid., par. 20 - 22), İtalya (ibid., par. 26), Kenya (ibid., par. 27), Nijerya (ibid., par. 31), Yeni Zelanda (ibid., par. 30), Hollanda (ibid., par. 28-29), Birleşik Krallık (ibid., par. 37-38), Rusya (ibid., par. 32), İsviçre (ibid., par. 35-36) ve Yugoslavya (ibid., par. 44), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Almanya (ibid., par. 55), Ermenistan (ibid., par. 45), Belarus (ibid., par. 47), Brezilya (ibid., par. 48), Çin (ibid., par. 49), Kolombiya (ibid., par. 50), Hırvatistan (ibid., par. 51), Estonya (ibid., par. 52), Gürcistan (ibid., par. 54), Macaristan (ibid., par. 57), İtalya (ibid., par. 58), Moldova (ibid., par. 61), Polonya (ibid., par. 64), İsviçre (ibid., par. 66), Tacikistan (ibid., par. 68), Ukrayna (ibid., par. 69) ve Yugoslavya (ibid., par. 73).

9 Birleşik Devletler, *Naval Handbook* (ibid., par. 43); aynı zamanda Bkz. Fransa, *Fiche didactique relative au droit des conflits armés* (ibid., par. 22).

10 Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Kazakistan («üretim, elde etme ya da satım») (ibid., par. 60), Moldova (2003 yılında kabul edilen kanun taslağı) («kullanım») (ibid., par. 61) ve Tacikistan («üretim, elde etme» ya da «satım» ve «kullanım») (ibid., par. 68).

Kimyasal silahların uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da yasak olduğu sonucuna götüren ulusal içtihatlar da mevcuttur.¹¹

Biyolojik silahların kullanımı yasağı belli sayıda resmi beyanat ile de desteklenmektedir. Gerçekten de 1991 yılı Ocak'ında Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık, Irak'ı kendisinden biyolojik silahları kullanmamasının beklendiği hususunda bilgilendirmişlerdir. Üstelik bunu Irak'ın Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne 'ilk kullanmama' çekincesi koymasına ve Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olmamasına rağmen yapmışlardır.¹² 2001 yılında Amerika Birleşik Devletleri Suriye'yi, Suriye taraf olmasa da Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ni ihlal etmekle suçlamıştır.¹³ Nükleer Silahlar Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı'na sunduğu netice-i taleplerde Avustralya biyolojik silahların kullanımının 'insanlığın temel genel ilkelerine' aykırı olacağını beyan etmiştir.¹⁴

BM Genel Kurulu'nun birçok kararı, devletleri Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne ya da Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne katılmaya teşvik etmiş ve devletlere işbu metinlerdeki amaç ve ilkelere kesin şekilde saygı göstermeleri yönünde çağrıda bulunmuştur.¹⁵

1990 ve 1991 yıllarında Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Körfez savaşına taraf olan bütün devletlere biyolojik silahların kullanımının uluslararası insancıl hukuk tarafından yasaklandığını hatırlatmıştır.¹⁶ Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1994 yılında Angola'daki çatışma çerçevesinde işbu devletin Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne 'ilk kullanmama' çekincesi koymuş olmasına ve Biyolojik Silahlar Sözleşmesi'ne taraf olmamasına rağmen, bu yasağı hatırlatmıştır.¹⁷ Bu örneklerin hiçbirinde Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin beyanları herhangi bir tartışmaya sebebiyet vermemiştir.

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir. Devletlerce biyolojik silahların kullanıldığı yönündeki her iddia itiraz konusu olmuş ve olayların çoğunda bu iddiaların geçersizlikleri ispat edilmiştir.¹⁸

11 Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, Shimoda davası (ibid., par. 75); Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 74).

12 Birleşik Krallık, BM Güvenlik Konseyi Başkanına mektup (ibid., par. 220); Birleşik Devletler, Dışişleri Bakanlığı, Irak'a Diplomatik Nota (ibid., par. 233).

13 Birleşik Devletler, Biyolojik silahlar sözleşmesine taraf devletlerin 5. Gözden geçirme konferansı esnasındaki beyanları (ibid., par. 236).

14 Avustralya, Nükleer silahlar davasında UAD önünde yaptığı sözlü sunum (ibid., par. 79).

15 Bkz. örn. BM Genel Kurulu, karar 3256 (XXIX) (ibid., par. 245-247) et karar 32/77 ve 33/59 A (ibid., par. 245-246 ve 253) bunların tümü oylamaya sunulmaksızın kabul edilmiştir.

16 ICRC, Uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliği üzerine memorandum (ibid., par. 272) ve basın bildirisi n° 1658 (ibid., par. 273).

17 ICRC, Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine memorandum (ibid., par. 274).

18 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Rusya (ve öncesinde SSCB'nin) (ibid., par. 212, 231 ve 277) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 108).

KİMYASAL SİLAHLAR

Kural 74. – Kimyasal silah kullanmak yasaktır

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 24, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalarda kimyasal silahların kullanılmasının yasaklanması Boğucu gazlara ilişkin Lahey Bildirgesi, Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü, Kimyasal Silahlar Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nden oluşan bir dizi antlaşma ile yasaklanmıştır¹. Günümüz itibarıyla sadece 5 devlet ne Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne ne de Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'ne tarafır²; aralarından biri Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin konu ve amacını destekler yönde beyanatta bulunmuştur³. Bu yasak aynı zamanda belli bir sayıda başka belgelerde de bulunmaktadır⁴.

1 Boğucu gazlara ilişkin Lahey Bildirgesi (1899) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 24, par. 1); Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü (1925) (ibid., par. 4); Kimyasal silahlar konvansiyonu (1993), md.1 ibid., par. 13; UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xviii) (ibid., par. 15).

2 Bahamalar, Komor, Myanmar, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Somali.

3 Bkz. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin beyanatı (ibid., par. 187).

4 Bkz. örn. Oxford deniz savaşları Talimatnamesi (1913), md.16, par. 1 (ibid., par. 16); Sorumluluklar Komisyonu raporu (1919) (ibid., par. 17); Kimyasal ve biyolojik silahlar hakkında Mendoza Bildirgesi (1991) (ibid., par. 20); Kitle imha silahları hakkında Cartagena Bildirgesi (1991) (ibid., par. 21); Kimyasal silahların yasaklanması hakkında Hindistan-Pakistan Deklarasyonu (ibid., par. 22); BM Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), md.6.2 (ibid., par. 24); ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, al. (b) (xviii) (ibid., par. 25).

Önemli bir miktarda askeri talimatname de kimyasal silahların kullanılması yasağını beyan etmektedir⁵. Bu yasak birçok devletin mevzuatında da bulunmaktadır.⁶ Tüm dünya devletlerinin önemli bir miktar beyanlarıyla beraber başka şekillerdeki uygulamaları göstermektedir ki kimyasal silahların kullanılması yasağı teamül hukuku kuralıdır.⁷ 1930'lu yıllardan beri bu silahların kullanıldığına yönelik iddiaların çoğu ya mesnetsiz bulunmuş ya da çürütülmüştür; bu silahların kullanıldığının doğrulandığı az sayıdaki olay ise diğer devletler tarafından kınanmıştır.⁸ Aynı zamanda kimyasal silah kullanımının uluslararası teamül hukukunca yasaklandığı sonucuna ulaşılmasına izin veren ulusal içtihat da mevcuttur.⁹

Bugün, kimyasal silahları kullanan bir diğer devlete karşı kimyasal silah kullanarak cevap vermenin hukuka aykırı olabileceğini gösteren giderek artan sayıda işaret mevcuttur. Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne, eğer bir karşı taraf (bazı hallerde bu tarafın bir müttefiki) işbu Protokol'e uymazsa, bu Protokolü onaylayan devletin bununla bağlı olmayacağına yönelik 21 adet çekince mevcuttur.¹⁰ Bununla beraber

5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 49), Almanya (ibid., par. 38-40), Avustralya (ibid., par. 26-27), Belçika (ibid., par. 28), Bosna Hersek (ibid., par. 29), Kamerun (ibid., par. 30), Kanada (ibid., par. 31-32), Kolombiya (ibid., par. 33), Ekvator (ibid., par. 34), İspanya (ibid., par. 50), Birleşik Devletler (ibid., par. 55-59), Fransa (ibid., par. 35-37), İsrail (ibid., par. 41), İtalya (ibid., par. 42), Kenya (ibid., par. 43), Nijerya (ibid., par. 47), Yeni Zelanda (ibid., par. 46), Hollanda (ibid., par. 44-45), Birleşik Krallık (ibid., par. 53-54), Rusya (ibid., par. 48), İsviçre (ibid., par. 51-52) ve Yugoslavya (ibid., par. 60).

6 Bkz., örn. mevzuat (ibid., par. 61-117).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Birleşik Devletler (ibid., par. 59) (ilk olarak kullanma yasağı), İsrail (ibid., par. 41), Yeni Zelanda (ibid., par. 46) ve Hollanda (ibid., par. 44); aşağıdaki devletlerin beyanları: Suudi Arabistan (ibid., par. 353), Belarus (ibid., par. 144), Belçika (ibid., par. 150), Bulgaristan (ibid., par. 160), Birleşik Devletler (ibid., par. 420) (ilk olarak kullanma yasağı), Macaristan (ibid., par. 243), İtalya (ibid., par. 266), Demokratik Kamputçya (ibid., par. 279), Lesotho (ibid., par. 295), Yeni Zelanda (ibid., par. 324), Hollanda (ibid., par. 320), Polonya (ibid., par. 343), Romanya (ibid., par. 347), Birleşik Krallık (ibid., par. 414), İsveç (ibid., par. 371), İsviçre (ibid., par. 375), Tanzanya (ibid., par. 379), Çekoslovakya (ibid., par. 196), Ukrayna (ibid., par. 389), SSCB (ibid., par. 395), ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Güney Afrika (ibid., par. 361), İran (ibid., par. 255), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 288) ve Zimbabve (ibid., par. 443).

8 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 230 ve 233), Belçika (ibid., par. 151-152), Kamboçya (eski adıyla Kamputçya) (ibid., par. 278-279), Kanada (ibid., par. 173), Çin (ibid., par. 177), Danimarka (ibid., par. 203), Mısır (ibid., par. 208), Birleşik Devletler (ibid., par. 397, 416, 418, 424 ve 430), Fransa (ibid., par. 222), Macaristan (ibid., par. 243), İran (ibid., par. 250), İsrail (ibid., par. 260), Lüksemburg (ibid., par. 301), Moğolistan (ibid., par. 313), Norveç (ibid., par. 328), Hollanda (ibid., par. 319), Peru (ibid., par. 338), Portekiz (ibid., par. 344), Birleşik Krallık (ibid., par. 406-407 et 409 -412), Rusya (ibid., par. 350), İsveç (ibid., par. 371-372), Suriye (ibid., par. 378), Türkiye (ibid., par. 388), SSCB (ibid., par. 397), ve Vietnam (ibid., par. 434) ve aşağıdaki devletlerin uygulamaları: Çin (ibid., par. 269), Hindistan (ibid., par. 332), İran (ibid., par. 255), İtalya (ibid., par. 264), Japonya (ibid., par. 269), Pakistan (ibid., par. 333), Sudan (ibid., par. 366) ve Yugoslavya (ibid., par. 439-440).

9 Bkz. örn. Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 119); Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, Shimoda davası (ibid., par. 120).

10 Cezayir, Angola, Bahreyn, Bangladeş, Çin, Birleşik Devletler, Fiji, Salomon adaları, Hindistan, Irak, İsrail, Ürdün, Kuveyt, Libya, Nijerya, Pakistan, Papua Yeni Gine, Portekiz, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Vietnam ve Yugoslavya.

bu devletlerden 17 tanesi, kimyasal silahları tüm kullanımını yasaklayan ve hiçbir çekince konulamayan Kimyasal silahlar Sözleşmesi'ne taraftır. Böylece antlaşmalar hukukuna göre, çekincelerine dayanarak, ilk olarak karşı tarafça kimyasal silahlara başvurulması durumunda misilleme olarak işbu silahlara başvurma hakkından yararlanabilecek geriye sadece dört devlet (Angola, Irak, İsrail ve Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti) kalmaktadır. Bu dört devletten ikisi (İsrail ve Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti) açıkça asla kimyasal silahları kullanmayacağını ve bunları ortadan kaldırılması yönünde kararlılıklarını beyan etmişlerdir.¹¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde, 'boğucu, toksak ya da bunlarla özdeşleştirilebilir gaz ve buna benzer sıvı, madde ya da aletlerin kullanılmasının' Mahkeme'nin üzerinde yetkili olduğu ve bu silahların ilk kullanımıyla sınırlı olmayan bir savaş suçu olarak yer alması dikkat çekicidir.¹²

Birleşik Devletler'in Deniz Kuvvetlerinin Talimatnamesi, Kimyasal Silahlar Sözleşmesine taraf olmayan devletler için işbu silahların bir ilk kullanıma cevap olarak kullanılması hukuka uygundur; ancak bu kullanım, bu misillemeye sebep olan kullanım sonra erdiği an sona ermelidir.¹³ Bununla beraber Ocak 1991'de Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık, Irak'tan 'ilk kullanmama' çekincesini koymuş olsa da Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nden kaynaklanan borçlarına saygılı olmasını ve kimyasal silah kullanmaktan kaçınmasını beklediklerini duyurmuşlardır.¹⁴ 1987 yılında İran, o tarihteki pozisyonu Gazlara İlişkin Cenevre Protokolü'nün sadece ilk kullanımı yasakladığı yönünde olmasına rağmen Irak'a karşı, bunun tarafından işbu silahların kullanımına cevaben hiçbir zaman kimyasal silah kullanmadığını, duyurmuştur.¹⁵

1986 ve 1988 yılları arasında kabul ettiği birçok kararda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Irak ve İran arasındaki savaşta kimyasal silahların kullanılmasını kullanımın bir ilk kullanım ya da misilleme teşkil edip etmediği meselesinin esasına girmeden kınamıştır.¹⁶

1990 ve 1991 yıllarında Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Körfez savaşının taraflarına kimyasal silahların kullanımının yasak olduğunu hatırlatmıştır.¹⁷ İlgili taraflar, Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne 'ilk kullanmama' çekincesi koymamışlardı ve Kimyasal Silahlar Sözleşmesi henüz mevcut değildir.

11 Bkz. aşağıdaki devletlerin beyanatlari: İsrail (ibid., par. 260- 263), Libya (ibid., par. 297- 299) ve Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (ibid., par. 283-284).

12 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xviii) (ibid., par. 15).

13 Birleşik Devletler, *Naval Handbook* (ibid., par. 59).

14 Birleşik Krallık, BM Güvenlik Konseyi Başkanına mektup (ibid., par. 410) ve Devlet Bakanının beyanati, *Foreign and Commonwealth Office* (ibid., par. 411); Birleşik Devletler, Dışişleri Bakanlığı, Irak'a Diplomatik Nota (ibid., par. 424).

15 İran, BM Genel Kurulu'nun ilk komisyonundaki beyanat (ibid., par. 250).

16 BM Güvenlik Konseyi, karar 582 (ibid., par. 448), karar 598 (ibid., par. 449), karar 612 (ibid., par. 450) ve karar 620 (ibid., par. 451).

17 ICRC, Uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliği hakkında memorandum (ibid., par. 505) ve basın bildirisi n° 1658 (ibid., par. 506).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Kimyasal silah kullanma yasağı, Kimyasal silahlar Sözleşmesi'nde yer aldığı şekliyle, uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayacak şekilde her durumda uygulanır.¹⁸ Ayrıca yasak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanan birçok belgede de geçmektedir.¹⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ya da uygulanabilir olan birçok askeri talimatname kimyasal silah kullanma yasağını belirtmektedir.²⁰ Bu yasak önemli bir miktar devletin mevzuatında da mevcut bulunmaktadır.²¹ Kolombiya Anayasa Mahkemesi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kimyasal silahların kullanılması yasağının uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığına hükmetmiştir.²²

Rusya'nın Çeçenistan'da, Sudan'ın muhalefet gruplarına karşı, Türkiye'nin de ülkenin güney doğusunda kimyasal silah kullandığı iddiaları ilgili hükümetler tarafından çürütülmüştür.²³ Ayrıca Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi'nin 1995 yılında Tadic davasında hatırlattığı gibi uluslararası toplum, Kürtlere karşı Irak tarafından kimyasal silahların kullanılmasını kınamıştır.²⁴ Örnek olarak Birleşik Krallık bu kullanımın Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nün ve insancıl hukukun ihlalini teşkil ettiğini beyan etmiştir.²⁵

18 Kimyasal silahlar konvansiyonu (1993), md.1 (ibid., par. 13).

19 Bkz. örn. Kimyasal ve biyolojik silahlar hakkında Mendoza Bildirgesi (1991) (ibid., par. 20); Kitle imha silahları hakkında Cartagena Bildirgesi (1991) (ibid., par. 21); Filipinler'de İnsan hakları ve insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında kapsamlı antlaşma (Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law in the Philippines) (1998), Bölüm IV, md.4, par. 4 (ibid., par. 23); BM Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), md.6.2 (ibid., par. 24).

20 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 49), Almanya (ibid., par. 38-40), Avustralya (ibid., par. 26), Bosna Hersek (ibid., par. 29), Kanada (ibid., par. 32), Kolombiya (ibid., par. 33), Ekvator (ibid., par. 34), İspanya (ibid., par. 50), İtalya (ibid., par. 42), Kenya (ibid., par. 43) ve Yugoslavya (ibid., par. 60).

21 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Güney Afrika (ibid., par. 107), Almanya (ibid., par. 82), Ermenistan (ibid., par. 61), Avustralya (ibid., par. 63), Belarus (ibid., par. 65), Kanada (ibid., par. 68), Hırvatistan (ibid., par. 74), Ekvator (ibid., par. 77), Estonya (ibid., par. 78), Birleşik Devletler (ibid., par. 116), Finlandiya (ibid., par. 79), Fransa (ibid., par. 80), Gürcistan (ibid., par. 81), Hindistan (ibid., par. 84), İrlanda (ibid., par. 85), İtalya (ibid., par. 87), Japonya (ibid., par. 88-89), Kazakistan (ibid., par. 90), Lüksemburg (ibid., par. 92), Norveç (ibid., par. 98), Yeni Zelanda (ibid., par. 97), Panama (ibid., par. 99), Hollanda (ibid., par. 96), Peru (ibid., par. 100), Polonya (ibid., par. 102), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 91), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 75), Romanya (ibid., par. 103), Birleşik Krallık (ibid., par. 114), Rusya (ibid., par. 104), Singapur (ibid., par. 105), Slovenya (ibid., par. 106), İsveç (ibid., par. 108), İsviçre (ibid., par. 109-110), Tacikistan (ibid., par. 111), Ukrayna (ibid., par. 113), Yugoslavya (ibid., par. 117) ve Zimbabve (ibid., par. 118); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Bulgaristan (ibid., par. 66), Macaristan (ibid., par. 83) ve İtalya (ibid., par. 86)

22 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 119).

23 Bkz. aşağıdaki devletlerin beyanları: Rusya (ibid., par. 350), Sudan (ibid., par. 366) ve Türkiye (ibid., par. 388).

24 ICTY, *Savcı Duko Tadic alias «Dule»'ye karşı davası*, savunmanın yetkisizliğe ilişkin ilk itirazına dayalı istinaf talebi hakkında karar (ibid., par. 499).

25 Birleşik Krallık, bir basın toplantısı esnasında Dışişleri ve Commonwealth Bakanlığı sözcüsünün beyanları (ibid., par. 406) ve BM İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan sunulan karar taslağı (ibid., par. 407).

Yukarıda bahsedilen Tadić davasında Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi: ‘bu (kimyasal) silahların kullanımının iç silahlı çatışmalarda da yasak olduğu ilkesi üzerinde bir konsensüs uluslararası toplumda giderek gelişmiştir’ kanaatine ulaşmıştır.²⁶

Angola’da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerinde bir memorandum’da 1994 yılında Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Angola Kimyasal silahlar Sözleşmesi’ni onaylamamış olsa da, çatışmanın taraflarına kimyasal silahların kullanılmasının yasak olduğunu hatırlatmıştır.²⁷

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir.

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilememiştir. Hiçbir devlet kimyasal silahların hukuka uygun bir şekilde uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanılabileceğini iddia etmemiştir. Aksine önemli bir sayıda resmi beyanat, kimyasal silahların asla kullanılmaması ve ortadan kaldırılmaları gerektiğini ifade etmektedir.²⁸

26 ICTY, *Savcı c. Duško Tadić alias «Dule»’ye karşı davası*, savunmanın yetkisizliğe ilişkin ilk itirazına dayalı istinaf talebi hakkında karar, tadil edilmiş ikinci iddianame ve hüküm (ibid., par. 499).

27 ICRC, Angola’da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine memorandum (ibid., par. 512).

28 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Afganistan (ibid., par. 121-122), Güney Afrika (ibid., par. 360), Arnavutluk (ibid., par. 124), Cezayir (ibid., par. 125-126), Almanya (ibid., par. 233), Suudi Arabistan (ibid., par. 354 ve 356), Ermenistan (ibid., par. 132), Avustralya (ibid., par. 136), Avusturya (ibid., par. 139-140), Bahreyn (ibid., par. 141), Bangladeş (ibid., par. 143), Belarus (ibid., par. 146-147), Belçika (ibid., par. 153), Benin (ibid., par. 154), Birmanya (ibid., par. 167), Brezilya (ibid., par. 158), Bulgaristan (ibid., par. 162), Burkina Faso (ibid., par. 166), Kamerun (ibid., par. 169), Kanada (ibid., par. 172 ve 174), Şili (ibid., par. 176), Çin (ibid., par. 178-181 ve 183), Kolombiya (ibid., par. 184), Küba (ibid., par. 190-191 ve 194), El Salvador (ibid., par. 212), Ekvator (ibid., par. 206-207), Birleşik Devletler (ibid., par. 427-428), Etyopya (ibid., par. 213-215), Finlandiya (ibid., par. 218), Fransa (ibid., par. 221-222 ve 224), Gana (ibid., par. 234), Yunanistan (ibid., par. 238), Gine (ibid., par. 239), Haiti (ibid., par. 240-241), Honduras (ibid., par. 242), Hindistan (ibid., par. 244 ve 246), İran (ibid., par. 253), İsrail (ibid., par. 261- 263), İtalya (ibid., par. 268), Japonya (ibid., par. 271-272 ve 275), Demokratik Kamputçya (ibid., par. 279), Libya (ibid., par. 298-299), Liechtenstein (ibid., par. 300), Malezya (ibid., par. 303 ve 305), Meksika (ibid., par. 311-312), Moğolistan (ibid., par. 314), Nepal (ibid., par. 316), Nijerya (ibid., par. 327), Norveç (ibid., par. 329), Pakistan (ibid., par. 332), Hollanda (ibid., par. 317 ve 320), Peru (ibid., par. 335), Katar (ibid., par. 346), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 286), Almanya Demokratik Cumhuriyet, (ibid., par. 231), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 228-229), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 200), Romanya (ibid., par. 349), Birleşik Krallık (ibid., par. 403, 405-406 ve 412), Sri Lanka (ibid., par. 362-363), İsveç (ibid., par. 367-369 ve 371), İsviçre (ibid., par. 376), Suriye (ibid., par. 377), Tayland (ibid., par. 381 ve 383), Tunus (ibid., par. 385), Türkiye (ibid., par. 386), Ukrayna (ibid., par. 390-391 ve 393), SSCB (ibid., par. 398), Venezuela (ibid., par. 433), Vietnam (ibid., par. 435), Yemen (ibid., par. 437), Yugoslavya (ibid., par. 438) ve Zaire (ibid., par. 441); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulaması: Belarus (ibid., par. 149), Belçika (ibid., par. 153), Endonezya (ibid., par. 248), Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (ibid., par. 283) ve Ürdün’ün rapor edilen uygulaması (ibid., par. 277).

Kural 75. – Savaş yöntemi olarak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 24, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, ülke içindeki toplumsal olaylarla mücadeleye mukabil, uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da vuku bulan muhasamat durumlarında uygulanabilen teamüli bir uluslararası hukuk normudur.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Kimyasal silahlar sözleşmesinin kabulünden önce, toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nce yasaklanıp yasaklanmadığı konusunda fikir birliği yoktu. Devletlerin büyük çoğunluğu, Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nün toplumsal olaylarla mücadele ajanlarını da içeren boğucu, toksik ya da benzer bütün gazların kullanımını yasakladığı fikrindeydi ve Protokolü bu mantıkla uygulamaktaydı.²⁹ 19690'ların sonuna doğru ve 1970'lerin başında, Avustralya, Portekiz ve Birleşik Krallık konu hakkındaki pozisyonlarını gözden geçirmiş ve Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'nün toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının bazılarını uygulanmayacağını beyan etmişlerdir.³⁰ Birleşik Devletler ısrarla çoğunluk görüşünden farklı bir görüş benimsemiş ve kimyasal silahlara ilişkin teamüli yaşağın geçici etkilere sebep olan ajanlara uygulanmadığını ileri sürmüştür.³¹

Vietnam savaşı sırasında ve Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü'ne henüz taraf olmamasına rağmen Amerika Birleşik Devletleri işbu Protokol'ün hükümlerini uyguladıklarını bildirmiş ancak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarını kullanmak-

29 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanları: Kanada (ibid., par. 568), Çin (ibid., par. 568), İspanya (ibid., par. 568), Fransa (ibid., par. 560), İtalya (ibid., par. 561), Japonya (ibid., par. 568), Romanya (ibid., par. 568), Birleşik Krallık (ibid., par. 568), Çekoslovakya (ibid., par. 568), Türkiye (ibid., par. 564), SSCB (ibid., par. 565) ve Yugoslavya (ibid., par. 568).

30 Avustralya, BM Genel Kurulu'nun ilk komisyonundaki beyanatu (ibid., par. 557) ve *Protection of the Civil Population Against the Effects of Certain Weapons* (ibid., par. 558); Portekiz, BM Genel Kurulu'nun 2603 A (XXIV) kararına karşı oy (ibid., par. 586); Birleşik Krallık, Commonwealth ve Dışişleri bakanının Commonwealth Avam Kamara'sında cevabı (ibid., par. 569); aynı zamanda Bkz. Yeni Zelanda, *Military Manual* (ibid., par. 541).

31 Bkz. örn. Birleşik Devletler, BM Genel Kurulu'nun ilk komisyonundaki beyanatu (ibid., par. 577), CDDH 'daki bayanatu (ibid., par. 580) ve Dışişleri Bakanlığının "Afganistan, Laos ve Kamputçya'da rapor edilen kimyasal ajan kullanımı" hakkında Hukuk Memorandumu (ibid., par. 581).

tan çekinmemiştir.³² Bununla beraber Birleşik Devletler bugün itibarıyla savaş yöntemi olarak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanımını yasaklayan ve hiçbir çekince kabul etmeyen Kimyasal silahlar Sözleşmesi'ne taraftır. Dolayısıyla Birleşik Devletler 'savaş zamanı, savunmaya dönük askeri operasyonlar sırasında insan hayatını kurtarmak için toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının ilk olarak kullanımı' hakkından vazgeçmiştir; ki Amerika Birleşik Devletlerine göre bu şekilde bir kullanım 'bir savaş yöntemi' oluşturmamaktadır.³³

Kimyasal silahlar Sözleşmesi'nin kabulüyle sonuçlanan pazarlık sürecinde aralarında Avustralya ve Birleşik Krallık'ın da bulunduğu devletlerin büyük çoğunluğu toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının muhasamatta kullanılmaması fikrindeydi. Sözleşmenin nihai metni, yasak olan muhasamat esnasında bir savaş yöntemi olarak kullanım ile izin verilen, kamu düzeninin korunması için kullanım ayırımına gitmiştir.³⁴ Bu ayırım daha sonra devlet uygulamaları ile doğrulanmıştır. Toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının özellikle savaş yöntemi olarak kullanılması yasağı birçok askeri talimatnamede³⁵ ve birçok devletin mevzuatında bulunmaktadır.³⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İspanya ve Yunanistan'daki iç savaşlarda toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanıldığına işaret edilmesine ve Vietnam savaşı sırasında Güney Vietnam'ın³⁷ onları kullandığının bilinmesine rağmen, eğilim işbu ajanların kullanımının her silahlı çatışmada yasaklanması yönündeydi. Bu durum, toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının bir savaş yöntemi olarak kullanımının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nde yasaklanmasının her silahlı çatışmaya uygulanması ile de ortaya çıkmaktadır. Devletlerin, işbu sözleşmeye uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanımına izin veren genel bir ayırık hal eklememiş olmaları bu yönden açıklayıcıdır.

32 Bkz. örn. Birleşik Devletler, Department of the Navy, *Legal Review of Oleoresin Capsicum (OC) Pepper Spray* (ibid., par. 584) ve Department of Defense, *Review of Allegations Concerning "Operation Tailwind"* (ibid., par. 585).

33 Birleşik Devletler, *Naval Handbook* (ibid., par. 548), başkanlık kararnamesi n° 11850 (ibid., par. 578) Birleşik Devletler başkanı Kimyasal silahlar konvansiyonuna ilişkin raporu ileten mesajı (ibid., par. 582). Birleşik Devletler Senatosu fikrini beyan edip Kimyasal silahlar sözleşmesine onay verilmesini kabul ettiğinde «Başkanım, 8 Nisan 1975 tarihli n° 11850 kararnameyi ilga edecek ya da değiştirecek hiçbir tedbir alamayacağını, düzenleme ya da kural getiremeyeceğini» emretmiştir. Birleşik Devletler Senatosu, Executive Resolution 75, 24 nisan 1997.

34 Kimyasal silahlar konvansiyonu (1993), md.I, par. 5 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 24, par. 528) ve md.II, par. 9, al. d) (ibid., par. 532).

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 539), Avustralya (ibid., par. 534-535), Kanada (ibid., par. 537-538), İspanya (ibid., par. 542), Birleşik Devletler (ibid., par. 548), Yeni Zelanda (ibid., par. 541) ve Hollanda (ibid., par. 540).

36 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 549), Macaristan (ibid., par. 550), Hindistan (ibid., 551), Yeni Zelanda (ibid., par. 552), Romanya (ibid., 553), Singapur (ibid., par. 554) ve İsveç (ibid., par. 555).

37 Bkz. aşağıdaki savaşlar sırasında rapor edilen uygulamalar: İspanya iç savaşı (ibid., par. 592), Yunanistan'daki iç savaş (ibid., par. 593) ve Vietnam savaşı (ibid., par. 594).

Toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş yöntemi olarak kullanımının yasaklanması birçok askeri talimatnamede de bulunmaktadır.³⁸ Birleşik Devletler, toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının bir savaş yöntemi olarak kullanımının yasaklanmasının ‘uluslararası silahlı çatışmalara ve iç çatışmalara’ uygulandığını belirtmiştir.³⁹

Uluslararası olsun ya da olmasın hiçbir silahlı çatışmada aksi yönde bir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir devlet askeri muhasamatta bir savaş yöntemi olarak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanımı hakkına sahip olduğunu iddia etmemiştir. Hollanda’nın askeri talimatnamesinde belirtildiği gibi bir savaş yöntemi olarak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanımı yasağı, bir silahlı çatışmada örneğin göz yaşartıcı gazların kullanılmasının ‘daha tehlikeli başka kimyasal ürünler kullanılmasına yol açabilme riski taşıması’ olgusu üzerine kuruludur.⁴⁰ Kendisine toplumsal olaylarla mücadele ajanları kullanılarak saldırılan taraf, ölümcül kimyasal silahlar kullanıldığını düşünebilir ve kimyasal silahlara başvurabilir. İşte bu tırmanma riskini ortadan kaldırmak içindir ki devletleralarında anlaşarak silahlı çatışmalarda bir savaş yöntemi olarak toplumsal olaylarla mücadele ajanlarının kullanımı yasaklamak istemişlerdir. Bu amaç hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için geçerlidir.

Kural 76. – Bitki öldürücülerin savaş yöntemi olarak kullanılması, eğer bunlar:

- a) yasaklı kimyasal silah ise,
- b) yasaklı biyolojik silah ise
- c) somut ve doğrudan beklenen askeri avantaja oranla aşırı olarak kabul edilebilecek şekilde ve arızı olarak sivil halkta can kayıplarına, sivillerin yaralanmasına, sivil nitelikteki mallarda zarar ya da bunlarda bileşim halinde zarar ve kayba yol açacak nitelikte ise
- d) doğal çevrede yaygın, kalıcı ve ciddi zarara neden olacak nitelikteyse, yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 24, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

38 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 539), Avustralya (ibid., par. 534), Kanada (ibid., par. 537), İspanya (ibid., par. 542) ve Birleşik Devletler (ibid., par. 548).

39 Birleşik Devletler, *Naval Handbook* (ibid., par. 548).

40 Hollanda, *Military Manual* (ibid., par. 540).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Kimyasal silahlar sözleşmesinin kabulünden önce, bitki öldürücülerin Gazlara İlişkin Cenevre Protokolü'nce yasaklanıp yasaklanmadığı konusunda fikir birliği yoktu. Gerçekten de 1969 yılında 80 devlet Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu'nun bitki öldürücülerin kullanımının Gazlar Protokolü'nde beyan edildiği şekilde uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu belirten kararın lehine oy kullanmıştır. Ancak oylama sonucu – ki üç olumsuz oy ve otuz altı çekimsiz oy mevcuttur – işbu düşüncenin evrensel olarak kabul görmediğini göstermektedir.⁴¹ Birçok devlet özellikle bitki öldürücü ve yaprak dökücülerin Gazlara ilişkin Cenevre Protokolü tarafından yasaklanmadığı fikrindeydi.⁴²

Bununla beraber Vietnam savaşı deneyimi bitki öldürücülerin insan sağlığı üzerinde ciddi ve kalıcı olabilecek etkilerini ortaya koymuştur. Bitki öldürücülerin bu kullanımı diğer devletler tarafından kınanmıştır.⁴³ O tarihten günümüze uluslararası hukuk evrim geçirmiş ve gitgide artan bir şekilde çevreye önem atfeder hale gelmiştir. Bugün açıktır ki bitki öldürücülerin bir silahlı çatışmada kullanılması, özellikle çevrenin bilinçli olarak verilen her zarara karşı korunması yönündeki açık eğilim göz önüne alındığında tartışmalara sebep olacaktır. Çevrenin korunmasına yönelik bu mülahazalar, Amerika Birleşik Devletleri'nin bitki öldürücü programına son vermeye itecektir.⁴⁴

Bu açıdan, ENMOD Sözleşmesi'ni incelemekle görevli olan Sözleşmeye taraf devletlerin ikinci konferansının nihai bildirgesi anlamlıdır. Nihai bildirme, askeri amaçlarla ya da düşmanca başka bir amaçla çevrenin değiştirilmesi tekniği olarak bitki öldürücülerin kullanılmasının yasaklı bir savaş yöntemi olduğunu, 'eğer bitki öldürücülerin bu kullanımı diğer başka bir taraf devlette yıkıma ve zarara sebep olma aracı olarak, bir bölgenin ekolojik dengesini bozuyor ve yaygın, kalıcı ve ciddi etkilere sebep oluyorsa' demek suretiyle bildirmiştir.⁴⁵ Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu, oylamadan kabul ettiği bir kararda bu doğrulamadan duyduğu tatmini beyan etmiştir.⁴⁶ Bazı devletler bu bildirgeyi savaş yöntemi olarak bitki öldürücülerin kullanımı yasağını teyit ettiği şeklinde yorumlamışlardır.⁴⁷ Bu ve diğer değerlendirmeler, Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin görüşmecilerini 'ilgili antlaşmalar ve

41 BM Genel Kurulu, karar 2603 A (XXIV) (ibid., par. 630).

42 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 615), Birleşik Devletler (ibid., par. 625626) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 624).

43 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Çin (ibid., par. 617) ve Macaristan (ibid., par. 619); aynı zamanda Bkz. Çin'in beyanatları (ibid., par. 618).

44 Bkz. William A. Buckingham, *Operation Ranch Hand: The Air Force and Herbicides in Southeast Asia, 1961-1971* (ibid., par. 628).

45 Taraf devletlerin ENMOD Konvansiyonuna gözden geçirmekle görevli 2. Konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 633).

46 BM Genel Kurulu, karar 47/52 E (ibid., par. 631).

47 Bkz. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Arjantin (ibid., par. 614) ve İsveç (ibid., par. 614); Bkz. aynı zamanda Hollanda'nın beyanatu (ibid., par. 620).

konuyla ilgili uluslararası hukuk ilkelerince ortaya konan, bir savaş yöntemi olarak bitki öldürücülerin kullanımı yasağını' tanıtmaya yönelmiştir.⁴⁸

Bununla beraber, Kimyasal Silahlar Sözleşmesi bir savaş yöntemi olarak kabul edilecek kullanımları tanımlamamaktadır. Örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri, 'Amerikan askeri üs ve yerleşkelerinin içinde ya da hemen yakınındaki savunma çemberi civarındaki bitkileri kontrol altında tutmak için' bitki öldürücü kullanma hakkını saklı tuttuğunu beyan etmiştir.⁴⁹

Böyle olmakla beraber açıkça görülmektedir ki bir silahlı çatışmada bitki öldürücülerin kullanımı, bunlar insan ya da hayvanlara zarar verecek özellikteyse kimyasal silahların kullanımının yasak olması kuralını ihlal edecektir (bkz. Kural 74). Aynı şekilde biyolojik ajanlardan oluşan ya da onları içeren bitki öldürücülerin kullanımı Biyolojik silahlar Sözleşmesi'ni, işbu sözleşme, önleyici, koruyucu ya da diğer barışçıl amaçlara yönelik olmayan her türlü biyolojik ajanın kullanımını yasakladığı oranda ihlal edecektir (bkz. Kural 73).

Bunların dışında, bitki örtüsüne yönelik bitki öldürücülerle yapılan her türlü saldırı, eğer bitki örtüsü askeri bir hedef oluşturmuyorsa (bkz. Kural 7), eğer saldırı arızı olarak sivil halkta aşırı can kayıplarına ya da sivil nitelikteki mallarda aşırı bir zarara yol açıyorsa (bkz. Kural 14) ya da saldırının doğal çevreye yaygın, kalıcı ve ciddi zararlar vermesi bekleniyorsa (bkz. Kural 15) muhasamatın sürdürülmesine yönelik genel kuralları ihlal edecektir.

Uluslararası insancıl hukukun bitki öldürücülerle ilgili olabilecek diğer kuralları, bir savaş yöntemi olarak açlığın yasaklanması (bkz. Kural 53) ve bitki öldürücülerin rekolteye karşı kullanıldığı durumlarda sivil halkın hayatta kalması için elzem olan mallara yönelik saldırı yasağıdır (bkz. Kural 54).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bitki öldürücülerin kullanımına yönelik daha az örnek olay bulunsa da işbu kuralın içerdiği bitki öldürücülerin kullanımını ilgilendiren özel sınırlama ve yasaklamalar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilen genel kurallardır.

Ayrıca, Çeçenistan'da bunların kullanıldığı iddiaları Rus Hükümeti tarafından çürütülmüştür.⁵⁰ Bu da, devletler tarafından bitki öldürücülerin her tip silahlı çatışmada geçerli olan diğer kuralları ihlal edecek bir şekilde kullanılmaması gerekliliği yönündeki meşru bir beklentinin varlığını göstermektedir.

48 Kimyasal silahlar konvansiyonu (1993), dibace (ibid., par. 599).

49 Birleşik Devletler, başkanlık kararnamesi no 11850 (ibid., par. 627).

50 Bkz. «Russian army not to use defoliants in Chechnya», ITAR-TASS, Moskova, 17 Nisan 2000 (ibid., par. 622).

AÇILAN MERMİLER

Kural 77. – İnsan vücudunda kolayca açılan ya da yassılaştan mermilerin kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 25.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalardaki yasak, 1899 yılında açılan mermilerle ilgili Lahey Bildirgesi'nde, askeri tüfeklerde kullanılma yönelik 'dom-dom' denilen mermilerin ortaya çıkmasına tepki olarak kaleme alınmış ve aynı yıl kabul edilmiştir.¹ 20. yy'ın ilk yıllarında 28 devlet Bildirgeyi onaylamış ya da ona katılmış; 20. yy'ın ikinci yarısında 6 devlet Bildirgeye halefiyet bildirisinde bulunmuştur.² Açılan mermilerin kullanımı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde de savaş suçu olarak sayılmıştır.³ Yasak başka belgelerde de yazılı bulunmaktadır.⁴

1 Açılan mermilere ilişkin Lahey Bildirgesi (1899) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 25, par. 1).

2 Aşağıdaki devletler işbu Bildirgeyi onaylamış ya da Bildirgeye katılmışlardır: Almanya (4 Eylül 1900), Avusturya-Macaristan (4 Eylül 1900), Belçika (4 Eylül 1900), Bulgaristan (4 Eylül 1900), Çin (21 Kasım 1904), Danimarka (4 Eylül 1900), İspanya (4 Eylül 1900), Etyopya (9 Ağustos 1935), Fransa (4 Eylül 1900), Büyük Britanya ve İrlanda (13 Ağustos 1907), Yunanistan (4 Nisan 1901), İtalya (4 Eylül 1900), Japonya (6 Ekim 1900), Lüksemburg (12 Temmuz 1901), Meksika (17 Nisan 1901), Montenegro (16 Ekim 1900), Nikaragua (11 Ekim 1907), Norveç (4 Eylül 1900), Hollanda (4 Eylül 1900), Pers (4 Eylül 1900), Portekiz (29 Ağustos 1907), Romanya (4 Eylül 1900), Rusya (4 Eylül 1900), Sırbistan (11 Mayıs 1901), Siam (4 Eylül 1900), İsveç (4 Eylül 1900), İsviçre (29 Aralık 1900) ve Türkiye (12 Haziran 1907). Aşağıdaki devletler Bildirgeye ilişkin olarak halefiyet beyanında bulunmuştur: Güney Afrika (10 Mart 1978), Fiji (2 Nisan 1973), Demokratik Almanya Cumhuriyeti (9 Şubat 1959), Belarus Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti (4 Haziran 1962), SSCB (7 Mart 1955) ve Yugoslavya (8 Nisan 1969).

3 UCM'nin Statüsü (1998), md.8, par. 2, al. b) xix) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 25, par. 2).

4 Bkz. örn. Oxford Deniz Savaşları Talimatnamesi (1913), md.16, par. 2) (ibid., par. 3);

Açılan mermilerin yasaklanması önemli bir sayıda askeri talimatnamede de yazılıdır.⁵ Bir silahlı çatışmada açılan mermilerin kullanılması birçok devletin mevzuatının da ihlalini teşkil etmektedir.⁶ Yasak, resmi açıklamalar ve diğer şekildeki uygulamalar ile de desteklenmektedir.⁷ Bu uygulama Lahey Bildirgesi'ne taraf olmayan çok sayıda devletin uygulamasını da içermektedir.⁸

Uygulama yasakla uyum içindedir ve hiçbir devlet bu çeşit mühimmatın kullanımının hukuka uygun olacağını ileri sürmemiştir. Açılan mermilere ilişkin yasağın tam bir yasak olmasına tek istisna kuşkusuz Birleşik Devletler'in uygulamasıdır ki o da pek net değildir. Birçok askeri talimatnamesinin açılan mermileri yasaklamasına rağmen⁹ Birleşik Devletler Savunma Bakanlığı'nın Kara Kuvvetleri Departmanı'nın silah ve mühimmatlar üzerine yürüttüğü üç çalışma, Birleşik Devletler'in Lahey Bildirgesi'ni, kuralın 1907 tarihli Lahey Tüzüğü'nün 23. Maddesinin e) fıkrasına, başka bir deyişle aşırı acılara sebep olma yasağına uygun olduğu oranda uygulaya-

Sorumluluklar Komisyonu raporu (1919) (ibid., par. 4); BM Genel Sekreteri sirküleri (1999), md.6.2 (ibid., par. 5); ATNUTO, Regulation No. 2000/15 (2000), par. 6.1, al. (b) (xix) (ibid., par. 6).

- 5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 29), Almanya (ibid., par. 18-20), Avustralya (ibid., par. 7-8), Belçika (ibid., par. 9), Kamerun (ibid., par. 10), Kanada (ibid., par. 11-12), Ekvator (ibid., par. 14), İspanya (ibid., par. 30), Birleşik Devletler (ibid., par. 33-35), Fransa (ibid., par. 15-17), İsrail (ibid., par. 21), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Nijerya (ibid., par. 27), Yeni Zelanda (ibid., par. 26), Hollanda (ibid., par. 24-25), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 13), Birleşik Krallık (ibid., par. 31) ve Rusya (ibid., par. 28).
- 6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 45), Andorra (ibid., par. 36), Avustralya (ibid., par. 37-38), Kanada (ibid., par. 40), Kongo (ibid., par. 41), Ekvator (ibid., par. 42), Estonya (ibid., par. 43), Gürcistan (ibid., par. 44), İtalya (ibid., par. 46), Mali (ibid., par. 47), Yeni Zelanda (ibid., par. 50), Hollanda (ibid., par. 48), Birleşik Krallık (ibid., par. 52) ve Yugoslavya (ibid., par. 53); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları Burundi (ibid., par. 39) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 51).
- 7 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları Cezayir (ibid., par. 55), Kanada (ibid., par. 56), Kolombiya (ibid., par. 57), Mısır (ibid., par. 58), Birleşik Devletler (ibid., par. 71 ve 73-77), Finlandiya (ibid., par. 60), Irak (ibid., par. 64), İtalya (ibid., par. 65), Filipinler (ibid., par. 67), İsveç (ibid., par. 68-69), İsviçre (ibid., par. 70) ve Yugoslavya (ibid., par. 78-79), Endonezya'nın uygulaması (ibid., par. 63) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Hindistan (ibid., par. 62) ve Ürdün (ibid., par. 66).
- 8 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 7-8), Kamerun (ibid., par. 10), Kanada (ibid., par. 11-12), Ekvator (ibid., par. 14), Birleşik Devletler (ibid., par. 33-35), İsrail (ibid., par. 21), Kenya (ibid., par. 23), Nijerya (ibid., par. 27), Yeni Zelanda (ibid., par. 26) ve Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 13), aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Andorra (ibid., par. 36), Avustralya (ibid., par. 37-38), Kanada (ibid., par. 40), Kongo (ibid., par. 41), Ekvator (ibid., par. 42), Estonya (ibid., par. 43), Gürcistan (ibid., par. 44), Mali (ibid., par. 47) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 50), aşağıdaki devletlerin mevzuat taslakları: Burundi (ibid., par. 39) ve Trinidad Tobago (ibid., par. 51), aşağıdaki devletlerin beyanatları Cezayir (ibid., par. 55), Kanada (ibid., par. 56), Kolombiya (ibid., par. 57), Mısır (ibid., par. 58), Birleşik Devletler (ibid., par. 71 ve 73-77), Finlandiya (ibid., par. 60), Irak (ibid., par. 64), Filipinler (ibid., par. 67), ve Endonezya'nın uygulaması (ibid., par. 63), aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Hindistan (ibid., par. 62) ve Ürdün (ibid., par. 66).
- 9 Birleşik Devletler, *Field Manual* (ibid., par. 33), *Air Force Pamphlet* (ibid., par. 34) ve *Instructor's Guide* (ibid., par. 35).

çağını bildirmektedir.¹⁰ Böylece Birleşik Devletler'e göre açılan mermilerin kullanımı, kullanımın 'askeri gereklilikten' kaynaklandığı durumlarda hukuka uygun olacaktır.¹¹ Bununla beraber 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün görüşmeleri sırasında Birleşik Devletler açılan mermilerin kullanımının bir suç olduğu olgusuna itiraz etmemiştir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Türü ne olursa olsun tüm silahlı çatışmalarda açılan mermi kullanımı yasağı birçok askeri talimatnamede mevcuttur.¹² Açılan mermilerin kullanımı birçok devletin mevzuatının ihlalini teşkil etmektedir.¹³ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda 'dom-dom' mermilerinin kullanılması yasağının uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığına hükmetmiştir.¹⁴

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, çünkü uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanılan mühimmat aynıdır ve insan vücudunda kolayca açılan ya da düzleşen mermiler ne birinci ne de ikinci tür çatışmalarda kullanılmamaktadır. Bu kaçınma olgusunun tesadüfi olmadığı, aşırı acılara sebep olan silahların uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yasak olması (bkz. Kural 70) ve bahsi geçen mermilerin aşırı acılara sebep olduğu yönünde bir konsensüsün bulunmasından çıkarılmaktadır.¹⁵

Uluslararası olan ya da olmayan hiçbir silahlı çatışmada aksi yönde resmi bir uygulama tespit edilmemiştir. Birleşik Devletler'in istisna olma imkânı dışında hiçbir devlet açılan mermileri kullanma hakkına sahip olduğunu iddia etmemiştir. Bununla beraber birçok devlet kamu düzeni korumak amacıyla, silahlı çatışmalar

10 Birleşik Devletler, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, *Memorandum of Law on Sniper Use of Open-Tip Ammunition* (ibid., par. 74-75), *Legal Review of USSOCOM Special Operations Offensive Handgun* (ibid., par. 76) ve *Legal Review of the Fabrique Nationale 5.7x28mm Weapon System* (ibid., par. 77).

11 Birleşik Devletler, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, *Legal Review of USSOCOM Special Operations Offensive Handgun* (ibid., par. 76).

12 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 29), Almanya (ibid., par. 18-20), Avustralya (ibid., par. 7), Kanada (ibid., par. 12), Ekvator (ibid., par. 14), İspanya (ibid., par. 30) («mutlak yasak»), Fransa (ibid., par. 16-17) («tamamen yasak»), İtalya (ibid., par. 22) ve Kenya (ibid., par. 23).

13 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları Almanya (ibid., par. 45), Andorra (ibid., par. 36), Ekvator (ibid., par. 42), Estonya (ibid., par. 43) ve Yugoslavya (ibid., par. 53); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin: uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı İtalya (ibid., par. 46).

14 Kolombiy, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 54).

15 Bkz. örn. açılan mermilere ilişkin Lahey Bildirgesi (1899) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 3); aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., 80), Almanya (ibid., par. 57-59), Avustralya (ibid., par. 34) («çukur uçlu mühimmat»), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 91), Fransa (ibid., par. 55-56), Hollanda (ibid., par. 71-72), Rusya (ibid., par. 78) ve Yugoslavya (ibid., par. 94).

dışında, ve özellikle de kalabalığın olduğu meskûn bir mahalde silahlı bir kişiye müdahalede bulunmak zorunda kalındığı durumda polis kuvvetlerinin açılan mermi kullanabileceğine karar vermiştir. Böylece kullanılan mühimmat şüpheli şahsın vücudunu delip geçmeyecek ve başka bir kişinin yaralanmasını önleyecek; ve şüpheli bir kez vurulduğunda karşılık verme imkânı da anında engellenmiş olacaktır. İşaret edilmesi gereken bir husus da şudur ki silahlı çatışmalar haricinde polis tarafından kullanılan açılan mermiler bir tabancadan ateşlenmekte ve böylece normal tüfek mermisinden ya da tüfekten ateşlenen açılan ya da yassılaştıran mermilerden daha az enerji ihtiva etmektedir. Kolluk kuvvetleri genel olarak askeri tüfekler için yasak olan açılan ya da düzeleşen mermileri kullanmamaktadırlar.

Polis kullanımına yönelik olarak açılan mermilere başvurulması göstermektedir ki devletler işbu mermileri kamu düzenini korumaya yönelik bazı amaçlar için gerekli olarak addetmektedir. Bununla beraber işbu mermilerin silahlı çatışmalarda kullanımı kabul edilmemektedir.

Yorum

Mermilerin tasarımına yönelik olarak, belli bir sayıda askeri talimatname Lahey Bildirgesi'ne formülüne gönderme yapmakta ya da 'dom-dom' mermilerinin (yani yarı zırlı/kaplı ya da boşluklu) yasak olduğunu belirtmektedir.¹⁶ Bununla beraber talimatnamelerinin çoğu, merminin Lahey Bildirgesi'nde örnek olarak sayıldığı gibi boşluklu, yumuşak ya da çentikli olmasını belirlemekten ziyade özellikle merminin açılmasını ya da kolayca düzleşmesini belirtmektedir.¹⁷ Almanya'nın askeri talimatnamesi 'dom-dom' mermilerinin yol açtığına benzer büyük ölçekli yaralanmalara sebep olan başka mermi tiplerini de örnek olarak eklemiştir: insan vücuduna girdiğinde patlayan ya da deforme olan, ya da vücutta hızlı şekilde yalpa yapan ya da dokularda yaygın zarar meydana getiren ya da ölümcül nitelikte şok dalgalarına sebep olan mermiler.¹⁸ Birleşik Devletler Kara kuvvetleri departmanı tarafından 1990 yılında keskin nişancılar tarafından kullanılan açık uçlu ('*open-tip*') mühimmat üzerine hazırlanan bir hukuki muhtıra, bazı açık uçlu mermilerin hukuka aykırı olmadığı, zira merminin kolayca açılmadığı ya da düzleşmediği ve işbu mermilerin tasarlandığı kullanım şekil ve koşullarının özelliğinin uzun mesafelerden kesin atışlar yapılmasını mümkün kılan bu dizaynı gerektirdiği sonucuna varmıştır.¹⁹

16 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 25, par. 29), Almanya (ibid., par. 18), Avustralya (ibid., par. 7-8), Birleşik Devletler (ibid., par. 33 et 35), İsrail (ibid., par. 21), Yeni Zelanda (ibid., par. 26), Hollanda (ibid., par. 25), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 13) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 31-32).

17 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 19-20), Belçika (ibid., par. 9), Kamerun (ibid., par. 10), Kanada (ibid., par. 11-12), Ekvator (ibid., par. 14), İspanya (ibid., par. 30), Birleşik Devletler (ibid., par. 34), Fransa (ibid., par. 15-17), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Nijerya (ibid., par. 27), Hollanda (ibid., par. 24) ve Rusya (ibid., par. 28).

18 Almanya, askeri talimatname ibid., par. 19).

19 Birleşik Devletler, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, *Memorandum of Law on Sniper Use of Open-Tip Ammunition* (ibid., par. 75).

PATLAYICI MERMİLER

Kural 78. – İnsan vücudu içinde patlayan mermilerin anti-personel amaçlarla kullanımını yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 26.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Patlayıcı mermilerin yasaklanması kökenini, bir muharibi savaş dışı bırakmak için gerekenden daha fazla acıya sebep olunmasını engelleme amacını taşıyan 1868 tarihinde kabul edilen Saint-Petersburg Bildirgesi'nde bulmaktadır. Bu amaçla Bildirge açıkça 'ağırlığı 400 gramdan az olan patlayıcı ya da yanıcı ya da alev alan maddelerle yüklü mermilerin' kullanımını yasaklamıştır ki buradaki 400 gram ağırlık o dönemdeki en küçük top mermisinin ağırlığıdır.¹ 19 Devlet ki bu o dönemde var olan devletlerin çoğu demektir,² 1868 ya da 1869 yıllarında Bildirge'ye katılmışlardır. Saint-Petersburg Bildirgesi'nde kaleme alınan yasak Brüksel Bildiresi, Oxford Talimatnamesi ve Oxford Deniz Savaşı Talimatnamesi'nde yeniden ele alınmıştır.³ I. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Sorumluluklar Komisyonu raporu 'patlayıcı mermilerin kullanımını' uluslararası teamül hukuku açısından bir savaş suçu olarak değerlendirmiştir.⁴

1 Saint-Petersburg Bildirgesi (1868) (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 26, par. 1).

2 Avusturya-Macaristan, Bade, Bavyera, Belçika, Brezilya, Danimarka, Fransa, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Pers, Portekiz, Prusya ve Kuzey Almanya Konfederasyonu, Birleşik Krallık, Rusya, İsveç ve Norveç, İsviçre, Türkiye ve Wurtemberg. Estonya 1991 yılında katılmıştır.

3 Brüksel Bildirgesi (1874), md.13, al. e) (ibid., par. 2); Oxford Talimatnamesi (1880), md.9, al.a) (ibid., par. 3); Oxford Deniz Savaşları Talimatnamesi (1913), md.16, par. 2) (ibid., par. 4).

4 Sorumluluklar Komisyonu raporu (1919) (ibid., par. 5).

Saint-Petersburg Bildirgesi'nin kabulünden bu yana uygulama, I. Dünya Savaşı'nda uçak savar patlayıcıların ortaya çıkmasıyla bu yasağı değiştirmiştir.⁵ Bundan başka, o dönemden beri el bombaları kadar patlayıcı anti materyal mermiler de ortaya çıkmıştır. Bu yeni olgular hiçbir tepkiye yol açmamıştır. Birçok devlet askeri talimatnamelerinde ya da beyanatlarında bu mermilerin sadece anti-personel kullanımının yasak olduğunu kabul ettiklerini ya da işbu mermileri sadece insan vücuduna temas ettiklerinde patlayacak şekilde dizayn edilmişlerse yasaklı olarak değerlendireceklerini açıklamışlardır.⁶ Bununla beraber bazı askeri talimatnameler ve bazı kanun metinleri, aradan geçen zamanda uygulama ile yasak değişmiş de olsa, Saint-Petersburg Bildirgesi'nde yazıldığı haliyle yasağa atıfta bulunmaya devam etmektedirler.⁷

Bazı 12.7 mm çapındaki mermilerin insan dokusuna benzer bir maddede patladığını gösteren denemelerin neticesi ortaya çıkan kaygılardan ötürü Uluslararası Kızılhaç Komitesi 1999 yılında 12,7 mm'lik patlayıcı mermileri üreten ya da depolayan dört devletin (ki bu yüzden çıkarları özellikle etkilenen devletler olmaktadır) askeri, hukuki ve balistik konularda uzman bir uzman grubunu toplamıştır. Bu gruba bireysel olarak katılan hükümetlerin uzmanları, muharipleri insan vücuduna temas ettiğinde patlayabilecek nitelikteki mermilere hedef yapmanın Saint-Petersburg Bildirgesi'nin konu ve amacına aykırı olduğu hususunda fikir birliğine varmışlardır.⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Hangi tür silahlı çatışmada olursa olsun patlayıcı mermilerin kullanımının yasağı birçok askeri talimatnamede ve birçok devletin mevzuatında bulunmaktadır.⁹ Bu

5 Bu değişim, «İzli, yangın çıkaran ya da patlayıcı mühimmatın uçaklarca ya da bir uçağa karşı kullanımını yasak değildir. Bu hüküm 1868 Saint-Petersburg Bildirgesine taraf olan ya da olmayan devletlere de uygulanır.» şeklinde düzenlenen Hava savaşlarına ilişkin Lahey Kurallarının XVIII md.'ye yansımaktadır (ibid., par. 6),

6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 13), İtalya (ibid., par. 14) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 18-19), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Brezilya (ibid., par. 28)ve Birleşik Devletler (ibid., par. 35-36).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 8-9), Kanada (ibid., par. 11), İspanya (ibid., par. 17), Birleşik Devletler (ibid., par. 20), Yeni Zelanda (ibid., par. 15), aşağıdaki devletlerin mevzuatı: Andorra (ibid., par. 21), Avustralya (ibid., par. 22), Ekvator(ibid., par. 23)ve Yugoslavya (ibid., par. 26) ve aşağıdaki devletlerin beyanatları Brezilya (ibid., par. 28), Kolombiya (ibid., par. 29) ve Yugoslavya (ibid., par. 37); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması Endonezya (ibid., par. 30) ve Ürdün (ibid., par. 31).

8 Bkz. ICRC, BM Genel Kurulu'nun ilk komisyonundaki beyanat (ibid., par. 46) ve savaş zamanında bazı mühimmatların kullanımının yasaklanması hakkında 1868 Saint-Petersburg Bildirgesine uyulması, Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinigözden geçirmekle görevli 2. Konferansı'nın hazırlık komitesinin 3. oturumunda sunulan rapor (ibid., par. 47).

9 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 8), Almanya (ibid., par. 13), İspanya (ibid., par. 17) («tamamen yasak») ve İtalya (ibid., par. 14), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Andorra (ibid., par. 21), Ekvator(ibid., par. 23) ve Yugoslavya (ibid., par. 26); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da kapsayan mevzuatı: İtalya (ibid., par. 24).

yasak başka çeşit uygulamalar ile de desteklenmektedir.¹⁰ Bunların dışında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Birleşmiş Milletler kuvvetleri tarafından uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine çıkardığı genelgede –ki bu sadece uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı değildir– insan vücudunda patlayan mermilerin kullanımını yasaklamıştır.¹¹

Uygulama, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda anti-personel amaçlarla insan vücudu içinde patlayan mermilerin kullanımı hakkında hiçbir kanıt göstermemektedir. Özellikle devletler patlayan mermilerin anti-personel amaçlarla kullanımının aşırı acıya sebep olacağını belirtmişlerdir.¹² Aşırı acıya sebep olan savaş yöntemlerinin kullanımını yasaklayan kural uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da geçerlidir (bkz. Kural 70).

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde resmi bir uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir devlet kişilere karşı, insan vücudu içinde patlayan mermileri kullanma hakkına sahip olduğunu iddia etmemiştir. İnsan vücudu içinde patlayan mermilerin etkileri, yine yasaklı olan açılan mermilerin (bkz. Kural. 77) etkilerinde çok daha kötüdür.

10 Bkz. örn. Yugoslavya'nın beyanatı (ibid., par. 37) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulaması: Endonezya (ibid., 30) ve Ürdün (ibid., par. 31).

11 BM Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), md.6.2 (ibid., par. 7).

12 Bkz. örn. Saint-Petersburg Bildirgesi (1868) (ibid., par. 1) ve aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 58) ve Rusya (ibid., par. 78).

**ESAS OLARAK YERİ TESPİT EDİLEMİYEN
PARÇALARLA YARALAYAN SİLAHLAR**

Kural 79. – Esas etkisi, insan vücudundaki yerleri X ışınlarıyla tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahların kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 27.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol I'ı, esas etkisi yerleri X ışınlarıyla tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahların kullanımını yasaklamaktadır.¹ Bu protokol hiçbir tartışma olmaksızın kabul edilmiştir.

Bu yasak önemli bir miktar askeri talimatnamede yer almaktadır.² Yerleri X ışınlarıyla tespit edilemeyen parçalarla yaralayan silahların kullanımı bazı devletlerin mevzuatında savaş suçu olarak tanımlanmıştır.³ Bu yasak uygulama ve resmi beyan-

1 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin I. Protokolü (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 27, par. 1).

2 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 25), Almanya (ibid., par. 16-17), Arjantin (ibid., par. 8), Avustralya (ibid., par. 9-10), Belçika (ibid., par. 11), Kanada (ibid., par. 12), Ekvator (ibid., par. 13), İspanya (ibid., par. 26), Birleşik Devletler (ibid., par. 31-34), Fransa (ibid., par. 14-15), İsrail (ibid., par. 18), İtalya (ibid., par. 19), Kenya (ibid., par. 20), Nijerya (ibid., par. 23), Yeni Zelanda (ibid., par. 22), Hollanda (ibid., par. 21), Birleşik Krallık (ibid., par. 29-30), Rusya (ibid., par. 24), İsveç (ibid., par. 27 ve İsviçre (ibid., par. 28).

3 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Estonya (ibid., par. 35) ve Macaristan (ibid., par. 36).

lar ile de desteklenmektedir.⁴ Bu uygulamalar, yapıldıkları tarihte Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerinkileri de içermektedir.⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol I'nın kabulü esnasında sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanıyordu. Bununla beraber Sözleşmeyi imzalarlarken Birleşik Devletler, Fransa ve İsrail Protokolü uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulayacaklarını beyan etmişlerdir.⁶ 2001 yılında Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin ikinci gözden geçirme konferansı sırasında sözleşme, uygulama alanı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da teşmil edilecek şekilde değiştirilmiştir.⁷ Değişiklik, görüşmeler sırasında hiçbir tartışmaya sebep olmamıştır ve yürürlüğe girmiştir.⁸ Ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Birleşmiş Milletler kuvvetleri tarafından uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi üzerine çıkardığı sirkülerde ki bu sadece uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı değildir – esas etkisi yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahların kullanımını yasaklamıştır.⁹

Bu silahların kullanımının her türlü silahlı çatışmada yasak olduğu birçok askeri

-
- 4 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanlatları: Avustralya (ibid., par. 39-40), Avusturya (ibid., par. 38-39), Belarus (ibid., par. 39), Belçika (ibid., par. 39), Bulgaristan (ibid., par. 39), Kanada (ibid., par. 39), Kolombiya (ibid., par. 38), Küba (ibid., par. 39), Danimarka (ibid., par. 38-39), İspanya (ibid., par. 38-39), Birleşik Devletler (ibid., par. 38-39 ve 46), Finlandiya (ibid., par. 39), Fransa (ibid., par. 39), Yunanistan (ibid., par. 39), Macaristan (ibid., par. 39), Hindistan (ibid., par. 41), İrlanda (ibid., par. 39), İtalya (ibid., par. 39), Jamaika (ibid., par. 39), Fas (ibid., par. 39), Meksika (ibid., par. 38-39), Norveç (ibid., par. 38-39), Yeni Zelanda (ibid., par. 39), Panama (ibid., par. 39), Hollanda (ibid., par. 39 et 45), Filipinler (ibid., par. 39), Polonya (ibid., par. 39), Portekiz (ibid., par. 39), Demokratik Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 39), Federal Almanya Cumhuriyeti (ibid., par. 38-39), Romanya (ibid., par. 39), Birleşik Krallık (ibid., par. 39), Sudan (ibid., par. 39), İsveç (ibid., par. 38-39), İsviçre (ibid., par. 38-39), Suriye (ibid., par. 39), Togo (ibid., par. 39), Ukrayna (ibid., par. 39), SSCB (ibid., par. 39), Venezuela (ibid., par. 38-39), Yugoslavya (ibid., par. 38-39) Zaire (ibid., par. 39), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları Hindistan (ibid., par. 42), Endonezya (ibid., par. 43) ve Ürdün (ibid., par. 44).
- 5 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 8), Belçika (ibid., par. 11), İtalya (ibid., par. 19), Kenya (ibid., par. 20) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 22) ve Endonezya'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 43).
- 6 Fransa, Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin onaylarken ileri sürülen çekinceler (ibid., par. 3); İsrail, beyanlatlar ve Konvansiyonel silahlar sözleşmesine katıliren verdiği beyanat (ibid., par. 4); Birleşik Devletler, Konvansiyonel silahlar sözleşmesine katıliren verdiği beyanat (ibid., par. 5).
- 7 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi, değiştirildiği şekliyle md.1 (ibid., par. 6).
- 8 Değişiklik 18 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bugün itibarıyla 44 devlet değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin onaylamıştır.: Almanya, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Burkina Faso, Kanada, Çin, Hırvatistan, Danimarka, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, Macaristan, Hindistan, İtalya, Japonya, Letonya, Liberya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Meksika, Moldova, Norveç, Panama, Hollanda, Peru, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Vatikan, Sırbistan ve Karadağ, Sierra Leone, Slovakya, Sri Lanka, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Ukrayna.
- 9 BM Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), md.6.2 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 27, par. 7).

talimatnamede öngörülmüştür.¹⁰ Yerleri X ışınlarıyla tespit edilemeyen parçalarla yaralayan silahların kullanımı bazı devletlerin mevzuatında savaş suçu olarak tanımlanmıştır.¹¹ Bu kural uygulama ve resmi beyanlar ile de desteklenmektedir.¹²

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir. Bu tip silahları üretme kapasitesi çok uzun zamandan beri büyük oranda yaygınlaşmış olsa da esas etkisi yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahların mevcut değil gibi görünmektedir. Bu kaçınma olgusunun tesadüfi olmadığı, aşırı acılara sebep olan silahların uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yasak olması (bkz. Kural 70) ve bahsi geçen silahların aşırı acılara sebep olduğu yönünde herkesin anlaşmış bulunmasından çıkarılmaktadır.¹³

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde resmi bir uygulama tespit edilmemiştir. Hiçbir devlet, türü ne olursa olsun hiçbir silahlı çatışmada, esas etkileri yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahları kullanma hakkına sahip olduğunu beyan etmemiştir.

Yorum

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'ne Ek I.Protokol'ün kabul edilmesinin ardındaki gerekçe, yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralayan silahların sebep olunan yaralanmaların tedavisi çok zorlaştırması ve bu zorlukla gelen ek acıların hiçbir askeri gereklilik ihtiva etmediği; dolayısıyla aşırı acıya sebep olmalarıdır. Bu görüş Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol I'in kabul edilmesinden önce kaleme alınan Birleşik Krallık askeri talimatnamesinde açıklamayla da desteklenmektedir. Buna göre aşırı acı verme yasağı, cam parçaları ile doldurulmuş mermilerin kullanımı da kapsamaktadır.¹⁴ İşte bu nedenledir ki Protokol I, yasaklı silahların, 'esas etkisi' yeri tespit edilemeyen parçalarla yaralamak olan silahlar olduğunu özellikle belirtmiştir. Sonuç olarak, örneğin tasarımları gereği plastik içeren silahlar, eğer plastik yaralanmalara sebep olan esas mekanizmanın parçası değilse hukuku aykırı değildir.¹⁵

10 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 25), Almanya (ibid., par. 16-17), Avustralya (ibid., par. 9), Ekvator (ibid., par. 13), İspanya (ibid., par. 26) («mutlak yasak»), Fransa (ibid., par. 14-15) («tamamen yasak»), İtalya (ibid., par. 19) ve Kenya (ibid., par. 20).

11 Bkz., örn. Estonya'nın mevzuatı (ibid., par. 35); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Macaristan (ibid., par. 36).

12 Bkz. örn. Hindistan'ın beyanatı (ibid., par. 41) ve aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Hindistan (ibid., par. 42), Endonezya (ibid., par. 43) ve Ürdün (ibid., par. 44).

13 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 80), Almanya (ibid., par. 59), Avustralya (ibid., par. 34), Ekvator (ibid., par. 52), Birleşik Devletler (ibid., par. 87, 89, 91 ve 93), Fransa (ibid., par. 55-56), Yeni Zelanda (ibid., par. 73), Hollanda (ibid., par. 71-72) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85).

14 Birleşik Krallık, *Military Manual* (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 27, par. 29); aynı zamanda Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Birleşik Devletler (ibid., par. 31-33) ve Nijerya (ibid., par. 23).

15 Bkz. örn. Birleşik Devletler, *Legal Review of Maverick Alternate Warhead* (ibid., par. 46).

TUZAKLAR

Kural 80. – Uluslararası insancıl hukukun özel bir koruma atfettiği kişi ya da mallara ya da sivilleri kendine çekebilecek mallara herhangi bir şekilde eklenen ya da onlarla bir araya getirilen tuzakların kullanımı yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 28.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Antlaşmalar kadar devletlerin uygulamaları da tuzakların, doğaları ya da kullanım şekilleri itibariyle, korunan bir kişiye ya da başka bir uluslararası insancıl hukuk kuralı ile korunan bir mala atfedilen hukuki korumayı ihlal etmeleri halinde yasaklı oldukları ilkesini desteklemektedir. Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin ve değiştirildiği şekliyle işbu Protokol II'nin içerdiği yasaklı tuzaklar listesinin arkasında yer alan mantık da budur.¹

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin ve değiştirildiği şekliyle işbu Protokol II'nin içerdiği yasaklı tuzaklar listesi, bu antlaşmalara taraf olan bazı devletlerin mevzuatında ve askeri talimatnamelerinde mevcuttur.² Diğer askeri talimatnameler daha genel bir tanım vermekte ve günlük sivil hayatta kullanılan mallara eklenmiş tuzakların yasak olduğunun ve tuzakların, korunan kişiler, korunan mallar (tıbbi malzeme, mezarlar ve kültürel ya da dini mallar gibi) ya da uluslararası

1 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.6, par. 1 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 28, par. 5); Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.7, par. 1 (ibid., par. 5).

2 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimatnameleri: Almanya (ibid., par. 42), Avustralya (ibid., par. 30-31), Kanada (ibid., par. 36), Fransa (ibid., par. 41), İsrail (ibid., par. 44), Kenya (ibid., par. 45), Yeni Zelanda (ibid., par. 47) ve Hollanda (ibid., par. 46), aynı zamanda Kore Cumhuriyeti'nin mevzuatı (ibid., par. 61).

alandan tanınan koruyucu işaret ve amblemlerle birlikte kullanılmaması gerektiğinin altını çizmiştir.³ Birçok talimatname tuzakların çocuk oyuncuğu gibi, sivilleri çekebilecek bazı mallarla ilişkili olarak kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir.⁴ Bu yasaklar, Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sine ya da değiştirildiği şekliyle işbu Protokol II'ye taraf olmayan devletlerin askeri talimatnameleri ve beyanlarında bulunmaktadır.⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası bir silahlı çatışma esnasında bazı tipteki tuzakların kullanımı ya da bazı durumlarda tuzak kullanımı yasağının gerisindeki varsayım aynı şekilde uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerlidir. Ayrıca, değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin uygulama alanının uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da teşmil edilmesi hakkındaki tartışmalar esnasında Protokol'ün tuzaklara ilişkin hükümlerinin bu tip silahlı çatışmalara uygulanması asla tartışma konusu olmamıştır. Bu tartışmaların bir antlaşma metni üzerindeki görüşmeler esnasında vuku bulmasına rağmen, tartışmalar göstermektedir ki devletler, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası insancıl hukuk kuralları tarafından korunan kişi ve malların, işbu kuralları ihlal edebilecek etkileri olan tuzaklara karşı da korunmakta olmasını akla yatkın kabul etmektedirler.

Ayrıca tuzaklara ilişkin düzenleme, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilen askeri talimatname ve ulusal mevzuatlarda da mevcuttur.⁶ Kolombiya Anayasa Mahkemesi bazı tuzakların uluslararası olmayan silahlı çatışmalara yasak olmasının uluslararası teamül hukukundan kaynakladığına hükmetmiştir.⁷

Diğer tuzakların kullanımı

İşbu kuralla yasaklanmamış şekilde kullanılan tuzaklar, muhasamatın yürütülmesini düzenleyen genel kurallara, özellikle ayırım gözetme ilkesi (bkz. Kural 1 ve 7) ve orantılılık ilkesine (bkz. Kural 14) tabi olmaya devam etmektedir. Ayrıca, arızı nitelikte sivil halkta can kayıplarını, sivil kişilerin yaralanmasını ve sivil nitelikli mallara gelecek zararı engellemek ve her halde en aza indirmek amacıyla uygulanabilirliği mümkün olan tüm tedbirlerin alınmasını emreden kurala (bkz. Kural 15) da uyulmalıdır.

3 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Kamerun (ibid., par. 34), Ekvator (ibid., par. 38), Birleşik Devletler (ibid., par. 56 ve 58) ve İsviçre (ibid., par. 52 -54).

4 Bkz., aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 43), Belçika (ibid., par. 32) ve Fransa (ibid., par. 39).

5 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 29), Belçika (ibid., par. 32), Kamerun (ibid., par. 34), Birleşik Devletler (ibid., par. 56 -58) ve Kenya (ibid., par. 45), aynı zamanda Mısır'ın beyanatu (ibid., par. 66).

6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 49), Almanya (ibid., par. 42-43), Avustralya (ibid., par. 30), Kanada (ibid., par. 37), Ekvator (ibid., par. 38) ve Kenya (ibid., par. 45), aynı zamanda Estonya'nın mevzuatı (ibid., par. 59); Ayrıca Bkz. aşağıdaki devletlerin uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayan mevzuatı: Macaristan (ibid., par. 60).

7 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 62).

KARA MAYINLARI

Kural 81. – Kara mayınları kullanıldığında, ayırım gözetmeyen etkileri en aza indirmek amacıyla özel önlemler alınmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 29, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural araçlara karşı kullanılan mayınlara uygulanır. İşbu kural aynı zamanda anti-personel mayınlar için; bunların kullanımına için henüz tam bir yasak kabul etmemiş devletlere de uygulanır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin orijinal halinde olduğu kadar değiştirilmiş halinde de mevcut bulunan çok sayıda kural kadar devletlerin başkâtipteki uygulamaları mayınların ayırım gözetmeyen etkilerini giderme amacı taşımaktadır.¹ Bu antlaşmaların bazı mayın tiplerinin yasaklanmasının yanında başka sınırlamalar da getiren hükümleri, bu silahlarca neden olunan ve potansiyel olarak ayırım gözetmeyen zararların sınırlandırılmasını özellikle hedeflemektedir. Ayrıca uygulama göstermektedir ki, muhasamatin yürütülmesine uygulanan, ayırım gözetme ilkesi (bkz. Kural 1 ve 7) orantılılık ilkesi (bkz. Kural 14) ve saldırıda uygulanması mümkün tüm tedbirlerin alınması yükümlülüğü (bkz. Kural 15) gibi teamül kuralları aynı zamanda kara mayınlarına uygulanmaktadır.

1 Özellikle, değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolünde (1996) belirtilen bazı tip mayınlara ilişkin yasaklar (1996), md.3, par. 5 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 29, par. 2), md.3, par. 6 (ibid., par. 3), md.4 (ibid., par. 4), md.6, par. 2 (ibid., par. 5) ve md.6, par. 3 (ibid., par. 6), ve Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolünde belirtilen ilave sınırlamalar (1980), md.4-5 (ibid., par. 194) ve değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolünde belirtilen ilave sınırlamalar (1996), md.5-6 (ibid., par. 203).

Kara mayınlarının kullanımı sırasında özel tedbirler alma yükümlülüğü Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinde kodifiye edilen belli sayıda kurala dayanmaktadır. Bu Protokol her kara mayınının döşenmesine ilişkin genel kuralları belirtmektedir.² Aynı zamanda uzaktan yerleştirilen mayınlar ve meskûn mahalde uzaktan yerleştirilen mayınlar dışındaki mayınlar için özel sınırlamalar getirmektedir.³ Protokol ayrıca bu silahların etkisinden sivilleri korumak için mümkün olan tüm tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.⁴ Protokol mayın tarlalarının işaretlenmesi, uyarıların asılması, mayın tarlalarının kayıt altına alınıp takip edilmesinin yanında Birleşmiş Milletler görev ve kuvvetlerinin korunması için usuller gibi özel tedbirlerden de bahsetmektedir.⁵ Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'si konsensüs ile kabul edilmiş olup o tarihte hiçbir tartışmaya sebep olmamıştır.

Kayda değer sayıda askeri talimatname, kara mayınlarının kullanımı esnasında alınması gereken özel tedbirleri tanımlamıştır.⁶ Diğer yandan, bazı bilgilere göre Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sindeki hükümler, anti-personel kara mayınlarına ilişkin Ottawa sözleşmesi gibi diğer başka sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerce açıkça yasaklanmayan kara mayınlarının kullanımı konusunda geçerli olan asgari kurallar olarak telakki edilmektedir.⁷ Bu sebeple bu tedbirler bütün olarak devletler tarafından mayınların ayırım gözetmeyen etkilerini en aza indirmek için gerekli olduğuna hükmolunan tedbir türlerinin göstergesini teşkil etmektedir.

Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'si kara mayınlarının kullanımı sırasında alınması gereken tedbirleri tekrar açıklamakta ve geliştirmektedir.⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin orijinal versiyonu sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanıyordu; ve iç çatışmalardaki gerçek uygula-

2 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.7 (ibid., par. 341).

3 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.4 ve 5 (ibid., par. 194).

4 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.3, par. 4 (ibid., par. 192).

5 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.4, par. 2 (ibid., par. 194), md. 7 (ibid., par. 341) ve md.8 (ibid., par. 342).

6 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 229), Arjantin (ibid., par. 221), Avustralya (ibid., par. 222-223), Belçika (ibid., par. 224), Kamerun (ibid., par. 225), Kanada (ibid., par. 226), İspanya (ibid., par. 234), Birleşik Devletler (ibid., par. 236-238), Fransa (ibid., par. 227-228), İsrail (ibid., par. 230), Kenya (ibid., par. 231), Yeni Zelanda (ibid., par. 233), Hollanda (ibid., par. 232) ve İsveç (ibid., par. 235).

7 Bkz. örn. Kanada'nın beyanatu (ibid., par. 245)ve BM Genel Kurulu, karar 49/75 D (ibid., par. 283) ve karar 50/70 O (ibid., par. 283).

8 Bkz. örn. değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.3, par. 10 (ibid., par. 192), md.3, par. 11 (ibid., par. 202), md.5-6 (ibid., par. 203), md.9 (ibid., par. 350), md.10 (ibid., par. 351) ve md.12 (ibid., par. 352).

malar sıklıkla bu kurallara uygun değildi. Bununla beraber Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nce, Genel Kurulca ve bireysel olarak devletlerce kara mayınlarının uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda siviller üzerindeki etkileri hakkında dile getirilen kaygılar, uluslararası toplumun bu tip durumlarda sivillerin mayınlara karşı korunması gerektiğini düşündüğünün bir işaretini teşkil etmektedir.⁹ Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin uygulama alanının uluslararası olmayan silahlı çatışmalara teşmil edilmesi bu durumun bir kanıtıdır.¹⁰ O zamandan beri Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin kendisi de değiştirilmiştir. Böylece orijinal Protokol II, değiştirildiği şekliyle Sözleşmeye katılan devletler için uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanır hale gelmiştir.¹¹ 2001 yılındaki ikinci gözden geçirme konferansı sırasında kabul edilen değişiklik bir tartışma yaratmamıştır. Dolayısıyla ayırım gözetmeksizin yapılan bir saldırıya eş değer olacak şekilde mayınların kullanılmaması gerektiğini ve mayınların ayırım gözetmeyen etkilerinin azaltılmasına yönelik özel tedbirlerin alınması gerektiğini belirten uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda geçerli bir teamül hukuku kuralının varlığı yönünde kuvvetli deliller mevcuttur.

Anti-personel kara mayınları

Ottawa Sözleşmesi 140'dan fazla devlet tarafından onaylanmış olup onaylama süreci hâlâ sürmektedir. Böylece devletlerin çoğu bir daha anti-personel mayını kullanmama, üretmeme, stoklamama ve de devretmeme yönünde ahdi bir yükümlülük altına girmişlerdir. Bununla beraber aralarında Çin, Birleşik Devletler, Finlandiya, Hindistan, Pakistan, Kore Cumhuriyeti ve Rusya'nın olduğu birçok devlet Ottawa Sözleşmesini onaylamamış ve anti-personel mayını kullanma haklarını saklı tuttuklarını ileri sürmektedirler.¹² Taraf olmayan yaklaşık bir düzine devlet yakın tarihli çatışmalarda anti-personel mayını kullanmıştır.¹³ Bu uygulama göstermektedir ki, güncel durumda, uluslararası teamül hukukunda anti-personel mayınların kullanımının yasaklandığını söylemek imkânsızdır.

9 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 965 (ibid., par. 277), karar 1005 (ibid., par. 278), karar 1076 (ibid., par. 279), karar 1089 (ibid., par. 280) ve karar 1096 (ibid., par. 281); BM Genel Kurulu, karar 49/198 (ibid., par. 285), karar 49/199 (ibid., par. 284), karar 50/178 (ibid., par. 284), karar 50/197 (ibid., par. 285), karar 51/98 (ibid., par. 284), karar 51/112 (ibid., par. 285) ve karar 55/116 (ibid., par. 289) ve aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 242), Kanada (ibid., par. 244-245) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 272).

10 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.1, par.2 (ibid., par. 200).

11 Konvansiyonel silahlar sözleşmesi, değiştirilmiş md.1 (ibid., par. 218).

12 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Çin (ibid., par. 54), Birleşik Devletler (ibid., par. 101), Finlandiya (ibid., par. 62), Hindistan (ibid., par. 66),Pakistan (ibid., par. 83-84 et 262), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 72) ve Rusya (ibid., par. 88).

13 Bkz. aşağıda belirtilen uygulama: Kara mayınlarının yasaklanması için uluslararası kampanya, *Landmine Monitor Report 1999* (ibid., par. 187) ve *Landmine Monitor Report 2000* (ibid., par. 188 et 190).

Bununla beraber, Ottawa Sözleşmesi'ne taraf olmayan ve anti-personel mayınların hemen yasaklanmasına pek de sıcak yaklaşmayan devletlerin aralarında bulunduğu hemen hemen bütün devletler belli bir vadede mayınların ortadan kaldırılması yolunda çalışılması gerektiğini kabul etmişlerdir. 2001 yılındaki Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin ikinci gözden geçirme konferansında, taraf devletlerce konsensüsle kabul edilen final bildirgesinden özellikle bahsetmek yerinde olur; ki aralarında belli bir sayıda Ottawa Sözleşmesi'ne taraf olmayan devlet de mevcuttu.¹⁴ Bildirgede taraf devletler 'büyük bir ciddiyetle beyan etmektedirler ki (...) bütün devletler, tüm dünyada anti-personel mayınların ortadan kaldırılmasına yönelik nihai amaca yaklaşmak için ellerinden tüm geleni yapmalıdırlar.'¹⁵ Ayrıca belli bir sayıda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı, devletleri ısrarla anti-personel mayınların ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmaya çağırmıştır.¹⁶ Bu kararlar birkaç çekimser oyla alınmış olmasına rağmen o zamandan beri çekimser kalan devletlerin çoğu özellikle 1995 yılında Etiyopya ve 2002 yılında Türkiye (ki bu son devlet artık Ottawa Sözleşmesini de onaylamıştır), ikinci gözden geçirme konferansında kabul edilen bildirgeye katılmış ya da belli bir vadede anti-personel mayınların ortadan kaldırılması amacını tanıyan beyanatlarda bulunmuştur.¹⁷ 1995 ve 1996 yıllarında İslam Konferansı Örgütü'nün dışişleri bakanları İslam konferansının, aynı şekilde 1995 yılında Kızılhaç ve Kızılay'ın XXVI. Uluslararası Konferansının aldığı kararlarda, anti-personel mayınların belli bir vadede ortadan kaldırılması fikri desteklenmiştir.¹⁸ Belirtilmesi özellikle gereken husus, Ottawa Sözleşmesine taraf devletlerin 1999 yılında Maputo'daki ilk toplantılarında, anti-personel mayınları hala kullanan ya da hala bulunduran devletlere 'bu duruma bir son vermeleri' yönünde çağrı içeren bir karar kabul etmeleridir.¹⁹ Taraf olmayan devletlere yönelik böyle bir beyan, her devletin anti-personel mayınların ortadan kaldırılması için çalışması gerektiği şeklinde bir inancı açıkça ortaya koymaktadır. Yukarıda sayılan bütün uygulama örnekleri anti-personel mayınlarının ortadan kaldırılması yönünde bir yükümlülüğün ortaya çıktığına işaret etmektedir.

14 Ottawa Konvansiyonuna taraf olmayıp bu bildirgenin kabulüne katılan devletler: Belarus, Çin, Küba, Estonya, Birleşik Devletler, Finlandiya, Yunanistan, Hindistan, İsrail, la Letonya, Litvanya, Moğolistan, Pakistan, Polonya, Kore Cumhuriyeti, Rusya, Ukrayna ve Yugoslavya'dır.

15 Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin gözden geçirmekle görevli 2. Konferansı, sonuç bildirgesi (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 29, par. 163).

16 Bkz. örn. BM Genel Kurulu, karar 49/75 D (ibid., par. 108), karar 49/199 (ibid., par. 109), karar 50/70 O (ibid., par. 108), karar 50/178 (ibid., par. 109), karar 51/45 S (ibid., par. 110), karar 51/98 (ibid., par. 109) ve karar 52/38 H (ibid., par. 112).

17 Etiyopya'nın BM Genel Kurulu'nun ilk komisyonundaki beyanatu (ibid., par. 61) ve Türkiye, Dışişleri bakanlığının basın bildirisini (ibid., par. 96).

18 İKÖ, Dışişleri bakanları İslam Konferansı, karar 36/23-P ve 27/24-P (ibid., par. 152); XXVI. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar 2 (ibid., par. 156).

19 Ottawa Konvansiyonuna üye devletlerin ilk Kurulu, bildirge (ibid., par. 160).

Kural 82. – Kara mayınları kullanan silahlı çatışmanın bir tarafı, mümkün olduğu oranda, mayınların döşendiği yerleri kayıt altına almalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 29, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural araçlara karşı kullanılan mayınların kullanımına uygulanır. Aynı zamanda anti-personel mayınların kullanımı hakkında henüz tam bir yasak kabul etmemiş devletler için bu tip mayınlara da uygulanır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin orijinal versiyonu, önceden planlanmış mayın tarlalarının yerlerinin kayıt altına alınması ve diğer mayın tarlaları için de imkân olduğu ölçüde ayısının yapılması hususunda bir hüküm içermektedir.²⁰ Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'si, bütün mayın tarlaları ve mayınlı alanlarla ilgili tüm bilgilerin kayıt altına alınması zorunluluğunu belirtmiştir.²¹

Çok sayıda askeri talimatname Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin orijinal versiyonunun ihtiva ettiği yükümlülüklerden ya da daha genel bir şekilde tüm mayın tarlalarını yerlerinin kayıt altına alınması gereğinden bahsetmektedir.²² Bu talimatnamelerin bazıları ait olduğu devletin taraf olduğu Protokol'ün kurallarını aynen tekrarlamaktadır.²³ Bununla beraber Almanya, Kanada, Birleşik Devletler, Fransa, İsrail ve İsviçre'nin talimatnameleri bütün mayın tarlalarının kayıt altına alınmasını gerektiğini belirtmektedir (İsviçre örneğinde 'büyük ölçekteki

20 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.7 (ibid., par. 341).

21 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.9 (ibid., par. 350).

22 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 368), Arjantin (ibid., par. 360), Avustralya (ibid., par. 361-362), Belçika (ibid., par. 363), Kamerun (ibid., par. 364), Kanada (ibid., par. 365), İspanya (ibid., par. 373), Birleşik Devletler (ibid., par. 377-378), Fransa (ibid., par. 366-367), İsrail (ibid., par. 369), Kenya (ibid., par. 370), Yeni Zelanda (ibid., par. 372), Hollanda (ibid., par. 371), İsveç (ibid., par. 374) ve İsviçre (ibid., par. 375).

23 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 360), Kamerun (ibid., par. 364), İspanya (ibid., par. 373), Yeni Zelanda (ibid., par. 372), Hollanda (ibid., par. 371) ve İsveç (ibid., par. 374).

mayın tarlaları’), ve sonuç olarak önceden planlanmış mayın tarlaları ile kendilerini kısıtlamamaktadırlar.²⁴ Bu talimatnameler yayınlandığı zaman, ya değiştirildiği şekliyle Protokol II henüz kabul edilmemişti söz konusu devletler henüz taraf değildi.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1994, 1995 ve 1998 yıllarında konsensüs ile kabul ettiği birçok karar mayın tarlalarının kayıt altına alınmasının önemini vurgulamıştır.²⁵ 1994 yılında kabul edilen kararda ‘uygun olduğu halde’ mayın döşenen yerlerin kaydının tutulmasının önemli olduğunu belirtilirken 1995 ve 1998 tarihli kararlarda cümlenin bu parçasının mevut bulunmaması ilgi çekicidir. Son kararın formülü, kara mayınlarının yıkıcı etkileri konusunda devletlerin gittikçe artan kaygılarını olduğu kadar bunların kullanımına ilişkin daha katı kurallar kabul edilmesinin gerekliliği üzerindeki konsensüsü de yansıtmaktadır.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi’nin Protokol II’sinin orijinal versiyonu sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanıyordu. Değiştirildiği şekliye Protokol II’de mevcut bulunan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan²⁶ kayda ilişkin daha eksiksiz yükümlülüklerin uluslararası teamül hukukundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorunu belirsizdir. Birçok olayda, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarının (özellikle de devlet dışı taraflar) mayınların yerlerini kaydetmemiş olmalarına rağmen en son olaylar uluslararası toplumun, her koşulda, eğer bu yönde en ufak bir imkân hâsılsa, kara mayınlarının kullanımının kayıt altına alınması konusunda fikir birliği içinde olduğunu göstermektedir. Özellikle Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun kararları kasten kara mayınları hakkında uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalar arasında bir ayırım yapmamaktadır.²⁷

24 Almanya, *Military Manual* (ibid., par. 368); Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (SÇH Manual) (ibid., par. 365); Birleşik Devletler, *Air Force Commander’s Handbook* (ibid., par. 377) ve *Naval Handbook* (ibid., par. 378); Fransa, *Fiche didactique relative au droit des conflits armés* (SÇH Teaching Note) (ibid., par. 366) ve *Manuel de droit des conflits armés* (SÇH Manual) (ibid., par. 367); İsrail, *Manual on the Laws of War* (ibid., par. 369); İsviçre, *Lois et coutumes de la guerre (Extrait et commentaire)* (*Basic Military Manual*) (ibid., par. 375).

25 BM Genel Kurulu, karar 49/215 et 50/82 (ibid., par. 405), ve karar 53/26 (ibid., par. 408).

26 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.1, par. 2 (ibid., par. 347) ve md.9 (ibid., par. 350).

27 Özellikle mayın tarlalarının kayıt altına alınması hakkında Bkz. BM Genel Kurulu, karar 49/215 ve 50/82 (ibid., par. 405) ve karar 53/26 (ibid., par. 408). Genel olarak kara mayınlarıyla ilgili sorunlar hakkında bkz., BM Genel Kurulu, karar 48/75 K (ibid., par. 403), karar 49/79 (ibid., par. 404), karar 49/199 (ibid., par. 406), karar 49/215 (ibid., par. 405), karar 50/82 (ibid., par. 405), karar 50/178 (ibid., par. 406), karar 51/49 (ibid., par. 407), karar 51/98 (ibid., par. 406), karar 53/26 (ibid., par. 408) ve karar 53/164 (ibid., par. 409).

Kural 83. - Muhasamatın fiilen kesilmesinden sonra çatışmanın kara mayınlarını kullanan tarafı, mayınların sivillere zarar vermemesi için bunları kaldırmalı ya da başka bir şekilde etkisiz hale getirmeli ya da kaldırılmalarını kolaylaştırmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 29, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural araçlara karşı kullanılan mayınların kullanımına uygulanır. Aynı zamanda anti-personel mayınların kullanımı hakkında henüz tam bir yasak kabul etmemiş devletler için bu tip mayınlara da uygulanır; şurası açıktır ki Ottawa Sözleşmesi mayınlı alanlardaki anti-personel mayınlarının imhasına yönelik özel hükümler ihtiva etmektedir.²⁸

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

1990'lı yıllara kadar, mayını döşeyenlerin bunları kaldırması yönünde bir gerekliliğin varlığını gösteren hiçbir uygulama yoktu. Genel olarak mayınlar konusunda alınacak tedbirlere, topraklarında mayınların bulunduğu devletin karar vereceği kabul ediliyordu. Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol II'sinin orijinal versiyonu kendini mayın tarlalarının temizlenmesi ya da etkisiz hale getirilmesini cesaretlendirmekle sınırlamıştı.²⁹ Bununla beraber uluslararası toplumun bu durum karşısındaki tutumu değişmiştir. Değiştirildiği şekliyle Protokol II'nin 3. maddesinin 2. Paragrafında mevcut bulunan mayını döşeyen devletin mayından sorumlu olduğu ilkesi bu tutum değişikliğini yansıtmaktadır.³⁰ Değiştirildiği şekliyle Protokol II, muhasamatın sonunda mayınların kaldırılması ya da etkisiz hale getirilmesi üzerine detaylı kurallar ihtiva etmektedir.³¹

Toprak altında ya da üstünde kalan mayınların siviller için teşkil ettiği tehditten üzüntü duyan ve onların kaldırılması gerekliliğini belirten Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nce olduğu kadar Genel Kurulu'nca da kabul edilen çok sayıda karar vardır.³² Bu kararlar kasten sadece uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı

28 Ottawa Konvansiyonu (1997), md.5.

29 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1980), md.9 (ibid., par. 346).

30 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.3, par.2 (ibid., par. 348).

31 Değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin II. Protokolü (1996), md.10 (ibid., par. 351).

32 Bkz. örn. BM Güvenlik Konseyi, karar 1005 (ibid., par. 399), karar 1055 (ibid., par. 401), karar

değildir, zira döşendiği yerde bırakılan mayınlarla ilgili en kötü sorunlar sıklıkla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara bağlıdır. Bu kararların çoğunluğu Angola, Ruanda, Kamboçya ve Kosova'daki çatışmaları kapsayan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda döşenen mayınların kaldırılması gerekliliğinden bahsetmektedir.³³

Bu uygulama göstermektedir ki artık bir çatışmanın taraflarının koydukları mayınları başka hiçbir işlem yapmadan bırakmasına izin verilmemektedir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin mayın temizleme faaliyetlerine yardıma ilişkin raporu bu yaklaşımı savunmaktadır.³⁴ Bununla beraber mayınların kaldırılması ya da başka bir şekilde etkisiz hale getirilmesine uygulanacak somut yöntem göreceli olarak genel kelimelerle kaleme alınmıştır. Askeri talimatnameler ve Birleşmiş Milletler'in çeşitli kararları mayınların onları döşeyenler tarafından temizlenmesini ya da aralarında uluslararası örgütlerin de bulunduğu üçüncü kişilerin mayın temizleme faaliyetlerine, bilgi ya da diğer uygun kaynakların verilmesi suretiyle yardım edilmesi gereğini belirtmektedir.³⁵

1062 (ibid., par. 400), karar 1064 (ibid., par. 401), karar 1074 (ibid., par. 401), karar 1087 (ibid., par. 401), karar 1093 (ibid., par. 402) ve karar 1119 (ibid., par. 402); BM Genel Kurulu, karar 48/75 K (ibid., par. 403), karar 49/79 (ibid., par. 404), karar 49/199 (ibid., par. 406), karar 49/215 (ibid., par. 405), karar 50/82 (ibid., par. 405), karar 50/178 (ibid., par. 406), karar 51/49 (ibid., par. 407), karar 51/98 (ibid., par. 406), karar 53/26 (ibid., par. 408) ve karar 53/164 (ibid., par. 409).

33 BM Güvenlik Konseyi, karar 1005 (ibid., par. 399), karar 1055 (ibid., par. 401), karar 1064 (ibid., par. 401), karar 1075 (ibid., par. 401), karar 1087 (ibid., par. 401); BM Genel Kurulu, karar 49/199 (ibid., par. 406), karar 50/178 (ibid., par. 406), karar 51/98 (ibid., par. 406) ve karar 53/164 (ibid., par. 409).

34 BM Genel Sekreteri, mayın temizlemeye yardım üzerine rapor (ibid., par. 411).

35 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 368), Kanada (ibid., par. 365), Birleşik Devletler (ibid., par. 378), Fransa (ibid., par. 366-367) ve İsviçre (ibid., par. 375); BM Güvenlik Konseyi, karar 1005 (ibid., par. 399), karar 1055 (ibid., par. 401), karar 1062 (ibid., par. 400), karar 1064 (ibid., par. 401), karar 1075 (ibid., par. 401), karar 1087 (ibid., par. 401), karar 1093 (ibid., par. 402) ve karar 1119 (ibid., par. 402); BM Genel Kurulu, karar 49/79 (ibid., par. 404), karar 49/199 (ibid., par. 406), karar 49/215 (ibid., par. 405), karar 50/82 (ibid., par. 405), karar 50/178 (ibid., par. 406), karar 51/49 (ibid., par. 407), karar 51/98 (ibid., par. 406), karar 53/26 (ibid., par. 408) ve karar 53/164 (ibid., par. 409); BM İnsan Hakları Komisyonu, karar 1996/54 (ibid., par. 410).

YANGIN ÇIKARICI SİLAHLAR

Kural 84. – Eğer yangın çıkarıcı silahlar kullanılıyorsa, arızı olarak neden olunabilecek sivil halkta can kayıplarını, sivillerin yaralanmasını, sivil nitelikteki mallarda zararı engellemek ve her halükarda en aza indirmek amacıyla özel tedbirler alınmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 30, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

1970’li yıllarda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda olduğu kadar diplomatik konferanslarda yapılan ve Ek Protokoller ve Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi’nin kabulüyle sonuçlanan tartışmalar yangın çıkarıcı silahların kullanımının hassas bir mesele teşkil ettiğini göstermektedir. Tartışma bu silahların özellikle Vietnam savaşı sırasında sebep olduğu etkiler nedeniyle orta çıkmış ve çok büyük sayıda devlet onların kullanımının yasaklanması savunmuştur.¹ Bu fikri benimsemeyen devletlerin çoğunluğu ise sivillerin korunması için ağır kısıtlamalar getirilmesi çağrısında bulunmuşlardır.²

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi’nin Protokol III’te konsensüsle kabul edilen ahdi hükümler, sadece her silahın kullanımına uygulanan ayırım gözetme ilkesini

1 Bkz. örn. beyanatlar (cilt 2’de aktarılmıştır, alt bölüm 30, par. 9-73).

2 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 141 ve 143-144), Avusturya (ibid., par. 146), Danimarka (ibid., par. 148-149), Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Devletler (ibid., par. 165-166), Gana (ibid., par. 146), Endonezya (ibid., par. 154), Jamaika (ibid., par. 146), Japonya (ibid., par. 155-156), Meksika (ibid., par. 146), Norveç (ibid., par. 149 et 160), Yeni Zelanda (ibid., par. 159), Hollanda (ibid., par. 142 -144 ve 158), Romanya (ibid., par. 146), Birleşik Krallık (ibid., par. 164), İsveç (ibid., par. 146), Suriye (ibid., par. 162), SSCB (ibid., par. 163), Venezuela (ibid., par. 146) ve Yugoslavya (ibid., par. 146); aynı zamanda Bkz. Birleşik Devletler’in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 167).

tekrar ederek değil ama aynı zamanda sivillerin yoğun olarak bulunduğu yerlerde konumlanmış bulunan askeri hedeflere karşı hava araçlarından atılan yangın çıkarıcı silahların kullanımını yasaklayarak ve bu şekil bir yoğunluğun bünyesinde başka çeşit yangın çıkarıcı silahların da kullanımını kısıtlayarak bu ikinci eğilimi yansıtmaktadır.³ Dünya devletlerinin yarısından azı bu antlaşmaya taraf; bununla beraber çok sayıda devlet yangın çıkarıcı silah depolamamakta ve işbu silahlar Protokolün kabulünden beri pek seyrek olarak kullanılmaktadır.

Dahası askeri talimatnamelerin çoğu Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi Protokol III'e atıf yapmakta ya da sivil halk bünyesinde can kayıplarının engellenmesi ya da en azından en az seviyeye indirilmesi gerekliliğini içermektedir.⁴ İşbu talimatnameler Protokole taraf olmayan ya da talimatnamelerin yazıldığı dönemde henüz taraf olmamış devletlere aittir.⁵

Protokol III' ün 1. maddesinin 1. paragrafında düzenlenen kural ayırım gözetme ilkesinin (bkz. Kural 1 ve 7) basit bir uygulamasıdır ve hiç tartışmasız uluslararası teamül hukukundan kaynaklanmaktadır; bununla beraber Protokol III' ün 2. maddesinin 2. paragrafından 4. paragrafına kadar olan detaylı kurallar için aynı yönde bir sonuca ulaşmak çok daha zordur. Ancak, bu düzenlemelerde sivil halktan kişilerin de mağdur edilmesinin engellenmesi için özel tedbirler alınmasını öngören teamül kuralının uygulanmasına yönelik temel hatlar görülebilir.⁶ Bundan başka, askeri talimatnameler, resmi beyanatlar ve başkâtipteki uygulamalar yangın çıkaran silahların sadece hukuka uygun amaçlarla kullanılabileceğini vurgulamaktadırlar.⁷ Eğer bütün bunlara; yangın çıkaran silahlara, diğer konvansiyonel silahlara nazaran

3 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin III. Protokolü, md.2 (ibid., par. 110).

4 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 126), Arjantin (ibid., par. 117), Avustralya (ibid., par. 118-119), Belçika (ibid., par. 120), Kamerun (ibid., par. 121), Kanada (ibid., par. 122), Ekvator(ibid., par. 123), İspanya (ibid., par. 132), Birleşik Devletler (ibid., par. 136-137), Fransa (ibid., par. 124-125), İsrail (ibid., par. 127), Kenya (ibid., par. 128), Yeni Zelanda (ibid., par. 130), Hollanda (ibid., par. 129), Rusya (ibid., par. 131), İsveç (ibid., par. 133) ve İsviçre (ibid., par. 134).

5 Bkz. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 117), Belçika (ibid., par. 120), Kamerun (ibid., par. 121), Birleşik Devletler (ibid., par. 136), İsrail (ibid., par. 127) ve Kenya (ibid., par. 128).

6 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin Protokol III'ü, md.2, par. 2-4 (ibid., par. 110).

7 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 126), Arjantin (ibid., par. 117), Avustralya (ibid., par. 118-119), Belçika (ibid., par. 120), Kamerun (ibid., par. 121), Kanada (ibid., par. 122), Ekvator(ibid., par. 123), İspanya (ibid., par. 132), Birleşik Devletler (ibid., par. 136-137), Fransa (ibid., par. 124-125), İsrail (ibid., par. 127), Kenya (ibid., par. 128), Yeni Zelanda (ibid., par. 130), Hollanda (ibid., par. 129), Rusya (ibid., par. 131), İsveç (ibid., par. 133) ve İsviçre (ibid., par. 134), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avusturya (ibid., par. 146), Avustralya (ibid., par. 141ve 143-144), Danimarka (ibid., par. 148-149), Mısır (ibid., par. 146), Birleşik Devletler (ibid., par. 165,166 ve 168), Gana (ibid., par. 146), Endonezya (ibid., par. 154), Jamaika (ibid., par. 146), Japonya (ibid., par. 155-156), Meksika (ibid., par. 146), Norveç (ibid., par. 149 ve160), Yeni Zelanda (ibid., par. 159), Hollanda (ibid., par. 142-144 ve 158), Romanya (ibid., par. 146), Birleşik Krallık (ibid., par. 164), İsveç (ibid., par. 146), Suriye (ibid., par. 162), SSCB (ibid., par. 163), Venezuela (ibid., par. 146) ve Yugoslavya (ibid., par. 146) ve Birleşik Devletler'in rapor edilen uygulaması (ibid., par. 167).

çok daha az başvurulduğu olgusu eklenirse bundan, devletlerin genel fikirleri hakkında bir ipucu çıkarılabilir: askeri açıdan mümkünse bu silahların kullanımından kaçınılmalıdır (aynı zamanda bkz. Kural 85).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Aralık 2001’de Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi’nin 1. maddesinde değişiklik yapılması kabul edilmeden önce⁸ Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi’nin Protokol III’ü sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanıyordu. Uluslararası insancıl hukukun uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanmasına ilişkin olayların çoğu son iki on yılda gerçekleşmiştir ve bu dönemde yangın çıkarıcı silahların genelde pek kullanılmamış olması uluslararası toplumun bu konuyla ilgilenmesi için sebebi olmadığına işaret etmektedir. Bununla beraber 1970’li yıllarda bu silahların kullanılması ile ortaya çıkan tartışma - ve o zamandan beri uluslararası toplumda yükselen silahlı çatışmaların etkilerine karşı sivililerin korunması amacıyla özel tedbirlerin alınması şeklindeki açık düşünce - sebebiyle bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerli olduğu sonucuna varılabilir. 2001 yılında Protokol III’ün uygulama alanının uluslararası olmayan silahlı çatışmaları ihtiva edecek şekilde genişletilmesinin görüşmeler sırasına hiçbir tartışma yaratmaması ve de o tarihten beri Protokolün yürürlüğe girmesi bu sonucu daha da desteklemektedir.⁹

Kural 85. – Yangın çıkaran silahların anti-personel amaçlarla kullanılması, eğer bir kişiyi savaş dışı bırakmak için daha az zararlı bir silah kullanılması uygulamada mümkün değilse, yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 30, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

8 Bkz. Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin birinci maddesinde yapılan değişiklik (2001) (ibid., par. 115).

9 Değişiklik 18 Mayıs 2004’te yürürlüğe girmiştir. Bugün itibarıyla, değiştirildiği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini²⁹ devlet onaylamıştır: Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Burkina Faso, Kanada, Çin, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Macaristan, Japonya, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Meksika, Norveç, Hollanda, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Vatikan, Sırbistan Karadağ, Slovakya, İsveç ve İsviçre.

Uluslararası silahlı çatışmalar

1970'ler boyunca bu konu üzerindeki tartışmalar esnasında birçok devlet yangın çıkaran silahların, muhariplere karşı kullanımını da içerecek şekilde tamamen yasaklanması taraftarıydı.¹⁰ Belli bir sayıda devlet, tamamen yasaklanma lehine resmi beyanatlarda da bulunmuştur.¹¹ Birçok devletin mevzuatı yangın çıkaran silahları tamamen yasaklamaktadır.¹² 1972 yılında Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu, genel ve tam bir silahsızlanma üzerine bir karar kabul etmiş ve bu kararda napalm ve diğer yangın çıkaran silahların kullanımından duyduğu üzüntüyü belirtmiştir.¹³

Bununla beraber, Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin hazırlık konferansı sırasında topyekûn bir yasak üzerinde uzlaşma elde edilemeyeceği açıkça fark edilince, belli bir sayıda devlet, pozisyonlarından geri çekilmişler ve örneğin zırhla korundukları ya da bir tahkimat içinde buldukları zamanlar gibi sınırlı birkaç istisna dışında muhariplere karşı bu tür silahların kullanılması konusunda bir yasak elde etmeye çalışmışlardır.¹⁴ Oysa bu teklifler dahi birkaç devletin, özellikle de Birleşik Devletler'in ve belli oranda Birleşik Krallık'ın muhalefetiyle karşılaşmıştır.¹⁵ Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol III'ün konsensüsle kabul edilmesi zorunluluğundan bu yasak Protokole dâhil edilmemiştir. Bununla beraber işbu yasağın Protokolde yer almaması her durumda yangın çıkaran silahların muhariplere karşı kullanımının hukuka uygun olduğu anlamın gelmemektedir.

Birçok devlet yangın çıkaran silahların kullanılabilirliği birkaç kısıtlı durumu belirtmiştir: Muhariplerin bir zırhla korundukları ya da bir tahkimat içinde buldukları zamanlar.¹⁶ Diğerleri, yangın çıkaran silahların aşırı acılara sebep olacak

10 Bu yöndeki resmi teklifler aşağıdaki devletlerce CDDH'nin *ad hoc* konvansiyonel silahlar Komisyonu'na sunulmuştur Afganistan, Cezayir, Avusturya, Kolombiya, Fildişi Sahili, Mısır, İran, Kuveyt, Lübnan, Lesotho, Mali, Moritanya, Meksika, Norveç, Romanya, Sudan, İsveç, İsviçre, Tanzanya, Tunus, Venezuela, Yugoslavya ve Zaire (ibid., par. 9). Bununla beraber Kuveyt'in 1975 yılında pozisyonunu hafifçe değiştirdiği; yangın çıkarıcı silahların muharipler ve sivillere karşı ayırım gözetmeksizin kullanımı yasağına ve bu silahların sivil nitelikli mallara karşı kullanımı yasağına dayandığı görülmektedir (Bkz. ibid., par. 36).

11 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatlari: Barbados (ibid., par. 12), Çin (ibid., par. 16), Kıbrıs (ibid., par. 19), Birleşik Arap Emirlikleri (ibid., par. 68), Ekvator (ibid., par. 21), Irak (ibid., par. 30-31), Madagaskar (ibid., par. 37), Moğolistan (ibid., par. 42), Yeni Zelanda (ibid., par. 45-46), Peru (ibid., par. 50), Polonya (ibid., par. 53 -55), Suriye (ibid., par. 63), Çekoslovakya (ibid., par. 20), Togo (ibid., par. 64) SSCB (ibid., par. 66-67).

12 Bkz. örn. Kolombiya, *Basic Military Manual* (ibid., par. 4) ve aşağıdaki devletlerin mevzuatları: Andorra (ibid., par. 5), Macaristan (ibid., par. 6) ve Yugoslavya (ibid., par. 7).

13 BM Genel Kurulu, karar 2932 A (XXVII) (99 lehte, 0 aleyhte ve 15 çekimser oyla kabul edilmiş) (ibid., par. 74).

14 Bkz. aşağıdaki devletlerce Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin hazırlık konferansında ileri sürülen teklifler: Avusturya (ibid., par. 146), Mısır (ibid., par. 146), Gana (ibid., par. 146), Endonezya (ibid., par. 154), Jamaika (ibid., par. 146), Meksika (ibid., par. 146), Romanya (ibid., par. 146), İsveç (ibid., par. 146), Venezuela (ibid., par. 146), Yugoslavya (ibid., par. 146) ve Zaire (ibid., par. 146).

15 Bkz. Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin hazırlık konferansında aşağıdaki devletlerce yapılan beyanatlari Birleşik Devletler (ibid., par. 166 ve 206) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 164).

16 Bkz. aşağıdaki devletlerce Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin hazırlık konferansında ileri sürülen

şekilde kullanmayacağını beyan etmiştir.¹⁷ Birçok askeri talimatname gibi belli bir sayıda resmi beyanat da yasaklı silahların muhariplere karşı kullanımının yasak olduğu, çünkü gereksiz acılara sebep verdiği olgusunun üzerinde durmaktadır.¹⁸

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin kabulünden beri napalm ya da benzer yangın çıkarıcı silahların muhariplere karşı kullanıldığı çok az sayıda olay mevcuttur. Bu konudaki bilgiler her zaman bu silahların kullanımını kınayan ve doğrulanmamış bir suçlama şeklinde tezahür etmektedir.¹⁹ Bu uygulamadan, yangın çıkaran silahların muhariplere karşı kullanımın, eğer bu kullanım aşırı acılara sebep oluyorsa, yani bir muharibi muharebe dışı bırakmak için daha az zararlı silahların kullanımı mümkünse yasak olduğu sonucu çıkarılabilir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilişkin durum bir önceki kuralda tasvir edilene benzerlik göstermektedir, bu da demektir ki son yirmi yılda uluslararası kamuoyu için bu konuyu düzenleme ihtiyacı hâsıl olamamıştır. Bununla beraber pekâlâ bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda aşırı acı veren savaş araç ve yöntemlerinin kullanımının yasak olması gibi (bkz. Kural 70), yangın çıkaran silahların anti-personel amaçlarla kullanımı da askeri gerekliliğin meşru göstermediği durumlarda kullanımı da bu kuralın ihlali olacaktır.

teklifler: Avusturya (ibid., par. 198), Danimarka (ibid., par. 199), Mısır (ibid., par. 198), Gana (ibid., par. 198), Endonezya (ibid., par. 200), Jamaika (ibid., par. 198), Meksika (ibid., par. 198), Norveç (ibid., par. 199), Romanya (ibid., par. 198), İsveç (ibid., par. 198), Venezuela (ibid., par. 198), Yugoslavya (ibid., par. 198) Zaire (ibid., par. 198).

17 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 187), Kanada (ibid., par. 189), Birleşik Devletler (ibid., par. 194-195), Yeni Zelanda (ibid., par. 191) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 193), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin mevzuatları Polonya (ibid., par. 203) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 205).

18 Bkz., örn. aşağıdaki devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 188), Kolombiya (ibid., par. 190) ve İsveç (ibid., par. 192) aynı zamanda aşağıdaki devletlerin beyanatları Norveç (ibid., par. 202) ve SSCB (ibid., par. 204).

19 Bkz. aşağıdaki devletler tarafından yapılan kınamalar: Ürdün (ibid., par. 201) ve SSCB (ibid., par. 204), aynı zamanda aşağıdaki devletlerin rapor edilen uygulamaları: Angola (ibid., par. 214) ve Etyopya (ibid., par. 215).

KÖR EDİCİ LAZER SİLAHLARI

Kural 86. – Tek muharebe fonksiyonu ya da muharebe fonksiyonlarından biri görüşü geliştirilmemiş kişilerde kalıcı körlüğe sebebiyet vermek olacak şekilde özel olarak tasarlanan lazer silahlarının kullanılması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 31.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Görüşü geliştirilmemiş kişilerde kalıcı körlüğe sebep olmak, çıplak gözle bakan ya da göz kusurlarını düzelten gözlük takan kişilerde körlüğü ifade etmektedir.¹

Uluslararası silahlı çatışmalar

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin kör edici lazer silahlarına ilişkin Protokol IV⁹ ün kabulünün yakın tarihli olmasına rağmen (1995) bu kabulün koşulları ve o zamandan beri gelişen olaylar, bir uluslararası teamül hukuku kuralının bir antlaşmanın görüşmelerinin ve kabulünün ardından oluşması durumunun söz konusu olduğunu göstermektedir. Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davasında verdiği kararda Uluslararası Adalet Divanı uluslararası teamül hukukunun bu şekilde gelişebileceğini beyan etmiştir:

Kökeni tamamen ahdi nitelikte olan bir kuraldan yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşması için sadece çok kısa bir sürenin geçmiş olması kendi başına bir engel teşkil etmese de, ne kadar kısa olursa olsun bu geçen süre zarfında, aralarında çıkarları özellikle etkilenen devletlerin de bulunduğu devlet uygulamalarının, bahsi geçen düzenleme doğrultusunda sık ve hemen hemen yeknesak olmuş

1 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü, md.1 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 31, par. 1).

olması ve bir hukuk kuralı ya da hukuki bir yükümlülüğün söz konusu olduğunun genel olarak tanındığını gösteren bir şekilde ifade edilmeleri zorunludur.²

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol IV'ün müzakerelerinden önce birçok devlet aralarında anti-personel kör edici ya da hem anti-materyal hem de anti-personel lazer silahlarını hayata geçirmeye yönelik lazer silahı programlarına sahipti. Human Rights Watch'ın çıkardığı bir rapora inanılacak olursa Almanya, Çin, Birleşik Devletler, Fransa, İsrail, Birleşik Krallık, Rusya ve Ukrayna bu yönde programlara sahipti.³ Bunu söyledikten sonra, Çin ve Birleşik Devletler'in hayata geçirdiği sistemler istisna tutulacak olursa, raporun ne derece doğru olduğunu söylemek ve eğer doğruysa da sayılan sistemlerin kaç tanesinin Protokol VI'ün yasağı kapsamına girdiğini söylemek kolay değildir. Bununla beraber açıkça gözükmektedir ki İsveç dışında hiçbir devlet Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin ilk gözden geçirme konferansından önce bu programların yasak olduğunu düşünmüyorlardı.⁴ Konu üzerine eğilmeye ancak bir savaş yöntemi olarak kasten kör etmeye karşı çıkan bazı devletlerin, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin ve bazı sivil toplum örgütlerinin kaygılarını ifade etmeleri sebebiyle başlamışlardır.⁵

Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Protokol IV'ü, anti-personel lazer sistemlerinin geliştirilmesine katıldığı düşünülen tüm devletleri bir araya getiren bir konferans esnasında konsensüs ile kabul edilmiştir. Human Rights Watch'ın raporunda sayılan tüm devletler, Birleşik Devletler dışında, Protokole taraf olmuştur. Birleşik Devletler içinse Protokol, Pentagon'un Protokolün kabulünden birkaç hafta önce açıklanan politikasını yansıtmaktadır.⁶ Birleşik Devletler Protokol IV'e taraf olmasa da konuşlandırmaya hazırlandığı anti-personel lazerleri geri çekmiştir.⁷ Birleşik Devletler haricinde silah ihraç eden tüm büyük devletler gibi bu çeşit silahları üretebilme kapasitesine sahip diğer devletlerin büyük çoğunluğu bu Protokole katılmıştır. Protokolün aynı zamanda transferi de yasaklaması taraf olmayan devletlerin, eğer kendileri bu silahları üretmeye girişmeyeceklerse, onlara sahip olamayacağı anlamına gelmektedir.⁸ Günümüz itibariyle hiçbir şey bu yönde bir sürecin işlemede olduğunu söylemeye imkân vermemektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nin Protokol IV'e henüz taraf olmamasına rağmen, savunma bakanı kör edici lazer silahları hakkında 'Bakanlığın, kullanımı bize yasaklanmış olan silah sistemlerini geliştirmek için para harcamak konusunda hiç niyeti

2 UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası, karar, 20 şubat 1969, CIJ Recueil 1969, p. 44, par. 74; Bkz. aynı zamanda bu çalışmanın giriş bölümü.

3 Human Rights Watch Arms Project, *Blinding Laser Weapons: The Need to Ban a Cruel and Inhumane Weapon* (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 31, par. 83).

4 Bkz. İsveç'in beyanatları (ibid., par. 39-45).

5 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Almanya (ibid., par. 31-32), Fransa (ibid., par. 30), İrlanda (ibid., par. 35), Hollanda (ibid., par. 38), İsveç (ibid., par. 39-45), İsviçre (ibid., par. 40) ve SSCB (ibid., par. 46), ICRC'nin beyanat ve uygulamaları (ibid., par. 76-78) ve birçok hükümet dışı örgütün uygulamaları (ibid., par. 85-90).

6 Birleşik Devletler, Savunma bakanının beyanatu (ibid., par. 48).

7 Bkz. Birleşik Devletler'in uygulaması (ibid., par. 48-50).

8 Konvansiyonel silahlar sözleşmesinin IV. Protokolü, md.1 (ibid., par. 1).

yoktur' demiştir.⁹ Çin, Protokolün kabul edilmesi esnasında 'insanlık tarihinde ilk kez korkunç bir silah daha kullanılmadan önce illegal ve yasak ilan edilmiştir' beyanında bulunmuştur.¹⁰

Daha sonra tespit edilen uygulama istisnasız olarak Protokol IV'te yazılı bulunan lazer silahların kullanımı yasağına uygundur. Protokolün kabulünden beri bu silahın yerleştirilmesi ya da kullanılması hakkında hiçbir olaya işaret edilmemiştir. Hükümetlerin beyanatları da bu yasağa uygundur ve hiçbir hükümet işbu silahları kullanma hakkına sahip olduğunu inancı taşıdığını belirtmemiştir.¹¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

1995 yılında Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol IV'ünün müzakereleri sırasında bir devlet dışında bütün devletler işbu Protokolün uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmasını desteklemekteydi. Karşı çıkan devlet ne bu çeşit silahı geliştirmekte ne de bu çeşit bir silaha sahip olma peşindeydi ve temsilcisi sözlü olarak hükümetinin bu silahların tamamen yasaklanmasını desteklediğini; ancak bazı ilkesel sebeplerle, konusu ne olursa olsun uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan bir uluslararası insancıl hukuk antlaşmasının kabul edilmesine karşı çıktığını belirtmişti.¹² Bununla beraber, bu tarihten beri işbu devlet, Konvansiyonel silahlar Sözleşmesine 2001 yılında yapılan ve Protokolün uygulama alanını uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da teşmil eden değişikliği kabul etmiştir ve bu değişiklik yürürlüğe girmiştir.¹³ Belirtilmesi gereken bir husus da Protokol devletler kadar devlet olmayan birimlere de bu silahların transferini yasaklamaktadır.¹⁴

Uygulama, kuralın uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalara tatbik edilebilmesine uygundur, zira devletler, genel olarak çatışmanın uluslararası olup olmamasına göre farklılık gösteren bir askeri silah bütününe sahip değildir. Türü ne olursa olsun hiçbir silahlı çatışmada bu silahların yerleştirilmesi ya da kullanımı hakkında bir olay bildirilmemiştir. Hiçbir devlet uluslararası olsun ya da olmasın silahlı çatışmalarda işbu silahı kullanma hakkını haiz olduğunu iddia etmemiştir.

9 Birleşik Devletler, Dışişleri bakanının Senatör Patrick Leahy'e mektubu (ibid., par. 49).

10 Çin, Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin gözetimle görevli konferansındaki beyanını (ibid., par. 29).

11 Bkz. örn. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya (ibid., par. 26), Burkina Faso (ibid., par. 27), Çin (ibid., par. 29), Birleşik Devletler (ibid., par. 49 ve 51- 53) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 47).

12 Bkz. uygulama (ibid., par. 71).

13 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi, değiştirildiği şekliyle md.1 (ibid., par. 12). Değişiklik 18 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bugün için, 29 devlet değiştiriliği şekliyle Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini onaylamıştır: Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Burkina Faso, Kanada, Çin, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Macaristan, Japonya, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Meksika, Norveç, Hollanda, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Vatikan, Sırbistan Karadağ, Slovakya, İsveç ve İsviçre.

14 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü, md.1 (ibid., par. 1).

1996 yılında Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin birinci gözden geçirme konferansında konsensüs ile kabul edilen nihai bildiriye 'Protokol IV tarafından kullanımı ve transferi yasaklanan kör edici silahlara ilişkin tam bir yasağın getirilmesine yönelik gerekliliği' belirtmiştir ki bu, bu sistemlerin ortadan kaldırılması ve hukuku sadece kullanım ve transfere yasak getirilmesiyle sınırlamama dileğini yansıtmaktadır.¹⁵ 2001 yılında Sözleşme'nin gözden geçirilmesiyle görevli taraf devletlerin ikinci konferansında kabul ettikleri nihai bildiriye Sözleşmeye taraf devletler, 'birinci gözden geçirme konferansında tanıdıkları Protokol IV ile kullanımı ve transferi yasaklanan kör edici lazer silahlarının tamamen yasaklanması gerekliliğini teyit ettiklerini ' ciddiyle belirtmişlerdir.¹⁶

Amerika Birleşik Devletleri Protokol IV'ün tüm hükümlerini her koşulda uygulama niyeti olduğunu bildirmiş ve belli sayıda devlet de, buna katılma niyetlerini beyan ettiklerinde, uygulama alanını uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarıyla sınırlamayacaklarını açıklamıştır.¹⁷ Bu Protokole katılırken uygulama alanına ilişkin herhangi bir beyanatta bulunmayan devletlerin sözleşmenin uygulama alanını sınırlama amacıyla mı yoksa böyle bir beyanat yapmayı gerekli bulmadıkları için mi bu şekilde hareket ettiklerini bilmek zordur. Uygulamada, Protokolün kabulünden beri devletler bu silahların kullanımından istisnasız bir şekilde çekinmişlerdir ve bundan haklı olarak bu davranışın, uluslararası toplumun bu silahların kullanılmamasına yönelik beklentisine tekabül ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Bazı devletler kör edici lazer silahlarının aşırı acıya yola açacağını düşünmektedir¹⁸ ki bu düşünce uluslararası olduğu kadar uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerlidir (bkz. Kural 70).

Diğer lazer sistemlerince kasti olarak sebep olunan körlük

Bazı tipte lazer silahlarının kullanımını ve transferini yasaklamanın ötesinde Konvansiyonel silahlar Sözleşmesi'nin Protokol IV'ü başka lazer sistemlerinin (örneğin mesafe ölçerler) kasti olarak muharipleri kör etme amacıyla kullanımını da

15 Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini gözden geçirmekle görevli birinci konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 73).

16 Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesini gözden geçirmekle görevli ikinci konferansı, sonuç bildirgesi (ibid., par. 74).

17 Birleşik Devletler, Taraf devletlerin Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin gözden geçirmekle görevli birinci konferansındaki beyanatu (ibid., par. 51) ve Başkanın Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin Protokollerini onaylanması için Senatoya gönderen mesajı (ibid., par. 53); aşağıdaki devletlerce Protokol IV'ün kabulü sırasında yapılan beyanatlara: Güney Afrika (ibid., par. 4), Almanya (ibid., par. 6), Avustralya (ibid., par. 5), Avusturya (ibid., par. 4), Belçika (ibid., par. 4), Kanada (ibid., par. 4), Yunanistan (ibid., par. 4), İrlanda (ibid., par. 4), İsrail (ibid., par. 7), İtalya (ibid., par. 4), Liechtenstein (ibid., par. 4), Hollanda (ibid., par. 8), Birleşik Krallık (ibid., par. 11), İsveç (ibid., par. 9) ve İsviçre (ibid., par. 10).

18 Bkz. örn. İsveç, Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolünün kabulü sırasında yapılan beyanat (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 20, par. 14) ve Fransa'nın sahra talimnameleri (ibid., par. 55-56).

yasaklama sonucunu da doğurmaktadır.¹⁹ Protokol IV’çe yasaklananlardan başka lazer sistemlerinin muhariplerde kasti olarak kalıcı körlüğe sebep olmak amacıyla kullanımı, özellikle kalıcı körlüğe sebep olmak üzere tasarlanmış lazer silahlarının yasaklanmasının konu ve amacına aykırı olacaktır. Kasti olarak muhariplerde kalıcı körlüğe sebep olmak için diğer lazer sistemlerinin kullanıldığı yönünde hiçbir bilgi bulunmamaktadır ve hiçbir devlet Protokol IV’ün kabulünden beri bu yönde hareket etme hakkı olduğunu iddia etmemiştir.

1995 yılında Protokol IV’ün kabulüyle sonuçlanan görüşmelerde aralarında hala sözleşmeye taraf olmayan devletlerin de olduğu belli bir sayıda devlet, bir savaş yöntemi olarak kör etmenin yasaklanmasını öngören daha kesin bir metni tercih edeceklerini beyan etmişlerdir.²⁰ Az sayıda devlet görüşmeler sırasında buna itiraz etmiş ve lazer silahı olmayan bazı silahların - mesela bomba parçalarının -da bazen kör edici etkileri olabileceğini ve hedefi aydınlatan lazerlerin de arızı olarak bu etkiye sahip olabileceğini ileri sürmüştür. Bununla beraber bu devletler, bir kişiyi kasten kör etmek amacıyla bir silahın kullanımının bu sebeple hukuka uygun olacağını önermemişlerdir; ancak tam bilakis Protokol IV’ün 2. Maddesine, lazer sistemlerinin kullanımı esnasında, kalıcı körlüğü engellemek için gerçekleştirilebilecek ter türlü tedbirin alınması gerekliliğini eklemişlerdir.²¹ Bu gereklilik, Protokol IV’e taraf olmayan ya da talimatnameler yazıldıktan ya da beyanatlar verildikten sonra taraf olan devletlerin askeri talimatnamelerde ve resmi beyanatlarında da gözükmektedir.²²

19 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü, md.2 (cilt 2 içinde nakledilmiştir, alt bölüm 31, par. 91).

20 Bkz. aşağıdaki devletlerin beyanatları: Avustralya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Ekvator, Finlandiya, Fransa, Almanya, İran, Meksika, Norveç, Hollanda, Polonya, Romanya, Rusya ve İsveç (ibid., par. 3). İran ve Polonya Protokol IV’e taraf değildir.

21 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesinin IV. Protokolü, md.2 (ibid., par. 91).

22 Bkz. İsrail, *Manual on the Laws of War* (ibid., par. 94); Birleşik Krallık, Savunma bakanının ICRC başkanına mektubu (ibid., par. 99); Birleşik Devletler, *Annotated Supplement to the Naval Handbook* (ibid., par. 95); DefenseLink News Release (ibid., par. 100).

BÖLÜM V

SİVİLLERE VE MUHAREBE DIŞI KALMIŞ KİŞİLERE MUAMELE

TEMEL GÜVENCELER

Giriş

Bu alt-bölümde sayılan temel güvenceler, çatışmanın taraflarından birinin elinde bulunan ve muhasamata doğrudan katılmayan sivil kişiler ile muharebe dışında kalan bütün kişilere uygulanır. Bu temel güvenceler, bütün kişilere uygulanan temel kurallar oldukları için, muhtelif kişi kategorilerine ilişkin özel kurallar halinde alt başlıklara ayrılmamışlardır. Özel kişi kategorilerine uygulanabilir kurallar XXXIII ilâ XXXIX. Alt-Bölümlerde yer almaktadırlar.

İşbu alt-bölümde sayılan temel güvenceler, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası insancıl hukukta derin biçimde kök salmışlardır. Bu alt-bölümde yer alan kuralların çoğu insancıl hukukun geleneksel terminolojisi kullanılarak ifade edilmiştir, zira ilgili teamül kuralının özünü yansıtmak için uyarlanan en elverişli kaleme alış biçimi budur. Bununla beraber, bazı kurallar, belli bir konuya ilişkin bir dizi oluşturan ayrıntılı hükümlerin, özellikle gözaltına alma (bkz. kural 99), zorla çalıştırma (bkz. kural 95) ve aile hayatına (bkz. kural 105) ilişkin kuralların metinlerini kavramaya imkân verecek şekilde tasarlanmışlardır. Bunun ötesinde, insan haklarına ilişkin antlaşmalarla diğer hukuki belgelere ve içtihadı yapılan göndermelerin dâhil edilmesinin amacı, insan hakları alanındaki teamül hukukunu değerlendirmek değil ve fakat insancıl hukukun ayniyet gösteren ilkelerini desteklemek, kuvvetlendirmek ve aydınlatmaktır. Çoğunluk görüşüne göre uluslararası insancıl hukuk, muhalif silahlı grupları değil, sadece hükümetleri bağlamakla beraber¹, insancıl hukukun her ikisi için bağlayıcı olduğu görüşü genel kabul görmektedir. Bu güvencelerin silahlı çatışmalar bağlamı dışında aynı biçimde uygulanıp uygulanmadığının tespiti, bu çalışmanın çerçevesinin dışında kalmaktadır; ancak derlenen uygulamalar durumun böyle olduğuna işaret eder gibi görünmektedir.

1 Bununla beraber, şu eserde zikredilen uygulamaya Bkz. Christian TOMUSCHAT, «*The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements*», in Horst FISCHER ve diğerleri, *Crisis Management and Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004.

İnsan hakları hukukunun silahlı çatışma halinde uygulanabilirliği

Bazı insan hakları antlaşmaları «olağanüstü haller»de² bazı ayırık hallere izin ver-seler de insan hakları hukuku her zaman uygulanır. Uluslararası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahlar vakasında verdiği danışma görüşünde teyit ettiği gibi:

*Bu belgenin getirdiği bazı yükümlülükler ayırık hükümler getirilebileceğini öngören 4. maddenin doğurduğu sonuç saklı kalmak üzere, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin sunduğu koruma savaş zamanında sona ermez.*³

Divan, insan hakları hukukunun silahlı çatışma halinde de uygulanmaya devam ettiğini tanıdıktan sonra, hiçbir ayırık hükme konu olamayacak bir insan hakkı olan keyfi biçimde hayattan mahrum bırakılmama hakkı bakımından insancıl hukukun uygulanması ile uluslararası insan hakları hukukunun uygulanması arasındaki ilişkiyi tahlil etmiştir. Divan'ın beyanına göre: “böyle bir durumda, neyin hayattan mahrum bırakma eylemi oluşturduğunu tespit etmek, uygulanabilir nitelikteki *lex specialis*'e, yani muhasamatın yürütülme biçimini düzenlemek için vücuda getirilen silahlı çatışmalara uygulanabilir hukuka düşer.”⁴

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesine ilişkin Genel Yorumunda şu hususları beyan etmiştir:

Uluslararası nitelikte olsun veya olmasın, bir silahlı çatışma sırasında uluslararası insancıl hukuk kuralları uygulanabilir hale gelirler ve Sözleşme'nin 4. maddesi ve 5. maddesinin 1. paragrafı hükümlerinin ötesinde, bir Devletin istisnai yetkilerini herhangi bir biçimde suiistimal etmesinin engellenmesine katkıda bulunurlar. Sözleşme, silahlı çatışma sırasında bile Sözleşme'ye ayırık hüküm getiren tedbirlerin, ancak ve ancak bu durumun ulusun hayatı için bir tehlike oluşturması halinde ve bununla ölçülü olarak alınabileceğini açıkça hükme bağlamıştır⁵.

Bir çatışma patlak verdiğinde Devlet durumun “halkın hayatı için tehdit oluşturan” bir olağanüstü hal sergileyip sergilemediğini değerlendirmek durumundadır. Uluslararası içtihadı göre bu cümle parçası, bütün ulusun olağanüstü hale maruz kalmasını değil, bu halin özü itibarıyla insan hakları hukukunun normal biçimde

2 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (1966) 4. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi, İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin (hakların askıya alınmasına, kesin biçimde, anın (zamanın) gerekleri uyarınca hükmedilmesi gerekliliğini de sarıh ifadelerle belirten) 27. maddesi, Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981) ayırık hallerle ilişkin hüküm içermemektedir, fakat sınırlamalar, “her kişinin hak ve özgürlükleri başkalarının haklarına, kolektif güvenliğe, ahlaka ve ortak menfaate saygı içinde kullanılır” hükmünü içeren madde 27. par. 2 temelinde mümkündür. Uygulamada Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu bu hükmü katı biçimde yorumlamıştır.

3 Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahlar* vakası danışma görüşü, par. 25.

4 Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahlar* vakası danışma görüşü (referans: II. Cilt, bölüm 32, par. 926).

5 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesi), 24 Temmuz 2001, par. 3.

uygulanmasının -kamu güvenliği ve düzenine özgü bazı gerekçelerle belli sayıdaki hakka getirilmesine izin verilen sınırlamalar hesaba katılacak olursa- sağlanamadığı bir boyutta olmasını gerektirmektedir. Eğer durum böyle ise, bir insan hakları antlaşmasına taraf olan Devlet, antlaşmanın içerdiği hükümler uyarınca olağanüstü hal ilan etme ve yetkili organları bu konuda bilgilendirme hakkına sahiptir; bunu yapmayan bir Devlet antlaşmanın bütünü ile bağlı olmaya devam eder.⁶

İşbu alt-bölümde zikredilen insan haklarına ilişkin hükümlerin çoğu, belli başlı insan hakları antlaşmalarında, hiçbir şart altında ayırık hüküm kabul etmeyen haklar olarak yer almaktadırlar; bu antlaşmalar geniş ölçüde onaylanmıştır.⁷ Bununla beraber, bu alt-bölüm, söz konusu antlaşmalarda ifade edilmeyen bazı hakları da ayırık hükümler kabul etmeyen haklar olarak zikretmektedir. Bunun gerekçesi sadece, söz konusu hakların -gerek uluslararası insancıl hukuk gerekse insan hakları hukuku açısından- özellikle önemli addedilmeleri değil, aynı zamanda insan hakları alanındaki içtihadın, uygulamada bunlara, ayırık hüküm getirilmesi mümkün olmayan hak muamelesini geniş ölçüde yapmış olmasıdır.

Vurgulamak gerekir ki insan hakları antlaşmaları uyarınca kurulmuş olan organlarının, olağanüstü hal sırasındaki ayırık tedbirlerin sadece “durumun kati surette gerektirdiği ölçüde” alınabileceğini öngören hükmünün çok katı bir yorumuyla yetinmek yönünde sabit bir uygulamaları vardır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi şu hususun altını çizmiştir:

Bu şart, olağanüstü halin ve Devletin olağanüstü hal gerekçesiyle uyguladığı her türlü ayırık hükmün süresine, coğrafi uygulama alanına ve maddi kapsamına yöneliktir. (...) Dahası, şartların, belli bir hüküm bakımından kabul gören bir ayırık hali gerektiriyor olması, bu ayırık hal uyarınca alınan özel tedbirlerin de durumun gereklerinin zorlamasıyla alındığını gösterme yükümünü de kendi başına ortadan kaldırmaz. Bu durum, uygulamada, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün, geçerli biçim-

6 Gözaltına alma, yargısal güvenceler ve olağanüstü haller konularında bu andlaşmaların, yine bu andlaşmalar uyarınca kurulmuş organlar tarafından yorumlanışının daha kapsamlı bir tasvirine şu eserden ulaşılabilir: Louise DOSWALD-BECK ve Robert KOLB, *Judicial Process and Human Rights: United Nations, European, American and African Systems, Texts and Summaries of International Case-law*, Commission internationale de juristes, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2004.

7 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi (1966) 156 devlet tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 46 devlet (yani Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletleri), Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981) 53 devlet (yani Afrika birliğine üye devletlerin tamamı) tarafından ve İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969) 25 devlet (yani Belize, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Guyana, Saint-Kitts-ve-Nevis, Santa Lucia et Saint-Vincent-ve-Grenadines dışında bütün Amerikan Devletleri Örgütüne üye devletler tarafından; bununla beraber, Belize, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Guyana ve Saint-Vincent-ve-Grenadines Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'ni onaylamışlardır.) onaylanmıştır. Bu, 30 devletin ne Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ne insan haklarına ilişkin herhangi bir bölgesel sözleşmeye taraf oldukları anlamına gelmektedir. (Antigua ve Barbuda, Suudi Arabistan, Bahamalar, Bahreyn, Bhutan, Brunei, Küba, Birleşik Arap Emirlikleri, Cook Adaları, Marshall Adaları, Salomon Adaları, Kiribati, Malezya, Maldivler, Mikronezya, Myanmar, Nauru, Nioué, Umman, Pakistan, Palaoslar, Papua-Yeni Gine, Katar, Saint-Kitts ve Nevis, Santa Lucia, Samoa, Singapur, Tongalar, Tuvalu ve Vanuatu).

de ayrı hal getirile bile, taraf Devletlerden birinin davranış tarzına tamamen uygulanamaz hale asla gelmeyeceği hususunu güvence altına alacaktır.⁸

Avrupa ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemeleri, belli haklara yönelik olarak alınan ayrı tedbirlerin incelenmesinde aynı yaklaşımı benimsemişler ve bu hakların özünün bütünüyle ortadan kalkmaması için koruma tedbirleri öngörülmesi zorunluluğu ile tedbirlerin kati surette gerekli olanla sınırlı kalması ve bunun ötesine geçmemesi için orantılılık zorunluluğunun altını çizmişlerdir.⁹ Afrika İnsan Hakları Komisyonu, iç savaş sırasındaki cinayet ve kaybolmalara ilişkin bir vakada, Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı'nın hiçbir ayrı hal kabul etmediğini ve hükümetin, vatandaşlarının güvenlik ve özgürlüğünü sağlamak ve cinayet vakalarında soruşturma yapmak bakımından sorumluluğunun devam ettiğini teyit etmiştir.¹⁰ Başka bir davada, Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı'nın (hakların başkalarının haklarına, kolektif güvenliğe ve ortak ahlak ve menfaate saygı gösterecek kullanılacağını hükme bağlayan) 27. maddesinin 2. paragrafına gönderme yapan Komisyon, hiçbir ayrı hal getirilemeyeceğini teyit etmiştir. Komisyon, söz konusu hükmün şu anlamda yorumlanması gerektiğini eklemiştir: «Sınırlamanın sakıncaları kesin surette orantılı ve elde edilecek elverişlilikler bakımından mutlak surette zorunlu olmalıdır. Daha da önemlisi, sınırlama, hakkın kendisini beyhude kılma sonucunu beraberinde getirmemelidir».¹¹

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, söz konusu haklar kendilerine ayrı hal getirilmesi yasaklanan haklar arasında yer almasa bile bunlara her türlü ayrı halin getirilmesinin yasak olduğunu tespit etmek için insanlığa karşı suça ve insancıl hukuka dayanmıştır. İnsanlığa karşı suç konusunda İnsan Hakları Komitesi şu hususları beyan etmiştir:

Eğer bir Devletin yetkisi altında işlenmiş bir fiil, gerçekleştirilmesine iştirak eden kişilerin insanlığa karşı suç bakımından bireysel cezai sorumluluğunu doğuruyorsa, olağanüstü hal bağlamında hareket ettiği gerekçesiyle Devletin söz konusu fiil bakımından sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürmek için Sözleşme'nin 4. maddesine başvurulamaz. Bu bakış açısı içinde, insanlığa karşı suçların yakın geçmişte (...) Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma'da imzalanan statüsüne uğradıkları kodifi-

8 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesi, 24 Temmuz 2001, par. 4.

9 Örn. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Fox, Campbell et Hartley Birleşik Krallık'a karşı*, karar, 30 Ağustos 1990, par. 32; *Lawless* İrlanda'ya karşı (n° 3), karar, 1 Temmuz 1961, par. 37; *Brannigan ve McBride Birleşik Krallık'a karşı*, karar, 26 Mayıs 1993, par. 43 ve 61 ilâ 65; Aksoy Türkiye'ye karşı, karar, 18 Aralık 1996, par. 83-84; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Castillo Petruzzi ve diğerleri. Peru'ya karşı*, hüküm, 30 Mayıs 1999, par. 109.

10 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hak ve Özgürlükleri Ulusal Komisyonu Çad'a karşı* vakası, duyuru no. 74/92, 18. Olağan Oturum, Praia, 11 Ekim 1995, 9. Yıllık Faaliyet Raporu, par. 21-22.

11 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda Nijerya'ya karşı*, Duyuru n° 140/94, 141/94 ve 145/95, 26. Olağan Oturum, Kigali, 1-15 Kasım, 1999, On Üçüncü Yıllık Faaliyet Raporu, 1999-2000, doc. AHG/222 (XXXVI), Ek V, par. 41-42.

kasyon, Sözleşme'nin 4. maddesini yorumlamak istendiği zaman dikkate alınmak durumundadır.¹²

Uluslararası insancıl hukuk bakımından İnsan Hakları Komitesi şu hususları beyan etmiştir:

“Sözleşme'nin 4. maddesinde öngörülen ayırık hallere ilişkin her türlü güvence, Sözleşme'nin bütününde mündemiç olan kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerinde kuruludur. Adil yargılanma hakkının bazı unsurları, silahlı çatışma halinde uluslararası insancıl hukuk tarafından sarahaten güvence altına alındığına göre, Komite, bu haklara başka olağanüstü hallerde ayırık hükümler getirilmesini haklı kılacak hiçbir husus görememektedir. Komite'nin kanaatine göre bu ilkeler ve faydalı başvuru yollarına ilişkin hüküm, bir olağanüstü hal döneminde temel yargısal güvencelerin saygı görmesini gerektirir. Bir bireyi, cezai nitelikte bir hükmün ihlalden dolayı sadece mahkemeler yargılayabilir ve mahkûm edebilir.¹³”

Yukarıdaki yorumlar, uluslararası insancıl hukukun ve insan hakları hukukunun, sadece silahlı çatışma halinde uygulanabilir kuralları teyit etmek için değil, her durumda birbirlerini nasıl takviye ettiklerini göstermektedir.

Devletlerin silahlı çatışma halinde insan hakları hukukunun saygı görmesini gerektiren uygulamaları

İnsan hakları hukukunun silahlı çatışma zamanında uygulanması gerektiğini gösteren Devlet uygulamalarına bolca tesadüf edilmektedir. 1968 yılında Tahran'da toplanan Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nın ve aynı yıl içinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun benimsediği kararlar «silahlı çatışma zamanında insan haklarının saygı görmesine» gönderme yapmaktaydılar, oysa kararların içeriği her şeyden önce uluslararası insancıl hukuka ilişkindi.¹⁴ Bununla beraber, durum kısa süre içinde değişti: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, silahlı çatışma döneminde sivil ahalinin nüfusun korunmasına ilişkin temel ilkeler hakkında 1970 yılında benimsediği 2675(XXV) sayılı karar, Başlangıç alt-bölümünde dört Cenevre Sözleşmesi ile «silahlı çatışmalara uygulanabilir hukukun tedricen gelişimini» zikretmektedir. Asıl metnin birinci paragrafında karar, «uluslararası hukukta kabul edildikleri ve uluslararası antlaşmalarda hükme bağlandıkları biçimleriyle temel insan haklarının, silahlı çatışma halinde bütünüyle uygulanabilir olmaya devam ettiklerini » belirtmektedir.¹⁵ Bu tarihten beri, insancıl hukukla beraber insan hakları hukukunun silahlı çatışmalara uygulandığı fikri, belirli silahlı çatışmalar sırasında bu iki

12 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesi), 24 Temmuz 2001, par. 12.

13 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem, n° 29 (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin. 4. maddesi, 24 Temmuz 2001, par. 16.

14 Uluslararası İnsan Hakları Konferansı, Tahran, 12 Mayıs 1968, Karar. XXIII; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar. 2444 (XXIII), 19 Aralık 1968.

15 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar. 2675 (XXV), 9 Aralık 1970 (lehte 109, aleyhte 0 ve 8 çekimser oyla benimsenmiştir.), Başlangıç ve paragraf 1.

hukuk dalının ihlallerini mahkûm eden kayda değer sayıdaki karar ile silahlı çatışma hallerinde bu iki hukuk alanının ihlalleri hakkındaki Birleşmiş Milletler soruşturmaları tarafından teyit edilmiştir.

Böylece, Afganistan¹⁶, Eski Yugoslavya¹⁷, Irak¹⁸, Uganda¹⁹, Rusya²⁰ ve Sudan'daki²¹ silahlı çatışmalar ya da askeri işgaller bağlamında, insan hakları ihlalleri mahkûm edilmiştir. Birleşmiş Milletler Örgütü, örneğin, Liberya²² ve Sierra Leone'deki²³, çatışmalar, Filistin topraklarındaki İsrail askeri işgali²⁴, Kuveyt'in Irak tarafından askeri işgali,²⁵ Sovyet işgalinden önce ve sonra Afganistan'daki durumla ilişkili insan hakları ihlalleri hakkında soruşturmalar yürütmüştür.²⁶ Diğer yandan,

-
- 16 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar. 52/145, 12 Aralık 1997 (konsensüs ile benimsenmiştir), par. 2 («Afganistan'daki muhasamatın yoğunlaştığını derin bir kaygıyla kaydeder») ve par. 3 («aralarında, yaşam, özgürlük, kişi güvenliği, işkenceden ve başka zalimane, gayriinsani ya da aşağılayıcı ceza ya da muamele biçimlerinden korunma hakları ve fakir, ifade, dernek ve seyahat özgürlükleri de bulunmak üzere insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini ve bunlara yönelik saldırıları mahkûm eder»).
- 17 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Karar. 1019, 9 Kasım 1995; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Karar. 1034, 21 Aralık 1995; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar. 50/193, 22 Aralık 1995; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. 1996/71, 23 Nisan 1996.
- 18 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. 1992/60, 3 Mart 1992, Başlangıç. (par. 3, 6 et 8) Bu paragraflar sırasıyla, kararın, diğerlerinin yanı sıra insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne dayandığını, Komisyon'un «Kuveyt'in işgali sırasında gerçekleştirilen insan hakları ve temel özgürlüklerine yönelik ihlaller karşısında derin kaygılarını ifade ettiğini», ve «gözetim altında tutulan savaş esirleri ve sivilere yapılan muamelelerin insancıl hukukun uluslararası kabul gören ilkelerine uygun olmadığı yönündeki istihbaratı derin bir kaygıyla kaydettiğini» belirtmektedir. Genel Kurul'un 17 Aralık 1991 tarihli ve 46/135 sayılı kararında benzer beyanlar bulunmaktadır.
- 19 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1998/75, 22 Nisan 1998.
- 20 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2000/58, 25 Nisan 2000, Başlangıç (10. bent) («çatışma hallerinde, insan haklarına ilişkin uluslararası hukukun ve insancıl hukukun normlarına uyma (...) zorunluluğu») ve par. 4 (Rusya'yı, «Çeçenistan Cumhuriyeti'nde gerçekleştirilmiş olabilecek insan hakları ihlalleri ve insancıl hukuk ihmalleri iddiaları hakkında süratle soruşturma yapmaya davet etmektedir.»).
- 21 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. 1996/73, 23 Nisan 1996.
- 22 Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Liberya'daki Birleşmiş Milletler Gözlem Misyonu (MONUL) hakkında On Beşinci Rapor, Birleşmiş Milletler Belgesi S/1996/47, 23 Ocak 1996.
- 23 Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Sierra Leone'deki Birleşmiş Milletler Gözlem Misyonu (MONUSIL) hakkında vekâleten hazırlanan geçici Birleşmiş Milletler Belgesi S/1998/750, 12 Ağustos 1998.
- 24 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. S-5/1, 19 Ekim 2000, par. 6 («İşgal altındaki Filistin topraklarında kısa süre önce işgalci İsrail kuvveti tarafından gerçekleştirilen ve insan hakları ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun vahim ihlallerini oluşturan eylemler hakkında bilgi toplamakla (...) görevlendirilecek bir soruşturma komisyonunun (...) oluşturulmasını» kararlaştırmıştır). Başlangıç bölümünün ilk ve son paragrafları sırasıyla insan hakları andlaşmalarını ve insancıl hukuk andlaşmalarını zikretmektedirler.
- 25 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. 1991/67, 6 Mart 1991, par. 9 («Irak işgal ve istila kuvvetlerince işgal edilen Kuveyt'te gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini incelemekle görevli» bir özel raportör tayin edilmesini kararlaştırmaktadır)
- 26 Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi Kararı 1985/147, 30 Mayıs 1985, Karar, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 1985/38 sayılı ve 13 Mayıs 1985 tarihli kararını dikkate almakta ve Komisyon'un «Afganistan'daki insan hakları ve temel özgürlükleri meselesini incelemekle görevli özel raportörün görev süresini bir yıl uzatmak ve bu ülkedeki insan haklarının durumu

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda hem insancıl hukukun hem ne insan haklarının saygı görmesini denetleyen ve teşvik eden ulusal bürolara sahiptir.²⁷

1985'ten itibaren Afganistan'daki ve Irak işgali sırasında Kuveyt'teki duruma ilişkin soruşturma raporları gibi bu soruşturmalara Devletlerin verdiği tepkiler de, bu iki hukuk alanının eşzamanlı olarak uygulanabilirliğinin kabul edildiğine tanıklık eden örnekler oluşturmaktadırlar.

Birleşmiş Milletler'in Afganistan için tayin ettiği özel raportörlerin muhtelif raporları, meselenin hem insan hakları hem de insancıl hukuka temas eden cephelelerine göndermede bulunmuşlardır; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan rapor bu duruma örnek gösterilebilir.²⁸ Söz konusu raporun gördüğü olumlu tepkiyi yansıtan, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun konsensüsle benimsediği kararda Komisyon, «Afgan yetkililerinin, yabancı askeri birliklerin sağladığı yoğun destekle, (...) uluslararası düzeyde üstlenmiş buldukları insan hakları yükümlülüklerine hiçbir şekilde saygı göstermeksizin hareket etmelerinden» dolayı derin biçimde kaygılandığını beyan etmiş, «temel insan hakları ve özgürlüklerini kullanmaya çalıştıkları için gözaltına alınan kişilerin sayısı ve bunların, uluslararası düzlemde tanınan normlara aykırı şartlarda gözaltında tutulmaları» karşısında duyduğu derin kaygıyı ifade etmiş ve « insan haklarının sayısız ihlallerinin büyük mülteci hareketlerine yol açmaya devam ettiğini büyük bir kaygı ile » kaydetmiş ve «çatışmanın taraflarının, uluslararası insancıl hukuk ilke ve kurallarını tam olarak uygulamalarını» talep etmiştir.²⁹

Irak'ın Kuveyt'i işgaline ilişkin rapor, keyfi tutuklamalar, kaybolmalar, yaşam hakkı, beslenme hakkı ve sağlık hakkı gibi meseleleri, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin hükümleri gibi insancıl hukukun da ışığında incelemiştir. Rapor, özellikle vurgulamaktadır ki “bütün bireylerin temel insan haklarının barış zamanında ve silahlı çatışma döneminde saygı ve koruma görmesi gerektiği hususunda uluslararası toplum mutabakat halindedir.”³⁰ 1991 yılında, Irak işgali

hakkında Genel Kurul'a ve (...) İnsan Hakları Komisyonu'na (...) rapor sunmasını kendisinden talep etmek» yönündeki, E/1985/85, 1985 sayılı Birleşmiş Milletler belgesinde nakledilen kararını onaylamaktadır. Görev süresi pek çok defa yenilenmiştir. Bkz. Başlangıç bölümünde Afganistan için özel raportörlerin 1985 ilâ 1997 arasında sundukları raporların sayıldığı Birleşmiş Milletler belgesi A/52/493, 16 Ekim 1997.

27 Örn., Santafé de Bogotâ'da Yüksek Komiser ile hükümet arasında yapılan bir andlaşma uyarınca 1996 yılının Kasım ayında kurulan İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Bürosu'nun görevi, insan haklarının durumunu gözlemlmek ve «ülkede, insan haklarının saygı görmesini ve insancıl hukukun uygulanmasını (...) teşvik etmek»tir. (Bkz. Kolombiya'da İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nin büro kurmasına ilişkin andlaşma, par. 5, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nin Kolombiya'ya ilişkin raporunun eki, Birleşmiş Milletler Belgesi E/CN.4/1997/11, 24 Ocak 1997).

28 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Afganistan'da İnsan Haklarının Durumu Hakkında Özel Raportör, Rapor, Birleşmiş Milletler belgesi E/CN.4/1987/22, 19 Şubat 1987.

29 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1987/58, 11 Mart 1987, par.2, 7, 9 ve 10.

30 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Birleşmiş Milletler Belgesi E/CN.4/ 1992/26, 16

altındaki Kuveyt'teki insan haklarının durumu konusunda benimsenen kararlarda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, özel raportörün sunduğu rapor konusunda takdirlerini ifade etmişlerdir.³¹

İnsan hakları hukukunun ülkesel uygulanma alanı

İnsan Hakları antlaşmalarının çoğu, taraf Devletlerin yetkilerini icra ettikleri her yerde uygulanmaları gerektiğini açıkça bildirirler. Bununla beraber belirtmek gerekir ki söz konusu antlaşmalar tarafından oluşturulan organlar gibi, pek çok halde Devletlerin uygulamaları da bu hükümleri, Devlet organlarının gerçek bir yetki (kudret) kullandıkları (etkin denetim icra ettikleri) bütün ülke parçalarını ifade eder biçimde yorumlamışlardır.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre taraf Devletler, "işbu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve ülkeleri üzerinde bulunan ve yetkilerine tabi olan bütün bireyler bakımından bunların güvenceye alınmasını taahhüt ederler". Devletlerin uygulaması, bu hükmü çok geniş biçimde yorumlamıştır. Özel olarak, Kuveyt'in Irak "ülkesi" sayılmamasına ve kendisine bu bakımdan hiçbir resmi yetki tanınmamasına rağmen, Irak işgali altındaki Kuveyt'te insan haklarının durumunu incelemekle görevli Birleşmiş Milletler özel raportöründen Irak'ın Kuveyt'teki insan haklarına gösterdiği saygı ya da bunları ihlali hakkında rapor sunması Devletlerce talep edilmiştir. Yukarıda işaret edildiği üzere özel raportör, Sözleşme hükümlerinin Irak tarafından Kuveyt'te uygulanmasını tahlil etmiş ve raporu Devletler tarafından olumlu karşılanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birinci maddesi ve İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin birinci maddesi, bu antlaşmaların taraf Devletlerce yetkilerine tabi bulunan her kişiye uygulanmaları gerektiğini belirtmektedirler. Bu iki anlaşma tarafından ihdas edilen organlar bu yetki kavramını ülke üzerinde "etkin denetim" anlamına gelecek şekilde yorumlamışlardır. Kıbrıs'ın kuzey kesimindeki duruma ilişkin 1995 tarihli *Loizidou* Türkiye'ye karşı kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askeri bir operasyonu müteakiben ulusal ülkesinin dışında kalan bir bölgede fiilen etkili denetim icra eden bir Devletin Sözleşme'ye saygı göstermekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.³² *Bankovic ve diğerleri 17 NATO üyesi Devlete karşı* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir Devletin "askeri bir işgali müteakiben ya da yerel

Ocak 1992, par. 33; Ayrıca Bkz. Çatışma ve işgal dönemlerinde insancıl hukuk gibi insan hakları hukukunun da uygulanabilirliğinin temellerinin dökümünü sunan ve bunları tahlil eden, Walter Kälin ve Larisa Gabriel'in bu rapora yazdığı giriş yazısı. Şu eser içinde yeniden basılmıştır: Walter KÄLİN (ed.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Law Books in Europe, Berne, 1994.

31 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar. 46/135, 17 Aralık 1991 (konsensüsle benimsenmiştir), par. 2; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Karar 1991/67, 6 Mart 1991 (lehte 41oy, aleyhte 1 oy ve 0 çekimser oyla benimsenmiştir), par. 1.

32 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Loizidou Türkiye'ye karşı*, karar (Ön itirazlar), 23 Mart 1995, par. 62.

hükümetin rızası, daveti ya da muvafakati uyarınca, sınırlarının dışında kalan bir ülke ve ahalisi üzerinde icra ettiği etkin denetim yoluyla, normal olarak yerel hükümetin ayrıcalıklı yetki alanına dâhil olan kamu kudretlerinin bazılarını ya da tamamını üstlenmesi halinde, Sözleşme'nin ülke ötesi uygulanmasını kabul ettiğini” teyit etmiştir.³³ *Alejandro ve diğerleri Küba'ya karşı* davasında Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu'nun, İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin uygulanabilirliğini belirlemek için başvurduğu da aynı etkin denetim kriteridir; Komisyon *Loizidou* kararına gönderme yaparak aynı doğrultuda karar almıştır.³⁴

Kural 87. – Sivil kişilere ve muharebe dışı kişilere insaniyetle muamele edilmelidir

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Savaş esirlerine insaniyetle muamele etme yükümü daha Lieber Kodu'nda, Brüksel Deklarasyonunda ve Oxford el kitabında tanınmış ve Lahey Tüzüğü ile kodifikasyona uğramıştır³⁵. Sivillere ve muharebe dışındaki kişilere insaniyetle muamele etme gerekliliği hem Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3.maddesinde hem de bu dört sözleşmenin özel maddelerinde hükme bağlanmıştır³⁶. Bu gereklilik, I. ve II. Ek Protokollerde temel bir güvence olarak tanınmıştır³⁷.

33 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bankovic, Stoimenovski, Joskimovic, Stojadinovic ve Sukovic Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, İspanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Norveç, Hollanda, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Birleşik Krallık ve Türkiye'ye karşı*, Kabul edilebilirlik kararı, 12 Aralık 2001, par. 71.

34 Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu, vaka 11.589, *Alejandro ve diğerleri Küba'ya karşı*, Rapor No. 86/99, 29 Eylül 1999, par. 24-25.

35 Lieber Kodu (1863), madde 76 (aktaran: II. Cilt, Bölüm 32, par. 215); Brüksel Deklarasyonu (1874), madde 23, bent 3 (ibid., par. 216); Oxford El Kitabı (1880), madde. 63 (ibid., par. 217); Lahey Tüzüğü (1907), madde. 4, bent. 2 (ibid., par. 206).

36 Cenevre Sözleşmeleri (1949), Ortak 3. madde (ibid., par. 1); I. Cenevre Sözleşmesi, (1949), madde. 12, bent. 1 (ibid., par. 143); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde. 12, bent. 1 (ibid., par. 144); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde. 13 (ibid., par. 208); IV. Cenevre Sözleşmesi, (1949), madde. 5 ve madde 27, bent. 1 (ibid., par. 82-83).

37 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2); Ek I. Protokol (1977), madde. 4, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3).

İnsanîyetle muamele etme gerekliliği, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır³⁸. Bu gereklilik, ulusal ve uluslararası içtihadta da teyit edilmiştir³⁹. İnsan hakları hukuku da kişiye insani muamele edilmesi üzerine kuruludur. İnsan Hakları belgeleri, özgürlükten mahrum bırakılmış kişilerin insani muamele görmesi ve insanlık onurlarına saygı gösterilmesi gerekliliği üzerinde özellikle durmaktadırlar⁴⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde, özgürlükten mahrum bırakılmış kişilerin insanîyetle ve insan kişiliğinin özüne bağlı onura saygı ile muamele görmesini gerektiren 10. maddenin hiçbir ayrık hale tabi kılınamayacağı ve her zaman uygulanabilir olduğunu beyan etmiştir⁴¹.

İnsani muamelenin tanımı

Bazı metinler bu bağlamda kişinin «onur»una saygı ya da «kötü muameleler»in yasaklanmasına gönderme yapmakla beraber, «insani muamele» kavramı açıklığa kavuşturulmamıştır⁴². Başkalarına insanîyetle muamele etmek gerekliliği, temel bir

38 Örn. Bkz. Şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 27), Arjantin (ibid., par. 9-10 et 90-91), Avustralya (ibid., par. 11 et 92-93), Belçika (ibid., par. 12 ve 94), Benin (ibid., par. 13 et 95), Burkina Faso (ibid., par. 14), Kamerun (ibid., par. 15-16), Kanada (ibid., par. 17), Kolombiya (ibid., par. 18 ilâ 20), Kongo (ibid., par. 21), Hırvatistan (ibid., par. 22), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 48 ilâ 51), Fransa (ibid., par. 24 ilâ 26), Hindistan (ibid., par. 28), Kenya (ibid., par. 30), Madagaskar (ibid., par. 31), Mali (ibid., par. 32), Fas, (ibid., par. 33), Nikaragua (ibid., par. 37), Yeni Zelanda (ibid., par. 36), Hollanda (ibid., par. 34-35), Peru (ibid., par. 38), Filipinler (ibid., par. 39), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 23), Romanya (ibid., par. 40), Birleşik Krallık (ibid., par. 47), Rusya (ibid., par. 41), Senegal (ibid., par. 42-43), İsveç (ibid., par. 44), de İsviçre (ibid., par. 45) Togo (ibid., par. 46); ayrıca Bkz. İsrail tarafından rapor edilen uygulama (ibid., par. 29).

39 Örn. Bkz. Şili, Santiago İstinaf Mahkemesi, *Videla* davası (ibid., par. 57); Rusya, Anayasa Mahkemesi, *Çeçenistan'daki durum vakası*, (ibid., par. 58); Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu, *vaka 10.559 (Peru)* (ibid., par. 71); Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua (esas)*, karar (ibid., par. 69); Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zlatko Aleksovski'ye karşı davası*, karar, (ibid., par. 70).

40 Bkz. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948),madde. XXV (ibid., par. 218); Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 10, par. 1 (ibid., par. 211); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 5, par. 1 (ibid., par. 212); Avrupa Cezaevi Kuralları (1987), Kural 1 (ibid., par. 219); Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, (1988), Birinci ilke, (ibid., par. 220); Gözaltına Alınanlara Yapılacak Muameleye İlişkin Temel İlkeler, (1990), par. 1 (ibid., par. 221).

41 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni 4. maddesi) (ibid., par. 321).

42 «Onur» terimini kullanan metinler arasında örn. şunlar yer almaktadır: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde. 10, par. 1 (ibid., par. 211); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde. 5, par. 2 (ibid., par. 212); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı, (1981), madde. 5; Herhangi bir gözaltına alma ya da hapsetme biçimine maruz kalan bütün kişilerin korunması için ilkeler bütünü, (1988), Birinci ilke (ibid., par. 220); Gözaltına alınanlara yapılacak muameleye ilişkin temel ilkeler (1990), par. 1 (ibid., par. 221); Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Sirküleri (1999), madde 8 (ibid., par. 224); Almanya'nın (ibid., par. 248), Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., par. 122 ve 284), Fransa'nın (ibid., par. 246) Peru'nun (ibid., par. 38); sahra talimnameleri, Paraguay'ın (ibid., par. 55) ve Uruguay'ın (ibid., par. 294) mevzuatı; Ayrıca Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 21 (Uluslararası Medeni ve Siyasi

kavramdır. Uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku metinlerinde yer alan ayrıntılı hükümlerin «insani muamele» kavramına sarahat getirdikleri genel olarak kabul edilmektedir. XXXIII ilâ XXXIX. alt-Bölümlerde yer alan kurallar; yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri, özgürlükten mahrum bırakılmış kişiler, yer değiştirmiş kişiler, kadınlar, yaşlı kişiler, özürlüler ve sakatlar gibi bazı kişi kategorilerine insaniyetle muamele etme gerekliliğinin uygulamalarını içermektedirler. Bununla beraber söz konusu kurallar, insani muamele kavramının anlamını tamamen tüketmemektedirler, zira bu kavram zamanla, toplumda gerçekleşen değişimlerin etkisi altında evrim geçirir. Bu husus, örneğin şu noktada göze çarpmaktadır: insani muamele gerekliliği XIX. yüzyılın ortalarından beri uluslararası antlaşmalarda zikredilmiş, buna mukabil bu gereklilikten kaynaklanan ayrıntılı hükümler o zamandan beri geliştirilmiştir ve evrim geçirmeye devam edebilirler.

Kural 88. – Uluslararası insancıl hukukun uygulanmasında, ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da inanç, siyasi ya da diğer görüşler, ulusal ya da sosyal köken, servet, doğum ya da başka bir duruma ya da bunlara benzer her türlü kritere dayalı, her türden aleyhte ayırmacılık yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivil kişilere ve muharebe dışındaki kişilere yapılacak muamelede her türlü aleyhte ayırımın yasaklanması, Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinde ve III. ve IV.

Haklar Sözleşmesi'nin 10. maddesi (ibid., par. 320) et Genel Gözlem no 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 321); Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zlatko Aleksovski'ye karşı* davası, (ibid., par. 70); Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Basın duyurusu, 01/47 (ibid., par. 80). «Kötü Muameleler»i yasaklamaya gönderme yapan metinler arasında şunlar sayılabilir: Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Nürnberg) (1945), madde 6 (ibid., par. 982); Romanya sahra talimnamesi, (ibid., par. 111); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar. 1989/67, 1990/53, 1991/78 et 1992/68 (ibid., par. 311) ve Karar 1991/67 ve 1992/60 (ibid., par. 312); Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Angola'da uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında Muhtıra, (ibid., par. 343) ve Türkuaz Operasyonu'na katılan kuvvetler tarafından uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi hakkında Muhtıra (ibid., par. 344).

Cenevre Sözleşmelerinde yer almaktadır⁴³. Bu yasak, Ek I ve II. Protokoller tarafından temel güvence olarak tanınmaktadır⁴⁴. Kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer almakta⁴⁵ ve resmi beyanlar ve başka türlü uygulamalar tarafından da desteklenmektedir⁴⁶.

“Aleyhte ayrımcılık” kavramı, şu anlama gelmektedir: Kişiler arasında ayrımcılığa gidilmesi yasak olmakla beraber bakım ihtiyaçları en acil olan kişilere öncelik tanımak için ayrımcılığa gitmek mümkündür. Bu ilkenin uygulaması olarak, yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri arasında tıbbi nitelikte kriterlerden başka kriterlere dayanan hiçbir ayırım yapılmamalıdır. (bkz. Kural 110). Bu ilkenin bir başka uygulamasına tesadüf edilen III. Cenevre Sözleşmesi’nin 16. maddesi uyarınca:

“İşbu Sözleşmenin rütbe ve cinsiyete müteallik hükümleri göz önünde tutulmak ve sıhhi vaziyetleri, yaşları veya mesleki vasıfları dolayısıyla harp esirlerine bahşolunması melhuz her türlü imtiyazlı muameleler mahfuz kalmak şartıyla, esirleri elinde tutan Devlet tarafından ırk, milliyet din, siyasi ve sair içtihatlarla ve mümasil kıstaslara dayanan aleyhte bir tefrik gözetilmeksizin bunlara müsavat dairesinde muamele olunacaktır”⁴⁷. Aleyhte bir ayırımın bazı kurallar bakımından hukuka uygun olabileceğine işaret eden hiçbir husus yoktur ve hiçbir Devlet bu tür istisnaların varlığını teyit etmemiştir.

43 Cenevre Sözleşmelerinin (1949) ortak 3. maddesi (ibid., par. 356); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde. 16; IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde. 13.

44 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (aktaran: cilt. II, Bölüm. 32, par. 368); Ek I. Protokol (1977), madde 4, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 370); ayrıca Bkz. Ek I. Protokol (1977), Başlangıç. (ibid., par. 366), madde 9, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 367), madde 69, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 462) ve madde 70, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 463); Ek I. Protokol (1977), madde 2, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 369) ve madde 18, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 464).

45 Örn. Bkz. Almanya’nın (ibid., par. 472, 511 et 561-562), de Arjantin’in (ibid., par. 385-386, 469, 499 ve 554-555), Avustralya’nın (ibid., par. 387, 500-501 ve 556), Belçika’nın (ibid., par. 388 ve 502-503), Benin’in (ibid., par. 389, 504 ve 557), Bosna-Hersek’in (ibid., par. 390 ve 505), Burkina Faso’nun (ibid., par. 391), Kamerun’un (ibid., par. 392), Kanada’nın (ibid., par. 393, 470-471, 506 ve 558-559), Kolombiya’nın (ibid., par. 394-395), Kongo’nun (ibid., par. 396), Hırvatistan’ın (ibid., par. 507), El Salvador’un (ibid., par. 397), Ekvator’un (ibid., par. 509 ve 560), İspanya’nın (ibid., par. 520 ve 566), Amerika Birleşik Devletleri’nin (ibid., par. 415 ilâ 417, 480-481, 525 ilâ 527 ve 570 ilâ 572) Fransa’nın (ibid., par. 398-399 ve 510), İsrail’in (ibid., par. 400 ve 512), İtalya’nın (ibid., par. 473 ve 513), Kenya’nın (ibid., par. 401), Madagaskar’ın (ibid., par. 402), Mali’nin (ibid., par. 403), Fas’ın (ibid., par. 404 ve 514), Nikaragua’nın (ibid., par. 408, 475 ve 517), Nijerya’nın (ibid., par. 518-519 et 565), Yeni Zelanda’nın (ibid., par. 407, 474 ve 564), Hollanda’nın (ibid., par. 405-406, 515-516 ve 563), Peru’nun (ibid., par. 409), Dominik Cumhuriyeti’nin (ibid., par. 508), Birleşik Krallık’ın (ibid., par. 414, 478-479, 523-524 et 569), Senegal’in (ibid., par. 410-411), İsveç’in (ibid., par. 412 ve 476), İsviçre’nin (ibid., par. 477, 521 ve 567), Togo’nun (ibid., par. 413, 522 ve 508), ve Yugoslavya’nın (ibid., par. 528) sahra talimnameleri.

46 Örn. Bkz. Bosna-Hersek’in (ibid., par. 534) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (ibid., par. 440), beyanları, Irak’ın uygulaması (ibid., par. 438) ve Çin’in (ibid., par. 487) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (ibid., par. 441) rapor edilen uygulamaları.

47 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde. 16.

Aleyhte ayırım yasağının insan hakları alanındaki muadili, ayrımcılık yapmama ilkesi olmaktadır. İnsan Hakları hukukunun uygulanmasında ayrımcılık yapma yasağı, Birleşmiş Milletler Şartı ve büyük insan hakları antlaşmalarında da yer almaktadır⁴⁸. Ayrımcılığa uğramama hakkına ayırık haller getirilmesi imkânı ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde şu hususları beyan etmiştir:

26. madde ya da Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin diğer hükümleri (...) 4. maddenin ikinci paragrafında sayılmış olan ve ayırık haller kabul etmeyen hükümler arasında yer almamakla beraber ayrımcılığa uğramama hakkının bazı unsurları ya da görünüşleri vardır ki şartlar ne olursa olsun bunlara hiçbir ayırık hüküm getirilemez. Özellikle, Sözleşme'den ayırık tedbirler uygulandığı sırada kişiler arasında herhangi bir ayrıma gidilmişse 4. maddenin 1. paragrafının bu hükmü saygı görmelidir⁴⁹.

Sözleşmenin 4. maddesinin 1. paragrafı, Sözleşme'de öngörülen yükümlerden ayırık olarak alınan tedbirlerin «sadece ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya sosyal kökene dayalı ayrımcılık» doğurmasını gerektğini hükme bağlamaktadır⁵⁰. Siyasi ya da diğer her türden görüşe, ulusal kökene, servete, doğum ya da başka her türden duruma bağlı gerekçelerle ayrımcılık yapılması Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. paragrafı tarafından yasaklanmakla beraber bu gerekçeler 4. maddede sayılmamaktadır; 1. paragraf ayırık hallere ilişkindir⁵¹. Ancak, şurası manidardır ki, ek Protokoller siyasi ya da diğer görüşlere, ulusal kökene, servete, doğuma ya da başka bir duruma dayalı ayrımcılığı yasaklamakta, böylelikle bu kriterlere dayalı ayrımcılık yasağının silahlı çatışma halinde bile hiçbir ayırık hale konu olamayacağı hususunu tanımış olmaktadır⁵². Siyasi ya da her türlü diğer görüş, ulusal köken, servet, doğum ya da başka bir durumla ilişkili mülahazalarına dayalı her türlü ayırımı yasaklayan ve hiçbir

48 Birleşmiş Milletler Şartı, (1945), madde 1, par. 3 (aktaran: cilt. II, bölüm. 32, par. 355); Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 2, par. 1 (ibid., par. 359); Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966), madde 2, par. 2 ve 3 (ibid., par. 362-363); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 14 (ibid., par. 357); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 1, par. 1 (ibid., par. 364); Afrika İnsanın ve Halkları Hakları Şartı (1981), madde 2 (ibid., par. 372); Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1965), madde 2 (ibid., par. 358); Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1979), madde 2 (ibid., par. 371); Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989), madde 2, par. 1 (ibid., par. 373).

49 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi.) (ibid., par. 450).

50 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 4, par. 1 (ibid., par. 360); Ayrıca Bkz. benzer bir hüküm içeren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 27, par. 1, (ibid., par. 365).

51 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, (1966), madde 2, par. 1 (ibid., par. 359) ve madde 4, par. 1 (ibid., par. 360).

52 Ek I.Protokol (1977), Başlangıç, (ibid., par. 366), madde 9, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 367) ve madde 75, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 368); II. Ek I.Protokol (1977), madde 2 par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 369) ve madde 4, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 370).

ayrık hale izin vermeyen Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı ve Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme'nin benimsediği yaklaşım da budur⁵³.

Apartheid

I. Ek Protokole göre: «apartheid uygulamaları ve ırk ayrımcılığına dayalı, kişinin onuruna yönelik saldırılara meydan veren diğer gayriinsanî ve aşağılayıcı uygulamalar» ağır ihlaller oluşturmaktadırlar⁵⁴. Bu kural birçok sahra talimnamelerinde yer almaktadır⁵⁵. Aynı zamanda, sayısız Devletin mevzuatlarında da mevcuttur⁵⁶. Dahası, birçok uluslararası antlaşma ve diğer belge açısından, apartheid insanlığa karşı suç oluşturmaktadır⁵⁷. Birçok Devletin mevzuatı da apartheid'ı insanlığa karşı suç olarak yasaklamaktadır⁵⁸.

Kural 89. – Kasten adam öldürmek yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

53 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 2 (ibid., par. 372); Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989), madde 2, par. 1 (ibid., par. 373).

54 Ek I.Protokol (1977), madde 85, par. 4, al. c) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 584).

55 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, (ibid., par. 597), Almanya (ibid., par. 592), Arjantin (ibid., par. 589), Kanada (ibid., par. 590), İspanya (ibid., par. 598), İtalya (ibid., par. 593), Yeni Zelanda (ibid., par. 595), Hollanda (ibid., par. 594) ve İsviçre (ibid., par. 599).

56 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan, (ibid., par. 600), Avustralya (ibid., par. 601-602), Azerbaycan (ibid., par. 603), Belçika (ibid., par. 604), Bulgaristan (ibid., par. 605), Kanada (ibid., par. 607), Kolombiya (ibid., par. 609), Kıbrıs (ibid., par. 612), İspanya (ibid., par. 630), Gürcistan (ibid., par. 615), Macaristan (ibid., par. 616), Cook Adaları (ibid., par. 611), İrlanda (ibid., par. 617), Moldavya (ibid., par. 621), Nijer (ibid., par. 626), Yeni Zelanda (ibid., par. 623), Norveç (ibid., par. 627), Hollanda (ibid., par. 622), Peru (ibid., par. 628), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 613), Birleşik Krallık (ibid., par. 633), Slovakya (ibid., par. 629), Tacikistan (ibid., par. 631) ve Zimbabve (ibid., par. 635); Ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat projeleri: El Salvador (ibid., par. 614), Ürdün (ibid., par. 618), Lübnan (ibid., par. 619) ve Nikaragua (ibid., par. 625).

57 *Apartheid* Suçunun Ortadan Kaldırılması ve Bastırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, I. madde (ibid., par. 583); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1998), madde 7, par. 1, bent. j) (ibid., par. 585); ATNUTO, (Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi) Tüzük No. 2000/15 (2000), par. 5.1, al (j) (ibid., par. 588).

58 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 602), Kanada (ibid., par. 608), Kongo (ibid., par. 610), Mali (ibid., par. 620), Yeni Zelanda (ibid., par. 624) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 634); ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat projeleri: (ibid., par. 606) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 632).

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sivillerin öldürülmesi yasağı daha Lieber Kodu'ndan itibaren hükme bağlanmıştı⁵⁹. Sivillerin ve savaş esirlerinin öldürülmesi, Nürnberg Uluslar arası Askeri Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde savaş suçları arasında yer almaktaydı⁶⁰. Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesi sivillerin ve muharebe dışında kalan kişilerin «hayatına ve vücut tamlığına yönelik saldırıları, özellikle her biçimiyle adam öldürmeyi» yasaklamaktadır⁶¹. Dört Cenevre Sözleşmesi, koruma altındaki kişilere yönelik « kasten adam öldürme » fiiline ağır ihlaller arasında yer vermektedir⁶². Cinayet yasağı, I. ve II. Ek Protokollerce de temel bir güvence olarak tanınmaktadır⁶³. Adam öldürme, hem Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü uyarınca gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan çatışmalar bakımından, hem de Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statüleri uyarınca savaş suçu oluşturmaktadır⁶⁴.

Sivilleri ve muharebe dışı kalmış kişileri öldürme yasağı, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde ifadesini bulmaktadır⁶⁵. Bu yasağın, çok sayıda Devletin mevzuatında da yer almaktadır⁶⁶. Yasağın, ulusal ve uluslararası içtihatla geniş ölçüde

59 Lieber Kodu (1863), madde 23 ve 44 (ibid., par. 678-679).

60 Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü, (Nürnberg) (1945), madde 6, bent. 2 b) (ibid., par. 654).

61 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak 3. madde (ibid., par. 655).

62 I. Cenevre Sözleşmesi, (1949), madde 50 (ibid., par. 662); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 51 (ibid., par. 662); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 662); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 662).

63 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 2, bent. a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 669); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, bent. a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 670).

64 (64) Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1998), madde 8, par. 2, bent. a) i) ve madde 8, par. 2, bent. c) i) (ibid., par. 675-676); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1993), madde 2, bent. 1 a) (ibid., par. 695); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 4, bent. 1 a) (ibid., par. 696); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 3, bent 1 a) (ibid., par. 677).

65 (65) Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, (ibid., par. 748), Almanya (ibid., par. 725-726), Arjantin (ibid., par. 702-703), Avustralya (ibid., par. 704-705), Belçika (ibid., par. 706), (ibid., par. 707), Bosna-Hersek (ibid., par. 708), Burkina Faso (ibid., par. 709), Kamerun (ibid., par. 710-711), Kanada (ibid., par. 712), Kolombiya (ibid., par. 713 ilâ 715), Kongo (ibid., par. 716), Hırvatistan (ibid., par. 717-718), El Salvador (ibid., par. 720), Ekvator (ibid., par. 719), İspanya (ibid., par. 749), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 757 ilâ 761), Fransa (ibid., par. 721 ilâ 724), Macaristan (ibid., par. 727), İsrail (ibid., par. 728), İtalya (ibid., par. 729), Kenya (ibid., par. 730), Madagaskar (ibid., par. 732), Mali (ibid., par. 733), Fas (ibid., par. 734), Nikaragua (ibid., par. 737), Nijerya (ibid., par. 738 ilâ 740), Yeni Zelanda (ibid., par. 736), Uganda (ibid., par. 753), Hollanda (ibid., par. 735), Peru (ibid., par. 741-742), Filipinler (ibid., par. 743), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 731), Romanya (ibid., par. 744), Birleşik Krallık (ibid., par. 755-756), Rusya (ibid., par. 745), Senegal (ibid., par. 746-747), İsviçre (ibid., par. 750-751) ve Togo (ibid., par. 752).

66 Örn. Bkz. Mevzuat, (ibid., par. 762 ilâ 853).

teyit edilmiştir⁶⁷. Ayrıca, resmi beyanlar ve başka türden uygulamalarda bu yaşağı desteklemektedir⁶⁸.

- 67 Örn. Bkz. Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Ohashi ve Baba Masao* davaları (ibid., par. 854); Belçika, Brüksel Divan-ı Harbi, *Savcılık G.W. 'ye karşı* (ibid., par. 855); Şili, Santiago İstinaf Mahkemesi, *Videla* davası (ibid., par. 856); Çin, Ulusal Savunma Bakanlığı'nın Nankin'deki Savaş Suçları Askeri Mahkemesi, *Takashi Sakai* davası, (ibid., par. 854); Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, *Karar n° C-225/95* (ibid., par. 857); Amerika Birleşik Devletleri, Roma Askeri Komisyonu, *Dostler* davası (ibid., par. 854); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı* (Rehineler davası) (ibid., par. 854); Amerika Birleşik Devletleri, Uzak Doğu Askeri Komisyonu, *Jaluit Atoll* davası (ibid., par. 858); Amerika Birleşik Devletleri, Askeri İstinaf Mahkemesi, *John Schultz* davası, (ibid., par. 859); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Eichmann* davası, (ibid., par. 854); Norveç, İstinaf Mahkemesi, *Bruns* (ibid., par. 854) ve *Hans* davaları (ibid., par. 854); Hollanda, Makassar Geçici Divan-ı Harbi, *Motomura* davası, (ibid., par. 854); Hollanda, Makassar Geçici Divan-ı Harbi, *Notomi Sueo* davası, (ibid., par. 854); Hollanda, Amboina Geçici Divan-ı Harbi, *Motosuke* davası (ibid., par. 854); Hollanda, Özel Yargıtay, *Silbertanne* (ibid., par. 854) ve *Burghof* cinayetleri davaları (ibid., par. 854); Hollanda, Arnhem Özel Mahkemesi (savaş suçları), *Enkelstroth* davası (ibid., par. 854); Birleşik Krallık, Almelo Askeri Mahkemesi, *Sandrock* davası (ibid., par. 854); Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua* davası (esas), karar (ibid., par. 925); Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlar, danışma görüşü, (ibid., par. 926); Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemesi, *Savcı Elizaphan Ntakirutimana ve suç ortaklarına karşı*, tadil edilmiş iddianame, (ibid., par. 927); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Duško Tadić, alias «Dule», 'ye karşı*, savunmanın yetkisizliğe ilişkin ilk itirazına dayalı istinaf talebi hakkında karar, tadil edilmiş ikinci iddianame ve hüküm (ibid., par. 928 ilâ 930), *Mahkemenin Savcısı Mile Mrkšić ve suç ortaklarına karşı*, ilk iddianame ve iddianamenin incelenmesi, (ibid., par. 931), *Savcı Dražen Erdemović'e karşı*, mahkumiyete hükmeden karar, İstinaf Dairesi kararı ve mahkumiyet ihtiva eden karar, *bis*, (ibid., par. 932), *Savcı Zejnil Delalić ve suç ortaklarına karşı*, karar (ibid., par. 933), *Savcı Goran Jelisić'e karşı*, karar (ibid., par. 934), *Savcı c. Zoran Kupreškić ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 935), *Savcı Tihomir Blaškić'e karşı*, karar, (ibid., par. 936) ve *Savcı Dario Kordić ve Mario Cerkez'e karşı*, tadil edilmiş ilk iddianame ve karar, (ibid., par. 937); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 6 (Uluslararası Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi 6. maddesi) (ibid., par. 938); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Pedro Pablo Camargo Kolombiya'ya karşı vakası* (ibid., par. 939); Afrika İnsanını ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hakları ve Özgürlükleri Ulusal Komisyonu Çad'a karşı vakası* (ibid., par. 940); Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Dujardin ve diğerleri Fransa'ya karşı vakası* (ibid., par. 941); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *McCann ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 942), *Ergi Türkiye'ye karşı*, (ibid., par. 943), *Yasa Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 943), *Kurt Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 944), *Kaya Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 945), *Avsar Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 946) ve *K.-H. W. Almanya'ya karşı* (ibid., par. 947) davaları; Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu, 1968 oturumunda benimsenen tavsiye kararı (ibid., par. 948), *10.559 (Peru)* (ibid., par. 949), *6724 (El Salvador)*, *10.190 (El Salvador)* ve *10.284 (El Salvador)* (ibid., par. 950), *10.287 (El Salvador)* (ibid., par. 951) vakaları, Peru'daki insan hakları durumu hakkında rapor, (ibid., par. 952), *11.137 (Arjantin)* (ibid., par. 953) ve *Riofrío katliamı (Kolombiya)* (ibid., par. 954) vakaları; Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez vakası* (ibid., par. 955) ve *Neira Alegria ve diğerleri vakası* (ibid., par. 956).
- 68 Örn. Bkz. şu devletlerin beyanları: Güney Afrika (ibid., par. 884), Botswana (ibid., par. 860), Brezilya (ibid., par. 861), Çin (ibid., par. 863), Kolombiya (ibid., par. 864-865), Kostarika (ibid., par. 866), Mısır (ibid., par. 867), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 886-887 et 889), Endonezya, (ibid., par. 870), İsrail (ibid., par. 871), Malezya (ibid., par. 872), Meksika (ibid., par. 873), Nauru (ibid., par. 874), Nijerya (ibid., par. 877), Umman, (ibid., par. 878), Hollanda, (ibid., par. 875), Katar (ibid., par. 879), Rusya (ibid., par. 880) ve Ruanda (ibid., par. 882), ayrıca Çin (ibid., par. 862), Fransa (ibid., par. 869) ve Ruanda'nın (ibid., par. 883) uygulamalarına ve Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 890) ile Nijerya'nın (ibid., par. 876) rapor edilen uygulamalarına bkz.

Bu kuralın ihbar edilen ihlalleri Devletler ve uluslararası örgütler tarafından, örneğin Afganistan, Burundi ve Eski-Yugoslavya'daki çatışmalarla ilgili olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından düzenli biçimde mahkûm edilmişlerdir⁶⁹. Bu tür ihlal iddiaları, İran ile Irak arasındaki savaşta olduğu gibi, ilgili Devletlerce ret ve inkâr de edilmişlerdir⁷⁰.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) sivillerin ve muharebe dışı kalmış kişilerin öldürülmesini pek çok defa mahkûm ederek bu davranış biçiminin uluslararası insancıl hukuk tarafından yasaklandığını teyit etmiştir⁷¹.

Sivillerin ve muharebe dışı kalmış kişilerin öldürülmesi, farklı terimlerle ifade edilmekle beraber uluslararası insan hakları hukukunda da yasaklanmıştır. İnsan hakları antlaşmaları, hiç kimsenin «keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakılmayacağını» hükme bağlamaktadırlar⁷². Bu antlaşmalar, söz konusu yasak bakımından hiçbir ayrık hale izin vermemektedirler, dolayısıyla yasak her zaman uygulanır⁷³. Belli başlı insan hakları antlaşmalarına o dönemde taraf olmayan birkaç Devlet, *Nükleer Silahlar* vakalarında (Uluslararası Sağlık Örgütü) Uluslararası Adalet Divanı'na sundukları layihalarında, yaşam hakkının temel bir niteliğe sahip olduğu ve hiçbir ayrık hale konu olamayacağı hususlarının altını çizmişlerdir⁷⁴.

69 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar 827 (ibid., par. 896), Karar 1019 (ibid., par. 897) ve karar 1072 (ibid., par. 898); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar 50/193 (ibid., par. 902); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Karar 1989/67, 1990/53, 1991/78 ve 1992/68 (ibid., par. 904).

70 Bkz. Irak ve İran'ın rapor edilen uygulamaları (ibid., par. 916).

71 Örn. Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, *Faaliyet Raporu*, 1982 (ibid., par. 958), İran ile Irak arasındaki çatışma: Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Çağrısı, (ibid., par. 959), Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Muhtıra, (ibid., par. 961), Basın bildirişi, n° 1682 (ibid., par. 962), Basın bildirişi, n° 94/16 (ibid., par. 964), Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukukun Saygı Görmesi Hakkında Muhtıra (ibid., par. 965), Türkuaz Operasyonu'na Katılan Kuvvetlerin Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Göstermesi Hakkında Muhtıra, (ibid., par. 966) ve Basın bildirişi n° 01/47 (ibid., par. 969).

72 Bkz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 6, par. 1 (ibid., par. 666); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 4 (ibid., par. 667); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı, (1981), madde 4 (ibid., par. 671). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), 2. maddesinde (ibid., par. 664), «keyfi» kelimesini kullanmamakta ve fakat genel olarak bir yaşam hakkını tanımlamakta ve yaşam hakkından mahrum bırakmanın hukuka uygun olabileceği hallerin tüketici bir listesini vermektedir.

73 Bkz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 4, par. 2 (ibid., par. 666); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 27, par. 2 (ibid., par. 667); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 15, par. 2 (ibid., par. 664). Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı, (1981) olağanüstü hallerde hükümlerine hiçbir ayrık hal getirilmesine izin vermemekte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi, silahlı bir çatışmaya tekabül eden bir durumda gerçekleşen «meşru savaş eylemleri» dışında yaşam hakkının hiçbir ayrık hale konu olamayacağını öngörmektedir.

74 Bkz. *Nükleer Silahlar Vakalarında* (Uluslararası Sağlık Örgütü) Endonezya (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 870), Malezya (ibid., par. 872), Meksika (ibid., par. 873), Nauru (ibid., par. 874) ve Katar (ibid., par. 879) tarafından sunulan layihalar.

Bununla beraber, insan hakları hukuku bakımından «yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakma» yasağı, muhasamatın yürütülmesi sırasında haksız olarak öldürme eylemini yani, bu davranış muhasamatın yürütülmesine ilişkin kurallar tarafından haklı kılınmaksızın, çatışmanın taraflarından birinin gücü altında bulunmayan sivilleri ve muharebe dışı kalmış kişileri öldürme eylemini de kapsar. Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlar vakasında verdiği danışma görüşünde şu hususları beyan etmiştir: «ancak bu durumda, neyin yaşamdan keyfi biçimde mahrum bırakma eylemini oluşturduğunu tespit etmek, uygulanabilir *lex specialis*'e, yani muhasamatın yürütülmesini düzenlemek üzere tasarlanmış olan silahlı çatışmalar hukukuna aittir»⁷⁵. Muhasamatın yürütülmesini ele alan alt-bölümlerde işaret edildiği gibi, örneğin, bir sivile yönelik olarak başlatılan doğrudan saldırı hali gibi (bkz. Kural 1) sivil halk arasında aşırı can kaybına yol açan, askeri hedeflere yönelik bir saldırı halinde (bkz. kural 14) de kişiler haksız biçimde öldürülmüş olabilir ki bu eylemlerin hepsi muhasamatın yürütülmesine ilişkin kurallar tarafından yasaklanmıştır.

Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da, silahlı bir çatışmaya tekabül eden hallerdeki muhasamat sırasında yaşam hakkını yorumlamak için insancıl hukuka başvurmuştur⁷⁶. Bununla beraber başka durumlarda, insan hakları organları, muhasamat sırasında yaşam hakkının ihlale uğrayıp uğramadığını tespit etmek için, insancıl hukuka gönderme yapmaksızın doğrudan insan hakları hukukunu uygulamışlardır⁷⁷. Uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalara ya da (askeri kuvvetin kullanıldığı haller dâhil olmak üzere) vahim iç karışıklıklara ilişkin bazı durumlarda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, kuvvete başvurunun kesinlikle zorunlu olan derece ile sınırlanması için uygun tedbirlerin alınması ve insan hayatı kayıplarının «keyfi» olmamasına özen göstermek üzere, şüpheli ölümler halinde soruşturulmaların başlatılması zorunluluğunun altını çizmişlerdir⁷⁸.

75 Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahlar Vakası Danışma Görüşü*, (ibid., par. 926).

76 Bkz. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, vaka 11.137 (*Arjantin*) (ibid., par. 953) ve *Riofrío katliamı vakası (Kolombiya)* (ibid., par. 954).

77 Örn. Bkz. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu Çad'a karşı* vakası, (ibid., par. 940); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, 6724 (*El Salvador*) (ibid., par. 950), 10.190 (*El Salvador*) (ibid., par. 950) ve 10.284 (*El Salvador*) (ibid., par. 950) vakaları.

78 Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 6 (Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi (ibid., par. 938) ve *Pedro Pablo Camargo Kolombiya'ya karşı* vakası (ibid., par. 939); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu Çad'a karşı* vakası (ibid., par. 940); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *McCann ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı* davası (ibid., par. 942), *Ergi Türkiye'ye karşı* davası (ibid., par. 943) ve *Yasa Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 943) davası; Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Peru'da insan haklarının durumu hakkında Rapor (ibid., par. 952); Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Neira Alegria ve diğerleri* vakası (ibid., par. 956). Silahlı çatışma halinde gerçekleşenler dâhil olmak üzere şüpheli ölümler hakkında soruşturma yürütme zorunluluğunu

Kural 90. – İşkence, zalimane ya da gayriinsanî muameleler ve kişinin onuruna yönelik saldırılar, özellikle küçük düşürücü ve aşağılayıcı muameleler yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İşkence yasağı daha Lieber Kodu'ndan itibaren hükme bağlanmıştır.⁷⁹ Nürnberg Askeri Uluslararası Askeri Mahkemesinin Statüsü, sivil halkların ve savaş esirlerinin « kötü muamele » görmesine savaş suçları arasında yer vermektedir.⁸⁰ Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi « zalimane muameleleri, işkenceleri » ve kişilerin onuruna yönelik saldırıları, özellikle sivillere ve muharebe dışı kalmış kişilere yönelik « küçültücü ve aşağılayıcı muameleleri » yasaklamaktadır.⁸¹ İşkence ve zalimane muameleler dört Cenevre Sözleşmesi'nin özel hükümlerince de yasaklanmıştır.⁸² Dahası, « işkence ve gayriinsanî muameleler » gibi « kasten büyük acılara yol açma ya da vücut bütünlüğü ya da sağlığa ağır zarar verme » eylemleri de Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini oluştururlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü bakımından savaş suçları oluştururlar.⁸³

teyid eden yargısal ya da yarı-yargısal uygulamalar şu belge ve kararları içermektedirler: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 6 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi) (ibid., par. 938); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu Çad'a karşı* vakası (ibid., par. 940); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kaya Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 945) ve *Avşar Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 946) davaları; Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu, vaka 10.559 (Peru) (ibid., par. 949); Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez* (ibid., par. 955) davası.

79 Lieber Kodu (1863), madde 16 (ibid., par. 1010).

80 Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Nürnberg) (1945), madde 6, bent. 2 b) (ibid., par. 982).

81 Cenevre Sözleşmeleri (1949), Ortak 3. madde (ibid., par. 984).

82 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12, bent. 2 («işkence») (ibid., par. 985); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12, bent. 2 («işkence») (ibid., par. 986); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17, bent. 4 («fiziksel ya da manevî işkence») (ibid., par. 987), madde. 87, bent 3 («işkence ya da zalimlik») (ibid., par. 988) ve madde 89 («gayriinsani, kaba ya da tehlikeli» disiplin cezaları) (ibid., par. 989); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 32 («işkence» ve «her türlü diğer kaba davranışlar») (ibid., par. 990).

83 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50 (ibid., par. 991); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 51 (ibid., par. 991); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 991); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 991); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a), ii) ve iii) harfleri, ve madde 8, par. 2, bent c) i) (ibid., par. 1006-1007).

İşkencenin ve insan onuruna yönelik saldırıların, özellikle küçültücü ve aşağılayıcı muamelelerin yasaklanması, I. ve II. Ek Protokoller tarafından siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler için temel bir güvence olarak tanınmaktadır.⁸⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra Leone için Özel Mahkemenin Statüleri uyarınca işkence, zalimane muameleler ve kişinin onuruna yönelik saldırılar, özellikle küçültücü ve aşağılayıcı muameleler, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda savaş suçları oluşturmaktadırlar.⁸⁵

İşkencenin, zalimane ya da gayriinsanî muamelelerin ve kişinin onuruna yönelik saldırıların yasaklanması, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır.⁸⁶ Bu yasak, aynı zamanda, çok büyük sayıda Devletin mevzuatında da hükme bağlanmıştır.⁸⁷ Yasak, ulusal⁸⁸ ve uluslararası içtihat tarafından teyit edilmiştir.⁸⁹ Aynı zamanda resmi beyanlar ve diğer uygulama biçimleri tarafından da

84 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 996); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 997).

85 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent c), i) ve ii) harfleri) (ibid., par. 1007-1008); Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1994), ve 4, bent 1, a) ve e) harfleri) (ibid., par. 1028); Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin Statüsü, (2002), madde 3, bent 1, a) ve e) harfleri) (ibid., par. 1009).

86 Örn. Bkz. Şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 1087), Almanya (ibid., par. 1064), Arjantin (ibid., par. 1039-1040), Avustralya (ibid., par. 1041-1042), Belçika (ibid., par. 1043-1044), Benin (ibid., par. 1045), Bosna-Hersek (ibid., par. 1046), Burkina Faso (ibid., par. 1047), Kanada (ibid., par. 1048-1049), Çin (ibid., par. 1050), Kolombiya (ibid., par. 1051-1052), Kongo (ibid., par. 1053), Hırvatistan (ibid., par. 1054-1055), El Salvador (ibid., par. 1058-1059), Ekvator (ibid., par. 1057), İspanya (ibid., par. 1088), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1096 ilâ 1100), Fransa (ibid., par. 1060 ilâ 1063), Macaristan (ibid., par. 1065), Hindistan (ibid., par. 1066), Endonezya (ibid., par. 1067-1068), İsrail (ibid., par. 1069), İtalya (ibid., par. 1070), Kenya (ibid., par. 1071), Madagaskar (ibid., par. 1072), Mali (ibid., par. 1073), Fas (ibid., par. 1074), Yeni Zelanda (ibid., par. 1076), Nikaragua (ibid., par. 1077), Nijerya (ibid., par. 1078-1079), Uganda (ibid., par. 1093), Hollanda (ibid., par. 1075), Peru (ibid., par. 1080), Filipinler (ibid., par. 1081-1082), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 1056), Romanya (ibid., par. 1083), Birleşik Krallık (ibid., par. 1094-1095), Rusya (ibid., par. 1084), Senegal (ibid., par. 1085-1086), İsveç (ibid., par. 1089-1090), İsviçre (ibid., par. 1091) ve Togo (ibid., par. 1092).

87 Örn. Bkz. mevzuat (ibid., par. 1101 ilâ 1215).

88 Örn. Bkz. Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Baba Masao* davası (ibid., par. 1216); Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Tanaka Chuichi* davası (ibid., par. 1217); Bosna-Hersek, Tuzla Bölge Mahkemesi, *Drago* davası (ibid., par. 1218); Kanada, Divan-ı Harp İstinaf Mahkemesi, *Brocklebank* davası (ibid., par. 1219); Şili, Santiago İstinaf Mahkemesi, *Benado Medwinsky* davası (ibid., par. 1220); Şili, İstinaf Mahkemesi, *Videla* davası (ibid., par. 1221); Çin, Ulusal Savunma Bakanlığı'nın Nankin'deki Savaş Suçları Askeri Mahkemesi, *Takashi Sakai* davası (ibid., par. 1216); Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, Karar n° C-225/95 (ibid., par. 1222); Amerika Birleşik Devletleri Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı (rehineler davası)* (ibid., par. 1216); Amerika Birleşik Devletleri, New York Eyaletinin Doğu Bölgesi için Federal Birinci Derece Mahkemesi, *Filartiga* davası (ibid., par. 1226); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi, *Eichmann* davası (ibid., par. 1216); İsrail, Yüksek Mahkeme, *Eichmann* davası, (ibid., par. 1223); İsrail, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Genel Güvenlik Hizmetleri* davası (ibid., par. 1224); Norveç, İstinaf Mahkemesi, *Bruns* davası (ibid., par. 1216); Hollanda, Makassar Geçici Divan-ı Harbi, *Motomura* (ibid., par. 1216) ve *Notomi Suelo* davaları (ibid., par. 1216); Birleşik Krallık, Hannover Askeri Mahkemesi, *Heering* davası (ibid., par. 1225).

89 Örn. Bkz. Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua* davası, (esas), karar (ibid., par. 1278); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Duško Tadic, alias «Dule»'ye karşı* davası,

desteklenmektedir.⁹⁰ Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Furundžija ve Kunarac davalarında oluşturduğu içtihat, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işkence yasağının teamüli niteliğini desteklemek üzere ilave ispat unsurları getirmektedir.⁹¹

Gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasındaki işkence ve zalimane ya da gayriinsanî muamele iddiaları, sabit bir biçimde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ile bölgesel örgütlerin ve Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferanslarının kınamalarına yol açmıştır.⁹² Bu iddialar genellikle ilgili makamlarca ret ve inkâr edilmiştir.⁹³

İşkence ve zalimane, gayriinsanî ve aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı, genel insan hakları antlaşmaları gibi⁹⁴ amacı bu tür uygulamaları engellemek ve yaptırıma bağlamak olan özel antlaşmalar tarafından da hükme bağlanmıştır.⁹⁵ Bu belgelere göre, söz konusu yasak hiçbir ayrıntıya tabi tutulamaz.

Değiştirilmiş ikinci iddianame ve karar (ibid., par. 1279), *Mahkemenin savcısı Mile Mrkšić ve suç ortaklarına karşı*, İlk iddianame, (ibid., par. 1280), *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1281), *Savcı Anto Furundžija'ya karşı*, karar, (ibid., par. 1282), *Savcı Goran Jelisić'e karşı*, karar, (ibid., par. 1283), *Savcı Zoran Kupreškic ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1284), *Savcı Tihomir Blaškić' karşı*, karar, (ibid., par. 1285), *Savcı Dragoljub Kunarac ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1286) ve *Savcı Dario Kordić ve Mario Cerkez'e karşı*, karar, (ibid., par. 1287).

90 Örn. Bkz. Mısır (ibid., par. 1230), Amerika Birleşik Devletleri, (ibid., par. 1234 ilâ 1238) ve Hollanda'nın (ibid., par. 1233), beyanları ile Azerbaycan (ibid., par. 1228), Çin, (ibid., par. 1229), Fransa (ibid., par. 1231) ve Yugoslavya'nın (ibid., par. 1241) uygulamaları.

91 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Anto Furundžija'ya karşı*, karar (ibid., par. 1282) ve *Savcı Dragoljub Kunarac ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1286).

92 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Karar 674 (ibid., par. 1248), Karar 770 (ibid., par. 1249), Karar, 771 (ibid., par. 1250) ve karar 1072 (ibid., par. 1251); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Karar 2547 (XXIV) (ibid., par. 1253), Karar 3103 (XXVIII) (ibid., par. 1253), Karar 3318 (XXIX) (ibid., par. 1254), Karar. 34/93 H (ibid., par. 1253), Karar 41/35 (ibid., par. 1253), Karar, 50/193 (ibid., par. 1255) ve Karar 53/164 (ibid., par. 1256); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Karar 1989/67 (ibid., par. 1257), Karar 1990/53 (ibid., par. 1257), Karar. 1991/67 (ibid., par. 1258), Karar. 1991/78 (ibid., par. 1257), Karar 1992/60 (ibid., par. 1258), Karar 1992/68 (ibid., par. 1257), Karar 1994/72 (ibid., par. 1259), Karar 1996/71 (ibid., par. 1260) ve Karar 1996/73 (ibid., par. 1261); XXI. Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Karar XI (ibid., par. 1270); XXIII. Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Karar XIV (ibid., par. 1271); XXIV. Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Karar XIV (ibid., par. 1272); XXV. Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Karar X (ibid., par. 1273).

93 Örn. Bkz. Kızılhaç Uluslararası Komitesi'nin arşivlerinde bulunan belgelerde aktarılan uygulama (ibid., par. 1243-1244 et 1246-1247).

94 Bkz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 7 (ibid., par. 993); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (1950), madde (ibid., par. 992); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi, (1969), madde 5, par. 2 (ibid., par. 994); Afrika İnsanın ve halkların Hakları Şartı, (1981), madde 5 (ibid., par. 998); Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme, (1989), madde 37, bent 1 a) (ibid., par. 1002).

95 Bkz. İşkenceye Karşı Sözleşme, (1984) (ibid., par. 999), İşkenceye Karşı Amerikalıların Sözleşme, (1985) (ibid., par. 1000) ve İşkencenin Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi, (1987) (ibid., par. 1001).

İşkencenin tanımı

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde yer alan suç unsurlarına göre, bir savaş suçu olarak işkence, örneğin « istihbarat ya da itiraf elde etmek, cezalandırmak, sindirmek ya da zorlamak amacıyla; ya da hangisi olursa olsun bir ayrımcılık biçimine dayalı bir gerekçeyle » bir kişiye « fiziksel ya da manevi olarak bir acı ya da dayanılmaz ızdıraplar » uygulamaya dayanmaktadır.⁹⁶ İnsan hakları hukukunun –örneğin, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin- aksine, suç unsurları, söz konusu acı ya da ızdırapların « bir kamu görevlisi tarafından veya resmi sıfatla ya da (bu kişinin)azmettirmesi veya sarih ya da zımnî rızası ile hareket eden herhangi bir başka kişi tarafından » çektirilmesini aramamaktadır.

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, işlev görmeye başlar başlamaz verdiği ilk kararlarda (*Delalic ve Furundžija* davaları, 1998), İşkenceye Karşı Sözleşme'nin ilk maddesinde yer alan tanımın, silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukuna dâhil olduğuna hükmetmiştir.⁹⁷ Bununla beraber, daha sonra, - 2001 tarihli *Kunarac* davasında- Mahkeme, “uluslararası insancıl hukuktaki işkence tanımının, insan hakları alanında genel olarak uygulanan tanımla aynı unsurları içermediği” sonucuna varmıştır. Mahkeme, özellikle, « uluslararası insancıl hukuk bakımından işkencenin gerçekleşmiş sayılması için, bir Devlet görevlisinin ya da yetki ile donatılmış herhangi bir başka kişinin varlığının aranmadığı » görüşünü ifade etmiştir. Mahkeme, işkenceyi, « istihbarat ya da itiraf elde etmek ya da cezalandırmak, sindirmek veya mağduru ya da üçüncü bir kişiyi zorlamak, ya da hangi gerekçeyle olursa olsun ayrımcılık yapmak amacıyla, eylem ya da ihmal yoluyla, dayanılmaz acılar ya da fiziksel veya manevi ızdıraplar uygulama olgusu » şeklinde tanımlamıştır.⁹⁸

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, bölgesel insan hakları savunma örgütlerinin yaklaşımını benimseyerek tecavüzün de bir işkence oluşturabileceği sonucuna varmıştır.⁹⁹ Tecavüzün ve diğer cinsel şiddet biçimlerinin yasaklanması ile ilgili olarak 93. kural esas alınacaktır.

Gayriinsanî muamelenin tanımı

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde yer alan suç unsurları, « gayriinsanî muamele » deyimini « fiziksel ya da manevi, dayanılmaz acı ya da ızdıraplar »

96 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Suç Unsurları (2000), İşkencenin savaş suçu olarak tanımı (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. a) ii) et madde 8, par. 2, al. c) i)).

97 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı davası*, karar (Nakleden: Cilt II, Karar 32, par. 1328) ve *Savcı Anto Furundžija'ya karşı*, hüküm (ibid., par. 1329).

98 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Dragoljub Kunarac ve suç ortaklarına karşı davası*, Karar, (ibid., par. 1332).

99 Örn. Bkz. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1328 ve 1731); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aydın Türkiye'ye karşı davası* (ibid., par. 1344 et 1741); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, *vaka 10.970 (Peru)* (ibid., par. 1349 et 1743).

uygulama olgusu şeklinde tanımlamaktadırlar.¹⁰⁰ Gayriinsanî muameleyi işkenceden ayırt eden unsur, muamelenin belli bir amaçsallık içinde yapılması gereğine dayalı ölçütün yokluğudur. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi daha geniş bir tanım kullanarak gayriinsanî muamelenin, «fiziksel ya da manevi büyük acılar ya da ızdıraplara yol açan ya da insanlık onurunun ağır bir ihlali oluşturan» bir muamele olduğuna hükmetmiştir.¹⁰¹ «İnsanlık onurunun ağır ihlali» unsuru, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde yer alan suçların unsurlarına dâhil edilmemiştir, çünkü bu ihlaller zaten savaş suçu olarak «kişinin onuruna yönelik ihlaller» kapsamına girmektedir.¹⁰²

İnsan hakları savunma organları, içtihatlarında, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü'nde yer alan suç unsurlarınıninkine benzer bir tanım uygulamakta ve fiziksel ya da manevi acıların vahameti üzerinde durmaktadırlar. Bu organlar, sadece aktif kötü muamele hallerinde değil, aynı zamanda çok kötü gözaltı şartları hallerinde¹⁰³ ve gizli gözaltı şartları hallerinde de¹⁰⁴ gayriinsanî muamele yasağının ihlallerine hükmetmişlerdir. Gözaltındaki kişilerin gerekli ve uygun yiyecekten, sudan ya da tıbbi bakımdan mahrum bırakılmasının da gayriinsanî muameleyle eşdeğerli olduğuna hükmedilmiştir.¹⁰⁵

Kişi onuruna yönelik ihlallerin, özellikle aşağılayıcı ve küçültücü muamelelerin tanımı

«Kişi onuruna yönelik ihlaller» kavramı Uluslararası Ceza Mahkemesinin suç unsurlarında, bir kişiyi, “genel olarak kişinin onuruna yönelik ihlal biçiminde

100 Uluslararası Ceza Mahkemesinin Suç Unsurları (2000), Gayriinsani muamelenin savaş suçu olarak tanımı, (Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü, madde 8, par. 2, bent a) ii).

101 Bkz. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı*, karar (nakleden: Cilt. II, Bölüm 32, par. 1328) ve *Savcı Dario Kordic ve Mario Cerkez'e karşı*, Karar, (ibid., par. 1330).

102 Knut DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, s. 63-64.

103 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Améndola Massiotti ve Baritussio Uruguay'a karşı* vakası (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1334) ve *Deidrick Jamaika'ya karşı* vakası (ibid., par. 1335); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Duyuru n° 151/96, Sivil Özgürlükler Örgütü. Nijerya'ya karşı* (ibid., par. 1338); Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Yunan vakası*, (ibid., par. 1339).

104 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 20 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi) (ibid., par. 1333), *Gómez de Voituret Uruguay'a karşı* (ibid., par. 1333) ve *Espinoza de Polay Peru'ya karşı* (ibid., par. 1333) vakaları; Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezaların Önlenmesi Komitesi, İkinci Genel Faaliyetler Raporu, (ibid., par. 1346); Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez davası*, (ibid., par. 1347); Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Castillo Petruzzi ve diğerleri Peru'ya karşı* davası (ibid., par. 1351).

105 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Essono Mika Miha Ekvator Ginesi'ne karşı*, *Duyuru no. 414/1990*, 8 Temmuz 1994, par. 6.4; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Williams Jamaika'ya karşı*, *Duyuru no. 609/1995*, par. 6.5; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Keenan Birleşik Krallık'a karşı* davası, karar, 3 Nisan, 2001, par. 115; Afrika İnsanını ve Halkların Hakları Komisyonu, *Duyuru no 151/96, Sivil Özgürlükler Örgütü Nijerya'ya karşı*, 26. Olağan Oturum, Kigali, 1-15 Kasım 1999, par. 27.

tanınacak” kadar vahim bir ölçüde aşağılayıcı ya da küçültücü muameleye maruz bırakmak ya da onurunu başka türlü ihlal etmek şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer yandan, suç unsurları, küçültücü muamelenin vefat etmiş kişilere yönelik de olabileceğini ve mağdurun, maruz kaldığı muamelenin aşağılayıcı ya da küçültücü niteliğinin kişisel olarak bilincinde olmak mecburiyetinde bulunmadığını belirtmektedirler.¹⁰⁶ Bu son husus, zihinsel özürlü kişilerin kasten ya da bilinçsiz biçimde uğradıkları aşağılamaları kapsamak üzere belirtilmiştir. Suç unsurları, mağdurun kültürel bağlamının da hesaba katılması gerektiğini eklemektedir ki bu husus, örneğin, özel bir uyrukluk ya da din sahibi kişi kişilere yönelik küçültücü muameleleri kapsar.

«Aşağılayıcı muamele» kavramı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından «bireyi başkalarının önünde küçülten ya da onu iradesi veya vicdanı hilafına hareket etmeye zorlayan» bir muamele ya da ceza şeklinde tanımlanmıştır.»¹⁰⁷

Kural 91. – Bedeni cezalar yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bedeni cezaların yasaklanması, III. ve IV. Cenevre Sözleşmelerinde hükme bağlanmıştır.¹⁰⁸ Bu yasak, Ek I. ve II. Protokoller tarafından siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler için temel bir güvence olarak tanınmaktadır.¹⁰⁹ Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin Statüleri uyarınca bedeni cezalar, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturmaktadırlar.¹¹⁰ Bedeni cezaların yasaklanması kayda değer sayıda sahra talimname-

106 Uluslararası Ceza Mahkemesinin suç unsurları, (2000), Kişi onuruna yönelik ihlallerin, özellikle aşağılayıcı ve küçültücü muamelelerin savaş suçu olarak tanımlanması, (Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü, madde 8, par. 2, bent b) xxi) ve madde 8, par. 2, bent c) ii)).

107 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Yunan vakası* (Nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1339).

108 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 87, bent 3 (ibid., par. 1353); IV. Cenevre Sözleşmesi, (1949), madde 32 (ibid., par. 1354).

109 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 2, al. iii) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1356); Ek I. Protokol (1977), madde 4, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1357).

110 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü, (1994), madde 4, bent 1 a) (ibid., par. 1361); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin Statüsü (2002), madde 3, bent 1 a) (ibid., par. 1358).

lerinde yer almaktadır.¹¹¹ Bu yasağa bazı Devletlerin mevzuatlarında da tesadüf edilmektedir.¹¹²

Bedeni cezaların yasaklanması insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarda sarahaten ifade edilmiş değildir. Bununla beraber, insan hakları içtihadı, bedeni cezaların gayriinsanî ya da aşağılayıcı bir muamele ya da ceza oluşturdukları zaman yasaklanmış olduklarını göstermektedir.¹¹³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi ile ilgili Genel Gözlem'inde, işkence ve zalimane, gayriinsanî, ya da aşağılayıcı ceza ya da muamele yasağının « cezai yaptırım ya da eğitim ya da disiplin tedbiri olarak uygulanan aşırı cezalar dâhil olmak üzere bedeni cezalara da teşmil edilmesi gerektiğini » beyan etmiştir.¹¹⁴ İnsan hakları hukuku, gayriinsanî ya da aşağılayıcı ceza ya da muamele yasağına hiçbir ayırık hal getirilmesine izin vermemektedir.

Kural 92. – Sakatlamalar, tıbbi ya da bilimsel deneyler ya da ilgili kişinin sağlık durumu ile gerçekleştirilemeyen ve genel kabul gören tıbbi normlara uygun olmayan her türlü tıbbi işlem yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım F.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

111 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 1365), Avustralya (ibid., par. 1366), Benin (ibid., par. 1367), Kanada (ibid., par. 1368), Kolombiya (ibid., par. 1369), Hırvatistan (ibid., par. 1370), İspanya (ibid., par. 1380), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1386), Fransa (ibid., par. 1371-1372), İsrail (ibid., par. 1373), İtalya (ibid., par. 1374), Madagaskar (ibid., par. 1375), Nikaragua (ibid., par. 1378), Yeni Zelanda (ibid., par. 1377), Hollanda (ibid., par. 1376), Romanya (ibid., par. 1379), Birleşik Krallık (ibid., par. 1384-1385) İsveç (ibid., par. 1381), İsviçre (ibid., par. 1382), Togo (ibid., par. 1383).

112 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatı: Azerbaycan (ibid., par. 1387), Bangladeş (ibid., par. 1388), İrlanda (ibid., par. 1389), Mozambik (ibid., par. 1390), Norveç (ibid., par. 1391) ve Polonya (ibid., par. 1392).

113 Örn. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tyrrer* (ibid., par. 1401) ve *A. Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 1402) davaları.

114 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 20 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi) (ibid., par. 1400).

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Sakatlama yasağı daha Lieber Kodu'ndan itibaren tanınmıştır.¹¹⁵ Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi, sivillerin ve muharebe dışı kalmış kişilerin «sakatlanmalarını» yasaklamaktadır.¹¹⁶ Sakatlamalar, III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'nin özel maddeleri tarafından da yasaklanmıştır.¹¹⁷ Dahası, sakatlama yasağı, Ek I. ve II. Protokoller tarafından siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler için temel bir güvence olarak tanınmaktadır.¹¹⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre sakatlamalar, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturmaktadırlar.¹¹⁹ Sakatlamalar, Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüleri'nde de savaş suçu olarak tanınmaktadır.¹²⁰

I.ve II. Cenevre Sözleşmeleri «biyolojik deneyleri» yasaklamakta, buna mukabil III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri ise ilgili kişiye uygulanan tıbbi tedavinin haklı göstermediği «tıbbi veya bilimsel deneyleri» yasaklamaktadır.¹²¹ Cenevre Sözleşmelerinin koruduğu kişiler üzerinde gerçekleştirilen «biyolojik deneyler», Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüleri uyarınca ağır bir ihlal ve bir savaş suçu oluşturmaktadırlar.¹²² Ek I. Protokol «tıbbi ya da bilimsel deneyleri» yasaklamaktadır.¹²³ 1947 tarihli *K. Brandt ve suç ortakları* davasında (doktorlar davası), Nürnberg'teki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, savaş esirleri ve siviller üzerinde tıbbi deneyler yaptıkları için 16 kişi mahkûm etmiştir.¹²⁴

Ek I. Protokol, «(belirtilen kişilerin) tıbbi durumu uyarınca gerekçelendirilemeyen ve genel kabul gören tıbbi normlara uygun olmayan her türlü tıbbi işlemi» de yasaklamakta ve kişinin sağlığını ya da vücut bütünlüğünü vahim biçimde tehlikeye atacak her türlü tıbbi uygulamanın Protokol'ün ağır ihlalini oluşturacağını hükme

115 Lieber Kodu (1863), madde 56 (ibid., par. 1423).

116 Cenevre Sözleşmeleri (1949), Ortak 3. madde (ibid., par. 1407).

117 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 13 (ibid., par. 1410); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 32 (ibid., par. 1412).

118 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1414); Ek I. Protokol (1977), madde 4, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1418).

119 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent b) x) ve madde 8, par. 2, bent e) xi) (ibid., par. 1421).

120 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 4, bent 1 a) (ibid., par. 1427); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme Statüsü (2002), madde 3, al. 1 a) (ibid., par. 1422).

121 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12 (ibid., par. 1408); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12 (ibid., par. 1409); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 13 (ibid., par. 1410); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 32 (ibid., par. 1411).

122 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) ii) (ibid., par. 1420); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (1993), madde.2, bent 1b) (ibid., par. 1426).

123 Ek I. Protokol (1977), madde 11, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1413).

124 Nürnberg'teki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri K. Brandt ve suç ortakları'na karşı* (doktorlar davası), (ibid., par. 1538).

bağlamaktadır.¹²⁵ Ek I.Protokol, silahlı çatışma ile ilişkili gerekçelerle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiler hakkında aynı yasağı içermektedir.¹²⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre, hasım tarafın eline geçmiş kişileri «ne tıbbi ya da dışçılığa ilişkin bir uygulama ya da hastane tedavisi ile gerekçelendirilebilen, ne de ilgili kişilerin menfaati uyarınca yapılmış olan ve bu kişilerin ölümüne yol açan veya sağlıklarını ciddi bir biçimde tehlikeye atan her türlü tıbbi ya da bilimsel deneylere» tabi tutma eylemi, uluslararası ve uluslararası olmayan çatışmalarda savaş suçu oluşturmaktadır.¹²⁷

Kayda değer sayıda askeri el kitabı, fiziksel sakatlama, tıbbi ya da bilimsel deney ve hastanın sağlık durumu ile gerekçelendirilemeyen ve genel kabul gören tıbbi normlara uygun olmayan her türlü tıbbi işlem yasağını içermektedirler.¹²⁸ Bu yasağa ulusal mevzuatlarda a da sıklıkla tesadüf edilmektedir.¹²⁹

Uluslararası belgelerin, resmi beyanların ve savaş suçlarına ilişkin içtihadın büyük kısmı, gözaltındaki kişinin böyle bir uygulamaya rıza göstermesine dayalı muhtemel bir istisnaya özel gönderme yapmadan bu yasağı zikretmektedirler.¹³⁰ Bu mesele, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ndeki suç unsurlarının müzakeresi sırasında tartışmalara konu olmuştur. Konferans, gözaltındaki bir kişinin geçerli olarak rıza beyan edemeyeceği gerekçesiyle yasağın mutlak olduğu sonucuna varmıştır.¹³¹

125 Ek I.Protokol (1977), madde 11, par. 1 ve 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1413).

126 Ek I.Protokol (1977), madde 5, par. 2, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1419).

127 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1998), madde 8, par. 2, bent b) x) ve madde. 8, par. 2, bent e) xi) (ibid., par. 1421).

128 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, (ibid., par. 1455), Almanya (ibid., par. 1444), Arjantin (ibid., par. 1432-1433), Avustralya (ibid., par. 1434-1435), Belçika (ibid., par. 1436), Bosna-Hersek (ibid., par. 1437), Burkina Faso (ibid., par. 1438), Kanada (ibid., par. 1439), Ekvator (ibid., par. 1440), İspanya (ibid., par. 1456), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1461 ilâ 1464), Fransa (ibid., par. 1441 ilâ 1443), İsrail (ibid., par. 1445), İtalya (ibid., par. 1446), Fas (ibid., par. 1447), Nijerya (ibid., par. 1450-1451), Yeni Zelanda (ibid., par. 1449), Hollanda (ibid., par. 1448), Birleşik Krallık (ibid., par. 1459-1460) Rusya (ibid., par. 1452), Senegal (ibid., par. 1453-1454), İsveç, (ibid., par. 1457) ve İsviçre (ibid., par. 1458).

129 Örn. Bkz. mevzuat, (ibid., par. 1465 ilâ 1533).

130 Bkz. I.Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50 (ibid., par. 1408); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 51 (ibid., par. 1409); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 1410); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 1411); Ek I.Protokol (1977), madde 11 ve 85 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1413 ve 1415); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) ii), bent 8, par. 2, bent b) x) ve madde 8, par. 2, bent e) xi) (ibid., par. 1420-1421); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 3 (ibid., par. 1422); Amerika Birleşik Devletleri, Kongrenin bileşik kararı, (ibid., par. 1543); Şili, Santiago İstinaf Mahkemesi, *Videla* davası (ibid., par. 1534); Polonya, Poznan Ulusal Yüksek Mahkemesi, *Hoess* davası (ibid., par. 1536); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Milch* (ibid., par. 1537) ve *K. Brandt ve suç ortakları* davaları (doktorlar davası) (ibid., par. 1538); Amerika Birleşik Devletleri, Askeri İstinaf Mahkemesi, *John Schultz* davası (ibid., par. 1539).

131 Uluslararası Ceza Mahkemesinin suç unsurları (2000), ne tıbbi ya da dışçılığa ilişkin bir uygulama ya da hastane tedavisi ile gerekçelendirilebilen, ne de ilgili kişilerin menfaati uyarınca yapılmış olan sakatlama ve tıbbi ya da bilimsel deneylerin savaş suçu olarak tanımları (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. b) x),^a ilişkin dipnot 46 ve madde 8, par. 2, al. e) xi)^e ilişkin dipnot 68).

Sakatlama yasağı insan hakları antlaşmalarında bu terimlerle ifade edilmiş değildir, fakat hiçbir ayırık hale konu olamayacak işkence ve zalimane, gayriinsanî ya da aşağılayıcı ceza veya muamele yasağının kapsamına girebilir. Tıbbi ya da bilimsel deney yasağı ise Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin, işkence ve zalimane, gayriinsanî ya da aşağılayıcı muameleleri yasaklayan ve hiçbir ayırık hale konu olamayan 7. maddesinde sarahaten zikredilmiştir.¹³² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 7. maddeye ilişkin Genel Gözlem'inde, rızalarını geçerli olarak beyan etme imkânına sahip bulunmayan, özellikle herhangi bir gözaltı ya da hapsedilme uygulamasına maruz kalan kişiler bakımından bu tür deneylere karşı özel bir korumanın zorunlu olduğunu belirtmiştir.¹³³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından benimsenen, herhangi bir gözaltı ya da hapsedilme uygulamasına tabi tutulmuş kişilerin korunması için İlkeler Bütünü, gözaltındaki hiç kimsenin, rıza gösterse bile, sağlığına zarar verecek nitelikte tıbbi ya da bilimsel deneylere konu edilemeyeceğini öngörmektedir.¹³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tedavi zorunluluklarının mecbur bıraktığı sebeplerden dolayı gözaltındaki bir kişiye yönelik olarak alınan tıbbi tedbirlerin gayriinsanî ya da aşağılayıcı olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹³⁵

Kural 93. – Irza tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimleri yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım G.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

132 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 7 (Nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1412).

133 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 20 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi) (ibid., par. 1549).

134 Herhangi Bir Gözaltı Ya Da Hapsedilme Uygulamasına Tabi Tutulmuş Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, (1988), İlke 22 (ibid., par. 1424).

135 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Herczegfalvy Avusturya'ya karşı* davası (ibid., par. 1550). Mahkeme, zihinsel hastalık sahibi, şiddet eğilimli ve açlık grevi yapan bir hastaya zorla yemek ve ilaç verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlalini oluşturmadığına hükmetmiştir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslar arası insancıl hukukta ırza tecavüz yasağı daha Lieber Kodundan itibaren tanınmıştır.¹³⁶ Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ırza tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimlerini sarahaten zikretmemekle beraber, hem zalimane muameleler ve işkenceler dâhil olmak üzere “hayata ve vücut tamlığına yönelik saldırıları” hem de “kişilerin onuruna yönelik saldırıları yasaklamaktadır.¹³⁷ III. Cenevre Sözleşmesi, savaş esirlerinin her şart altında « kişiliklerinin ve onurlarının saygı görmesi » hakkına sahip olduklarını hükme bağlamaktadır.¹³⁸ Kişinin onuruna yönelik saldırılar yasağı, Ek I. ve II. Protokoller tarafından sivil ve muharebe dışı kalmış kişiler için temel bir güvence olarak tanınmaktadır.¹³⁹ Ek I. Protokol’ün 75. maddesi, bu yasağın özellikle «aşağılayıcı ve küçültücü muameleleri, zorla fuhuş yaptırmayı ve ırza yönelik her türlü saldırıyı» kapsadığını belirtmekte, Ek II. Protokol’ün 4. maddesi ise «ırza tecavüzü» bu sayıma sarahaten eklemektedir.¹⁴⁰ IV. Cenevre Sözleşmesi ve Ek I. Protokol, kadınların ve çocukların ırza tecavüze, fuhşa zorlanmaya ve her türlü ırza yönelik saldırıya karşı korunmasını gerektirmektedir.¹⁴¹ Irza tecavüz, fuhşa zorlama ve ırza yönelik her türlü saldırı, Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra Leone için Özel Mahkeme’nin Statüleri uyarınca savaş suçu sayılmaktadır.¹⁴² «Kişinin onuruna yönelik saldırılar» ve «ırza yönelik her tür saldırı» ifadeleri, her türlü cinsel şiddet biçimini kapsar. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü uyarınca; Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalini ya da Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin ağır ihlalini de oluşturan « ırza tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamilelik (...) zorla kısırlaştırma ya da her türlü başka cinsel şiddet biçimi, sırasıyla uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturur.¹⁴³ Dahası, «ırza tecavüz, zorla fuhuş, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma ya da kıyaslanabilir vahametteki her türlü cinsel şiddet biçimi», Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü uyarınca insanlığa karşı suç oluşturmaktadır ve «ırza tecavüz», Eski Yugoslavya ve Ruanda için uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri uyarınca insanlığa karşı suç oluşturmaktadır.¹⁴⁴

136 Lieber Kodu (1863), madde 44 (ibid., par. 1570).

137 Cenevre Sözleşmeleri, 1949), ortak 3. madde (ibid., par. 1555).

138 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 14, bent 1.

139 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 996); Ek I. Protokol (1977), madde 4, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 997).

140 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1558); Ek I. Protokol (1977), madde 4, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1559).

141 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 27, bent 2 (ibid., par. 1556); Ek I. Protokol (1977), madde 76-77 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1560-1561).

142 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1994), madde 4, al. 1 e) (ibid., par. 1577); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin Statüsü (2002), madde 3, al. 1 e) (ibid., par. 1569).

143 Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü 1998), madde 8, par. 2, bent b) xxii) ve madde 8, par. 2, bent e) vi) (ibid., par. 1565).

144 Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1998), madde 7, par. 1, bent g) (ibid., par. 1564); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1993), madde 5, bent 1g) (ibid., par. 1576); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1994), madde 3, bent 1 g) (ibid., par. 1577).

Kayda değer sayıdaki askeri el kitapları, ırza tecavüz, zorla fuhuş ve ırza yönelik saldırıların yasak olduğuna işaret etmekte ve bu el kitapların pek çoğu, söz konusu eylemlerin savaş suçu olduğunu belirtmektedirler.¹⁴⁵ Irza tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimleri, çok sayıda Devletin mevzuatlarında savaş suçu oluşturmaktadırlar.¹⁴⁶ Daha 1946'da, Çin Ulusal Savunma Bakanlığı'nın Savaş Suçları Askeri Mahkemesinin baktığı *Takashi Sakai* davasında- ırza tecavüzün savaş suçu oluşturduğunu ulusal içtihat teyit etmekteydi.¹⁴⁷ 1952 tarihli *John Schultz* davasında, Amerika Birleşik Devletleri Askeri İstinaf Mahkemesi ırza tecavüzün « savaş hukukunda gereğince yaptırıma bağlanabilecek, evrensel düzeyde tanınmış bir suç » olduğuna hükmetmiştir.¹⁴⁸

Irza tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimleri yasağının ihlalleri Devletler ve uluslararası örgütler tarafından geniş ölçüde mahkûm edilmiştir.¹⁴⁹ Örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Ruanda, Sierra Leone, Uganda ve Eski –Yugoslavya'daki çatışmalar sırasında gerçekleştirilen cinsel şiddet olaylarını mahkûm etmişleridir.¹⁵⁰ Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve Körfez İşbirliği Konseyi, Eski Yugoslavya'daki ırza tecavüz eylemlerini savaş suçu olarak mahkûm etmişlerdir.¹⁵¹

145 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 1596), Arjantin (ibid., par. 1584-1585), Avustralya (ibid., par. 1586-1587), Kanada (ibid., par. 1588-1589), Çin (ibid., par. 1590), El Salvador (ibid., par. 1592), İspanya (ibid., par. 1605), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1611 ilâ 1615), Fransa (ibid., par. 1594-1595), İsrail (ibid., par. 1597), Madagaskar (ibid., par. 1598), Nikaragua (ibid., par. 1601), Nijerya (ibid., par. 1602), Yeni Zelanda (ibid., par. 1600), Uganda (ibid., par. 1608), Hollanda (ibid., par. 1599), Peru (ibid., par. 1603), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 1591), Birleşik Krallık (ibid., par. 1609-1610), Senegal (ibid., par. 1604), İsveç (ibid., par. 1606), İsviçre (ibid., par. 1607) ve Yugoslavya (ibid., par. 1616).

146 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 1637), Ermenistan (ibid., par. 1618), Avustralya (ibid., par. 1619 ilâ 1621), Azerbaycan (ibid., par. 1623), Bangladeş (ibid., par. 1624), Belçika (ibid., par. 1625), Bosna-Hersek (ibid., par. 1626), Kanada (ibid., par. 1628), Çin (ibid., par. 1629), Kolombiya (ibid., par. 1630), Kongo (ibid., par. 1631), Hırvatistan (ibid., par. 1632), İspanya (ibid., par. 1654), Estonya (ibid., par. 1634), Etiyopya (ibid., par. 1635), Gürcistan (ibid., par. 1636), Litvanya (ibid., par. 1642), Mali (ibid., par. 1643), Mozambik (ibid., par. 1644), Yeni Zelanda (ibid., par. 1648), Paraguay (ibid., par. 1651), Hollanda (ibid., par. 1646-1647), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 1641), Birleşik Krallık (ibid., par. 1656), Slovenya (ibid., par. 1652) ve Yugoslavya (ibid., par. 1657-1658); Ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 1617), Burundi (ibid., par. 1627) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 1655).

147 Çin, Ulusal Savunma Bakanlığı'nın Savaş Suçları Askeri Mahkemesi, *Takashi Sakai* davası (ibid., par. 1659).

148 Amerika Birleşik Devletleri Askeri İstinaf Mahkemesi *John Schultz* davası (ibid., par. 1661).

149 Örn. Bkz. Almanya (ibid., par. 1665-1666), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1672-1673) ve Hollanda'nın (ibid., par. 1667) beyanları.

150 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Karar 798 (ibid., par. 1678), Karar 820 (ibid., par. 1679), Karar 827 (ibid., par. 1680), Karar 1019 (ibid., par. 1681) ve karar1034 (ibid., par. 1682); Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Başkanın bildiri (ibid., par. 1685); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar 48/143 (ibid., par. 1688), Karar 49/196 (ibid., par. 1689), Karar 50/192 (ibid., par. 1690), Karar 50/193 (ibid., par. 1690-1691), Karar 51/114 (ibid., par. 1692) ve Karar 51/115 (ibid., par. 1690); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1994/72 (ibid., par. 1694), Karar 1996/71 (ibid., par. 1695) ve Karar 1998/75 (ibid., par. 1696).

151 Bkz. Avrupa Parlamentosu, Eski Yugoslavya'da kadınların ırzına tecavüz edilmesi hakkında karar (ibid., par. 1712); Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, Eski Yugoslavya ülkesinde kadınlara ve çocuklara tecavüz edilmesine ilişkin bildiri (ibid., par. 1709); Körfez İşbirliği Konseyi, Yüksek Şura, 13. oturum nihai bildiri (ibid., par. 1715).

1993 yılında Yugoslavya'nın, Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi'ne sunduğu bir raporda, savaş bölgesinde kadınlara yapılan kötü muamelelerin uluslararası insancıl hukuka aykırılığını tanınması ve ırza tecavüzün savaş zamanında normal bir davranış sayıldığı yönünde haksız bir izlenim veren önceki beyan hakkında özürlerini bildirmesi manidardır.¹⁵²

İnsan hakları hukukunda cinsel şiddetin yasak oluşu esasen işkencenin ve zalimane, gayriinsanî ya da aşağılayıcı ceza ya da muamelelerin yasak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşımla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da içtihatlarında, gözaltındaki kişilere tecavüz edilmesinin işkence eylemleri oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, erkek bir tutuklunun, kadın bir hapisane gardiyanının huzurunda tamamen soyunmaya zorlanarak her yerinin aranmasının aşağılayıcı bir muamele olduğuna da hükmetmiştir.¹⁵⁴ Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, genel bir tavsiye kararında, cinsiyete dayalı şiddetin bir ayrımcılık biçimi olduğunu beyan etmiştir.¹⁵⁵ Diğer yandan, kadın ve çocukların fuhuş amacıyla ticarete konu edilmesinin cezai anlamda bir suç oluşturduğu hususunu teyit eden uluslararası antlaşma ve diğer belgelerin sayısı artmakta¹⁵⁶ ve cinsel şiddet eylemlerinden suçlu bütün kişilere yaptırım uygulanması zorunluluğu bilinci giderek kuvvetlenmektedir.¹⁵⁷ Cinsel şiddetin resmi bir ceza olarak uygulanması yasağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır; bu tür bir ceza Devletler tarafından resmi olarak öngörülmediği gibi bu tür olayları tespit eden bütün raporlar ya inkâr ve ret beyanlarına konu olmuş, ya da ilgili kişiler aleyhine kovuşturmalara yol açmıştır.¹⁵⁸

152 Yugoslavya, Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi önünde beyan, (ibid., par. 1677).

153 Örn. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aydın Türkiye'ye karşı* davası (ibid., par. 1741); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, *Vaka 10.970 (Peru)* (ibid., par. 1743).

154 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Valasinas Litvanya'ya karşı* davası (ibid., par. 1742).

155 Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Genel tavsiye kararı, n° 19 (kadınlara yönelik şiddet) (ibid., par. 1735).

156 Örn. Bkz. İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Yaptığı Fuhşun Sömürülmesinin Bastırılması İçin Sözleşme, (1949), birinci madde (ibid., par. 1557); İnsan Ticareti Hakkında Protokol, (2000), birinci madde, (ibid., par. 1567); Bölgesel İşbirliği İçin Güney Asya Örgütü'nün, Kadınların ve Çocukların Fuhuş Amacıyla Ticaretinin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (henüz yürürlüğe girmemiştir), madde 3 (ibid., par. 1568); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri, İnsan hakları ve insan ticaretine ilişkin ilkeler ve yönergeler: Tavsiye kararları (ibid., par. 1707-1708); Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu, İnsan Ticaretine karşı mücadeleyle ilişkin bildiri, (ibid., par. 1714); Amerika Devletleri Örgütü Amerikalılar arası Kadınlar Komisyonu, Karar CIM/RES 225 (XXXI-0/02) (ibid., par. 1716).

157 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Kadınlara yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin Bildiriyi ilan eden Karar 48/104 (ibid., par. 1687); Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Genel Tavsiye kararı, n° 19 (kadınlara yönelik şiddet) (ibid., par. 1735); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *S. W. c. Birleşik Krallık'a karşı* davası (ibid., par. 1740).

158 Örn., Pakistan'da bir kabile meclisinin, genç bir kızın ceza olarak ırzına geçilmesini emreden kararı yoğun bir infiale yol açarak Pakistan Yüksek Mahkemesi Başkanı'nı sorumlu kişiler hakkında kovuşturma başlatmaya sevk etmiş ve bu kovuşturma bir mahkûmiyet ve sert bir yaptırımla sonuçlanmıştır. Bkz. news.bbc.co.uk/1/world/south_asia/2089624.stm (3 Temmuz 2002) ve Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun bu olayı kınayan ve hükümetin Uluslararası sorumluluğunun altını çizen mektubuna Pakistan'ın 7 Ocak 2003 tarihli resmi cevabı (yazarların arşivlerinden); ayrıca Bkz. Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Genel Tavsiye kararı, n° 19 (kadınlara yönelik şiddet), 29 Ocak 1992, par. 8.

Irza tecavüzün tanımı

Irza tecavüzün tanımı bakımından, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1998 tarihli *Furundžija* kararında, ırza tecavüzün «mağdur ya da üçüncü bir kişi üzerinde kuvvet, tehdit ya da zor kullanımı»nı gerektirdiğine hükmetmiştir.¹⁵⁹ Ancak Mahkeme, daha sonra, 2001 yılında verdiği *Kunarac* kararında, «cinsel anlamda duhulü, mağdurun rızası ya da isteği dışında bir eyleme dönüştürülecek » başka etmenler bulunabileceğini ve bu hususun, tecavüzün uluslararası hukuktaki kapsamını kesin olarak tanımadığını belirtmiştir.¹⁶⁰ Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1998 tarihli *Akayesu* kararında, «tejavüzün, bir saldırı biçimi oluşturduğuna» ve «suçun işlenmesinde devreye giren cisimlerin ve vücut bölümlerinin mekanik olarak tasvirinin, bu suçun esas unsurlarının kavranmasına yetmediğine» hükmetmiştir. Mahkeme, tecavüzü, «şiddet etkisi altında, başkasının şahsı üzerinde gerçekleştirilen cinsel nitelikte fiziksel bir istila» şeklinde tanımlamıştır.¹⁶¹

Irza tecavüz ve cinsel şiddet eylemleri, uluslararası hukukta başka suçların da kurucu unsurlarını oluşturabilirler. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi *Delalic* davasında, söz konusu eylemin işkencenin özel kurucu ölçütlerini yerine getirmesi halinde ırza tecavüzün işkence oluşturabileceğine hükmetmiştir.¹⁶² Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Akayesu* ve *Musema* davalarında, soykırımın özel şartlarının yerine gelmesi halinde cinsel şiddet eylemlerinin soykırım oluşturabileceğine kanaat getirmiştir.¹⁶³

Uygulamada, cinsel şiddet yasağının ayırım gözetmediği, yani kadınlar gibi erkeklerin ve çocuklar gibi yetişkinlerin de yasağın koruması altında buldukları belirtilmektedir. Zorunlu gebelik hali dışında, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ndeki cinsel şiddete bağlı suçlar sadece kadınlara yönelik olarak değil, bütün kişilere yönelik olarak yasaklanmıştır. Dahası, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurlarında ırza tecavüzü tanımlamak için kullanılan kavram (« sahip olmak ») « münhasıran cinsellikle ilişkilendirilmeyi bertaraf edecek şekilde geniş yorumlanmak durumundadır.»¹⁶⁴

159 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Anto Furundžija'ya karşı*, karar (nakleden: cilt II, bölüm 32, par. 1732).

160 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Dragoljub Kunarac ve suç ortaklarına karşı*, karar, (ibid., par. 1734).

161 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi *Savcı Jean-Paul Akayesu'ya karşı*, karar (ibid., par. 1726).

162 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı*, karar (ibid., par. 1731).

163 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Jean-Paul Akayesu'ya karşı*, karar (ibid., par. 1726) ve *Musema'ya karşı*, karar (ibid., par. 1728).

164 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları (2000), Savaş suçu olarak ırza tecavüzün tanımı, (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. b) xxii'ye ilişkin dipnot 50) ve madde 8, par. 2, bent e) vi'ya ilişkin dipnot 62).

Kural 94. – Kölelik ve her biçimiyle köle ticareti yasaklanmıştır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım H.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Kölelik yasağı, Lieber Kodu'nda bile yer almaktaydı.¹⁶⁵ Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri gibi Ek Protokollerde de sarahaten ifadesini bulmamakla beraber bir uluslararası silahlı çatışma sırasında kişileri köleleştirme yasağı tamamen kesin ve açık niteliktedir. Cenevre Sözleşmelerinin, savaş esirlerinin ve sivillerin çalışmasına, serbest bırakılmalarına ve vatanlarına geri gönderilmelerine ilişkin muhtelif kuralları gibi Lahey Tüzüğü'nde yer alan, işgal altındaki bir ülke parçasının halkını düşman güce sadakat yemini etmeye zorlama yasağı da kölecilik yasağını varsaymaktadırlar.¹⁶⁶

«Kölelik ve her biçimiyle köle ticareti » yasağı, Ek I.Protokol' de siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler bakımından temel güvence olarak tanınmıştır.¹⁶⁷

« Köleleştirme », Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri'nin Statülerinde insanlığa karşı suç sayılmaktaydı.¹⁶⁸ «Köleleştirme », Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin Statüleri'nde tanımlanan insanlığa karşı suçlar arasında yer almaktadır.¹⁶⁹

165 Lieber Kodu (1863), madde 23 (nakleden: cilt II, bölüm 32, par. 1782), madde 42 (ibid., par. 1783) ve madde 58 (ibid., par. 1784).

166 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 49 ilâ 68 (ibid., par. 1760 ilâ 1762) ve madde 109 ilâ 119 (nakleden: Cilt II, Bölüm 37, par. 606-607); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 40 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1763), madde 51-52 (ibid., par. 1764), madde 95-96 (ibid., par. 1765) ve madde 132 ilâ 135 (nakleden: Cilt II, Bölüm 37, par. 608 ilâ 610); Lahey Tüzüğü (1907), madde 45.

167 Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, al. f) (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1772).

168 Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Nürnberg) (1945), madde 6 (ibid., par. 1759); Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Tokyo) (1946), madde 5(c) (ibid., par. 1787).

169 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 5, bent 1 c) (ibid., par. 1793); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü(1994), madde 3, Bent 1 c) (ibid., par. 1794); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 7, par. 1, bent c) (ibid., par. 1777).

Pek çok sayıda Devletin askeri el kitapları ve mevzuatı, köleliği, köle ticaretini ve –her zaman olmasa da- çoğu zaman insanlığa karşı suç olarak tanımlanan «köleleştirme» yasaklamaktadır.¹⁷⁰ Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin verdiği *Krnojelac* kararında, sanık, diğer suçların yanı sıra, «insanlığa karşı suç » köleleştirmekle ve «savaş kanunları ve teamüllerinin ihlali kapsamında», «kölecilikle » suçlanmaktaydı, fakat bu iki ithamdan delil yetersizliği sebebiyle beraat etti.¹⁷¹

Kölecilik ve köle ticareti uluslararası insan hakları hukukunda da yasaklanmıştır. Köleciliği ve köle ticaretini yasaklayan ilk evrensel antlaşma, 1926 tarihli Köleciliğe İlişkin Sözleşme olmuştur.¹⁷² Bu sözleşme, borç sebebiyle köleliği, toprak köleliğini ve kadınların ya da çocukların miras ya da intikal yoluyla el değiştirmesini yasaklayan 1956 tarihli Köleciliğin, Köle Ticaretinin Ve Kölecilikle Özdeş Uygulama Ve Kurumların Lağvedilmesine İlişkin Ek Sözleşme.¹⁷³ Kölecilik, toprak köleliği ve köle ticareti yasağı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri uyarınca hakkında ayrı hüküm getirilemeyecek bir yükümlülük oluşturmaktadır.¹⁷⁴ İnsan ticareti, 2000 yılında benimsenen İnsan Ticareti Hakkında Protokol gibi yakın tarihli bir dizi antlaşmada cezai anlamda suç olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁵ Kölecilik ve köle ticareti başka uluslararası belgeler tarafından da yasaklanmıştır.¹⁷⁶

Kölelik ve köle ticaretinin tanımı

Köleliğe İlişkin Sözleşme, köleliği « üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkiler veya bunların bazıları uygulanan bir bireyin durumu ya da mevkii » şeklin-

170 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri Kanada (ibid., par. 1800), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1813), Fransa (ibid., par. 1802), İsrail (ibid., par. 1803), Yeni Zelanda (ibid., par. 1805), Hollanda (ibid., par. 1804), Senegal (ibid., par. 1807) ve şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 1815), Avustralya (ibid., par. 1818), Belçika (ibid., par. 1823), Kanada (ibid., par. 1826), Çin (ibid., par. 1827), Kongo (ibid., par. 1829), Hırvatistan (ibid., par. 1831), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1854-1855), Fransa (ibid., par. 1833), İrlanda (ibid., par. 1834), Kenya (ibid., par. 1837), Mali (ibid., par. 1841), Nijer (ibid., par. 1846), Norveç (ibid., par. 1847), Yeni Zelanda (ibid., par. 1844), Hollanda (ibid., par. 1842), Filipinler (ibid., par. 1849) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 1853); ayrıca Bkz. Burundi (ibid., par. 1825) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 1851) mevzuat tasarıları.

171 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Milorad Krnojelac'a karşı*, karar (ibid., par. 1895).

172 Köleciliğe İlişkin Sözleşme (1926), Madde 2 (ibid., par. 1756).

173 Köleciliğin Lağvına İlişkin Ek Sözleşme, 1. madde (ibid., par. 1767).

174 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 8 (kölecilik, köle ticareti ve toprak köleliği) (ibid., par. 1770); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 4, par. 1 (kölelik ve toprak köleliği) (ibid., par. 1766); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 6, par. 1 (kölelik, toprak köleliği ve köle ticareti) (ibid., par. 1771); Afrika İnsanın ve Hakların Hakları Şartı (1981), madde 5 (Kölelik ve köle ticareti) (ibid., par. 1774).

175 İnsan Ticaretine İlişkin Protokol (2000), Madde 1, 3 et 5 (ibid., par. 1781).

176 Örn. Bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, (1948), madde 4 (ibid., par. 1788); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 11, bent a) (ibid., par. 1791); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 5 (ibid., par. 1798).

de tanımlamaktadır. Sözleşme, köle ticaretini, şu eylemleri kapsayacak şekilde tanımlamaktadır:

Bir kişiyi köleleştirmeye yönelik her türlü yakalama, iktisap ya da temlik eylemi; bir köleyi satmaya ya da trampa etmeye yönelik her türlü iktisap eylemi; satılmak ya da trampa edilmek üzere iktisap edilmiş bir kölenin satım ya da trampa yoluyla her türlü temlik ve genel olarak, kölelere ilişkin her türlü ticaret ya da nakil eylemi.¹⁷⁷

Bu tanımların temel oluşturduğu, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ndeki «köleleştirme» tanımı şudur: «İnsan, özellikle kadın ve çocuk kaçakçılığı çerçevesinde gerçekleştirilen eylemler dâhil olmak üzere, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin herhangi birini ya da bütünü bir kişi üzerinde icra etmek»¹⁷⁸.

Köleliğin Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme, toprak köleliğini «kanun, teamül ya da bir mukavele uyarınca ve mevkiini değiştirme imkânı olmaksızın, başka bir kişiye ait bir toprak üzerinde yaşamaya ve çalışmaya ve bu kişiye, ücret mukabilinde ya da bedelsiz olarak tespit edilmiş bazı hizmetler sunmaya mecbur tutulan herhangi bir kişinin mevki» şeklinde tanımlamaktadır.¹⁷⁹ 1947 tarihli *Pohl* davasında Nürnberg'deki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, « irade dışı toprak köleliğinin, insani bir muamele ile yumuşatılsa bile kölelik uygulaması olarak kalma-ya devam ettiğine» hükmetmiştir¹⁸⁰.

Cinsel kölelik

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre cinsel kölelik, gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır.¹⁸¹ Bu suç tipinde yer alan suç unsurları, « cinsel kölelik »in fazlasıyla dar bir yorumunu bertaraf edecek şekilde bilinçli olarak kaleme alınmış ve suç şöylece tanımlanmıştır: söz konusu kişi ya da kişileri « cinsel nitelikte bir ya da birkaç eylem gerçekleştirme » ye zorlama olgusuyla bileşim halinde, bir ya da birkaç kişi üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerden herhangi birini ya da bütünü, örneğin bu kişi ya da kişileri alarak, satarak, ödünç vererek ya da trampa ederek ya da onlara benzer nitelikte bir özgürlükten mahrumiyet durumunu dayatarak » icra etmek. Bu savaş suçunun ilk unsuru bakımından, suç unsurları tanımı, « böyle bir özgürlükten mahrum bırakma eyleminin », Köleliğin Lağvedilmesine İlişkin Ek Sözleşme'de yer alan tanım uyarınca « bazı şartlarda, zorla çalıştırma hallerini ya da kişiyi köleleştirecek diğer yöntemleri de içerecek şekilde anlaşıldığını » ve

177 Köleliğe İlişkin Sözleşme, (1926), 1. madde (ibid., par. 1756).

178 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 7, par. 2, bent c) (ibid., par. 1777).

179 Köleliğin Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme, madde 1 al. 1 b). Bu tanımın uygulaması için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Van Droogenbroeck Belçika'ya karşı* vakası (ibid., par. 1898).

180 Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Pohl* vakası (ibid., par. 1867).

181 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent b) xxii) ve madde 8, par. 2, bent e) vi) (ibid., par. 1778).

« bu unsurda tasvir edilen davranışın insan ve özellikle kadın ve çocuk ticaretini de içerecek şekilde anlaşıldığını » belirtmektedir.¹⁸²

1998 yılında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna bağlı Ayrımcılık Tedbirleri ile Mücadele ve Azınlıkların Korunması BM Alt-Komisyonu'na sunduğu bir raporda, iç çatışma dâhil olmak üzere silahlı çatışma döneminde sistematik tecavüz, cinsel kölelik ve özdeş uygulamalara ilişkin durum hakkında özel raportör, « cinsel köleliğin bir kölelik biçimi olduğunu ve kendisine getirilen yasağın bir *jus cogens* normu oluşturduğunu » beyan etmiştir.¹⁸³ İkinci Dünya Savaşı sırasındaki « rahatlatıcı kadınlar » tabir edilen kadınlara ilişkin tartışma esnasında iç çatışma dâhil olmak üzere silahlı çatışma döneminde sistematik tecavüz, cinsel kölelik ve kölelikle özdeş uygulamalara ilişkin durum hakkında özel raportör gibi kadınlara yönelik şiddet ve bunun sebep ve sonuçları hakkında özel raportör de « rahatlatıcı kadınlar » uygulamasını cinsel kölelik kapsamında mütalaa ettiklerini beyan etmişlerdir. Bununla beraber Japonya, kölelik tanımının bu kadınlara yapılan muameleye uygulanmadığı yönündeki görüşünde ısrarcıdır.¹⁸⁴

Kural 95. – Ücretlendirilmeyen ya da istismarcı zorla çalıştırma yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım H.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında, III. Cenevre Sözleşmesi « (bu kişileri) elinde tutan gücün, yaşlarını, cinsiyetlerini, rütbelerini ve fiziksel elverişliliklerini

182 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları (2000), Cinsel köleliğin savaş suçu olarak tanımlanması (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, bent b) xxii), 53. sayfadaki dipnot dâhil olmak üzere ve 8, par. 2, bent e) vi), 65. sayfadaki dipnot dâhil olmak üzere).

183 (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna bağlı Ayrımcılık Tedbirleri ile Mücadele ve Azınlıkların Korunması Alt-Komisyonu), silahlı çatışma döneminde sistematik tecavüz, cinsel kölelik ve özdeş uygulamalara ilişkin durum hakkında Özel Raportör, Nihai Rapor (nakleden: Cilt II, Bölüm. 32, par. 1885).

184 (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, kadınlara yönelik şiddet ve bunun sebep ve sonuçları hakkında Özel Raportör, Rapor, (ibid., par. 1883); (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna bağlı) Ayrımcılık Tedbirleri ile Mücadele ve Azınlıkların Korunması Alt-Komisyonu, silahlı çatışma döneminde sistematik tecavüz, cinsel kölelik ve kölelikle özdeş uygulamalara ilişkin durum hakkında Özel Raportör, Nihai Rapor (ibid., par. 1885).

göz önünde tutarak ve özellikle, onları fiziksel ve manevi açıdan iyi bir durumda kalmalarını sağlamaya yönelik olarak, sağlıklı savaş esirlerini işçi olarak kullanabileceğini” hükmüne bağlamaktadır.¹⁸⁵

Sözleşme, « idare, kampın düzenlenmesi ve bakımı ile ilişkili işler dışında « bir savaş esirinin mecbur tutulabileceği iş türlerini ayrıntılı biçimde saymaktadır.¹⁸⁶ Bu liste, savaş esirlerine yapılacak muameleye ilişkin 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesinde yer alan genel yasağa dayalıdır: «savaş esirlerinin sağlayacağı çalışmaların savaş harekâtları ile doğrudan hiçbir ilişkisi olmayacaktır »¹⁸⁷. Dahası, III. Cenevre Sözleşmesi hükmünce: « kendisi gönüllü olmadıkça, hiçbir savaş esiri sağlıksız ya da tehlikeli nitelikte işlerde çalıştırılmaz. Hiçbir savaş esiri, elde tutan gücün silahlı kuvvetlerinin bir mensubu için aşağılayıcı sayılabilecek bir işte görevlendirilmeyecektir. Mayınların ya da özdeş diğer cihazların temizlenmesi tehlikeli bir iş sayılacaktır.»¹⁸⁸ Sözleşme, iş şartları, iş süresi, ücret, iş kazaları ve tıbbi gözetim hakkında başka ayrıntılı hükümler de içermektedir.¹⁸⁹

IV. Cenevre Sözleşmesi, koruma altındaki sivillerin ancak katı şartlara tabi olarak, «askeri harekâtların sevk ve idaresi ile doğrudan ilişkisi bulunan » ya da bu kişileri «askeri harekâtlara katılmaya zorlayacak» her türlü çalışma hariç olmak üzere, çalışmaya zorlanabileceklerini hükmüne bağlamaktadır; söz konusu çalışma ücretlendirilmelidir.¹⁹⁰ Nihayet, IV. Cenevre Sözleşmesi’ne göre enterne edilmiş siviller işçi olarak çalıştırılmazlar, meğerki bunu kendileri arzu etmiş olsunlar; bu halde ise onların da ücretlendirilmeleri gerekmektedir.¹⁹¹

Çok sayıda Devletin askeri el kitapları ve mevzuatları, savaş esirlerine ya da sivilere zorunlu çalışma uygulamalarını zorla dayatmanın¹⁹² ve savaş esirleri ya da sivilere yasak işleri yapmaya zorlamanın ceza hukuku bakımından suç oluşturdukları hususunu teyit etmektedirler.¹⁹³ Savaş suçlarına ilişkin birçok ulusal davada sanıklar,

185 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 49.

186 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1761).

187 Savaş Esirlerine İlişkin Cenevre Sözleşmesi (1929), madde 31 (ibid., par. 1757).

188 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 52 (ibid., par. 1762).

189 Bkz. III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 51 ve 53 ilâ 55.

190 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 40 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 1763) ve madde 51 (ibid., par. 1764).

191 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 95 (ibid., par. 1765).

192 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Ekvator (ibid., par. 1801) Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1813), ve şu devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 1816-1817), Azerbaycan (ibid., par. 1820), Bosna-Hersek (ibid., par. 1824), Fildişi Kıyısı (ibid., par. 1830), Hırvatistan (ibid., par. 1831), Etiyopya (ibid., par. 1832), Letonya (ibid., par. 1838), Litvanya (ibid., par. 1839), Özbekistan (ibid., par. 1856), Paraguay (ibid., par. 1848), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 1828), Slovenya (ibid., par. 1850) Yugoslavya (ibid., par. 1857-1858).

193 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 1808), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1810 ilâ 1813), Nijerya (ibid., par. 1806), Hollanda (ibid., par. 1804) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 1809), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 1821), Çin (ibid., par. 1827), İrlanda (ibid., par. 1834), İtalya (ibid., par. 1836), Lüksemburg (ibid., par. 1840), Nikaragua (ibid., par. 1845) ve Norveç (ibid., par. 1847).

savaş esirlerini ya da sivilleri savaşla ilişkili işler yapmaya zorlamaktan dolayı hüküm giymişlerdir.¹⁹⁴

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bağlamında, Ek II.Protokol, silahlı çatışma ile ilgili gerekçelerle özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin, « eğer çalışmaları gerekiyorsa, yerel sivil halkın yararlandığı çalışma şartlarına benzer şartlardan ve güvencelerden yararlanmaları gerektiğini » hükme bağlamaktadır.¹⁹⁵

Zorla Çalıştırma Hakkında Sözleşme ve Zorla Çalıştırmanın Lağvı Hakkında Sözleşme gibi Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri de « zorla veya zorunlu çalışmayı » yasaklamaktadırlar.¹⁹⁶ Zorla Çalıştırma Hakkında Sözleşme, bu kavramı « bir bireyden herhangi bir ceza tehdidi altına talep edilen ve söz konusu bireyin kendini gönüllü olarak arz etmediği her türlü iş ya da hizmet » şeklinde tanımlamaktadır.¹⁹⁷ Bununla beraber, insan hakları hukuku, örneğin hapis hanelerde mahpusların çalışması, bir afetten sonra toplumun kendisini toparlamasını sağlamak için zorunlu olan her türlü hizmet ya da normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir bölümünü oluşturan her türlü iş ya da hizmet gibi bazı çalışma türlerinin hukuk dışı zorla çalıştırılma sayılmadıkları ölçüde, genel kuralın bazı istisnalarını öngörmektedir.¹⁹⁸ Dahası, kölelik ve köle ticareti yasağından farklı olarak zorla ya da zorunlu olarak çalışma yasağı, örneğin silahlı çatışma halinde, yukarıda zikredilen uluslararası insancıl hukuk kuralları uygulanabilir hale geldiklerinde, ayrık hükümlere konu olabilir.¹⁹⁹

194 Örn. Bkz. Kanada, Federal İstinaf Mahkemesi, *Rudolph Kanada'ya karşı davası (Çalışma ve göç bakanı)* (V2 roketlerinin imalatında sivillerin çalıştırılması) (ibid., par. 1859); Fransa, Almanya'daki Fransız İşgal Bölgesi Askeri Hükümeti Genel Mahkemesi, *Herman Roechling ve suç ortakları davası* (metalürji sanayiinde çalışan savaş esirleri) (ibid., par. 1861); Hollanda, Makassar Geçici Divan-ı Harbi, *Koshiro davası* (cephanelik inşasında doldurulmasında çalıştırılan savaş esirleri) (ibid., par. 1863); Hollanda, Özel Temyiz Mahkemesi, *Rohrig ve suç ortakları* (istihkâm inşa eden siviller) (ibid., par. 1864); Birleşik Krallık, Lüneberg Askeri Mahkemesi, *Karl Student davası* (hava taşıtlarından silah, cephane ve savaş malzemesi boşaltan savaş esirleri) (ibid., par. 1866); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Krauch (I. G. Farben davası)* (kömür madenlerinde çalışan savaş esirleri) (ibid., par. 1870) ve *Wilhelm von Leeb (Yüksek Komutanlık davası)* (istihkâm inşa eden siviller) (ibid., par. 1872) davaları.

195 Ek I.Protokol (1977), madde 5, par. 1, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 1773).

196 Zorla Çalıştırma Hakkında Sözleşme (1930), madde 1 (ibid., par. 1758); Zorla Çalıştırmanın Lağvı Hakkında Sözleşme (1957), madde 1 ve 2 (ibid., par. 1768-1769); Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 8, par. 3 (ibid., par. 1770); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 4, par. 2 (ibid., par. 1766); İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 6, par. 2; Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 15 (Hakkaniyete uygun ve tatmin edici şartlarda çalışma hakkı).

197 Zorla Çalıştırma Hakkında Sözleşme (1930), madde 2 (nakleden: Cilt II, Bölüm. 32, par. 1758); Bkz. daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Van der Musselle Belçika'ya karşı davasında (ibid., par. 1899) getirdiği yorum.

198 Bkz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 8, par. 3, al. b) c); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 4, par. 3; İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi (1969), madde 6, par. 3.

199 Örn. Bkz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 4, par. 2 ve madde 8, par. 3 (nakleden. Cilt II, Bölüm 32, par. 1770) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (1950), madde 4, par. 2 ve madde 15, par. 2 (ibid., par. 1766).

Zorla çalıştırma amaçlı tehcir

Zorla çalıştırma amaçlı tehcir, tehcir yasağının ihlalinin oluşturulmasıdır (bkz. kural 129) ve uluslararası silahlı çatışmalar bakımından ayrı bir savaş suçu olarak tanımlanmıştır. Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin Statüsü, savaş suçları arasında « işgal altındaki bölgelerde sivil ahalinin zorla çalıştırma amacıyla ya herhangi bir başka amaçla tehciri »ne yer vermektedir.²⁰⁰ Mahkeme huzuruna çıkan birçok sanık, binlerce sivil zorla çalıştırmak, yani ücretlendirilmemiş zorunlu bir iş yaptırmak üzere tehcire tabi tutmakla itham edilmiş ve suçlu bulunmuştur²⁰¹. Zorla çalıştırmak üzere tehcir birçok Devletin askeri el kitapları ve mevzuatları tarafından da yasaklanmıştır²⁰². Sanıkların « Alman silahlı kuvvetlerinin işgali altındaki bölgelerde savaş esirlerini ve sivil ahali mensuplarını zorla çalıştırmak üzere tehcire tabi tutmaktan » suçlu buldukları *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı* davası (rehineler davası), dâhil olmak üzere birden çok ulusal mahkeme bu cürümden suçlu bulunan kişileri mahkûm etmiştir²⁰³.

Kişileri düşman bir gücün silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlamak

Kişileri düşman bir gücün silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlamak, zorla çalıştırmanın özel bir türü olup uluslararası silahlı çatışmalar bakımından yasaklanmıştır. Lahey Tüzüğü, bir Devletin, savaşın başlamasından önce hizmetine girmiş olmaları halinde bile, hasım tarafın vatandaşlarını kendi ülkelerine yönelik savaş harekâtlarına katılmaya zorlamayı yasaklamaktadır²⁰⁴. III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri, bir savaş esirini ya da koruma altındaki bir sivil bu şekilde davranmaya zorlamanın ağır bir ihlal olduğunu hükme bağlamaktadırlar²⁰⁵. Bu yasak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde yer alan savaş suçları listesinde de tekrarlanmaktadır²⁰⁶.

200 Uluslararası Askeri Mahkemenin Statüsü (Nürnberg) (1945), madde 6 (ibid., par. 1759).

201 Bkz. Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, *Büyük savaş suçluları davası* (ibid., par. 1890).

202 Örn. Bkz. Nijerya (ibid., par. 1806) ve Birleşik Krallık'ın (ibid., par. 1809) sahra talimnameleri ve Avustralya (ibid., par. 1817), Bangladeş (ibid., par. 1821), Beyaz Rusya (ibid., par. 1822), Etiyopya (ibid., par. 1832), İsrail (ibid., par. 1835) ve Ukrayna'nın (ibid., par. 1852) mevzuatları.

203 Örn. Bkz. Kanada, Federal İstinaf Mahkemesi, *Rudolph Kanada'ya karşı* davası (Çalışma ve Göç Bakanı) (ibid., par. 1859); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı* (rehineler davası) (ibid., par. 1868), *Milch* davası (ibid., par. 1869), *Krauch* davası (*I. G. Farben* davası) (ibid., par. 1870) ve *Amerika Birleşik Devletleri Alfred Krupp ve diğerlerine karşı* davası (ibid., par. 1871); Hollanda, Özel Temyiz Mahkemesi, *Rohrig* ve *suç ortakları* davası (ibid., par. 1864); Polonya, Poznan Yüksek Ulusal Mahkemesi, *Greiser* davası (ibid., par. 1865).

204 Lahey Tüzüğü (1907), madde 23, bent h) (ibid., par. 1907).

205 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 1910); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 1910).

206 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) v) ve madde 8, par. 2, bent b) xv) (ibid., par. 1912).

Kişileri düşman bir gücün silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlama yasağı kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yazılı olduğu gibi²⁰⁷ pek çok sayıda Devletin mevzuatında da yer alır²⁰⁸. Bu kural, bir kişinin, ücretli veya ücretsiz olarak, kendi ülkesine yönelik askeri harekâtlara katılmaya zorlanmasının onur kırıcı ve acı verici olmasına dayanmaktadır.

Kural 96. – Rehin almak yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım I.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddeleri rehin almayı yasaklamaktadır²⁰⁹. Rehin alma aynı zamanda IV. Cenevre Sözleşmesi tarafından yasaklanmış ve bu sözleşmenin ağır bir ihlali sayılmıştır²¹⁰. Bu hükümler, 1948'de *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı* davasında (rehineler davası) ifadesini bulan dönemin uluslararası hukukundan bir ölçüde sapma göstermekteydi. Nürnberg'teki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, bu davada, işgalci bir gücün son bir çare olarak ve kesin biçimde tanımlanmış şartlar dâhilinde rehiner alması imkânını dışlamamıştı²¹¹. Bununla beraber, Cenevre Sözleşmelerinin hükümlerinin yanı sıra o dönemden beri gelişen uygulama da, rehine alma yasağının bugün uluslararası tea-

207 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika, (ibid., par. 1942), Almanya (ibid., par. 1929), Arjantin (ibid., par. 1918), Avustralya (ibid., par. 1919-1920), Belçika (ibid., par. 1921), Benin (ibid., par. 1922), Burkina Faso (ibid., par. 1923), Kamerun (ibid., par. 1924), Kanada (ibid., par. 1925), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 1948 ilâ 1950), Fransa (ibid., par. 1926 ilâ 1928), İsrail (ibid., par. 1930), İtalya (ibid., par. 1931), Kenya (ibid., par. 1932), Mali (ibid., par. 1934), Fas (ibid., par. 1935), Nijerya (ibid., par. 1938-1939), Yeni Zelanda (ibid., par. 1937), Hollanda (ibid., par. 1936), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 1933), Birleşik Krallık (ibid., par. 1946-1947), Rusya (ibid., par. 1940), Senegal (ibid., par. 1941), İsveç (ibid., par. 1943), İsviçre (ibid., par. 1944) ve Togo (ibid., par. 1945).

208 Örn. Bkz. mevzuat (ibid., par. 1951 ilâ 2032).

209 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak 3. madde (ibid., par. 2046).

210 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 34 (ibid., par. 2047) ve madde 147 (ibid., par. 2048).

211 Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm List'e karşı* (rehineler davası) (ibid., par. 2195).

mül hukukunda derinlemesine kök saldığını ve savaş suçu sayıldığını göstermektedir.

Rehin alma yasağı, Ek I. ve II.Protokollerde, siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler bakımından temel bir güvence olarak tanınmaktadır²¹². Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre « rehine alımı » gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturmaktadır.²¹³ Rehine alımı, Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde de savaş suçları arasında sayılmaktadır.²¹⁴ Kayda değer sayıdaki askeri el kitabı rehin almayı yasaklamaktadırlar²¹⁵. Bu yasak pek çok Devletin mevzuatlarında da yer almaktadır²¹⁶.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda rehin alma vakaları Devletler tarafından mahkûm edilmiřlerdir²¹⁷. (217). Uluslararası örgütler, özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü, bu tür olguları Körfez savaşı ve Kamboçya, El Salvador, Kosova, Yakın-Doğu, Sierra Leone, Tacikistan, Çeçenistan ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalar bağlamında mahkûm etmiřlerdir²¹⁸.

1995 tarihli *Radovan Karadžic ve Ratko Mladic* davasında, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, iddianamede sanıklara yöneltilen ağır ihlal itham-

212 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 2, bent c) (konsensüsle benimsemiştir) (ibid., par. 2050); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, al. c) (konsensüsle benimsemiştir) (ibid., par. 2051).

213 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) viii) ve madde 8, par. 2, al. c) iii) (ibid., par. 2054).

214 Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 2, al. 1 h) (ibid., par. 2062); Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 4, al.1c) (ibid., par. 2063); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 3, al. 1 c) (ibid., par. 2055).

215 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 2105), Almanya (ibid., par. 2088), Arjantin (ibid., par. 2068), Avustralya (ibid., par. 2069-2070), Belçika (ibid., par. 2071-2072), Benin (ibid., par. 2073), Burkina Faso (ibid., par. 2074), Kamerun (ibid., par. 2075-2076), Kanada (ibid., par. 2077), Kolombiya (ibid., par. 2078), Kongo (ibid., par. 2079), Hırvatistan (ibid., par. 2080-2081), Ekvador (ibid., par. 2083), İspanya (ibid., par. 2106), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2112 ilâ 2115), Fransa (ibid., par. 2084 ilâ 2087), Macaristan (ibid., par. 2089), İtalya (ibid., par. 2090-2091), Kenya (ibid., par. 2092), Madagaskar (ibid., par. 2094), Mali (ibid., par. 2095), Fas (ibid., par. 2096), Nikaragua (ibid., par. 2099), Nijerya (ibid., par. 2100), Yeni Zelanda (ibid., par. 2098), Hollanda (ibid., par. 2097), Filipinler (ibid., par. 2101), Kore Cumhuriyeti(ibid., par. 2093), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 2082), Romanya (ibid., par. 2102), Birleşik Krallık (ibid., par. 2110-2111), Rusya (ibid., par. 2103), Senegal (ibid., par. 2104), İsveç (ibid., par. 2107), İsviçre (ibid., par. 2108), Togo (ibid., par. 2109) ve Yugoslavya(ibid., par. 2116).

216 Örn. Bkz. Mevzuat (ibid., par. 2117 ilâ 2192).

217 Örn. Bkz. Almanya'nın (Yukarı Karabağ çatışması bağlamında) (ibid., par. 2198), Amerika Birleşik Devletleri'nin (Körfez savaşı bağlamında) (ibid., par. 2204-2205), İtalya'nın (ibid., par. 2199), Pakistan'ın (Keşmir'deki çatışma bağlamında) (ibid., par. 2202) ve Yugoslavya'nın (ibid., par. 2207) beyanları.

218 Örn. Bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Karar 664 (ibid., par. 2210), Karar 674 (ibid., par. 2210), Karar 686 (ibid., par. 2210) ve karar 706 (ibid., par. 2210); Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Başkanın beyanları (ibid., par. 2211-2212); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar

larından kabul ettikleri, Birleşmiş Milletler barış gücü mensuplarının rehin alınmasına ilişkindi. Mahkeme, iddianameleri incelerken bu ithamların gerçekliğine hükmetmiştir²¹⁹. 2000 tarihli *Blaškić* davasında Mahkeme, sanığı, savaş kanun ve teamüllerinin ihlali olarak rehin almaktan ve IV. Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlali olarak sivilleri rehin almaktan suçlu bulmuştur²²⁰. 2001 tarihli *Dario Kordić ve Mario Cerkez*, kararında Mahkeme, sanıkları sivilleri rehin alarak ağır ihlal gerçekleştirmekten suçlu bulmuştur²²¹.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına, rehin almaktan kaçınmaları için çağrılarda bulunmuştur²²².

Uluslararası insan hakları hukuku rehin almayı sarahaten yasaklamamaktadır, fakat bu uygulama hiçbir ayrık hükme konu olamayacak insan hakları uyarınca yasaklanmıştır zira kişileri keyfi olarak özgürlüklerinden mahrum bırakma ile eşdeğerlidir. (bkz. kural 99). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, rehin almanın, nerede ve kimin tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, insan haklarını tahrip etmeyi hedefleyen hukuka aykırı bir eylem olduğunu ve hiçbir surette haklı gösterilemeyeceğini beyan etmiştir²²³. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (olağanüstü hallere ilişkin) 4. maddesi hakkındaki Genel Gözlem'inde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, taraf Devletlerin « insancıl hukuku ya da uluslararası hukukun buyurucu normlarını, ihlal etmeyi hedefleyen eylemleri, örneğin rehin almayı haklı göstermek için» olağanüstü hale « hiçbir surette » başvuramayacaklarını beyan etmiştir²²⁴.

53/164 (ibid., par. 2213); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1992/71 (ibid., par. 2214), karar 1992/S-1/1 (ibid., par. 2215), karar 1995/55 (ibid., par. 2216), karar 1998/60 (ibid., par. 2217) ve karar 1998/62 (ibid., par. 2218); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, karar 950 (ibid., par. 2224); Amerikan Devletleri Örgütü, Daimi Konsey, El Salvador'daki rehinelere ilişkin karar (ibid., par. 2226); Avrupa Parlamentosu, Çeçenistan'daki insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri hakkında (ibid., par. 2225).

219 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Radovan Karadžić ve Ratko Mladic'e karşı*, İlk iddianame ve iddianamelerin incelenmesi (ibid., par. 2231).

220 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Tihomir Blaškić'e karşı*, hüküm (ibid., par. 2232).

221 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Dario Kordić ve Mario Cerkez'e karşı*, hüküm (ibid., par. 2233).

222 Örn. Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Muhtıra (ibid., par. 2236), Basın bildirisi, Tacikistan: Uluslararası Kızılhaç Komitesi insancıl kuralların uygulanmasını ısrarla talep ediyor (ibid., par. 2238), Basın bildirisi no: 93/25 (ibid., par. 2240), Angola'da insancıl hukukun saygı görmesi hakkında Muhtıra (ibid., par. 2241), Türkuaz Operasyonu'na Katılan Kuvvetlerin İnsancıl Hukukun Saygı Göstermesi Hakkında Muhtıra (ibid., par. 2242), basın bildirisi n° 1793 (ibid., par. 2243) ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi Moskova basın bildirisi (ibid., par. 2244).

223 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1998/73 (ibid., par. 2219) ve karar 2001/38 (ibid., par. 2220).

224 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2234).

Rehin almanın tanımı

Rehin Almaya Karşı Uluslararası Sözleşme, bu suçu, rehinenin salıverilmesinin sarih ya da zımni şartı olarak üçüncü bir kişiyi belli bir eylemi gerçekleştirmeye ya da bu eylemden kaçınmaya zorlamak amacıyla, bir kişiyi (rehine) öldürme, yaralama ya da elde tutma tehditleri eşliğinde, ele geçirmek ya da elde tutmak olgusu olarak tanımlanmaktadır²²⁵. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurları aynı tanımı kullanmakla beraber, üçüncü kişiden talep edilen davranışın sadece rehinenin salıverilmesinin değil, güvenliğinin de bir şartı olabileceğini eklemektedir²²⁶. Rehin alma eylemine bu niteliğini kazandıran, onun saikini oluşturan özel kasttır; bu eylemi, idari ya da adli bir tedbir olarak başkalarını özgürlüklerinden mahrum bırakmaktan ayırt eden de bu etmendir.

Rehin alma yasağı özel olarak IV. Cenevre Sözleşmesinde yer almakla ve genel olarak sivillerin rehin tutulmasıyla özdeşleştirilmekle beraber, bu suçun sivillerin rehin alınmasıyla sınırlı olduğuna işaret eden bir husus yoktur. Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü ve Rehin Almaya Karşı Uluslararası Sözleşme, suçun kapsamını sivillerin rehin alınmasıyla sınırlamamakta ve fakat herkese uygulamaktadırlar. Gerçekten de, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurları bu suçu Cenevre Sözleşmeleri'nin koruması altındaki herkes bakımından uygulanabilir biçimde tanımlamaktadırlar²²⁷.

Kural 97. – İnsanların kalkan olarak kullanılmaları yasaklanmıştır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım J.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

225 Rehin Almaya Karşı Uluslararası Sözleşme (1979), Birinci madde (ibid., par. 2052).

226 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları (2000), Savaş suçu olarak rehin almanın tanımı (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü madde 8, par. 2, bent a) viii) ve madde 8, par. 2, bent c) iii)).

227 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları (2000), Rehin almanın savaş suçu olarak tanımı (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, bent a) viii)).

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında bu kural III. Cenevre Sözleşmesi'nde (savaş esirleri bakımından), IV. Cenevre Sözleşmesi'nde (koruma altındaki siviller bakımından) ve Ek I.Protokol'de (genel olarak siviller bakımından) hükme bağlanmıştır²²⁸. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre, « bazı noktaların, bölgelerin ya da askeri güçlerin askeri harekâtlara hedef olmasını engellemek için bir sivilin ya da koruma altındaki başka bir kişinin varlığını kullanma eylemi » uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır²²⁹.

İnsanları kalkan olarak kullanma yasağı kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer almakta ve bunların pek çoğu, yasağın kapsamını bütün sivillere teşmil etmektedirler²³⁰. İnsanların kalkan olarak kullanılmaları, pek çok Devletin mevzuatına göre cezai anlamda suç oluşturmaktadır²³¹. Bu uygulama, ne Ek I. Protokol'e ne de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne taraf olmayan (ya da zamanında taraf olmayan) Devletlerin mevzuatlarını da kapsamaktadır²³². 1990 ve 1991 yıllarında, Irak'ın savaş esirlerini ve sivilleri insan-kalkanlar olarak kullanması Devletler tarafından geniş ölçüde mahkûm edilmiş ve Amerika Birleşik Devletleri, bu kullanımın savaş suçu oluşturduğunu beyan etmiştir²³³. İkinci Dünya Savaşı

228 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 23, bent 1 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2251); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 28 (ibid., par. 2252); Ek I.Protokol (1977), madde 51, par. 7 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2254).

229 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent b) xxiii (ibid., par. 2255).

230 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 2272), Arjantin (ibid., par. 2259), Avustralya (ibid., par. 2260-2261), Belçika (ibid., par. 2262), Kamerun (ibid., par. 2263), Kanada (ibid., par. 2264), Kolombiya (ibid., par. 2265), Hırvatistan (ibid., par. 2266), Ekvador (ibid., par. 2268), İspanya (ibid., par. 2278), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2282 ve 2284), Fransa (ibid., par. 2269 ilâ 2271), İsrail (ibid., par. 2273), İtalya (ibid., par. 2274), Kenya (ibid., par. 2275), Yeni Zelanda (ibid., par. 2277), Hollanda (ibid., par. 2276), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 2267), Birleşik Krallık (ibid., par. 2280-2281) ve İsviçre (ibid., par. 2279).

231 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 2294), Avustralya (ibid., par. 2285), Azerbaycan (ibid., par. 2286-2287), Bangladeş (ibid., par. 2288), Beyaz Rusya (ibid., par. 2289), Kanada (ibid., par. 2291), Kongo (ibid., par. 2293), Gürcistan (ibid., par. 2295), de İrlanda (ibid., par. 2296), Lituanya (ibid., par. 2297), Mali (ibid., par. 2298), Norveç (ibid., par. 2301), Yeni Zelanda (ibid., par. 2300), Hollanda (ibid., par. 2299), Peru (ibid., par. 2302), Polonya (ibid., par. 2303), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 2292), Birleşik Krallık (ibid., par. 2306), Tacikistan (ibid., par. 2304) ve Yemen (ibid., par. 2307); ayrıca Bkz. Burundi (ibid., par. 2290) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 2305) mevzuat tasarıları.

232 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2282 ve 2284), Fransa (ibid., par. 2269), Kenya (ibid., par. 2275) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 2281), ve şu devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 2286-2287), Bangladeş (ibid., par. 2288), Beyaz Rusya (ibid., par. 2289), Gürcistan (ibid., par. 2295), Lituanya (ibid., par. 2297), Peru (ibid., par. 2302), Polonya (ibid., par. 2303), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 2292), Tacikistan (ibid., par. 2304) ve Yemen (ibid., par. 2307); ayrıca Bkz. Burundi'nin (ibid., par. 2290) mevzuat tasarısı.

233 Örn. Bkz. şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 2314), El Salvador (ibid., par. 2312), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2335 ilâ 2343), İtalya (ibid., par. 2317), Kuveyt (ibid., par. 2319), Birleşik Krallık (ibid., par. 2327-2328) ve Senegal (ibid., par. 2324), ve İspanya'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 2325).

sırasında savaş esirlerinin insan-kalkan olarak kullanılması, 1946'da Lüneberg'deki İngiliz Askeri Mahkemesi'nde *Karl Student* vakasında ve 1948'de Nürnberg'deki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi'nde *Wilhelm von Leeb ve diğerleri* vakasında (yüksek komutanlık davası) savaş suçları davalarına konu olmuştur²³⁴. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1995'te baktığı *Radovan Karadžic ve Ratko Mladic* davasında sanıklar, Birleşmiş Milletler barışı koruma kuvvetleri mensuplarını insan-kalkan olarak kullanarak savaş suçu işlemekle itham edilmişlerdir. Mahkeme, iddianameleri incelerken bu ithamı kabul etmiştir²³⁵.

Uluslararası nitelik göstermeyen silahlı çatışmalar bakımından Ek I.Protokol insanların kalkan olarak kullanılmasına sarahaten yer vermemektedir, fakat böyle bir uygulama, «sivil ahalinin ve sivil kişilerin, askeri harekâtlardan kaynaklanan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanmaları» gereği tarafından yasaklanmış olmaktadır²³⁶. Diğer yandan, çoğu zaman, insanların kalkan olarak kullanımının, rehin alma²³⁷ eylemi ile eşdeğerli olduğuna hükmedilmiştir ki bu uygulama Ek II. Protokol²³⁸ ve uluslararası teamül hukuku tarafından yasaklanmış bulunmaktadır. (bkz. kural 96). Üstelik sivillerin askeri harekâtları korumak üzere bilinçli olarak kullanımı ayırım ilkesine aykırıdır ve sivillerle askeri hedefleri, uygulamada mümkün olan ölçüde ayırma yükümlülüğü ile çelişir. (bkz. Kural 23 ve 24).

Uluslararası nitelik göstermeyen silahlı çatışmalarda uygulanabilen birden çok askeri el kitabı insanların kalkan olarak kullanımını yasaklamaktadır²³⁹. Birden çok Devletin mevzuatı, uluslararası nitelik göstermeyen silahlı çatışmalarda insanların kalkan olarak kullanımını cezai anlamda suç olarak tanımlamaktadır²⁴⁰. Uluslararası nitelik göstermeyen silahlı çatışmalarda insanların kalkan olarak kullanımı, gerek Devletler, gerekse Birleşmiş Milletler tarafından, örneğin Liberya, Ruanda, Sierra Leone, Somali, Tacikistan ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalar bağlamında mahkûm edilmiştir²⁴¹. Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Uluslararası

234 Birleşik Krallık, Lüneberg Askeri Mahkemesi, *Karl Student* davası (ibid., par. 2308); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Amerika Birleşik Devletleri Wilhelm von Leeb ve diğerlerine karşı* davası (yüksek komutanlık davası) (ibid., par. 2309).

235 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Radovan Karadžic ve Ratko Mladic'e karşı*, İlk iddianame ve iddianamelerin incelenmesi (ibid., par. 2364).

236 Ek I.Protokol (1977), madde 13, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (Nakleden: Cilt II, Bölüm 5, par. 2).

237 Örn. Bkz. El Salvador (Nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2312) ve Avrupa Topluluğu'nun (ibid., par. 2359) uygulamaları.

238 Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, al. c) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2051).

239 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 2272), Avustralya (ibid., par. 2260), Kanada (ibid., par. 2264), Kolombiya (ibid., par. 2265), Hırvatistan (ibid., par. 2266), Ekvator (ibid., par. 2268), İtalya (ibid., par. 2274) ve Kenya (ibid., par. 2275).

240 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 2294), Azerbaycan (ibid., par. 2286-2287), Beyaz Rusya (ibid., par. 2289), Gürcistan (ibid., par. 2295), Lituanya (ibid., par. 2297), Polonya (ibid., par. 2303), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 2292) ve Tacikistan (ibid., par. 2304); ayrıca Bkz. Peru'nun (ibid., par. 2302) mevzuatı ve uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışma zamanında askıya alınmayan Yemen'in (ibid., par. 2307) mevzuatı ve Burundi'nin (ibid., par. 2290) mevzuatı tasarısı.

241 Örn. Bkz. Şili'nin (ibid., par. 2310), Tacikistan'ın (ibid., par. 2326) ve Yugoslavya'nın (ibid., par.

Kızılhaç Komitesi (ICRC) insanları kalkan olarak kullanma yasağını hatırlatmak üzere gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına çağrıda bulunmuşlardır²⁴².

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku insanların kalkan olarak kullanımını böylece yasaklamamaktadır, fakat bu uygulama, diğer ihlallerin yanı sıra, hiçbir ayrık hükme konu olamayacak, keyfi biçimde yaşam hakkından mahrum bırakılmama hakkının bir ihlalini oluşturmuş olacaktır. (bkz. kural 89'un yorumu). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve bölgesel insan hakları savunma mekanizmaları, bu hakkın sadece öldürülmeme hakkını değil, Devletin yaşam hakkını korumak üzere tedbirler alma ödevini de içerdiğine işaret etmişlerdir²⁴³. Başvuru sahibinin, kocasının insan-kalkan olarak kullanıldığını öne sürdüğü *Demiray Türkiye'ye karşı* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, « 2. maddenin, (...) iyi tanımlanmış bazı şartlar dâhilinde, yetkili makamlara, sorumlulukları altındaki bireyi korumak amacıyla pratik nitekte tedbirler almak yönünde pozitif yükümlülük getirebileceğini » beyan etmiştir²⁴⁴.

İnsanların kalkan olarak kullanımının tanımı

Cenevre Sözleşmeleri'nde, Ek I.Protokol'de ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde yer aldığı biçimiyle insanları kalkan olarak kullanma yasağı, bazı noktaları ya da bazı bölgeleri (ya da bazı askeri kuvvetleri) askeri harekâtlara karşı korunaklı kılmak amacıyla sivillerin ya da koruma altındaki başka kişilerin varlığına (ya da nakledilmesine) gönderme yapmaktadır²⁴⁵. Askeri el kitaplarında sayılan –ya da mahkûmiyetlere konu olan- örneklerin çoğu, askeri hedefleri saldırılardan korumak amacıyla bazı kişilerin gerçekten bu hedeflere götürüldükleri vakalardır. Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık'ın askeri el kitapları, örnek ola-

2346) beyanları; Ruanda'nın rapor edilen uygulaması (ibid., par. 2323); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar1995/89 (ibid., par. 2348); Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Liberya'daki Birleşmiş Milletler gözlem misyonu (MONUL) hakkında 15. rapor (ibid., par. 2349), Sierra Leone'deki Birleşmiş Milletler gözlem misyonu (MONUSIL) hakkında birinci ara rapor (ibid., par. 2350) ve Somali'deki Birleşmiş Milletler güçlerine karşı 5 Haziran 1993 tarihinde başlatılan saldırılar hakkında Genel Sekreter adına yürütülen soruşturmaya ilişkin Güvenlik Konseyi'nin 837 (1993) sayılı kararının 5. paragrafının uygulanması sonucu sunulan rapor (ibid., par. 2351).

242 Örn. Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Basın bildirisi n° 93/17 (ibid., par. 2367) ve arşiv belgesi (ibid., par. 2368).

243 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 6 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi) (ibid., par. 2365); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *İnsan Hak ve Özgürlükleri Ulusal Komisyonu Çad'a karşı* vakası, (ibid., par. 940); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Demiray Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2367) davası.

244 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Demiray Türkiye'ye karşı* davası (ibid., par. 2367).

245 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 23, bent 1 (ibid., par. 2251); IV. Cenevre Sözleşmesi, (1949), madde 28 (ibid., par. 2252); Ek I.Protokol (1977), madde. 12, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2253) ve madde 51, par. 7 (ibid., par. 2254); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent b) xxiii) (ibid., par. 2255).

rak, bazı kişileri cephane taşıyan demiryolu konvoylarına ya bu konvoyların yakınına yerleştirme eylemlerini göstermektedirler²⁴⁶. Savaş esirlerini ve sivilleri toplayıp stratejik alanlara ve askeri müdafaa noktalarının etrafına yerleştirme yönünde Irak'ın savurduğu tehditler pek çok mahkûmiyet beyanına yol açmıştır²⁴⁷. Bu yasağa ilişkin diğer mahkûmiyet beyanları Eski Yugoslavya ve Liberya'daki çatışmalar sırasında sivillerin toplanıp askeri birliklerin önüne yerleştirilmesine ilişkin²⁴⁸.

Radovan Karadžić ve Ratko Mladic davasındaki iddianameleri inceleyen Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, aralarında cephane depolarının, radar tesisleri içeren bir alanın ve bir iletişim merkezinin de bulunduğu, NATO'nun potansiyel hava saldırısının hedeflerini oluşturan alanlara, barışı koruma gücü mensuplarının fiziksel olarak yerleştirilmesini ya da rızaları hilafına buralarda tutulmasını, « insanların kalkan olarak kullanılması » olarak nitelendirmiştir²⁴⁹.

İnsanların kalkan olarak kullanımının, askeri hedeflerle sivillerin ya da muharebe dışı kalmış kişilerin aynı yerde bir arada bulundurulması ile ilişkilenen, bu askeri hedeflerin saldırıda hedef alınmasını engellemeye çalışmaya yönelik özel niyetinin varlığını gerektirdiği sonucuna varılabilir.

Kural 98. – Zorla kaybettirme yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım K.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

246 Bkz. Yeni Zelanda (ibid., par. 2277) ve Birleşik Krallık'ın sahra talimnameleri (ibid., par. 2280).

247 Örn. Bkz. Almanya (ibid., par. 2314), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2335 ilâ 2340 ve 2342-2343), İtalya (ibid., par. 2317), Kuveyt (ibid., par. 2319), Birleşik Krallık (ibid., par. 2327 ilâ 2332) ve Senegal'in (ibid., par. 2324) beyanları; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1992/71 (ibid., par. 2347); Avrupa Topluluğu, Irak'taki ve Kuveyt'teki yabancıların durumu hakkında bildiri (ibid., par. 2356), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nu Üçüncü Komisyonu önünde bildiri (ibid., par. 2357), savaş esirlerinin durumu hakkında bildiri (ibid., par. 2358) ve Körfez krizi hakkında bildiri (ibid., par. 2359).

248 Örn. Bkz. Yugoslavya'nın beyanı (ibid., par. 2346); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1995/89 (ibid., par. 2348); Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Liberya'daki Birleşmiş Milletler Gözlem Misyonu (MONUL) hakkında On Beşinci Rapor, (ibid., par. 2349).

249 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Radovan Karadžić ve Ratko Mladic'e karşı*, iddianamelerin incelenmesi (ibid., par. 2364).

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası insancıl hukuk antlaşmaları «zorla kaybettirme» terimini bu şekliyle zikretmemektedirler. Bununla beraber zorla kaybettirmeler, başta özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakılmak (bkz. kural 99), işkence ve diğer zalimane ya da gayriinsanî muamele yasağı (bkz. kural 90) ve adam öldürme yasağı (bkz. kural 89) olmak üzere, uluslararası insancıl hukukun bir dizi kuralını ihlal eder ya da ihlal etme tehlikesini taşır. Üstelik uluslararası silahlı çatışmalarda, özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerin tescil edilmesine, ziyaretlere ve bu kişilere ait bilgilerin iletilmesine ilişkin ayrıntılı gereklilikler, diğer amaçların yanı sıra, zorla kaybettirmelerin önüne geçmeyi hedefler. (bkz. Alt-Bölüm XXXVII) Uluslararası nitelik göstermeyen silahlı çatışmalarda taraflar, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin tescil edilmesi dâhil olmak üzere kaybettirmelerin önünü kesmek için tedbirler almak zorundadırlar. (bkz. kural 123). Bu yasak, aile hayatına saygı gösterilmesini gerektiren kuralın (bkz. kural 105) ve çatışmanın her bir tarafına, silahlı bir çatışmayı müteakiben kayb olduğu bildirilen kişilerin akıbetini aydınlığa kavuşturmak ve bunların ailelerinin üyelerine, bu kişiler hakkında sahip bulunduğu bütün bilgileri iletmek için uygulamada mümkün olan bütün tedbirleri almak yükümünü getiren kuralın (bkz. kural 117) ışığında da yorumlanmak durumundadır. Bu kuralların bileşik etkisi, uluslararası insancıl hukukta « zorla kaybettirmeler » olgusunun yasaklanması ile eşdeğerlidir.

Zorla kaybettirmelerin yasaklanmasının askeri el kitaplarında ve ulusal mevzuatlarda ifadesi henüz çok erken bir safhada olmakla beraber bu yasak Kolombiya, El Salvador, Endonezya ve Peru'nun askeri el kitaplarında sarahaten yer almaktadır²⁵⁰. Pek çok Devletin mevzuatları da bu uygulamayı özel olarak yasaklamaktadır²⁵¹.

1981'de XXIV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, zorla kayıpların « yaşam hakkı, kişisel özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ya da zalimane, gayriinsanî ya da aşağılayıcı muamelelere maruz bırakılmama hakkı, keyfi olarak tutuklanmama ya da gözaltına alınmama hakkı ve adil biçimde ve alenen yargılanma hakkı gibi temel insan haklarının ihlallerini beraberinde getirdiği » kanaatine varmıştır²⁵². 1986 tarihli XXV. Kızılhaç Konferansı, « kişilerin ya da kişi gruplarının zorla ya da gayri-radi olarak kaybolmalarına yol açan her türlü eylemi » mahkûm etmiştir²⁵³. 1999

250 Kolombiya, *Temel Sahra talimnamesi*, (ibid., par. 2385); El Salvador, *Silahlı Kuvvetler İnsan Hakları Şartı* (ibid., par. 2386); Endonezya, Irian Jaya ve Maluku'da İnsan Haklarına İlişkin Yönerge (ibid., par. 2387); Peru, Güvenlik Kuvvetlerinin İnsan Hakları Şartı (ibid., par. 2388).

251 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 2398), Ermenistan (ibid., par. 2389), Avustralya (ibid., par. 2390), Azerbaycan (ibid., par. 2391), Beyaz Rusya (ibid., par. 2392), Kanada (ibid., par. 2394), Kongo (ibid., par. 2395), El Salvador (ibid., par. 2396), Fransa (ibid., par. 2397), Mali (ibid., par. 2399), Nijer (ibid., par. 2401), Yeni Zelanda (ibid., par. 2402), Paraguay (ibid., par. 2404), Hollanda (ibid., par. 2400), Peru (ibid., par. 2405) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 2407); ayrıca Bkz. Burundi (ibid., par. 2393), Nikaragua (ibid., par. 2403) ve Trinidad ve Tobago'nun (ibid., par. 2406) mevzuat tasarıları.

252 XXIV. Kızılhaç Konferansı, karar II (ibid., par. 2433).

253 XXV. Kızılhaç Konferansı, karar XIII (ibid., par. 2434).

tarihinde XXVII. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı tarafından benimsenen 2000-2003 yılları için eylem planı, silahlı bir çatışmanın bütün taraflarından, « (...)zorla kaybettirmeler dâhil olmak üzere uluslararası insancıl hukukun bütün ağır ihlallerini engellemek için kesin emirler verilmesini » sağlamak üzere etkili tedbirler almalarını talep etmiştir²⁵⁴. Bütün bu kararlar konsensüsle benimsenmiştir.

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir, yani hiçbir Devlet kişileri zorla kaybettirme hakkına sahip çıkmamıştır. Üstelik iddia edilen zorla kayıp vakaları Devletlerin ve Birleşmiş Milletlerin mahkûmiyet beyanlarına yol açmıştır. Örneğin, Eski Yugoslavya'daki çatışma sırasında gerçekleşen kayıplar, 1995'te Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ndeki görüşmeler sırasında Botswana, Honduras ve Endonezya tarafından mahkûm edilmiştir²⁵⁵. Bu kayıplar, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun konsensüsle benimsediği kararlarda mahkûm edilmiştir²⁵⁶. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu da Eski Yugoslavya'daki zorla kayıpları 1995'te benimsediği bir kararında mahkûm etmiştir²⁵⁷. Genel Kurul, 2000 yılında Sudan'a ilişkin olarak benimsediği bir kararında zorla kaybettirmeleri bir kez daha mahkûm etmiştir²⁵⁸.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre zorla kaybettirmelere dayalı sistematik bir uygulama insanlığa karşı suç oluşturur²⁵⁹. Zorla Kayıplar Hakkında Amerikalılar arası Sözleşme de « insan varlığının özündeki onura yönelik vahim ve

254 XXVII. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, karar I (konsensüsle benimsenmiştir.) (ibid., par. 2436).

255 Bkz. Botswana (ibid., par. 2410), Honduras (ibid., par. 2412) ve Endonezya'nın (ibid., par. 2413) beyanları.

256 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar 1034 (ibid., par. 2415); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1994/72 (ibid., par. 2420) ve karar 1996/71 (ibid., par. 2421).

257 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 50/193 (ibid., par. 2416). Karar, 114 lehte, 1 aleyhte ve 20 çekimser oyla benimsenmiştir. Bununla beraber, karar aleyhinde oy kullanan Rusya'nın açıklaması, bu devletin ilke olarak zorla kayıpların mahkûm edilmesine karşı olmadığını ve fakat karar metnin fazla taraflı bulunduğunu göstermektedir. Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Üçüncü Komisyonu önünde Rusya'nın beyanı, Birleşmiş Milletler belgesi A/C.3/50/SR.58, 14 Aralık 1995, par. 17.

258 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 55/116 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2417). Karar, 85 lehte, 32 aleyhte ve 49 çekimser oyla benimsenmiştir. Bununla beraber, Bangladeş, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Libya ve Tayland tarafından sunulan oy açıklamaları, tartışılan ilke üzerinde bir anlaşmazlık bulunduğu dair hiçbir işaret içermemektedirler; Bkz. bu devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Üçüncü Komisyonu önünde 10 Ekim 2000 tarihinde sundukları açıklamalar, Birleşmiş Milletler belgesi A/C.3/55/SR.55, 29 Kasım 2000, par. 138 (Kanada), par. 139 (Amerika Birleşik Devletleri), par. 146 (Bangladeş), par. 147 (Tayland) ve par. 148 (Libya).

259 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde par. 1, bent i (Nakleden Cilt. II, Bölüm 32, par. 2372). Madde 7 par. 2, bent i) (ibid., par. 2374) kişilerin zorla kaybedilmesini şöylece tanımlamaktadır: «kişilerin, kanunun korumasından uzun bir süre boyunca mahrum bırakılmaları amacıyla, ardından bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını kabul etmeyi ya da ya da başlarına gelen akıbeti ya da buldukları yeri açığa çıkarmayı reddeden bir devlet, ya da siyasi bir örgüt tarafından, ya da bu devletin ya da örgütün izni, desteği ya da muvafakati ile tutuklanmaları, gözaltına alınmaları ya da kaçırılmaları halleri».

menfur bir ihlal » olarak tasvir ettiği ve « insan kişiliğinin hiçbir ayırık tedbire konu olamayacak pek çok temel hakkını ihlal ettiğini » teyit ettiği zorla kaybettirmeleri yasaklamaktadır²⁶⁰. Konsensüsle benimsenen Zorla Kaybettirmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi, zorla kaybın hukuki kişiliğin tanınması hakkının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, işkence ya da diğer zalimane, gayriinsanî ya da aşağılayıcı muamele ve cezalara maruz bırakılmama hakkının ihlalini oluşturduğunu ve yaşam hakkını ihlal ettiğini veya vahim surette tehlikeye attığını belirtmektedir²⁶¹.

2000 tarihli *Kupreškic* davasında Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesinin, zorla kaybettirmenin, Mahkeme'nin Statüsü'nde bu şekilde yer almamasına rağmen, insanlığa karşı suç olarak kabul edilebileceğine hükmetmesi manidardır. Mahkeme, zorla kayıpların birden fazla insan hakkının ihlallerini beraberlerinde getirdiklerini ve Zorla Kayıplar Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi ile Zorla Kayıplar Hakkında Amerikalılar arası Sözleşme tarafından yasaklanmış olmalarını hesaba katmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, bu suçun Statüsünde, madde 5, bent 1 i) de yer alan « diğer gayriinsanî eylemler » kategorisi içine girdiğine karar vermiştir²⁶².

Dahası, bölgesel insan hakları denetim organları, birden fazla vakada, zorla kayıpların birden çok hakkı ihlal ettiği sonucuna varmışlardır. Örneğin, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, zorla kaybettirmelerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, adil yargılanma hakkını ve yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmişlerdir²⁶³. Üstelik Zorla Kaybettirmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nin de teyit ettiği gibi, zorla kaybettirmeler sadece kurbanın değil, ailesinin de ağır acılar çekmesine yol açmaktadırlar²⁶⁴. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yakın bir akrabanın zorla kaybolmasının çekirdek ailesi için gayriinsanî bir muamele oluşturduğuna hükmetmişlerdir²⁶⁵. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde adam kaçırmaya ya da

260 Zorla Kayıplar Hakkında Amerikalılar arası Sözleşme (1994), Başlangıç (ibid., par. 2371); ayrıca Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 2001/ 46 (ibid., par. 2422); Dünya İnsan Hakları Konferansı, Viyana Bildirisi ve Eylem Programı (ibid., par. 2435).

261 Zorla Kayıplar Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi (1992), 1. madde (ibid., par. 2379).

262 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zoran Kupreškic ve suç ortaklarına karşı*, hüküm (ibid., par. 2437).

263 Örn. Bkz. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, 9466 (*Peru*) (ibid., par. 2446), ve 9786 (*Peru*) (ibid., par. 2448) vakaları ve Kolombiya'daki insan haklarının durumu hakkında üçüncü rapor, (ibid., par. 2449) ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez* (ibid., par. 2450) davası; ayrıca Bkz. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Burkinabé İnsanın Ve Halkların Hakları Hareketi Burkina Faso'ya Karşı* vakası (hukuki kişiliğin tanınması hakkının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali) (ibid., par. 2441).

264 Zorla Kayıplar Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi (1992), 1. madde par. 2 (ibid., par. 2379).

265 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Quinteros Uruguay'a karşı* (ibid., par. 2439), *Lyashkevich Beyaz Rusya'ya karşı* (ibid., par. 2440); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kurt c. Türkiye'ye karşı ve (ibid., par. 2442), *Timurtaş Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2443) ve *Kıbrıs Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2444) davaları.

resmen tanınmayan gözalıtı yasağının ayrıık hallere konu olamayacağı hususunun altını çizmiş ve «bu yasağın, olağanüstü bir halde bile, mutlak niteliğinin genel uluslararası hukuk normu derecesine sahip olması ile haklılık kazandığını» beyan etmiştir²⁶⁶. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, insanlık suçunu oluşturan husus, gelişmiş ya da sistematik zorla kayıp uygulamaları olmakla beraber, her zorla kaybettirme vakası uluslararası insancıl hukuku ve insan hakları hukukunu ihlal eder.

Zorla kayıp yasağının, ihbar edilen zorla kayıp vakalarını soruşturma ödevini de içerdğine işaret eden önemli boyutta bir uygulamaya tesadüf edilmektedir²⁶⁷. Zorla kaybettirme vakalarını önleme ödevi ayrıca, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin kişisel verilerini tescil etme gereğince de desteklenmektedir. (bkz. kural 123).

Kural 99. – Özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım L.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

266 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2438).

267 Örn. Bkz. Zorla Kayıplar Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi (1992), madde 13 (ibid., par. 2484); Zorla Kayıplar Hakkında Amerikalılararası Sözleşme (1994), madde 12 (ibid., par. 2481); Şu devletlerin uygulamaları: Arjantin (Kaybolan Kişiler Hakkında Ulusal Komisyon) (ibid., par. 2489), Şili (İnsan Haklarına İlişkin Sivil-Asker Yuvarlak Masa Toplantısı) (ibid., par. 2411), Hırvatistan (Hırvatistan Cumhuriyetindeki Muhasamat Sırasında Kaybolan Kişilerin Aranması İçin Komisyon) (ibid., par. 2490), Filipinler (Gayriiradi Kayıplar Hakkında Çalışma Grubu) (ibid., par. 2492), Sri Lanka (Bazı Eyaletlerdeki Zorla Yer Değıştirmeler ve Gayriiradi Kayıplar Hakkında Soruşturma Komisyonu) (ibid., par. 2414), Eski Yugoslavya (Kaybolan Kişilerin ve Ölü Kalıntılarının Aranması İçin Bileşik Komisyon) (ibid., par. 2485) ve Irak, bir yandan Suudi Arabistan, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Kuveyt ve Birleşik Krallık diğer yandan (Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin himayesi altında kurulan Üçlü Komisyon) (ibid., par. 2514); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 6 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi) (ibid., par. 2504) ve *Quinteros Uruguay'a karşı* (ibid., par. 2505) vakası; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 40/140 (ibid., par. 2493); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 2001/46 (ibid., par. 2495); XXIV. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar II (ibid., par. 2502); Dünya İnsan Hakları Konferansı, Viyana Bildirisi ve Eylem Programı (ibid., par. 2503); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kurt Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2506), *Timurtaş Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2507) ve *Kıbrıs Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 2508) davaları; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Velásquez Rodríguez (ibid., par. 2512) davası.

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi gibi I. ve II. Ek Protokollerin de bütün sivillerin ve muharebe dışı kalmış bütün kişilerin insanîyetle muamele görmesini gerektirdiğine (bkz. kural 87) ve özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakmanın bu gerekle bağdaşmadığına dikkat çekmek gerekir.

Gözaltına almanın keyfi olmaması gerektiğini emreden ilke hem uluslararası insancıl hukukun hem de insan hakları hukukunun parçasıdır. Uluslararası hukukun bu iki dalı arasında farklılıklar bulunmakla beraber gerek uluslararası insancıl hukuk gerekse insan hakları hukukunun amacı, -özellikle güvenlik alanında- belli ihtiyaçlara dayalı olan gözaltı gerekçelerini belirterek ve kayıpları engellemek ve gözaltına alma zorunluluğunun düzenli olarak doğrulanmasını sağlamak için bazı şartlar öngörerek, keyfi gözaltına alma uygulamalarını engellemektir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Gözaltına alma gerekçeleri

Cenevre Sözleşmeleri'nin her birinde, silahlı bir çatışmanın taraflarının kişileri özgürlüklerinden mahrum bırakırken dayanabileceği gerekçelere ilişkin kurallar bulunmaktadır²⁶⁸:

-I. Cenevre Sözleşmesi, sıhhi ve dini personelin gözaltına alınmasını ya da alıkonulmasını düzenlemektedir²⁶⁹.

-II. Cenevre Sözleşmesi, hastane gemilerindeki tıbbi ve dini personelin gözaltına alınmasını ya da alıkonulmasını düzenlemektedir²⁷⁰.

-III. Cenevre Sözleşmesi, savaş esirlerinin etkin muhasamat esnasında enterne edilebileceği yönündeki eski teamüle dayalıdır²⁷¹. III. Cenevre Sözleşmesi, disiplin cezaları, adli tahkikat ve ağır hasta ve ağır yaralı savaş esirlerinin vatanlarına iadesi hakkında ilave hükümler içermektedir²⁷².

-IV. Cenevre Sözleşmesi bir sivilin ancak « bu kişileri elinde tutan gücün güvenliğinin bunu mutlak surette zorunlu kılması halinde (madde 42) ya da -işgal altındaki topraklarda- « buyurucu güvenlik gerekçeleriyle » (madde 78) enterne edilebileceğini ya da zorunlu ikamete tabi tutulabileceğini belirtmektedir²⁷³. *Delalic* davasında, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 42. maddeyi, ancak enterne edilen kişilerin, onları elinde tutan gücün güvenliğine sabotaj ve casusluk

268 Tarafsız devletler tarafından özgürlükten mahrum bırakma işlemleri (V.) ve (XIII.) Lahey Sözleşmelerinin düzenlemelerine tabidir. (V.) Lahey Sözleşmesi'nin 11, 13 ve 14. maddeleri, muhariplerin tarafsız devletlerce gözaltına alınmasının gerekçelerini belirtmektedirler. (XIII.) Lahey Sözleşmesi'nin 24. maddesi muharip savaş gemilerinin, bu gemilerin subaylarının ve mürettebatının alıkonulması ve gözaltına alınmasının gerekçelerini saymaktadır.

269 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 28, 30 ve 32.

270 II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 36 ve 37.

271 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 21 ve 118.

272 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 90, 95, 103 ve 109.

273 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 42 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2516) ve madde 78 (ibid., par. 2663).

gibi yöntemlerle ağır biçimde zarar verme eğilimi taşıdıklarını düşündürecek «ciddi ve meşru » gerekçeler varsa bu maddenin enterne etme işlemine izin verdiği şeklinde yorumlamıştır²⁷⁴.

Yukarıdaki listenin de gösterdiği gibi, gözaltına alma ya da gözaltı halini sürdürme işleminin gerekçeleri, haklı ihtiyaçlarla sınırlanmıştır. Örneğin, IV. Cenevre Sözleşmesi'nde «yabancı düşmanlar»ın gözaltına alınması, güvenlik sebepleriyle «mutlak surette zorunlu» olduğu hallerle sınırlanmıştır; buna mukabil, III. Cenevre Sözleşmesi ağır yaralı ya da hasta savaş esirlerinin vatanlarına iadesini gerektirmektedir, zira bu kişiler kendilerini elinde tutan güce karşı muhasamata katılmaya artık müsait değildirler.

Usule ilişkin gereklilikler

Bir özgürlükten mahrum bırakma işleminin hukuka uygun olması için, gözaltına alma gereklerinin geçerliliğinin yanı sıra, bazı usullere de saygı gösterilmesi gerekmektedir. IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 43. maddesine göre, enterne edilmiş ya da zorunlu ikamete tabi tutulmuş her kişinin, kendisi hakkında alınan kararın yetkili bir mahkeme ya da idari heyet tarafından yeniden incelenmesini ve söz konusu tedbirin sürdürülmesi halinde, durumunun dönemsel olarak yılda en az iki defa incelenmesini sağlama hakkı vardır²⁷⁵. IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 78. maddesi, işgal altındaki topraklarda zorunlu ikamet ya da enternömana ilişkin kararların, işgalci güç tarafından Sözleşme hükümlerine uygun olarak tespit edilmesi gereken düzenli bir usul uyarınca alınması gerektiğini öngörmektedir. Aynı madde, ayrıca, bu karara karşı üst mercie başvuru yapılabilmesi ve bu başvuru hakkında mümkün olan en kısa zamanda karar verilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Eğer kararlar bozulmadan kabul edilirse, işgalci gücün oluşturacağı yetkili bir merci tarafından, dönemsel olarak, mümkünse altı ayda bir gözden geçirilmelidir²⁷⁶. Bu usuller bazı askeri el kitaplarında da yazılıdır²⁷⁷. Dahası, III. Cenevre Sözleşmesi, bir karma tıbbi komisyonun, hasta ya da yaralı savaş esirleri, vatanlarına iade edilmeleri ya da tarafsız bir Devlette hastaneye yatırılmaları gerekip gerekmediğini tespit etmek üzere muayene etmesini gerektirmektedir²⁷⁸.

IV. Sözleşmenin 43 ve 78. maddelerinin özel hükümleri dışında, Cenevre Sözleşmeleri, keyfi gözaltına almaları ve bu tür gözaltı vakalarının çoğu zaman beraberlerinde getirdikleri kötü muameleleri engellemeye çalışmak için koruyucu güçlerin tayinini öngörmektedirler. Koruyucu güçler, çatışmanın taraflarının menfaatleri-

274 Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcı Zejnil Delalic ve suç ortaklarına karşı davası*, hüküm (ibid., par. 2643).

275 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 43, bent 1 (ibid., par. 2746).

276 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 78 (ibid., par. 2663 ve 2747).

277 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 2759), Arjantin (ibid., par. 2755-2756), Kanada (ibid., par. 2757), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2762-2763), Yeni Zelanda (ibid., par. 2760) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 2761).

278 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 110 ve 112.

ni korumak amacıyla Sözleşmelere işlerlik kazandırılmasını denetleyen tarafsız denetçiler olmalıdırlar²⁷⁹. Koruyucu bir güç, özellikle, savaş esirlerinin ele geçirilmesi ya da sivillerin enterne edilmesi hallerinde diğer koruyucu güçler ile İstihbarat Bürosu ve İstihbarat Merkez Ajansını ivedilikle bilgilendirmelidir²⁸⁰.

Dahası, Ek I.Protokol'e göre « silahlı çatışma ile ilişkili eylemler nedeniyle tutuklanan, gözaltına alınan ya da enterne edilen her kişi, bu tedbirlerin neden alındığının gerekçeleri hususunda, gecikme olmaksızın anladığı bir dilde bilgilendirilecektir²⁸¹». Bu kural bazı askeri el kitaplarında da yer almaktadır²⁸².

Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan muhtelif kurallara uygun olmayan gözaltı halinde «hukuka aykırı gözaltı» denmektedir. Sivillerin hukuka aykırı biçimde gözaltına alınması IV. Cenevre Sözleşmesi'nin ağır bir ihlalini oluşturmaktadır²⁸³. Cenevre Sözleşmeleri'nin hükümleri tarafından korunan bir kişinin hukuka aykırı biçimde gözaltında tutulması Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin statüleri ile Doğu Timor için Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi'nin 2000/15 tüzüğü tarafından ağır ihlal olarak tanımlanmaktadır²⁸⁴. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurları, hukuka aykırı gözaltı kavramının sadece sivilleri değil, Cenevre Sözleşmelerinin biri tarafından korunan herhangi bir kimseyi ilgilendirebileceğine işaret etmektedirler²⁸⁵.

Çok sayıda Devletin askeri el kitapları hukuka aykırı biçimde gözaltına almayı yasaklamaktadırlar²⁸⁶. Bu yasak, kayda değer sayıda Devletin mevzuatlarında da yer almaktadır²⁸⁷. Bu el kitapları ve bu kanun metinlerinde kullanılan terminoloji farklılıklar göstermektedir: Haksız biçimde hapsedmek, hukuka aykırı gözaltı, keyfi gözaltı, talep edilmemiş gözaltı, uluslararası hukuka aykırı tutuklama ya da özgür-

279 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 8 ve 10; II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 8 ve 10; III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 8 ve 10; IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 9 ve 11.

280 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 69 ve 122-123; IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 43, 105 ve 136-137.

281 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2693).

282 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Kanada (ibid., par. 2697), Yeni Zelanda (ibid., par. 2699), İsveç (ibid., par. 2700) ve İsviçre (ibid., par. 2701).

283 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 2517).

284 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) vii) (ibid., par. 2523); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 2, bent 1 g) (ibid., par. 2529); Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi, Tüzük No. 2000/15 (2000), par. 6.1, bent (a) (vii) (ibid., par. 2534).

285 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suç unsurları (2000), Hukuka aykırı gözaltının savaş suçu olarak tanımlanması (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, bent a) vii)).

286 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Güney Afrika (nakleden. Cilt. II, Bölüm 32, par. 2549), Almanya (ibid., par. 2543), Arjantin (ibid., par. 2535), Avustralya (ibid., par. 2536), Kanada (ibid., par. 2537), Hırvatistan (ibid., par. 2539), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2553), Fransa (ibid., par. 2541-2542), Macaristan (ibid., par. 2544), Nijerya (ibid., par. 2548), Yeni Zelanda (ibid., par. 2546), Uganda (ibid., par. 2551), Hollanda (ibid., par. 2545), Birleşik Krallık (ibid., par. 2552) ve İsviçre (ibid., par. 2550).

287 Örn. bkz., mevzuat (ibid., par. 2554 ilâ 2625).

lüğünden mahrum bırakma, özgürlüğün haksız biçimde kısıtlanması ve ayırım gözetmeyen kitlesel tutuklamalar. Hukuka aykırı gözaltı yasağı İkinci Dünya Savaşı'nı müteakip birkaç davada teyit edilmiştir²⁸⁸.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Gözaltına alma gerekçeleri

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma yasağı, askeri el kitapları, ulusal mevzuatlar ve resmi beyanlar şeklinde tezahür eden Devlet uygulamaları ile uluslararası insan hakları hukuku temelinde teyit edilmektedir. (bkz. aşağıda) Bütün Devletler, bir kişiyi gözaltına almaya izin veren gerekçeleri belirten bir mevzuata sahiptir, fakat 70'ten fazla Devletin silahlı çatışma zamanında özgürlükten hukuka aykırı biçimde mahrum bırakmayı cezai anlamda suç saydıkları tespit edilmiştir.²⁸⁹ Bu kanun metinlerinin çoğu, özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma yasağını hem uluslararası, hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulamaktadır²⁹⁰. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış bulunan birçok askeri el kitabı da özgürlükten hukuka aykırı biçime mahrum bırakmayı yasaklamaktadırlar²⁹¹. Yukarıda işaret edildiği üzere bu el kitapları ve kanuni metinlerde kullanılan terminoloji farklılık göstermekte ve hukuka aykırı/hukuk dışı gözaltından keyfi ya da haksız gözaltına kadar değişmektedir.

Uluslararası silahlı çatışmalarda olsun, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda olsun, aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. İddia edilen özgürlükten haksız biçimde mahrum bırakma vakaları, mahkûmiyet beyanlarına yol açmıştır. Örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Bosna-Hersek ve Burundi'deki

288 Örn. bkz., Hollanda, Makassar Geçici Divan-ı Harbi, *Motomura ve Notomi Suco* ibid., par. 2626) davaları; Hollanda, Lahey Özel Mahkemesi (savaş suçluları) ve Özel Temyiz Mahkemesi, *Rauter* davası (ibid., par. 2626); Hollanda, Amsterdam Özel Mahkemesi, ve Özel Temyiz Mahkemesi, *Willy Zühlke* davası (ibid., par. 2626); Birleşik Krallık, Lüneberg Askeri Mahkemesi, *Auschwitz ve Belsen* davası (ibid., par. 2626); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Pohl* davası (ibid., par. 2626).

289 Örn. bkz., mevzuat (ibid., par. 2554 ilâ 2625).

290 Örn. bkz., Şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 2555), Avustralya (ibid., par. 2556), Azerbaycan (ibid., par. 2559), Belçika (ibid., par. 2562), Bosna-Hersek (ibid., par. 2563), Kamboçya (ibid., par. 2567), Hırvatistan (ibid., par. 2576), İspanya (ibid., par. 2613), Etiyopya (ibid., par. 2579), Gürcistan (ibid., par. 2580), Moldova (ibid., par. 2593), Nikaragua (ibid., par. 2598), Nijer (ibid., par. 2600), Paraguay (ibid., par. 2605), Polonya (ibid., par. 2606), Portekiz (ibid., par. 2607), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 2572), Slovenya (ibid., par. 2611), İsviç (ibid., par. 2615), Tacikistan (ibid., par. 2616) ve Yugoslavya (ibid., par. 2624); ayrıca Bkz. Bulgaristan (ibid., par. 2565) ve Romanya'nın (ibid., par. 2608) uygulanması uluslararası olmayan silahlı çatışma zamanında askıya alınmayan mevzuatı, ve şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 2554), Burundi (ibid., par. 2566), El Salvador (ibid., par. 2578), Ürdün (ibid., par. 2584) ve Nikaragua (ibid., par. 2599).

291 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 2549), Almanya (ibid., par. 2543), Avustralya (ibid., par. 2536) ve Hırvatistan (ibid., par. 2539).

çatışmalar çerçevesinde « keyfi göz altıları » mahkûm etmiştir²⁹². Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Eski Yugoslavya ve Sudan'daki, « keyfi gözaltı halleri » dâhil olmak üzere vahim uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ihlalleri konusunda derin kaygılarını ifade etmiştir²⁹³. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu da, oylama yapılmaksızın kabul ettiği kararlarında, Eski Yugoslavya'daki « gözaltı »ları ve Sudan'daki « keyfi göz altıları », mahkûm etmiştir²⁹⁴.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını tanımakta ya da kimsenin kanun tarafından öngörülen gerekçe ve şartlar dışında özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağını hükme bağlamaktadırlar²⁹⁵. Bu ilkele-re başka uluslararası belgelerde de tesadüf edilmektedir²⁹⁶.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri, kimsenin keyfi bir gözaltı ya da tutuklamaya konu olamayacağını hükme bağlamaktadırlar²⁹⁷. Avrupa

292 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar 1019 ve 1034 (ibid., par. 2629) ve karar 1072 (ibid., par. 2630).

293 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 50/193 (ibid., par. 2633) ve karar 55/116 (ibid., par. 2634). Karar 50/193, 114 lehte, 1 aleyhte ve 20 çekimser oyla benimsenmiştir. Bununla beraber, karar aleyhinde oy kullanan Rusya'nın açıklaması, bu devletin ilke olarak hukuka aykırı gözaltıların mahkûm edilmesine karşı olmadığını ve fakat karar metnin fazla taraflı bulunduğunu göstermektedir. Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Üçüncü Komisyonu önünde Rusya'nın beyanı, Birleşmiş Milletler belgesi A/C.3/50/SR.58, 14 Aralık 1995, par. 17. Karar 55/116, 85 lehte, 32 aleyhte ve 49 çekimser oyla benimsenmiştir. Bununla beraber, Bangladeş, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Libya ve Tayland tarafından sunulan oy açıklamaları, tartışılan ilke üzerinde bir anlaşmazlık bulunduğu dair hiçbir işaret içermemektedirler; Bkz. bu devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Üçüncü Komisyonu önünde 10 Ekim 2000 tarihinde sundukları açıklamalar, Birleşmiş Milletler belgesi A/C.3/55/SR.55, 29 Kasım 2000, par. 138 (Kanada), par. 139 (Amerika Birleşik Devletleri), par. 146 (Bangladeş), par. 147 (Tayland) et par. 148 (Libya).

294 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1996/71 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 2635) ve karar 1996/73 (ibid., par. 2636).

295 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 1 (ibid., par. 2519 ve 2665); Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989), madde 37, bent 1 b) (ibid., par. 2522 ve 2668) (kişi özgürlüğü ve güvenliğine genel gönderme yoktur; hüküm, tutukluluk, gözaltı ya da hapsedme işleminin kanuna uygun olması gereğiyle sınırlıdır); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 1 (ibid., par. 2518 ve 2664); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, (1969), madde 7 (ibid., par. 2520 et 2666); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 6 (ibid., par. 2521 et 2667).

296 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 3 (ibid., par. 2526); Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi, (1948), madde I ve madde XXV (ibid., par. 2527 et 2672); Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), İlke 2 (ibid., par. 2673); İslam'da İnsan Haklarına İlişkin Kahire Bildirgesi (1990), madde 20 (ibid., par. 2528); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 6 (ibid., par. 2533).

297 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 1 (ibid., par. 2519); Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989), madde 37, bent 1 b) (ibid., par. 2522); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 7, par. 3 (ibid., par. 2520); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 6 (ibid., par. 2521).

İnsan Hakları Sözleşmesi, bir kişinin özgürlükten mahrum bırakılmasına temel oluşturabilecek gerekçeleri saymaktadır²⁹⁸. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (olağanüstü haller hakkındaki) 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde, taraf Devletlerin « insancıl hukuku ya da uluslararası hukukun buyurucu normlarını ihlal eden eylemleri, örneğin (...) özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma eylemlerini haklı kılmak üzere » olağanüstü hali « hiçbir surette » gerekçe gösteremeyeceklerini beyan etmiştir²⁹⁹. Keyfi olarak tutuklama ya da gözaltına alma yasağı başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır³⁰⁰.

Özgürlükten mahrumiyetin geçerli bir gerekçeye dayanması gerekliliği, hem özgürlükten mahrumiyete götüren ilk sebebe, hem de gözaltı halinin sürdürülmesine ilişkindir. Kanunen öngörülmüş sürenin ötesine uzayan bir gözaltı hali, kanunilik ilkesinin ihlalini oluşturur ve keyfi gözaltı ile eşdeğerlidir. Bu husus, cezalarını çekmelerine³⁰¹, ya da beraat etmelerine³⁰² veya salıverilmeleri emredilmiş olmalarına³⁰³ rağmen hala gözaltında tutulan kişilere ilişkin davalarda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu tarafından teyit edilmiştir.

Usule ilişkin gereklilikler

Cenevre Sözleşmeleri'nin benimsenmesinden beri, uluslararası insan hakları hukuku, özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma uygulamalarını engellemek üzere gerekli kılınan usuller alanında kayda değer bir gelişme göstermiştir. İnsan hakları hukuku i) tutuklanan her kişiyi tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirme yükümünü, ii) bir suç işlemekten dolayı tutuklanan her kişiyi en kısa sürede hâkim önüne çıkarma yükümünü ve iii) özgürlükten mahrum bırakılmış her kişiye, gözaltına alınışının kanuna uygunluğuna itiraz etme imkânını tanıma yükümünü (*habeas corpus* talebi tabir edilen usul) öngörmektedir. Belli başlı insan hakları antlaşmalarında ayrıntı hallere konu olamayacak hükümler arasında, i) ve ii) harfleriyle ifade

298 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 1; ayrıca Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem no: 8 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi) (ibid., par. 2644) (“özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma yasağı, cezai anlamda suçlar ya da, örn. zihin hastalıkları, serserilik, uyuşturucu bağımlılığı, eğitim tedbirleri, göç denetimi vs. söz konusu olsun, bütün özgürlükten mahrum bırakma hallerine uygulanmaktadır.”).

299 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2645).

300 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 9 (ibid., par. 2526).

301 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *García Lanza de Netto Uruguay'a karşı* vakası (ibid., par. 2646); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Pagnouille Kamerun'a karşı* vakası (ibid., par. 2649).

302 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Constitutional Rights Project (Anayasal Haklar Projesi) Nijerya'ya karşı* vakası (ibid., par. 2651).

303 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Torres Ramírez Uruguay'a karşı* (ibid., par. 2647).

edilen yükümler yer almamakla beraber, insan hakları konusundaki içtihat bunların hiçbir istisna kabul etmediğini göstermektedir³⁰⁴.

i) tutuklanan her kişiyi tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirme yükümü. Tutuklanan kişilerin tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirilmeleri gerekliliği Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan hakları sözleşmelerinde yer almaktadır³⁰⁵. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı bu hakkı sarahaten ifade etmemekle beraber Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu söz konusu hakkın, adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçası olduğuna işaret etmiştir³⁰⁶. Bu gereklilik, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun oylama yapmaksızın benimsediği Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü'nde de yer almaktadır³⁰⁷. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi şu hususu teyit etmiştir: « kamu güvenliğinden kaynaklanan sebeplerle, güvenlik enternömana denilen yöntemle başvurulmuşsa, bu enternömana aynı hükümlere tabi kılınmalı (...) yani ilgili kişi tutuklanmasının sebepleri hakkında bilgilendirilmelidir³⁰⁸.» Bu kural dünya Devletlerinin büyük çoğunluğunun, hatta tamamının ulusal hukukunda hükme bağlanmıştır³⁰⁹. Kural, Eski Yugoslavya'daki çatışmaların tarafları arasında akdedilen anlaşmalara da dâhil edilmiştir³¹⁰.

ii) Bir suç işlemekten dolayı tutuklanan her kişiyi en kısa sürede hâkim önüne çıkarma yükümü. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi Avrupa ve

-
- 304 Tutuklanan her kişiyi tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirme yükümüne ilişkin olarak örn. Bkz. Amerikalılarası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019), Doctrine concerning judicial guarantees and the right to personal liberty and security, (Yargısal Güvencelere ve Kişisel Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin Doktrin) *Ten years of activities* içinde yeniden basılmıştır., (1971-1981), Washington, D.C., 1982, p. 337. Bir suç işlemekten dolayı tutuklanan her kişiyi en kısa sürede hâkim önüne çıkarma yükümüne ilişkin olarak örn. Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 8 (ibid., par. 2735); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aksoy Türkiye'ye karşı* (ibid., 2742) ve *Brogan ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 2740) davaları; Amerikalılarası İnsan Hakları Mahkemesi, *Castillo Petruzzi ve diğerleri Peru'ya karşı* davası (ibid., par. 2743).
- 305 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 2 (ibid., par. 2691); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 2 (ibid., par. 2690); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 7, par. 4 (ibid., par. 2692).
- 306 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, Başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkına ilişkin usul hakkında karar, (ibid., par. 2712).
- 307 Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 10 (ibid., par. 2694).
- 308 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 8 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi) (ibid., par. 2710).
- 309 Örn. bkz., Hindistan (ibid., par. 2702), İspanya (ibid., par. 2705) ve Zimbabwe'nin (ibid., par. 2706) mevzuatı.
- 310 Hırvatistan ve Yugoslav Federal Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 4 (ibid., par. 2695); Bosna-Hersek'teki çatışmanın tarafları arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.3 (ibid., par. 2696).

Amerika insan hakları sözleşmeleri de tutuklanmış veya gözaltına alınmış her kişinin hızla bir hâkimin ya da kanunun yargısal işlev icra etme yetkisiyle donattığı başka bir makamın huzuruna çıkarılmasını emretmektedirler³¹¹. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı bu hakkı sarahaten ifade etmemekle beraber Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu söz konusu hakkın adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğuna işaret etmiştir³¹². Bu gereklilik, her ikisi de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oylama yapılmaksızın benimsenen Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü ve Zorla Kayıplara İlişkin Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nde de yer almaktadırlar³¹³. Bu kurala, dünya Devletlerinin büyük çoğunluğunun, hatta tamamının ulusal mevzuatlarında da tesadüf edilmektedir³¹⁴. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, « en kısa sürede » hâkim huzuruna çıkarılmanın « bu sürelerin birkaç günü geçmemesi gerektiği » anlamına geldiğini beyan etmiştir³¹⁵. Bu ilkenin olağanüstü hallerde uygulanması hakkında artık bölgesel insan hakları mahkemelerinin de önemli bir içtihadı mevcuttur³¹⁶.

iii) *Özgürlükten mahrum bırakılmış her kişiye, gözaltına alınışının kanuna uygunluğuna itiraz etme imkânını tanıma yükümü.* Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi Avrupa ve Amerika İnsan hakları sözleşmeleri de, gözaltı halinin kanuniliği hakkında hüküm vermesi ve gözaltı kanuna aykırı ise salıverilmeyi emretmesi için bir mahkemeye başvuruda bulunma (habeas corpus tabir edilen talep) hakkını öngörmektedirler³¹⁷. Bu hak aynı zamanda Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun oylama yapılmaksızın benimsediği Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin

311 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 3 (ibid., par. 2720); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 3 (ibid., par. 2719); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 7, par. 5 (ibid., par. 2721).

312 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, Başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkına ilişkin usul hakkında karar, (ibid., par. 2737).

313 Herhangi Bir Gözaltı ya da Hapis Biçimine Tabi Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), İlke 11 ve 37 (ibid., par. 2724-2725); Zorla Kaybolmalar Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirgesi (1992), madde 10 (ibid., par. 2726).

314 Örn. bkz., Hindistan (ibid., par. 2729), Myanmar (ibid., par. 2730) ve Uganda'nın (ibid., par. 2731) mevzuatı.

315 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 8 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi) (ibid., par. 2735).

316 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Brannigan ve McBride Birleşik Krallık'a karşı* (yedi güne kadar varan bir süre aşırı bulunmamıştır, zira gözaltına alınmış kişilerin 48 saat içinde bir avukata danışmalarına, ailelerinin bir üyesi ya da bir dostları ile görüşmelerine ve bir doktora muayene olmalarına izin verilmiştir) (ibid., par. 2741) ve *Aksoy Türkiye'ye karşı* (14 günlük gözaltı süresinin aşırı olduğuna hükmedilmiştir) (ibid., par. 2742) davaları; Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi, *Castillo Petruzzi ve diğerleri Peru'ya karşı* (36 günlük sürenin aşırı olduğuna hükmedilmiştir) (ibid., par. 2743).

317 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 4 (ibid., par. 2749); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 4 (ibid., par. 2748); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 7, par. 6 (ibid., par. 2750).

Korunması İçin İlkeler Bütünü'nde yer almaktadır³¹⁸. Bu kural dünya Devletlerinin büyük kısmının, hatta tamamının ulusal hukuklarında yer almaktadır³¹⁹. Filipinler'de insan hakları uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesine ilişkin genel anlaşmaya dâhil edilmiştir³²⁰.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, şu hususu beyan etmiştir: “ayrık hallere konu olamayacak hakları korumak amacıyla (...) bir gözaltı halinin kanuniliği hakkında zaman kaybetmeksizin hüküm vermesi amacıyla bir mahkeme-ye başvuruda bulunma hakkına, bir Devletin Sözleşme'ye ayrık hükümler getirme kararı halel getiremez »³²¹. Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, 1987 yılında *Habeas Corpus* ve yargısal güvenceler kararına ilişkin olarak verdiği danışma görüşlerinde, «habeas corpus talebinin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca hiçbir ayrık hale meydan veremeyecek muhtelif hakların korunması için “esaslı” nitelik taşıyan yargısal başvuru yollarının parçasını oluşturduğu ve bu itibarla kendisinin de hiçbir ayrık hale konu olamayacağı” sonucuna varmıştır³²².

Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, özellikle idari gözaltı uygulamalarına sahne olan olağanüstü hallerde, gözaltına alınmanın kanuniliğini tespit etmeyi hedefleyen usulün, yürütme gücünden bağımsız bir yargı organına tevdi edilmesi gerektiğine hükmetmiştir³²³. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, gözaltına alma işleminin kanuniliğinin incelemesinin, yürütme gücünden bağımsız bir birim tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu hususunun altını çizmiştir³²⁴.

Diğer yandan, Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin avukata ulaşabilmeleri gerektiğini gösteren zengin bir uygulama mevcuttur³²⁵. Birleşmiş Milletler

318 Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde XXV (ibid., par. 2752); Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, (1988), ilke 32 (ibid., par. 2753).

319 Örn. bkz., Rusya'nın mevzuatı (ibid., par. 2764).

320 Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Saygı Görmesi Hakkında Kapsayıcı Anlaşma (1998), II. Bölüm, madde 5 (ibid., par. 2754).

321 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2776).

322 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Habeas Corpus* (ibid., par. 2781) ve *Yargısal güvenceler* (ibid., par. 2782) vakaları; ayrıca Bkz. *Neira Alegria ve diğerleri* (ibid., par. 2783) vakası.

323 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 sayılı duyurular, *Amnesty International ve diğerleri Sudan'a karşı*, karar, 26. oturum, Kigali, 1-15 Kasım 1999, par. 60; 143/95 ve 150/96 sayılı duyurular, *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation Nijerya'ya karşı*, 26. oturum, Kigali, 1-15 Kasım 1999, par. 31 ve 34.

324 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless İrlanda'ya karşı davası*, karar (esas) 1 Temmuz 1961, par. 14; *İrlanda Birleşik Krallık'a karşı davası*, karar (esas ve hakça tatmin), 18 Ocak 1978, par. 199-200.

325 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Senegal'in üçüncü dönemsel raporunun incelenmesine ilişkin nihai gözlemler (nakleden Cilt II, bölüm. 32, par. 3276); İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi, İşkenceye Karşı Komitenin Türkiye'deki durum hakkında raporu, Birleşmiş Milletler belgesi A/48/44/Add.1, 15 Kasım 1993, par. 48; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aksoy Türkiye'ye karşı davası*, karar, 18 Aralık 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, par. 83.

Genel Kurulu tarafından oylama yapılmaksızın benimsenen Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü de “gözaltına alınan her kişinin bir avukat yardımından yararlanabileceğini” belirtmektedir³²⁶. Özellikle, bir gözaltı işleminin kanuniliğine itiraz etme imkânının etkin olabilmesi için bir avukatın yardımına ihtiyaç vardır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, uluslararası olmayan bir çatışmaya bağlı sebeplerden dolayı özgürlüklerinden mahrum bırakılmış bütün kişiler, gözaltına alınmalarının kanuniliğini incelettirme imkânına sahip olmalıdırlar, meğerki uluslararası olmayan silahlı çatışmadan etkilenen Devletin hükümeti kendisi için muhariplik haklarını talep etmiş olsun; bu halde ise ele geçirilen düşman “muharipleri”, uluslararası silahlı çatışmalarda savaş esirlerine bahsedilen muameleyle aynı muameleden ve gözaltına alınan siviller de uluslararası silahlı çatışmalarda IV. Cenevre Sözleşmesi’nin koruduğu sivillere bahsedilen muamele ile aynı muameleden yararlanmak durumundadırlar.

Kural 100. – Bütün temel yargısal güvenceleri sağlayan adil bir yargılama olmaksızın kimse mahkûm edilemez ya da yargılanamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım M.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, fakat 1949’da Cenevre Sözleşmeleri’nin benimsenmesinden önce cereyan eden birden çok davada, sanıkların, savaş esirleri ya da sivillere adil yargılanma imkânı tanımadıkları için mahkûmiyetlerine hükmedilmişti³²⁷. Adil yargılanma hakkı Cenevre Sözleşmeleri gibi I. ve II. Ek

326 Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, (1988), ilke 7 (ibid., par. 3230).

327 Örn. bkz., Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Ohashi* davası (ibid., par. 2957); Birleşik Krallık, Almelo Askeri Mahkemesi, *Almelo* davası (ibid., par. 2959); Amerika Birleşik Devletleri, Roma Askeri Komisyonu, *Dostler* davası (ibid., par. 2960); Amerika Birleşik Devletleri, Şanghay Askeri Komisyonu, *Sawada* (ibid., par. 2961) ve *Isayama* (ibid., par. 2962) davaları; Amerika Birleşik Devletleri, *Wuppertal* Askeri Mahkemesi, *Rhode* davası (ibid., par. 2963); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Altstötter ve diğerleri* davası (*The Justice Trial*) (ibid., par. 2964).

Protokollerde de yer almaktadır³²⁸. Koruma altındaki bir kişiyi usulüne uygun ve tarafsız bir biçimde yargılanma hakkından mahrum bırakmak III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri ile Ek I. Protokol hükümleri uyarınca ağır bir ihlal oluşturmaktadır³²⁹. Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi, usulüne uygun olarak teşekkül etmiş bir mahkemenin önceden verdiği bir karar olmaksızın mahkûmiyete hükmetmeyi ve infazlar gerçekleştirmeyi yasaklamaktadır³³⁰. Bir kişiyi usulüne uygun ve tarafsız bir biçimde yargılanma hakkından mahrum bırakmak Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde savaş suçu olarak tanımlanmaktadır³³¹.

Adil yargılanma hakkı, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde da yer almaktadır³³². Adil yargılanma hakkını tanımaktan kaçınmak, çoğunlukla hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir nitelikte olan, pek çok sayıda Devletin mevzuatlarında da cezai anlamda suç oluşturmaktadır³³³.

-
- 328 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 49, bent 4 (ibid., par. 2788); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50, bent 4 (ibid., par. 2788); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 102 ilâ 108 (ibid., par. 2789); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 5 ve 66 ilâ 75 (ibid., par. 2791-2792); Ek I. Protokol (1977), madde 71, par. 1 (ibid., par. 2798) ve 75, par. 4 (konsensüsle benimsenmişlerdir) (ibid., par. 2799); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3045). Adil yargılanma hakkı ilkesi, Kültür Varlıklarının Korunması İçin Lahey Sözleşmesi'ne II. Ek Protokol, madde 17, par. 2'de (1999) (ibid., par. 2807) de yer almaktadır.
- 329 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 2790); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 147 (ibid., par. 2794); Ek I. Protokol (1977), madde 85, par. 4, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 2800).
- 330 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak madde 3 (ibid., par. 2787).
- 331 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1998), madde 8, par. 2, bent a) vi) ve madde 8, par. 2, bent c) iv) (ibid., par. 2804); Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 2, bent 1 f) (ibid., par. 2822); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 4, bent 1g) (ibid., par. 2825); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 3, al. 1 g) (ibid., par. 2808).
- 332 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 2874), Almanya (ibid., par. 2857), Arjantin (ibid., par. 2836-2837), Avustralya (ibid., par. 2838-2839), Belçika (ibid., par. 2840), Benin (ibid., par. 2841), Burkina Faso (ibid., par. 2842), Kamerun (ibid., par. 2843), Kanada (ibid., par. 2844), Kolombiya (ibid., par. 2845 ilâ 2848), Kongo (ibid., par. 2849), El Salvador (ibid., par. 2852), Ekvator (ibid., par. 2850), İspanya (ibid., par. 2875), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2882 ilâ 2887), Fransa (ibid., par. 2853 ilâ 2856), Endonezya (ibid., par. 2858), İtalya (ibid., par. 2859), Kenya (ibid., par. 2860), Madagaskar (ibid., par. 2862), Mali (ibid., par. 2863), Fas (ibid., par. 2864), Nijerya (ibid., par. 2868), Yeni Zelanda (ibid., par. 2866), Hollanda (ibid., par. 2865), Peru (ibid., par. 2869-2870), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 2861), Birleşik Krallık (ibid., par. 2880-2881) Rusya (ibid., par. 2871), Senegal (ibid., par. 2872-2873), İsveç (ibid., par. 2876-2877), İsviçre (ibid., par. 2878) ve Togo (ibid., par. 2879).
- 333 Genel olarak Bkz. Mevzuat (ibid., par. 2888 ilâ 2956), ve özellikle şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 2914), Ermenistan (ibid., par. 2889), Avustralya (ibid., par. 2891), Azerbaycan (ibid., par. 2892), Bangladeş (ibid., par. 2893), Beyaz Rusya (ibid., par. 2895), Belçika (ibid., par. 2896), Bosna-Hersek (ibid., par. 2897), Kamboçya (ibid., par. 2901), Kanada (ibid., par. 2903), Kolombiya (ibid., par. 2904), Kongo (ibid., par. 2905), Hırvatistan (ibid., par. 2907), İspanya (ibid., par. 2944-2945), Estonya (ibid., par. 2911), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 2953), Etiyopya (ibid., par. 2912), Gürcistan (ibid., par. 2913), İrlanda (ibid., par. 2917), Lituanya (ibid., par. 2923), Moldova (ibid., par. 2929), Nikaragua (ibid., par. 2933), Nijer (ibid., par. 2935), Norveç (ibid., par. 2937), Yeni Zelanda (ibid., par. 2932), Hollanda (ibid., par. 2930), Polonya (ibid., par. 2939), Birleşik Krallık (ibid., par. 2952), Slovenya (ibid., par. 2943), Tacikistan

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilişkili resmi beyanlar ve başka türlü uygulamalar da adil yargılanma hakkını desteklemektedirler³³⁴. Dahası, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu kuralın ihlalinin savaş suçu oluşturduğunu gösteren bir ulusal içtihat mevcuttur³³⁵.

Adil yargılanma hakkı, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde, bu mahkemelerin huzuruna çıkan sanıklar bakımından öngörülmüştür³³⁶.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri, adil yargılanma hakkını içermektedirler³³⁷. Bu hak başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır³³⁸. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, « adil yargılanmayı güvence altına alan temel ilkelere » ayrık tedbirler getirilemeyeceğini beyan etmiştir³³⁹. Bu sonucu, bölgesel insan hakları koruma organlarının uygulaması da desteklemektedir³⁴⁰.

(ibid., par. 2947), Tayland (ibid., par. 2948), ve Yugoslavya (ibid., par. 2955); ayrıca Bkz. Bulgaristan (ibid., par. 2899), Macaristan (ibid., par. 2915), İtalya (ibid., par. 2918) ve Romanya'nın, uygulaması uluslararası olmayan silahlı çatışma zamanında askıya alınmayan mevzuatları (ibid., par. 2940), ve şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 2888), Burundi (ibid., par. 2900), El Salvador (ibid., par. 2910), Ürdün (ibid., par. 2919), Nikaragua (ibid., par. 2934) ve Trinidad ve Tobago (ibid., par. 2949).

334 Örn. bkz., Belçika (ibid., par. 2966) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., par. 2971) beyanları ile Çin'in (ibid., par. 2967) uygulaması.

335 Örn. bkz., Şili Santiago İstinaf Mahkemesi, *Videla* davası (ibid., par. 2958).

336 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1 (ibid., par. 2805); Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par.2 (ibid., par. 2824); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 2 (ibid., par. 2827); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 2 (ibid., par. 2809).

337 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 1 (ibid., par. 2796); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, al. b) iii) (ibid., par. 2802); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 1 (ibid., par. 2795); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 1 (ibid., par. 2797); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7 (ibid., par. 2801).

338 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 10 (ibid., par. 2812); Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde XVIII (ibid., par. 2813); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 19, par. e) (ibid., par. 2818); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 47 (ibid., par. 2833).

339 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (1966) 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 2998).

340 Örn. bkz., Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Civil Liberties Organisation ve diğerleri Nijerya'ya karşı* (ibid., par. 3007); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Resolution concerning the law applicable to emergency situations (olağanüstü hallere uygulanabilir hukuka ilişkin karar) (ibid., par. 3016) ve Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019); Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Yargısal güvenceler* davası (ibid., par. 3020).

Temel bütün yargısal güvenceleri sağlayan adil yargılanmanın tanımı

Uluslararası insancıl hukuk gibi insan hakları hukuku da, itham edilen kişilerin adil bir yargılanmadan yararlanmalarını güvence altına almayı amaçlayan bir dizi yargısal güvence saymaktadırlar.

Bağımsız, tarafsız ve usulüne uygun olarak teşekkül etmiş bir mahkeme tarafından yargılanma

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesine göre sadece « usulüne uygun olarak teşekkül etmiş bir mahkeme » itham altındaki bir kişiyi yargılayabilir³⁴¹. III. Cenevre Sözleşmesi, savaş esirlerini yargılayan mahkemelerin temel nitelikteki « bağımsızlık » ve « tarafsızlık » güvencelerini sunmasını emretmektedir³⁴². Bu gereklilik Ek I.Protokol' de de yer almaktadır³⁴³. Ek I.Protokol ise « tarafsız ve usulüne uygun olarak teşekkül etmiş bir mahkeme»nin varlığını aramaktadır ³⁴⁴.

Mahkemelerin bağımsız, tarafsız ve usulüne uygun olarak teşekkül etmiş olmaları gerekliliği bazı askeri el kitaplarında da yer almaktadır³⁴⁵. Bu gereklilikler ulusal mevzuatlarda da hükme bağlanmıştır ve resmi beyanlar ve rapor edilen uygulama tarafından desteklenmektedir³⁴⁶. Bu kaynakların birçoğu, söz konusu ilkelerin olağanüstü hallerde askıya alınamayacağı hususunun altını çizmektedirler³⁴⁷.

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve Ek I.Protokol'ün 75. maddesi « usulüne uygun olarak teşekkül etmiş » bir mahkeme talep etmekte, buna mukabil insan hakları antlaşmaları « yetkili »³⁴⁸ ya da « kanun tarafından kurulmuş »³⁴⁹ bir mahkemenin varlığını aramaktadırlar. Bir mahkeme, bir ülkede hal-i hazırda yürür-

341 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak madde 3 (ibid., par. 3038).

342 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 84, al. 2 (ibid., par. 3039).

343 Ek I.Protokol (1977), madde 6, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3045).

344 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3044).

345 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3058-3059), Belçika (ibid., par. 3060), Kanada (ibid., par. 3061), Hırvatistan (ibid., par. 3062), İspanya (ibid., par. 3065), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3069-3070), Yeni Zelanda (ibid., par. 3064), Hollanda (ibid., par. 3063), Birleşik Krallık (ibid., par. 3068), İsveç (ibid., par. 3066) ve İsviçre (ibid., par. 3067).

346 (346) Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Almanya (ibid., par. 3074), Bangladeş (ibid., par. 3071), Gürcistan (ibid., par. 3073), İrlanda (ibid., par. 3075), Kenya (ibid., par. 3076), Kuveyt (ibid., par. 3077), Kırgızistan (ibid., par. 3078), Litvanya (ibid., par. 3079), Norveç (ibid., par. 3081), Hollanda (ibid., par. 3080), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 3072) ve Slovakya (ibid., par. 3082), ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., par. 3085-3086) beyanları ve Kamboçya (ibid., par. 3085) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 3085) rapor edilen uygulamaları.

347 Örn. bkz., Hırvatistan'ın (ibid., par. 3062) sahra talimnamesi ve Gürcistan (ibid., par. 3073), Kuveyt (ibid., par. 3077) ve Kırgızistan'ın (ibid., par. 3078) mevzuatları.

348 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 1 (ibid., par. 3042); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 1 (ibid., par. 3043); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, al. b) iii) (ibid., par. 3048).

349 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 1 (ibid., par. 2796); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 1 (ibid., par. 2795); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 1 (ibid., par. 2797).

lükte bulunan kanun ve yargılama usullerine uygun olarak kurulmuş ve örgütlenmiş ise, usulüne uygun olarak teşekkül etmiş demektir.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri, bir yargılamanın adil olması için, « bağımsız » ve « tarafsız » bir mahkeme tarafından görülmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁵⁰. Bağımsızlık ve tarafsızlık gerekliliklerine belli sayıda başka uluslararası belgede de tesadüf edilmektedir³⁵¹. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gerekliliklerine asla ayrıklıklar getirilemeyeceğine işaret etmişlerdir³⁵².

Bağımsız ve tarafsız mahkeme kavramının anlamı içtihatla incelenmiştir. Bir mahkemenin bağımsız olması için, işlevlerini, Devlet cihazının bir başka dalından, özellikle yürütme gücünden bağımsız olarak yerine getirebilmesi gerekmektedir³⁵³. Tarafsız olması için, kendisini oluşturan hâkimlerin, baktıkları dava konusunda önyargı sahibi olmamaları ve taraflardan birinin menfaatlerini kayıracak şekilde hareket etmemeleri gerekmektedir³⁵⁴. Bu öznel tarafsızlık gerekliliğinin ötesinde, bölgesel insan haklarını koruma organları bir mahkemenin nesnel bakış açısından da tarafsız olması, yani tarafsızlığı hususunda ortaya meşru biçimde çıkabilecek her türlü istifhamı bertaraf etmek için yeterli güvenceleri sunması gerektiğine dikkat çekmişlerdir³⁵⁵.

-
- 350 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 1 (ibid., par. 3042); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, bent b) iii) (ibid., par. 3048); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 1 (ibid., par. 3041); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 1 (ibid., par. 3043); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7, par. 1, bent d) (ibid., par. 3046) ve madde 26 (ibid., par. 3047).
- 351 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 10 (ibid., par. 3050); Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde XXVI (ibid., par. 3051); Hâkimliğin bağımsızlığına ilişkin temel ilkeler (1985), par. 1 ve 2 (ibid., par. 3052); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 47 (ibid., par. 3057).
- 352 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2998); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).
- 353 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Bahamonde Ekvator Ginesi'ne karşı* vakası (ibid., par. 3091); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Centre For Free Speech Nijerya'ya karşı* vakası (ibid., par. 3094); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Belilos İsviçre'ye karşı* (ibid., par. 3098) ve *Findlay Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 3100) davaları. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, 1992-1993 Yıllık Rapor'unda, (ibid., par. 3104) ve 11.006 sayılı vakada (*Peru*) (ibid., par. 3106) hâkimlerin yürütme gücünün her türlü müdahalesinden bağımsız olmaları ve yerlerinin değiştirilememesi gerekliliğinin altını çizmiştir.
- 354 Bkz. Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Ohashi* (ibid., par. 3083) davası; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Karttunen Finlandiya'ya karşı* (ibid., par. 3090) vakası.
- 355 Bkz. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Constitutional Rights Project Nijerya* (ibid., par. 3093) ve *Malawi African Association ve diğerleri Moritanya'ya karşı* (ibid., par. 3095) vakaları; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Piersack Belçika'ya karşı* (ibid., par. 3097) ve *Findlay Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 3100) davaları; Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu 10.970 sayılı vaka (*Peru*) (ibid., par. 3107).

Yargının yürütme karşısında bağımsızlığı gibi hem sübjektif hem objektif tarafsızlık gerekliliği de, belli sayıda vakada, askeri mahkemelerin ve özel güvenlik mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlık ölçütlerini yerine getirmediklerine hükmedilmesi sonucuna götürmüştür. Bu vakaların hiçbirinde, askeri mahkemelerin bizatihi bu gereklilikleri ihlal ettikleri sonucuna varılmamış, fakat bütün vakalarda, askeri mahkemelerin ve özel güvenlik mahkemelerinin sivil mahkemelerle aynı bağımsızlık ve tarafsızlık gereklerine saygı göstermeleri gerektiği hususunun altı çizilmiştir³⁵⁶.

Bu bağlamda dikkat edilmelidir ki III. Cenevre Sözleşmesi hükmü uyarınca, savaş esirleri askeri bir mahkeme tarafından yargılanmalıdır, meğerki bu kişileri elinde tutan gücün mevzuatı, sivil mahkemelerin, ülkelerinden bir askeri aynı nitelikte suçlardan dolayı yargılamasına sarahaten izin versin. Bununla beraber, söz konusu hükme şu şart eklenmiştir: « Hiçbir halde bir harp esiri, umumiyetle kabul edilmiş olan esas istiklal ve bîtarafılık teminatını haiz bulunmayan herhangi bir mahkemeye verilemeyecektir»³⁵⁷.

Dahası, IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca işgalci güç, “ısdar edeceği cezai mevzuatın ihlâli takdirinde maznunları gayri siyasi ve nizami şekilde teessüs etmiş kendi askeri mahkemelerine tevdi edebilir. Ancak, bu askeri mahkemelerin işgal altındaki topraklarda bulunmaları şarttır. İstinaf mahkemeleri de tercihan işgal altındaki memlekette bulunacaktır»³⁵⁸. Bununla beraber, bölgesel insan hakları denetim organları, sivillerin askeri mahkemeler tarafından yargılanmasının, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlali olduğuna hükmetmişlerdir³⁵⁹.

Masumiyet karinesi

Masumiyet karinesi Ek I. ve II. Protokoller’de öngörülmüştür³⁶⁰. Bu karine, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza

356 Bkz. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Constitutional Rights Project Nijerya’ya karşı* (ibid., par. 3093) ve *Civil Liberties Organisation ve diğerleri Nijerya’ya karşı* (ibid., par. 3096); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Findlay Birleşik Krallık’a karşı* (ibid., par. 3100), *Çıraklar Türkiye’ye karşı* (ibid., par. 3101) ve *Şahiner Türkiye’ye karşı* (ibid., par. 3103) davaları; Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu 11.084 sayılı vaka (*Peru*) (ibid., par. 3105).

357 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 84 (ibid., par. 3039).

358 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 66 (ibid., par. 3040).

359 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Media Rights Agenda Nijerya’ya karşı* (bir sivilin «halen askeri yönetmeliğe tabi muvazzaf subaylar riyasetinde özel bir askeri mahkeme tarafından yargılanması, daha fazla bir hususa bakılması gerekmeksizin, adil yargılanmanın temel ilkelerine halel getirir.») (ibid., par. 3003) ve *Civil Liberties Organisation and Others Nijerya’ya karşı* («askeri mahkeme bağımsızlık testinde başarısız olmuştur.») (ibid., par. 3096); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Kıbrıs Türkiye’ye karşı davası* (“yürütme gücüyle, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin askeri yargı mercilerinde görev yapan askerler arasındaki yakın yapısal bağlar sebebiyle») (ibid., par. 3102); Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu, *Doctrine concerning judicial guarantees and the right to personal liberty and security* (Yargısal Güvencelere ve Kişisel Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin Doktrin) (ibid., par. 3019).

360 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent d) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3115); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent d) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3116).

mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde, bu mahkemelerin huzuruna çıkan sanıklar bakımından öngörülmüştür³⁶¹.

Masumiyet karanesi birden çok sahra talimnamelerinde yer almaktadır ve bu karineye Devletlerinin büyük çoğunluğunun, hatta tamamının ulusal mevzuatlarında da tesadüf edilmektedir³⁶². 1946 tarihli bir savaş suçları davası olan *Ohashi* davasında askeri hâkim, hâkimlerin hiçbir önyargıya sahip bulunmamaları gerektiği ve mahkemenin, sanıkların suçluluğu hakkında emin olması gerektiği hususları üzerinde ısrar etmiştir³⁶³.

Masumiyet karanesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve insan haklarına ilişkin bölgesel sözleşmelerde yer almaktadır³⁶⁴. Bu karine birden çok başka uluslararası belgede de yer almaktadır³⁶⁵. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da masumiyet karanesi ilkesine ayrıık hüküm ve tedbirler getirilemeyeceğine işaret etmişlerdir³⁶⁶.

Masumiyet karanesi, cezai bir yargılama usulüne konu olan her kişinin, aksi ispat edilene kadar, itham edildiği eylemden suçlu olmadığı varsayılması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu ise, ispat külfetinin iddia makamına ait olduğu, buna mukabil sanığın şüpheden yararlanması gerektiği anlamına gelir³⁶⁷. Bu husus, aynı zamanda, suçluluğun belirli bir norm uyarınca ispat edilmesi gerektiği anlamına gelir: Bu ispat (*common law* denilen sisteminin geçerli olduğu ülkelerde) « her türlü

361 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 66 (ibid., par. 3119); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 3 (ibid., par. 3128); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 3 (ibid., par. 3129); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 3 (ibid., par. 3120).

362 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 3133), Kanada (ibid., par. 3134), Kolombiya (ibid., par. 3135-3136), Yeni Zelanda (ibid., par. 3137) ve İsveç (ibid., par. 3138), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3140), Etiyopya (ibid., par. 3139), Gürcistan (ibid., par. 3139), İrlanda (ibid., par. 3141), Kenya (ibid., par. 3139), Kırgızistan (ibid., par. 3139), Norveç (ibid., par. 3142) ve Rusya (ibid., par. 3139).

363 Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Ohashi* davası (ibid., par. 3143).

364 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 2 (ibid., par. 3113); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, al. b) i) (ibid., par. 3118); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 2 (ibid., par. 3112); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2 (ibid., par. 3114); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7, par. 1 (ibid., par. 3117).

365 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 11 (ibid., par. 3121); Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde XXVI (ibid., par. 3122); Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 36 (ibid., par. 3123); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 19 (ibid., par. 3124); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 48, par. 1 (ibid., par. 3132).

366 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 2998); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

367 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi hakkında) (ibid., par. 3147).

makul şüphenin ötesinde » ya da « medeni hukuk denilen sistemin geçerli olduğu ülkelerde) « hâkimin olgular hakkında edindiği samimi kanaat uyarınca » gerçekleşmektedir. Dahası, bir vakaya bakan memurlar gibi kamu makamları da bir davanın sonucu hakkında peşin yargı beyan etmekten kaçınmalıdırlar³⁶⁸. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, bir mahkemenin, sanıkların kendilerini savunmaktan imtina etmeleri gerekçesiyle suçluluklarını varsaydıkları bir vakada masumiyet karinesinin ihlaline hükmetmiştir³⁶⁹.

İthamın niteliği ve sebepleri hakkında bilgilendirme

Sanığı ithamın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirme yükümü III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I. ve II. Protokoller'de yer almaktadır³⁷⁰. Bu yüküm, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde, bu mahkemelerin huzuruna çıkan sanıklar bakımından öngörülmüştür³⁷¹.

Sanığı, ithamın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirme yükümü, birden çok sahra talimnamelerinde ve ulusal mevzuatların çoğunda hatta tamamında yer almaktadır³⁷². Bu yüküm, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşen savaş suçları davalarında teyit edilmiştir³⁷³.

Sanığı, ithamın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirme yükümü, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa ve

368 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi hakkında) (ibid., par. 3147) ve *Gridin Rusya'ya karşı* vakası (ibid., par. 3148); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Allet de Ribemont Fransa'ya karşı* (ibid., par. 3153) davası.

369 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Malawi African Association ve diğerleri Moritanya'ya karşı* (ibid., par. 3151) vakası.

370 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 96, bent 4 (ibid., par. 3161) ve madde 105, bent 4 (ibid., par. 3162); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 71, bent 2 (ibid., par. 3163) ve madde 123, bent 2 (ibid., par. 3164); Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3168); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3169).

371 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, (1998), madde 67, par. 1, bent a) (ibid., par. 3173); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent a) (ibid., par. 3180); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent a) (ibid., par. 3181); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent a) (ibid., par. 3174).

372 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 3183-3184), Avustralya (ibid., par. 3185), Kanada (ibid., par. 3186), İspanya (ibid., par. 3190), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3194 ilâ 3196), Endonezya (ibid., par. 3187), Yeni Zelanda (ibid., par. 3189), Hollanda (ibid., par. 3188), Birleşik Krallık (ibid., par. 3193), İsveç (ibid., par. 3191) ve İsviçre (ibid., par. 3192), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3198), Etiyopya (ibid., par. 3197), Gürcistan (ibid., par. 3197), Hindistan (ibid., par. 3197), İrlanda (ibid., par. 3199), Kenya (ibid., par. 3197), Kırgızistan (ibid., par. 3197), Meksika (ibid., par. 3197) ve Norveç (ibid., par. 3200).

373 Örn. bkz., Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Ohashi* davası (ibid., par. 3201); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Altstötter ve diğerleri* davası (*The Justice Trial*) (ibid., par. 2964).

Amerika İnsan Hakları Sözleşmelerinde de yer almaktadır³⁷⁴. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, adil yargılanma hakkından yararlanmak için bu yüküme saygı gösterilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir³⁷⁵. Bu yüküm, başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır³⁷⁶. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da sanığı, ithamın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirme yükümünün hiçbir ayırık hüküm ve tedbire konu olamayacağına işaret etmişlerdir³⁷⁷.

Antlaşmaların hükümlerinin çoğu, ithamın niteliği ve sebebi hakkında bilgilerin sanığa « süre geçmeden » ya da « gecikme olmadan » bildirilmesi gerektiğini ve bu bilgilerin kendisine anladığı bir dilde verilmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁷⁸.

Savunma için zorunlu olan haklar ve imkânlar

Her sanığın, savunması için zorunlu olan hak ve imkânlarla sahip olması gerekliliği dört Cenevre Sözleşmesinde ve Ek I. ve II. Protokollerde hükme bağlanmıştır³⁷⁹.

Bu gereklilik, belli sayıda sahra talimnamelerinde ve hepsinde olmasa bile, çoğu ulusal mevzuatta yer almaktadır³⁸⁰. Savunma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi

374 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent a) (ibid., par. 3166); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, bent b) ii) (ibid., par. 3170); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent a) (ibid., par. 3165); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent b) (ibid., par. 3167).

375 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, n° 54/91, 61/ 91, 98/93, 164/97-196/97 ve 210/98 sayılı duyurular, *Malawi African Association ve diğerleri Moritanya'ya karşı* vakası, karar, 27. oturum, Cezayir, 11 Mayıs 2000, par. 97.

376 Örn. bkz., *Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü* (1988), ilke 10 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3176).

377 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi) (ibid., par. 2998); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, *Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor)* (ibid., par. 3019).

378 Bkz. III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, bent 4 (ibid., par. 3162); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 71, bent 2 (ibid., par. 3163); Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3168); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3169).

379 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 49, bent 4 (ibid., par. 3209); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50, bent 4 (ibid., par. 3210); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 84, bent 2 (ibid., par. 3211) ve madde 96, bent 4 (ibid., par. 3212); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 1 (ibid., par. 3215) ve madde 123, bent 1 (ibid., par. 3216); Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3220); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3221).

380 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: 'Almanya (ibid., par. 3250), Arjantin (ibid., par. 3244-3245), Avustralya (ibid., par. 3246), Kanada (ibid., par. 3247), Kolombiya (ibid., par. 3248), Ekvator (ibid., par. 3249), İspanya (ibid., par. 3255), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3259 ilâ 3262), Macaristan (ibid., par. 3251), Yeni Zelanda (ibid., par. 3253), Hollanda (ibid., par. 3252), Birleşik Krallık (ibid., par. 3258), İsveç (ibid., par. 3256), İsviçre (ibid., par. 3257), ve şu devletlerin mevzuatları: Arjantin (ibid., par. 3264), Bangladeş (ibid., par. 3265), Etiyopya (ibid., par. 3263), Gürcistan (ibid., par. 3263), Hindistan (ibid., par. 3263), İrlanda (ibid., par. 3266), Kenya (ibid., par. 3263), Kırgızistan (ibid., par. 3263), Kuveyt (ibid., par. 3263), Meksika (ibid., par. 3263), Norveç (ibid., par. 3267) ve Rusya (ibid., par. 3263).

Haklar Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde³⁸¹ ve başka uluslararası belgelerde³⁸² hükme bağlanmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, sanığın zorunlu müdafaa haklarına ve imkânlarına sahip olma hakkının hiçbir ayrık hüküm ve tedbire konu olamayacağına işaret etmiştir³⁸³.

Bu muhtelif kaynaklar, savunma için zorunlu hak ve imkânların aşağıdaki unsurları içerdiklerini belirtmektedirler:

i) Kendini savunma ya da kendi tercih ettiği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkı. Bir avukatın yardımından yararlanma hakkı Nürnberg ve de Tokyo Askeri Mahkemeleri'nin Statülerinde yer almaktaydı³⁸⁴. Bu hak III. ve IV. Cenevre Sözleşmelerinde de öngörülmüştür³⁸⁵. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemeleri ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statüleri, bu mahkemelerin huzuruna çıkan sanıkların, kendi müdafalarını yapma ya da tercih ettikleri bir müdafinin yardımından yararlanma ve müdafileri yoksa bu hak konusunda bilgilendirilme hakkına sahip olduklarını öngörmektedir.³⁸⁶

Kendi tercih ettiği bir müdafinin –ya da sadece bir müdafinin- yardımından yararlanma hakkının yerine getirilmemesi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında birden çok savaş suçları davasında, adil yargılanma hakkının ihlale uğradığına hükmedilmesinin gerekçelerinden biri olmuştur³⁸⁷. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, 1996 yılında Eski Yugoslavya'da insan haklarının durumuna ilişkin olarak kabul ettiği bir kararında, Hırvatistan'ın « uluslararası insancıl hukuk ve insan

381 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3 (ibid., par. 3218); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3 (ibid., par. 3217); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2 (ibid., par. 3219); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7, par. 1 (ibid., par. 3222). Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 3. paragrafı ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. paragrafına göre, yargılama sırasında sanık, bu maddelerde sayılan güvencelerden «tam bir eşitlik içinde» yararlanmalıdır.

382 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 11 (ibid., par. 3228); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 19, par. e) (ibid., par. 3232); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 48, par. 2 (ibid., par. 3221).

383 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 2998).

384 Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Nürnberg) (1945), madde 16, al. 1 d) (ibid., par. 3208); Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü (Tokyo) (1946), madde 9(c) (ibid., par. 3227).

385 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 99, bent 3 («nitelikli bir müdafinin yardımından yararlanmak») (ibid., par. 3213) ve madde 105, bent 1 («kendi tercih ettiği nitelikli bir avukat tarafından müdafaa edilmek») (ibid., par. 3214); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent. 1 («kendi tercih ettiği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkı») (ibid., par. 3215).

386 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1 (ibid., par. 3225); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par.4 (ibid., par. 3237); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4 (ibid., par. 3239); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4 (ibid., par. 3226).

387 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri, Şanghay Askeri Komisyonu, *Isayama* davası (ibid., par. 2962), Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Altstötter* ve *diğerleri* davası (*The Justice Trial*) (ibid., par. 2964) ve Yüksek Mahkeme, *Ward* davası (ibid., par. 3268).

hakları ihlalleri gerçekleştirdiklerinden şüphe ettiği kişiler hakkında var gücüyle kovuşturma başlatmasını ve bunu yaparken de bu tür suçlar işlediğinden şüphelenilen kişiler bakımından (...) adalet önünde temsil edilme haklarının güvenceye almasını talep etmiştir³⁸⁸.

Kendi tercih ettiği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkı dâhil olmak üzere savunma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile bölgesel insan hakları sözleşmelerinde de yer almaktadır³⁸⁹. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, sanığı kendi tercih ettiği bir avukat tarafından savunulma hakkının, hiçbir surette ayrıık hüküm ve tedbirlere konu olamayacağına işaret etmiştir³⁹⁰. İnsan hakları alanındaki içtihat, bu gerekliliğin, bir sanığın hükümet tarafından görevlendirilen bir avukatı kabul etmeye zorlanamayacağı anlamına geldiğini belirtmiştir³⁹¹.

Cenevre Sözleşmeleri, bir kişinin hangi andan itibaren avukattan yararlanma hakkına sahip olduğunu belirtmemekte, fakat avukatın sadece yargılama sırasında değil, yargılamadan önce de müsait olması gerektiğine işaret etmektedirler³⁹². Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oylama yapılmaksızın benimsenen Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, “hukuki danışmanla iletişim talebinin birkaç günden fazla reddedilemeyeceğini” belirtmektedir³⁹³. Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler, bu iletişimin « her halükârda, tutuklama ya da gözaltına alma işleminde 48 saat içinde yapılması gerektiğini » belirtmektedirler³⁹⁴. Davadan önce ve davanın her önemli aşamasında bir avukata ivedilikle ulaşabilme zorunluluğu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve bölgesel insan hakları denetim organlarının içtihadında teyit edilmiştir³⁹⁵.

388 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar, 1996/71 (ibid., par. 3272).

389 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent d) (ibid., par. 3218); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent c) (ibid., par. 3217); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent d) (ibid., par. 3219); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 7, par. 1, bent c) (ibid., par. 3222). Avrupa Sözleşmesi dışında, bütün bu andlaşmalar, eğer hiçbir adli yardıma sahip değilse sanığın bir müdafiden yararlanma hakkı konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadırlar.

390 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

391 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Saldías López Uruguay’a karşı* vakası (ibid., par. 3280); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Civil Liberties Organisation and Others Nijerya’ya karşı* vakası (218/98) (ibid., par. 3284).

392 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, bent 3 (müdafî, duruşmaların başlamasından önce, davaya hazırlanmak için en az iki haftalık bir süreden yararlanmalıdır) (ibid., par. 3214); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, al. 1 (müdafî, savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylıklardan yararlanmalıdır.) (ibid., par. 3215).

393 Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 15 (ibid., par. 3229).

394 Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler (1990), ilke 7 (ibid., par. 3241).

395 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Sala de Tourón Uruguay’a karşı*, *Pietrarroia Uruguay’a karşı*, *Wight Madagaskar’a karşı*, *Lafuente Peñarrieta ve diğerleri Bolıvya’ya karşı* (ibid., par. 3277) ve *Little Jamaika’ya karşı* (ibid., par. 3279) vakaları; Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Avocats Sans Frontières Burundi’ye karşı* (231/99) (ibid., par. 3283); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Campbell ve Fell Birleşik Krallık’a karşı* (ibid., par. 3287), *Imbrioscia İsviç-*

ii) *Adaletin menfaati böyle gerektiriyorsa, ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkı*. Bu hak, III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'nden zimnen tanınmıştır³⁹⁶. Söz konusu hak, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemeleri ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde öngörülmüştür³⁹⁷.

Adaletin menfaati böyle gerektiriyorsa, ücret ödemeksizin bir müdafinin hizmetlerinden yararlanma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları sözleşmelerinde hükme bağlanmıştır³⁹⁸. Bu hak başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır³⁹⁹. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, adaletin menfaatinin böyle gerektirdiği durumlarda, ücretsiz adli yardım hakkına hiçbir surette ayırık hüküm tedbir getirilemeyeceğine işaret etmiştir.⁴⁰⁰ İnsan haklarına ilişkin içtihatla, adaletin bir avukatın hizmetlerinden bedava yararlanmayı gerektirip gerektirmediğini kolayca tespit etmeye imkân veren belli ölçütler teşhis edilmiştir ki bunların arasında özellikle, davanın karmaşıklığı, cezanın vahameti ve sanığın çarptırılabilceği cezanın sertliği yer almaktadır⁴⁰¹.

re'ye karşı (ibid., par. 3290) ve *Averill Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 3291) davaları; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu *Elvar Can Avusturya'ya karşı* davası (ibid., par. 3288), Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, *10.198 numaralı vaka (Nikaragua)* (ibid., par. 3292).

396 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, bent. 2 («Harp esiri bir müdafî seçmemiş ise, hâmi devlet ona bir müdafî tedarik edecektir», bu mümkün olmazsa: «esirleri elinde tutan devlet sanığın müdafaası için re'sen bir ehliyetli avukat tayin edecektir.»); IV.Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 2 («Şayet maznun bir müdafî intihap etmemiş olursa hami devlet ona bir müdafî tayin edecektir», bu mümkün olmazsa: «şâgil devlet maznunun muvafakati şartıyla ona bir müdafî temin edilecektir.»).

397 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1, bent d) (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3225); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent d) (ibid., par. 3237); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent d) (ibid., par. 3239); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent d) (ibid., par. 3226).

398 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent d) (ibid., par. 3218); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent c) (ibid., par. 3217); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent e) (ibid., par. 3219). Amerikan Sözleşmesi, ücretlendirmenin ulusal mevzuata bağlı olduğunu belirtmektedir, ancak Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, bu hükmü, avukat ücreti vermeye sanığın maddi durumunun müsait olmadığı ve avukat yokluğunun yargılamanın adil niteliğine hâlel getirme tehlikesi bulunduğu hallerde, ücret ödemeksizin bir avukatın hizmetlerinden yararlanmayı gerektirecek biçimde yorumlamıştır. Bkz. Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies* (İç başvuru yollarının tüketiminin istisnaları) vakası (ibid., par. 3293).

399 Örn. bkz., Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 17 (ibid., par. 3230); Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler (1990), ilke 6 (ibid., par. 3241).

400 Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

401 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Currie Jamaika'ya karşı ve Thomas Jamaika'ya karşı* vakaları (ibid., par. 3278); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Avocats Sans Frontières Burundi'ye karşı* vakası (231/99) (ibid., par. 3283); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi *Pakelli Almanya'ya karşı* (ibid., par. 3286) ve *Quaranta İsviçre'ye karşı* (ibid., par. 3289) davaları.

iii) *Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı.* III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri, savunma için gerekli araçların, davadan önce savunmayı hazırlamak için yeterli süre ve kolaylıkları içerdiğini belirtmektedirler⁴⁰². Bu gerekliliğe, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin statülerinde tesadüf edilmektedir⁴⁰³.

Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmelerinde hükme bağlanmıştır⁴⁰⁴. Bu hak başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır⁴⁰⁵. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma zorunluluğuna hiçbir surette ayrıntı hüküm ve tedbir getirilemeyeceğine işaret etmiştir⁴⁰⁶.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oylama yapılmaksızın benimsenen Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü'nün belirttiği gibi, bu hak, « gözaltına alınmış ya da hapsedilmiş herkesin, avukatıyla görüşmek için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmasını » gerektirmektedir⁴⁰⁷.

iv) *Sanığın, avukatıyla serbestçe iletişimde bulunma hakkı.* Müdafinin sanığı serbestçe ziyaret etme hakkı III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri tarafından öngörülmüştür⁴⁰⁸. Sanığın, avukatıyla serbestçe iletişimde bulunma hakkı Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin statülerinde hükme bağlanmıştır⁴⁰⁹.

402 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, bent 3 (ibid., par. 3214); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 1 (ibid., par. 3215).

403 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1, bent b) (ibid., par. 3225); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent b) (ibid., par. 3237); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent b) (ibid., par. 3239); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent b) (ibid., par. 3226).

404 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent b) (ibid., par. 3218); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent b) (ibid., par. 3217); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent c) (ibid., par. 3219).

405 Örn. bkz., Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, (1988), 17-18. ilkeler (ibid., par. 3230-3231); Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler (1990), İlke 8 (ibid., par. 3241).

406 Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

407 Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 18, par. 2 (ibid., par. 3231).

408 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, al. 3 (ibid., par. 3214); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 1 (ibid., par. 3215).

409 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1, al. b) (ibid., par. 3225); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent b) (ibid., par. 3237); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent b) (ibid., par. 3239); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent b) (ibid., par. 3226).

Sanığın, avukatıyla serbestçe iletişimde bulunma hakkı, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır⁴¹⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi bölgesel insan hakları koruma organları da, sanığın adil bir yargılanmadan yararlanabilmesi için Sanığın, avukatıyla serbestçe iletişimde bulunma hakkının önemi üzerinde ısrarla durmuşlardır⁴¹¹.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oylama yapılmaksızın benimsenen Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, “gözaltına alınmış ya da tutuklanmış bir kişinin avukatıyla yaptığı görüşmelerin, kanunu uygulamakla sorumlu bir kişinin görüş mesafesi içinde gerçekleşebileceğini, ama işitme mesafesi içinde gerçekleşemeyeceğini” belirtmektedir⁴¹².

Aşırı gecikme olmaksızın yargılanmak

Aşırı gecikme olmaksızın yargılanma hakkı III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri’nde yer almaktadır⁴¹³. Bu hak, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin statülerinde hükme bağlanmıştır⁴¹⁴.

Aşırı gecikme olmaksızın yargılanma hakkı birden çok sahra talimnamelerinde yer almaktadır ve hepsinde olmasa bile, çoğu ulusal mevzuatta yer almaktadır hükme bağlanmıştır⁴¹⁵. Aşırı gecikme olmaksızın (ya da makul bir süre içinde)

410 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent d) (ibid., par. 3219); Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), İlke 18 (ibid., par. 3231); Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler (1990), İlke 8 (ibid., par. 3241).

411 Örn. bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesi hakkında) (ibid., par. 3275); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, başvuru ve adil yargılanma hakkına ilişkin usul hakkında karar (ibid., par. 3281) ve *Civil Liberties Organisation ve diğerleri Nijerya’ya karşı* vakası (218/98) (ibid., par. 3284); Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Elvar Can Avustralya’ya karşı* (ibid., par. 3288) davası.

412 Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 18, par. 4 (ibid., par. 3231).

413 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 103, bent 1 («mümkün olan en kısa sürede») (ibid., par. 3296); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 71, bent 2 («mümkün olan en hızlı biçimde») (ibid., par. 3297).

414 Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1998), madde 64, par. 2 ve 3 («ihtimamla») (ibid., par. 3305) ve madde 67, par. 1, bent c) («aşırı gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3306); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1993), madde 20, par. 1 («hızlı») (ibid., par. 3310) et madde 21, par. 4, al. c) («aşırı gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3311); Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1994), madde 19, par. 1 («hızlı») (ibid., par. 3312) ve madde 20, par. 4, bent c) («aşırı gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3313); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent c) («aşırı gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3307).

415 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3316), Avustralya (ibid., par. 3317), Kanada (ibid., par. 3318), Kolombiya (ibid., par. 3319), İspanya (ibid., par. 3321), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3323), Yeni Zelanda (ibid., par. 3320) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 3322), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3325), İrlanda (ibid., par. 3326), Kenya (ibid., par. 3324) ve Norveç (ibid., par. 3327).

yargılanmak hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri ⁴¹⁶, ile başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır⁴¹⁷.

Sürenin ne kadar olacağı bu belgelerde belirtilmemiştir; süre, davanın karmaşıklığı, sanığın davranışı ve resmi makamların gösterdikleri ihtimam gibi etmenler hesaba katılarak, her bir vakada ayrı ayrı takdir edilmelidir⁴¹⁸. Bu gerekliliklere tâbi olan prosedürler, itham sebeplerinin tebliğ edildiği anla, kanun yolları dâhil olmak üzere, esasa ilişkin nihai hükmün verildiği an arasında cereyan eden prosedürlerdir⁴¹⁹.

Tanıkların sorgusu

Sanığın tanıkları sorgulama ve sorgulama hakkı III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I.Protokol tarafından öngörülmüştür⁴²⁰. Bu hak, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin statülerinde de tanımlanmıştır⁴²¹.

Birden çok askeri el kitabının içerdiği bu hak, hepsinde olmasa bile, çoğu ulusal mevzuatta yer almaktadır⁴²². İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki savaş suçları dava-

-
- 416 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, par. 3 («makul bir süre içinde») (ibid., par. 3300) et madde 14, par. 3, bent c) («aşırı gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3301); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, al. b) iii) («gecikme olmaksızın») (ibid., par. 3305); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, par. 3 (ibid., par. 3298) ve madde 6, par. 1 («makul bir süre içinde») (ibid., par. 3299); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 1 («makul bir süre içinde») (ibid., par. 3302); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 7, par. 1, bent d) («makul bir süre içinde») (ibid., par. 3303).
- 417 Örn. bkz., Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 38 (ibid., par. 3308); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 47 (ibid., par. 3315).
- 418 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Wemhoff Almanya'ya karşı, Matznetter Avusturya'ya karşı, Stögmüller Avusturya'ya karşı, König Almanya'ya karşı, Letellier Fransa'ya karşı, Kemmache Fransa'ya karşı, Tomasi Fransa'ya karşı, Olsson İsveç'e karşı ve Scopelliti İtalya'ya karşı* (ibid., par. 3338); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu *11.245 no'lu vaka (Arjantin)* (ibid., par. 3341).
- 419 Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi) (ibid., par. 3334).
- 420 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 96, bent 4 (ibid., par. 3345) ve madde 105, bent 1 (ibid., par. 3346); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 1 (ibid., par. 3347) ve madde 123, bent 2 (ibid., par. 3348); Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent g) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3352).
- 421 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1, bent. e) (ibid., par. 3354); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent e) (ibid., par. 3360); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent e) (ibid., par. 3361); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent e) (ibid., par. 3355).
- 422 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3363-3364), Kanada (ibid., par. 3365), İspanya (ibid., par. 3367), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3370 ilâ 3372), Yeni Zelanda (ibid., par. 3366), Birleşik Krallık (ibid., par. 3369), İsveç (ibid., par. 3368), ve şu devletlerin mevzuatı: Bangladeş (ibid., par. 3374), Etiyopya (ibid., par. 3373), Gürcistan (ibid., par. 3373), İrlanda (ibid., par. 3375), Kenya (ibid., par. 3373), Meksika (ibid., par. 3373) ve Norveç (ibid., par. 3376).

larında aleyhteki tanıkları sorgulama ve sorgulatmak imkânsızlığı, adil yargılanma hakkının ihlale uğradığına hükmedilmesine yol açan gerekçelerden biri olmuştur⁴²³.

Tanıkları sorgulama ve sorgulatma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde yer almaktadır⁴²⁴. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı bu hakkı sarahaten hükme bağlamamaktadır, fakat Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, söz konusu hakkın, adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçası olduğunu belirtmiştir⁴²⁵. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da tanıkları inceleme ve inceletme hakkının hiçbir ayrık hüküm ve tedbire konu olamayacağına işaret etmişlerdir⁴²⁶.

Tercüman yardımı

Prosedürde kullanılan dili anlamaması halinde sanığın, bir tercümanın yardımından yararlanması hakkı III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri tarafından öngörülmüştür⁴²⁷. Bu hak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde, bu mahkemeler huzuruna çıkarılan sanıklar bakımından yer almaktadır⁴²⁸.

Prosedürde kullanılan dili anlamaması halinde sanığın, bir tercümanın yardımından yararlanması hakkı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde yer almaktadır⁴²⁹. Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı bu hakkı sarahaten hükme bağlamamaktadır, fakat Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, söz konu-

423 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri Şanghay Askeri Komisyonu, *Isayama* davası (ibid., par. 2962) ve Nürnberg Askeri Mahkemesi, *Altstötter ve diğerleri (The Justice Trial)* (ibid., par. 2964).

424 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent e) (ibid., par. 3350); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent d) (ibid., par. 3349); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, al. f) (ibid., par. 3351).

425 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, başvuru ve adil yargılanma hakkına ilişkin prosedür hakkında karar, (ibid., par. 3382).

426 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 2998); Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

427 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 96, bent 4 (ibid., par. 3388) ve madde 105, bent 1 (ibid., par. 3389); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 72, bent 3 (ibid., par. 3390) ve madde 123, bent 2 (ibid., par. 3391).

428 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 67, par. 1, bent f) (ibid., par. 3397); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent f) (ibid., par. 3400); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent f) (ibid., par. 3401); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent f) (ibid., par. 3398).

429 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent f) (ibid., par. 3394); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, bent b) vi) (ibid., par. 3395); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent. e) (ibid., par. 3392); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, bent. a) (ibid., par. 3394).

su hakkın, adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçası olduğunu belirtmiştir⁴³⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hakkın, resmi makamlar bakımından, sadece sözlü beyanları değil ispat unsuru olarak kullanılan delilleri de yazılı ya da sözlü olarak tercüme ettirme yükümünü içerdiğine hükmetmiştir⁴³¹.

Sanığın dava sırasında hazır bulunması

Ek I. ve II.Protokoller, sanıkların kendileri hazır bulunurken yargılanma hakkını hükme bağlamaktadır⁴³². Ek Protokoller'in onaylanması sırasında birden çok Devlet bu hakka çekince koyarak bu hakkın; sanığın oturum düzenini bozarak davanın sağlıklı biçimde seyrini engellemesi halinde hâkimin sanığı mahkeme salonundan dışarı çıkarması yetkisine tabi (haiz) olduğunu belirtmişlerdir⁴³³. Sanığın kendi davası sırasında hazır bulunma hakkı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde yer almaktadır⁴³⁴.

Sanığın kendi davası sırasında hazır bulunma hakkı birden çok sahra talimname-lerinde hükme bağlanmıştır ve ulusal mevzuatların hepsine olmasa bile çoğuna dâhil edilmiştir⁴³⁵.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri, sanığın kendi davası sırasında hazır bulunma hakkı olduğunu hükme bağlamaktadırlar⁴³⁶. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Devletin duruşma yapılacağını tebliğ ettiği ve sanığın duruşmaya çıkmamayı tercih ettiği hallerde, sanığın giyabında duruşma yapılmasının

430 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, başvuru ve adil yargılanma hakkına ilişkin prosedür hakkında karar (ibid., par. 3422).

431 Örn. bkz., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Luëdicke, Belkacem ve Koç Almanya'ya karşı* (ibid., par. 3424) ve *Kamasinski Avusturya'ya karşı* (ibid., par. 3425).

432 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3433); Ek I.Protokol (1977), madde 6. par. 2, bent e) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3439).

433 Bkz. Ek Protokollerin onaylanması sırasında şu devletlerin koydukları çekinceler: Almanya (ibid., par. 3435 ve 3441), Avusturya (ibid., par. 3434 et 3440), İrlanda (ibid., par. 3436 ve 3442), Lihtenştayn (ibid., par. 3437 ve 3443) ve Malta (ibid., par. 3438 ve 3444).

434 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 63, par. 1 (ibid., par. 3445) ve madde 67, par. 1, bent d) (ibid., par. 3446); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent d) (ibid., par. 3452); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent d) (ibid., par. 3453); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent d) (ibid., par. 3447).

435 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 3455), Kanada (ibid., par. 3456), Yeni Zelanda (ibid., par. 3457) ve İsveç (ibid., par. 3458), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3460), Gürcistan (ibid., par. 3459), İrlanda (ibid., par. 3461), Kenya (ibid., par. 3459), Kırgızistan (ibid., par. 3459), Norveç (ibid., par. 3462) ve Rusya (ibid., par. 3459).

436 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, d) (ibid., par. 3431); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 3, bent c) (ibid., par. 3430); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, al. d) (ibid., par. 3432). Son iki madde kendi kendini savunma hakkını hükme bağlamaktadırlar, bu ise davada hazır bulunma hakkını da zorunlu olarak beraberinde getirir.

mümkün olduğunu beyan etmişlerdir⁴³⁷. Komite gibi Mahkeme de, istinaf ya da temyiz merciinin davaya sadece hukuki hususlar değil, hem olgusal hem de hukuki hususlar açısından bakması gerektiği hallerde, hazır bulunma hakkının kanun yolları bakımından da uygulandığını beyan etmişlerdir⁴³⁸. Bununla beraber, bu tür usullere izin vermeyen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinin de işaret ettiği gibi, gıyapta yargılamalar aleyhinde inkâr edilemez bir eğilim gözlemlenmektedir⁴³⁹.

Sanıkları kendileri aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduklarını itiraf etmeye zorlamak

Sanıkları kendileri aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduklarını itiraf etmeye zorlama yasağı III. Cenevre Sözleşmesi ve Ek I. ve II.Protokollerde hükme bağlanmıştır⁴⁴⁰. Bu yasağa Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statülerinde tesadüf edilmektedir⁴⁴¹.

Bu yasağın, birden çok sahra talimnamelerinde ve ulusal mevzuatların çoğunda, hatta tamamında yer almaktadır⁴⁴². 1942 tarihli *Ward* davasında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, zorlama yoluyla elde edilen itirafları kullanılmasının, düzenli bir prosedüre ilişkin güvencelerin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir⁴⁴³.

437 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Daniel Monguya Mbenge Zaire'ye karşı* vakası (ibid., par. 3469); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Colozza İtalya'ya karşı* davası (ibid., par. 3471).

438 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Karttunen Finlandiya'ya karşı* vakası (ibid., par. 3470); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ekbatani İsveç'e karşı* davası (ibid., par. 3472) ve *Kremzow Avusturya'ya karşı* davası (ibid., par. 3472).

439 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 63, par. 1 (ibid., par. 3445) ve madde 67, par. 1, bent d) (ibid., par. 3446); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent d) (ibid., par. 3452); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent d) (ibid., par. 3453); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent d) (ibid., par. 3447).

440 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 99, bent 2 (ibid., par. 3476); Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent f) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3479); Ek I.Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent f) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3480).

441 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 55, par. 1, bent a) (ibid., par. 3482) ve madde 67, par. 1, bent g) (ibid., par. 3483); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, bent g) (ibid., par. 3489); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, bent g) (ibid., par. 3490); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, bent g) (ibid., par. 3484).

442 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3493-3494), Kanada (ibid., par. 3495), Kolombiya (ibid., par. 3496), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3500), Yeni Zelanda (ibid., par. 3497), İsveç (ibid., par. 3498), İsviçre (ibid., par. 3499) ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3502), Gürcistan (ibid., par. 3501), Hindistan (ibid., par. 3501), İrlanda (ibid., par. 3503), Kenya (ibid., par. 3501), Meksika (ibid., par. 3501), Norveç (ibid., par. 3504) ve Rusya (ibid., par. 3501).

443 Amerika Birleşik Devletleri, Yüksek Mahkeme, *Ward* davası, (ibid., par. 3505).

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, sanığı kendi aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduğunu itiraf etmeye zorlamayı yasaklamaktadırlar⁴⁴⁴. Bu yasağa birden çok başka uluslararası belgede de tesadüf edilmektedir⁴⁴⁵. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da, Sanıkları kendileri aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduklarını itiraf etmeye zorlama yasağının hiçbir ayrık hüküm ve tedbire konu olamayacağına işaret etmişlerdir⁴⁴⁶.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, şu hususun altını çizmiştir: « kanun, bu tür yöntemler vasıtasıyla ya da başka türlü zorlamalar yoluyla elde edilen ispat unsurlarının mutlak surette kabul edilemez olduğunu hükme bağlamalıdır »⁴⁴⁷. İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, işkence yoluyla elde edilen beyanların, bir yargılama sürecinde ispat aracı olarak kullanılamayacağını hükme bağlamaktadır⁴⁴⁸. Bu ilke ulusal ve uluslararası içtihat tarafından teyit edilmektedir⁴⁴⁹.

Duruşmanın aleniyeti

III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri, duruşmanın güvenlik gerekçesiyle kapalı olarak gerçekleşmesi gerektiği istisnai haller dışında, koruyucu gücün temsilcilerinin duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olduklarını hükme bağlamakta, Ek I.Protokole hükmün alenen verilmesi gerektiği hususunu teyit etmektedir⁴⁵⁰. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin statüleri de, katı

444 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 3, bent g) (ibid., par. 3477); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, bent b) iv) (ibid., par. 3481); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, (1969), madde 8, par. 2, al. g) (ibid., par. 3478).

445 Örn. bkz., Herhangi Bir Gözaltına Alma Ya Da Hapsetme Biçimine Maruz Kalan Bütün Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), ilke 21 (ibid., par. 3485).

446 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 2998); Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3019).

447 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi hakkında) (ibid., par. 3509).

448 İşkenceye Karşı Sözleşme (1984), madde 15. (441) Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 55, par. 1, al. a) (ibid., par. 3482) et madde 67, par. 1, al. g) (ibid., par. 3483); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 21, par. 4, al. g) (ibid., par. 3489); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 20, par. 4, al. g) (ibid., par. 3490); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 4, al. g) (ibid., par. 3484).

449 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri, Yüksek Mahkeme, *Ward* davası, (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3505); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Coëme* ve diğerleri Belçika'ya karşı (ibid., par. 3511).

450 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 105, bent 5 (ibid., par. 3517); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 74, bent 1 (ibid., par. 3518); Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent i) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3522).

biçimde tanımlanmış birkaç istisna dışında duruşmaların aleni olması gerektiği ilkesini ve hükmün alenen verilmesi gerekliliğini içermektedirler⁴⁵¹.

Duruşmanın aleniyeti gerekliliği birden çok sahra talimnamelerinde ve ulusal mevzuatların hepsinde olmasa bile çoğunda, yer almaktadır⁴⁵². 1947 tarihli *Altstötter ve diğerleri (The Justice Trial)* vakasına ilişkin savaş suçları davalarında Nürnberg'teki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, duruşmaların kapalı olarak yapıldığı ve alenen hiçbir zaptın tutulmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlale uğradığına hükmetmiştir⁴⁵³.

Aleniyetin adaletin menfaatlerine zarar verebileceği haller dışında- duruşmaların aleni olması hükmün alenen verilmesi gerekliliği Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa ve Amerika İnsan Hakları sözleşmelerinde yer almaktadır⁴⁵⁴. Duruşmanın aleniyeti hakkı Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı'nda sarahaten ifade edilmemekle beraber Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, bir yargılamanın adil olması için bu ölçüte saygı gösterilmesi gerektiğini beyan etmiştir⁴⁵⁵. Duruşmanın aleniyeti ilkesi birden çok başka uluslararası belgede yer almaktadır⁴⁵⁶.

Mahkûm edilmiş kişileri, kullanılabilir üst başvuru yolları ve bunlara ilişkin süreler hakkında bilgilendirmek

III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri gibi iki Ek Protokol de, mahkûm edilmiş kişilerin yargısal ve diğer üst başvuru hakları ile bu hakların hangi süreler içinde kullanılmalrı gerektiği hususunda bilgilendirilmeleri gerektiğini hükme bağlamaktadır⁴⁵⁷. III. Cenevre Sözleşmesi'nin 106. maddesi, mahkûm edilmiş kişilerin,

451 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 64, par. 7 (ibid., par. 3525), madde 67, par. 1 (ibid., par. 3526), madde 68, par. 2 (ibid., par. 3527) ve madde 76, par. 4 (ibid., par. 3528); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 20, par.4 (ibid., par. 3537) ve madde 23, par. 2 (ibid., par. 3538); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 19, par. 4 (ibid., par. 3539) ve madde 22, par. 2 (ibid., par. 3540); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 17, par. 2 (ibid., par. 3529) ve madde 18 (ibid., par. 3530).

452 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3543), Kolombiya (ibid., par. 3544), Yeni Zelanda (ibid., par. 3545) ve İsveç (ibid., par. 3546) ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3549), Etiyopya (ibid., par. 3548), İrlanda (ibid., par. 3550), Kenya (ibid., par. 3548), Kuveyt (ibid., par. 3548), Meksika (ibid., par. 3548), Norveç (ibid., par. 3551) ve Rusya (ibid., par. 3548).

453 Nürnberg'teki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, *Altstötter ve diğerleri (The Justice Trial)* (ibid., par. 3552).

454 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 1 (ibid., par. 3520); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 6, par. 1 (ibid., par. 3519); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 5 (ibid., par. 3521).

455 Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Civil Liberties Organisation ve diğerleri Nijerya'ya karşı* (218/98) (ibid., par. 3557).

456 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 10-11 (ibid., par. 3531-3532); Amerikan İnsanın Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde XXVI (ibid., par. 3533); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 47, par. 2 (ibid., par. 3542).

457 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 106 (ibid., par. 3562); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949),

onları ellerinde tutan gücün silahlı kuvvetler mensupları ile aynı şartlar dâhilinde istinaf, temyiz ya da tashih-i karar talebinde bulunma hakkı olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁸. IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 73. maddesi, "her mahkûmun, mahkeme tarafından tatbik edilen mevzuatta derpiş olunan temyiz yollarına gitmek hakkını haiz olduğunu" hükme başlamaktadır⁴⁵⁹.

Ek Protokoller hakkındaki Kızılhaç Uluslararası Komitesi (ICRC), Yorumu şu hususa işaret etmektedir ki 1977 Protokollerinin benimsenmesi sırasında, söz konusu ilkenin mutlak bir gereklilik sayılmasının gerçekçi olabilmesi için, üst başvuru yolunu öngören iç mevzuatlar pek nadirdi; bununla beraber bu başvuru yollarının mevcudiyeti halinde bunları kullanma hakkı kimseden esirgenmemeliydi⁴⁶⁰. Ancak bu tarihten beri, ulusal mevzuatlar gibi uluslararası hukuk da çok evrim geçirmiştir. Devletlerin çoğunun kanuni mevzuatları ya da anayasaları ve özellikle Ek Protokollerin benimsenmesinden beri kabul ya da tadil edilen mevzuatlar, üst başvuru hakkını öngörmektedirler⁴⁶¹. Dahası, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin tümü, üst bir yargı merciine başvuru hakkını öngörmektedirler⁴⁶². Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, üst başvuru hakkının hiçbir ayrık hüküm ve tedbire konu olamayacağını ve bu hakkın uluslararası olmayan silahlı çatışma hallerinde güvence altına alınması gerektiğini beyan etmiştir⁴⁶³.

Neticede, insan hakları hukukunun bu mesele üzerindeki etkisi öyle bir dereceye varmıştır ki –sadece, mevcut olmaları halinde başvuru yolları konusunda bilgilendirilme hakkı değil- gerçek anlamda başvuru hakkının, silahlı bir çatışma bağlamında adil yargılanmaya ilişkin hakların temel bir bileşenine dönüştüğü değerlendirilmesi yapılabilir.

Non bis in idem

III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri, sırasıyla bir savaş esiri ve enterne edilmiş bir sivilin aynı olgu ya da aynı itham gerekçesiyle sadece bir defa cezalandırılabilecekle-

madde 73, bent 1 (ibid., par. 3563); Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent j) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3564); Ek I.Protokol (1977), madde 6, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3565).

458 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 106 (ibid., par. 3562).

459 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 73, bent 1 (ibid., par. 3563).

460 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKÍ ve Bruno ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels* (ibid., par. 3587).

461 Örn. Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Kolombiya (ibid., par. 3605), Estonya (ibid., par. 3606), Etiyopya (ibid., par. 3604), Gürcistan (ibid., par. 3604), Macaristan (ibid., par. 3607), Kuveyt (ibid., par. 3604) ve Rusya (ibid., par. 3604).

462 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 5 (ibid., par. 3591); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, al. b) v) (ibid., par. 3594); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol (1984), madde 2, par. 1 (ibid., par. 3595); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 2, al. h) (ibid., par. 3592); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7, par. 1, bent a) (ibid., par. 3593).

463 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, 11.137 no.lu vaka (Arjantin) (ibid., par. 3621) ve Report on Terrorism and Human Rights (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) (ibid., par. 3622).

rini hükme bağlamaktadır⁴⁶⁴. (464). Ek I.Protokol, daha önceden kesin hükme konu olmuş bir suçtan dolayı kimsenin çatışmanın aynı tarafınca kovuşturulamayacağı veya cezalandırılmayacağı yönünde hüküm içermektedir⁴⁶⁵. Aynı kurala, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin statülerinde tesadüf edilmektedir⁴⁶⁶.

Non bis in idem ilkesi birden çok sahra talimnamelerinde ve ulusal mevzuatların hepsinde olmasa bile çoğunda, yer almaktadır⁴⁶⁷.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol, *non bis in idem* ilkesini içermektedirler⁴⁶⁸, bu ilkeye başka uluslararası belgelerde de tesadüf edilmektedir⁴⁶⁹.

Şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki *non bis in idem* ilkesi, istisnai koşullar altında bir davanın yeniden açılmasını yasaklamaz ve birden çok Devlet, Ek I.Protokol'ü onayladıkları anda bu hususa yönelik çekinceler koymuşlardır⁴⁷⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, taraf Devletlerin çoğunun, istisnai koşulların haklı kıldığı biçimde bir davanın yeniden açılması ile *non bis in idem* ilkesinin yasakladığı yeni bir dava arasında açıkça ayrıma gittiklerini beyan etmişlerdir. Komite, bu ilkenin aynı suçtan dolayı farklı Devletlerde kovuşturma açılabilmesini dışlamadığına hükmetmiştir⁴⁷¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol, verilmiş olan hükme halel getirecek nitelikte yeni olgular ya da önceki

464 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 86 (ibid., par. 3625); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 117, bent 3 (ibid., par. 3626).

465 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent h) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3629).

466 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 20, par. 2 (ibid., par. 3639); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 10, par.1 (ibid., par. 3644); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 9, par. 1 (ibid., par. 3645); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü (2002), madde 9, par. 1 (ibid., par. 3640).

467 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 3652), Arjantin (ibid., par. 3648-3649), Kanada (ibid., par. 3650), Kolombiya (ibid., par. 3651), İspanya (ibid., par. 3654), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3658-3659), Yeni Zelanda (ibid., par. 3653), Birleşik Krallık (ibid., par. 3657) İsveç (ibid., par. 3655) ve İsviçre (ibid., par. 3656), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3661), Etiyopya (ibid., par. 3660), Gürcistan (ibid., par. 3660), Hindistan (ibid., par. 3660), İrlanda (ibid., par. 3662), Kenya (ibid., par. 3660), Kırgızistan (ibid., par. 3660), Meksika (ibid., par. 3660), Norveç (ibid., par. 3663) ve Rusya (ibid., par. 3660).

468 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 14, par. 7 (ibid., par. 3627); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 8, par. 4 (ibid., par. 3628); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol (1984), madde 4 (ibid., par. 3638).

469 Örn. bkz., Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 50 (ibid., par. 3647).

470 Bkz. Ek Protokollerin onaylanması sırasında şu devletlerin koydukları çekinceler: Almanya (ibid., par. 3633), Avusturya (ibid., par. 3630), Danimarka (ibid., par. 3631), Finlandiya (ibid., par. 3632), İzlanda (ibid., par. 3634), Lihtenştayn (ibid., par. 3635), Malta (ibid., par. 3636) İsveç (ibid., par. 3637).

471 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 13 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi hakkında) (ibid., par. 3668) ve A. P. İtalya'ya karşı vakası (ibid., par. 3669).

usulde yapılan esaslı hata hallerinde yeni bir davanın açılableceğini öngörmektedir⁴⁷².

Kural 101. – Gerçekleştirildikleri anda ulusal ya da uluslararası hukuk uyarınca bir suç eylemi oluşturmayan eylemler ya da ihmaller nedeniyle kimse suçlanamaz ya da mahkûm edilemez. Aynı şekilde, suçun işlendiği anda uygulanan cezadan daha ağır hiçbir ceza verilemez.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım N.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri, sırasıyla savaş esirleri ve sivillerin, eylemin gerçekleştiği anda yürürlükte bulunan mevzuat tarafından özel olarak öngörülen suçları oluşturmayan eylemlerden dolayı kovuşturulamayacaklarını hükme bağlamaktadır⁴⁷³. Ek I. ve II. Protokoller aynı ilkeyi tekrar etmekte ve suçun işlendiği anda uygulanabilir olan cezadan ağır bir ceza verilemeyeceğini ve fakat bu suçun işlenmesinden sonra kanunun daha hafif bir cezanın uygulanmasını öngörmesi halinde suçlunun bundan yararlanması gerektiğini eklemektedirler⁴⁷⁴. Kanunilik ilkesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde de yer almaktadır⁴⁷⁵.

Kanunilik ilkesi, birden çok sahra talimnamelerinde yer almakta ve ulusal mevzuatların hepsinin olmasa bile çoğunun parçasını oluşturmaktadır⁴⁷⁶.

472 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol (1984), madde 4 (ibid., par. 3638).

473 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 99, bent 1 (ibid., par. 3673); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 67 (ibid., par. 3675).

474 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, al. c) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3679); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent c) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3680).

475 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 22, par. 1 (ibid., par. 3683) ve madde 24, par. 1 ve 2 (ibid., par. 3684).

476 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3691-3692), Kanada (ibid., par. 3693), Kolombiya (ibid., par. 3694), İspanya (ibid., par. 3697), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3701-3702), Yeni Zelanda (ibid., par. 3696), Hollanda (ibid., par. 3695), Birleşik Krallık (ibid., par. 3699-3700) ve İsveç (ibid., par. 3698), ve şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3704), Hindistan (ibid., par. 3703), İrlanda (ibid., par. 3705), Kenya (ibid., par. 3703), Kırgızistan (ibid., par. 3703), Kuveyt (ibid., par. 3703) ve Norveç (ibid., par. 3706).

Suçun işlendiği anda uygulanabilir olan cezadan ağır bir ceza verme yasağı dâhil olmak üzere kanunilik ilkesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer almaktadır⁴⁷⁷. Bu ilke, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmelerinde, ayrı hüküm ve tedbir getirilemeyecek hükümler arasında özellikle zikredilmekte,⁴⁷⁸ Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı ise hiçbir ayrı hal kabul etmemektedirler. Dahası, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, suçun işlenmesinden sonra kanunun daha hafif bir cezanın uygulanmasını öngörmesi halinde suçlunun bundan yararlanması gerektiğini belirtmektedirler⁴⁷⁹. Kanunilik ilkesi başka uluslararası belgelere de yer almaktadır⁴⁸⁰.

Yorum

Kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, sadece kanunun bir suçu tanımlayabileceği ve cezaya bağlayabileceği ilkesi ile ceza kanununu sanığın aleyhine genişletici biçimde, özellikle kıyas yoluyla uygulamamayı emreden ilkeyi beraberce vaz eden ilke olarak yorumlanmıştır. Bu husus, suçun kanun tarafından sarahatle tanımlanmasını gerektirir; bu şart ise « ilgili hükmün metninden yola çıkarak ve gerekirse hükmün mahkemelerce yorumu yardımıyla, hangi eylem ve ihmallerin bireyin sorumluluğunu getirdiğini bilebilmesi » halinde yerine gelmiş olur⁴⁸¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanunilik ilkesinin, « sonucun suçun özülüyle uyumlu ve makul biçimde öngörülebilir olması şartıyla »⁴⁸², mahkemelerin bir davadan diğer davaya yargısal yorum yoluyla cezai sorumluluk kurallarını tedricen belirlemesine imkân tanıdığını beyan etmiştir. Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi de, kanunilik ilkesinin, suçların «yaptırıma bağlanan suçu kesin biçimde tanımlayan kesin ve muğlâklıktan uzak terimlerle» tasnif ve tasvir edilmesi gerektiği hususunun altını çizmiştir⁴⁸³.

477 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 15, par. 1 (ibid., par. 3677); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 40, par. 2, bent a) (ibid., par. 3682); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 7, par. 1 (ibid., par. 3676); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 9 (ibid., par. 3678); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 7, par. 2 (ibid., par. 3681).

478 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 4 (ibid., par. 3677); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 15, par. 2 (ibid., par. 3676); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 27 (ibid., par. 3678).

479 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 15, par. 1 (ibid., par. 3677); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 9 (ibid., par. 3678).

480 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 11 (ibid., par. 3685); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 49 (ibid., par. 3690).

481 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kokkinakis Yunanistan'a karşı* kararı (ibid., par. 3712).

482 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *S. W. Birleşik Krallık'a karşı* (ibid., par. 3713).

483 Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Castillo Petruzzi ve diğerleri Peru'ya karşı* vakası (ibid., par. 3714).

Kural 102. – Bireysel cezai sorumluluk esasý dýþında kimse bir suçtan dolayı cezalendirilamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım O.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlý çatýþmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluþturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlý çatýþmalar

Lahey Tüzüğü, kendilerinin sorumlu sayılmayacakları bireysel eylemler yüzünden kiþilere hiçbir ceza verilmeyeceğini belirtmektedir⁴⁸⁴. IV. Cenevre Sözleşmesi, «koruma altındaki hiç kimsenin kişisel olarak işlemediği bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağını» hükmüne bağlamaktadır⁴⁸⁵. Bireysel cezai sorumluluk gerekliliği, Ek I. ve II. Protokollerde temel nitelikte bir ceza yargılama usulü kuralı olarak tanınmaktadır⁴⁸⁶.

Bireysel cezai sorumluluk gerekliliği, birden çok sahra talimnamelerinde sarahaten zikredilmektedir⁴⁸⁷. Bu, ulusal mevzuatların hepsinde olmasa bile çoğunda temel nitelikte bir kuraldır⁴⁸⁸.

Bireysel cezai sorumluluk gerekliliği, (hiçbir ayrı hal kabul etmeyen bir hak olarak) Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı ve İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi'nde yer almaktadır⁴⁸⁹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu kuralı sarahaten ifade etmemekle beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi «cezai sorumluluğun, suç oluşturan eylemin failinden daha uzun ömürlü olmadığına dair ceza hukukunun temel bir ilkesi bulunduğunu» beyan etmiştir⁴⁹⁰.

484 Lahey Tüzüğü(1907), madde 50 (ibid., par. 3718).

485 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 33, bent 1 (ibid., par. 3721).

486 Ek I. Protokol (1977), madde 75, par. 4, bent b) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3723); Ek I. Protokol (1977), madde 6, par. 2, bent b) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3725).

487 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 3739), Kanada (ibid., par. 3745), Kolombiya (ibid., par. 3746), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3772-3773), Fransa (ibid., par. 3751), Yeni Zelanda (ibid., par. 3761), Hollanda (ibid., par. 3760), Romanya (ibid., par. 3763), İsveç (ibid., par. 3767) ve İsviçre (ibid., par. 3768).

488 Örn. bkz., Kırgızistan'ın mevzuatı (ibid., par. 3787).

489 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 5, par. 3 (ibid., par. 3722); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 7, par. 2 (ibid., par. 3726); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 19, par. c (ibid., par. 3731).

490 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, A. P., M. P. ve T. P. İsviçre'ye karşı (ibid., par. 3810).

Yorum

Bireysel cezai sorumluluğun, bir suçu işlemeye teşebbüs ile suçun işlenmesine destek, yardım ya da katılımda bulunmayı içerdiği hususu ceza hukukunun temel bir ilkesidir. Bireysel cezai sorumluluk, bir suçun tasarlanmasını ya da suç işlemeye tahriki de kapsar. Cezai sorumluluğun bu biçimleri, örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemelerinin statülerinde yer almaktadırlar⁴⁹¹. Statü'nün 28. maddesi, askeri komutanların ve diğer hiyerarşik üstlerin uluslararası hukuktaki cezai sorumlulukları ilkesini de teyit etmektedir⁴⁹². Bireysel sorumluluk ve komutanlarla diğer hiyerarşik üstlerin sorumluluğu meseleleri XLIII. Alt-Bölüm'de ele alınmıştır.

Kural 103. – Kolektif cezalar yasaklanmıştır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım O.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural, kısmen, bireysel cezai sorumluluk esasını dışında kimse bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağı yönündeki 102. kuralın bir uygulamasını oluşturmaktadır. Bununla beraber, kolektif ceza yasağı daha geniş bir kapsama sahiptir, zira sadece yargısal mahkûmiyetlere değil, “her türden, idari, polisiye ya da diğer yaptırım ve angaryalara uygulanır.”⁴⁹³.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Kolektif cezalandırma yasağı Lahey Tüzüğü'nde ve III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'nde yer almaktadır⁴⁹⁴. Bu yasak, Ek I. ve II. Protokoller'de bütün sivil-

491 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 25 (nakleden: Cilt II, Bölüm 43, par. 20); Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1993), madde 7, par. 1 (ibid., par. 48); Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1994), madde 6, par. 1 (ibid., par. 53).

492 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 28 (ibid., par. 574).

493 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI ve Bruno ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 3055; ayrıca Bkz. par. 4536.

494 Lahey Tüzüğü (1907), madde 50 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3718); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 87, bent 3 (ibid., par. 3720); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 33, bent 1 (ibid., par. 3721).

ler ve muharebe dışı kalan kişiler için temel nitelikte bir güvence olarak tanınmıştır⁴⁹⁵.

“Kolektif cezaları” zorla uygulamak, Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra ihdas edilen Sorumluluklar Komisyonu Raporu’nda savaş suçu sayılmaktaydı⁴⁹⁶. Daha İkinci Dünya Savaşı esnasında bile uygulanabilir nitelikte olan bu kuralın teamüli niteliği 1997 yılında Roma Askeri Mahkemesi tarafından *Priebke* davasında teyit edilmiştir⁴⁹⁷. Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme’nin statüleri de, kolektif ceza uygulamanın savaş suçu oluşturduğunu belirtmektedirler⁴⁹⁸.

Kolektif cezalandırma yasağı, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde⁴⁹⁹ ve çok sayıda Devletin mevzuatlarında yer almaktadır⁵⁰⁰. Resmi beyanlar da bu yasağı desteklemektedirler⁵⁰¹.

Delalic davasında Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, IV. Cenevre Sözleşmesi’nin 78. maddesi uyarınca enternömmana ya da zorunlu ikametini, hiçbir surette kolektif olarak uygulanamayacak olan istisnai bir tedbir olduğunu beyan etmiştir⁵⁰².

İnsan hakları hukuku bizatihi « kolektif cezaları » yasaklamamaktadır, ancak bu tür eylemler, başta kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve adil yargılanma hakkı olmak üzere birden çok özel insan hakkının ihlalini oluşturacaklardır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin (olağanüstü hallere ilişkin) 4. maddesi hakkındaki Genel Gözlem’inde, taraf Devletlerin, « insancıl hukukun ya da insan hakları hukukunun buyurucu kurallarını

495 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 2, bent d) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3723); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, bent b) (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3724).

496 Sorumluluklar Komisyonu Raporu (1919) (ibid., par. 3729).

497 İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Priebke* davası (ibid., par. 3795).

498 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü (1994), madde 4, al. 1 b) (ibid., par. 3735); Sierra Leone İçin Özel Mahkeme’nin Statüsü (2002), madde 3, al. 1 b) (ibid., par. 3728).

499 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 3752 ilâ 3754), Arjantin (ibid., par. 3738-3739), Avustralya (ibid., par. 3740), Belçika (ibid., par. 3741), Benin (ibid., par. 3742), Burkina Faso (ibid., par. 3743), Kamerun (ibid., par. 3744), Kanada (ibid., par. 3745), Kongo (ibid., par. 3747), Ekvator (ibid., par. 3748), İspanya (ibid., par. 3766), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3772 ilâ 3774), Fransa (ibid., par. 3749 ve 3751), İsrail (ibid., par. 3755), İtalya (ibid., par. 3756), Mali (ibid., par. 3757), Fas (ibid., par. 3759), Nikaragua (ibid., par. 3762), Yeni Zelanda (ibid., par. 3761), Hollanda (ibid., par. 3760), Romanya (ibid., par. 3763), Birleşik Krallık (ibid., par. 37703771), Rusya (ibid., par. 3764), Senegal (ibid., par. 3765), İsveç (ibid., par. 3767), İsviçre (ibid., par. 3768), Togo (ibid., par. 3769) ve Yugoslavya (ibid., par. 3775).

500 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 3777), Bangladeş (ibid., par. 3778), Bosna-Hersek (ibid., par. 3779), Fildişi Kıyısı (ibid., par. 3782), Hırvatistan (ibid., par. 3783), İspanya (ibid., par. 3792), Etiyopya (ibid., par. 3784), İrlanda (ibid., par. 3785), İtalya (ibid., par. 3786), Litvanya (ibid., par. 3788), Norveç (ibid., par. 3789), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 3781), Romanya (ibid., par. 3790), Slovenya (ibid., par. 3791) ve Yugoslavya (ibid., par. 3793); ayrıca Bkz. Arjantin’in mevzuat tasarısı (ibid., par. 3776).

501 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletlerinin beyanları (ibid., par. 3798-3799).

502 Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Savcı Zejinil Delalic ve suç ortaklarına karşı, hüküm (ibid., par. 3808).

ihlal eden eylemleri, (...) örneğin kolektif cezaları haklı kılmak için » olağanüstü bir hali « hiçbir surette gerekçe gösteremeyeceklerini beyan etmiştir⁵⁰³.

Kural 104. – Sivillerin ve muharebe dışı kalmış kişilerin dini kanaat ve uygulamaları saygı görmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım P.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin kişisel kanaatlerinin ve dini uygulamalarının saygı görmesine ilişkin 127. kural, bu kuralın özel bir uygulamasıdır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İşgal altındaki ülke parçasında bulunan kişilerin dini kanaat ve uygulamalarına saygı gösterme yükümü erken tarihte, Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford El Kitabı'nda tanınmıştır⁵⁰⁴. Bu yüküm, Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir⁵⁰⁵. IV. Cenevre Sözleşmesi, bu yükümü koruma altındaki bütün kişilere teşmil etmektedir⁵⁰⁶. Cenevre Sözleşmeleri, ölümlerin defnedilmesi ve yakılmasına, savaş esirlerinin ve enterne edilmiş kişilerin dini faaliyetlerine ve yetim ya da ebeveynlerinden ayrılmış çocukların eğitimine ilişkin dini usuller hakkında bir dizi ayrıntılı kural dâhilinde din ve dini uygulamalara saygı gösterilmesini talep etmektedir⁵⁰⁷. Dini kanaat ve uygulamaların saygı görmesi, Ek I. ve II. Protokoller'de

503 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi hakkında) (ibid., par. 3809).

504 Lieber Kodu (1863), madde 37 (ibid., par. 3830); Brüksel Bildirgesi (1874), madde 38 (ibid., par. 3831); Oxford El Kitabı (1880), madde 49 (ibid., par. 3832).

505 Lahey Tüzüğü (1907), madde 46 (ibid., par. 3818).

506 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 27, bent 1 (ibid., par. 3819), madde 38, bent 3 (ibid., par. 3820) ve madde 58 (ibid., par. 3821).

507 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17, bent 3 (ölülerin, mümkünse, mensup buldukları dinin usullerince defnedilmesi); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 34 ilâ 36 (savaş esirlerinin dini faaliyetleri), madde 120, bent 4 (tutsaklık halinde ölen savaş esirlerinin, mümkünse mensup oldukları dinin usullerince defnedilmesi) ve 5 (eğer dinleri böyle gerektiriyorsa ölü savaş esirlerinin yakılması); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 50, bent. 3 (yetim ya da savaş sebebiyle ebeveynlerinden ayrılmış çocukların, mümkünse, kendi dinlerinden kişiler tarafından eğitilmesi), madde 76, bent 3 (işgal altındaki ülke parçasında gözaltında tutulan kişilere ruhani yardım), madde 86 (enterne edilmiş kişilerin ibadetlerini yerine getirmeleri), madde 93 (enterne edilmiş kişilerin

siviller ve muharebe dışı kalmış kişiler için temel bir güvence olarak tanınmaktadır⁵⁰⁸.

Kişilerin dini kanaat ve uygulamalarının saygı görmesi gereği kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır⁵⁰⁹. Kişilerin dini kanaat ve uygulamalarının saygı göstermesi hakkının ihlali ve özellikle başka bir dini benimsemeye zorlama, birden fazla Devletin mevzuatına göre yaptırıma bağlanmış bir suç oluşturmaktadır⁵¹⁰. Bu uygulamaya, Ek Protokol'e halen taraf olmayan ya da zamanında taraf olmayan Devletlerinki de dâhildir⁵¹¹. Bu kural, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra savaş suçlarına ilişkin birden fazla davada teyit edilmiştir. *Willy Zühlke* davasında Hollanda Özel Temyiz Mahkemesi, infazını bekleyen bir idam mahkûmunun yanında bir kilise mensubu ya da bir rahibin bulunmasına izin verilmemesinin savaş suçu oluşturduğuna hükmetmiştir⁵¹². *Tanaka Chuichi* davasında, Rabaul'deki Avustralya Askeri Mahkemesi, Sih savaş esirlerini, hepsi dinlerince yasaklanmış eylemler olan saçlarını ve sakallarını kesmeye ve sigara içmeye zorlamanın, savaş suçu oluşturduğuna hükmetmiştir⁵¹³. Diğer yandan, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün suç unsurlarının, «insan onuruna saldırılar» savaş suçu bağlamında, bu suçun takdirinde mağdurum kültürel bağlamının ilgili görünümünün de hesaba katılacağını belirttiğine dikkat çekmek gerekir⁵¹⁴. Bu tasrih, kişileri dini kanaatlerine aykırı davranmaya zorlama eylemini savaş suçları arasında dâhil etmek amacıyla eklenmiştir⁵¹⁵.

dini faaliyetleri) ve madde 130, bent 1 (enterne edilmiş kişilerin mümkünse mensup oldukları dinin usullerince defnedilmesi) et al. 2 (ölen enterne edilmiş kişilerin eğer dinleri böyle gerektiriyorsa yakılması).

- 508 Ek I.Protokol (1977), madde 75, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: cilt II, Bölüm 32, par. 3825); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 3826).
- 509 Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 3852), Arjantin (ibid., par. 3840-3841), Avustralya (ibid., par. 3842), Kanada (ibid., par. 3843-3844), Kolombiya (ibid., par. 3845-3846), Ekvador (ibid., par. 3848), İspanya (ibid., par. 3861), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3867 ilâ 3869), Fransa (ibid., par. 3849 ilâ 3851), Macaristan (ibid., par. 3853), Endonezya (ibid., par. 3854), İtalya (ibid., par. 3855), Kenya (ibid., par. 3856), Madagaskar (ibid., par. 3857), Nikaragua (ibid., par. 3859), Yeni Zelanda (ibid., par. 3858), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 3847), Romanya (ibid., par. 3860), Birleşik Krallık (ibid., par. 3864-3865) İsveç (ibid., par. 3862) ve İsviçre (ibid., par. 3863).
- 510 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Bangladeş (ibid., par. 3871), Bosna-Hersek (ibid., par. 3872), Hırvatistan (ibid., par. 3873), Etiyopya (ibid., par. 3874), İrlanda (ibid., par. 3875), Litvanya (ibid., par. 3876), Myanmar (ibid., par. 3877), Norveç (ibid., par. 3878), Slovenya (ibid., par. 3879) ve Yugoslavya (ibid., par. 3880-3881).
- 511 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Fransa (ibid., par. 3849), Endonezya (ibid., par. 3854), Kenya (ibid., par. 3856) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 3865) ve Myanmar'ın mevzuatı (ibid., par. 3877).
- 512 Hollanda, Özel Temyiz Mahkemesi, *Willy Zühlke* davası (ibid., par. 3882).
- 513 Avustralya, Rabaul'deki Askeri Mahkeme, *Tanaka Chuichi* davası (ibid., par. 3883).
- 514 Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Suç unsurları (2000), Kişi onuruna yönelik saldırıların savaş suçu olarak tanımlanması (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8 par. 2, al. b) xxi) ile ilgili olarak 49. sayfadaki dipnot ve madde 8, par. 2, al. c) ii) ile ilgili olarak 57. sayfadaki dipnot.
- 515 Bkz. Knut DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. b) xxi) yorumu, s. 315.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri, her kişinin «düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne» ya da «vicdan ve din özgürlüğüne» sahip olduğunu hükme bağlamaktadırlar⁵¹⁶. (516). Bu antlaşmalar, sadece kanun tarafından öngörülen ve kamu güvenliği, düzeni ve sağlığının ya da ahlakın veya başkalarının temel haklarının korunması için zorunlu olan sınırlamalara tabi olmak üzere dinini ve kanaatlerini izhar etme hakkını da teyit etmektedirler⁵¹⁷. Yukarıda zikredilen haklar, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, hiçbir ayırık hüküm ve tedbire konu olamayacak haklar arasında özel olarak sayılmıştır⁵¹⁸, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı hiçbir ayırık hal kabul etmemektedirler. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve dinini ve kanaatlerini izhar etme ya da dinini veya kanaatlerini değiştirme hakkı başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır⁵¹⁹.

Yorum

Kişinin dini ve diğer kanaatlerinin saygı görmesi hakkı, Aşağıda işaret edileceği gibi bunların izharından farklı olarak, hiçbir sınırlamaya konu olamaz. İnsancıl hukuk antlaşmaları, koruma altındaki kişilerin dinlerinin saygı görmesi gerekliliği üzerinde durmaktadırlar. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, kendi dinini ya da kanaatlerini serbestçe seçme hakkını da kapsadığını özel olarak hükme bağlamaktadırlar⁵²⁰. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, bir kişiyi bu hakkı sınırlayacak bir zorlamaya

516 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 18, par. 1 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3823); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 14, par. 1 (ibid., par. 3828); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 9, par. 1 (ibid., par. 3822); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 12, par. 1 (ibid., par. 3824); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 8 (ibid., par. 3827).

517 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 18, par. 3 (ibid., par. 3823); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 14, par. 3 (ibid., par. 3828); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 9, par. 2 (ibid., par. 3822); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 12, par. 3 (ibid., par. 3824); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı (1981), madde 8 (ibid., par. 3827).

518 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 4, par. 2 (ibid., par. 3823); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 27, par. 2 (ibid., par. 3824); ayrıca Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 22 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi hakkında) (ibid., par. 3892); Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Olağanüstü hallerde uygulanabilir hukuka ilişkin Karar (ibid., par. 3896).

519 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 18 (ibid., par. 3833); Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde III (din özgürlüğü ile sınırlıdır) (ibid., par. 3834); Din ya da Kanaate Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildirge (1981), madde 1 (ibid., par. 3835); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 10 (ibid., par. 3839).

520 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 18, par. 1 (ibid., par. 823); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 9, par. 1 (din ya da kanaat değiştirme hakkı) (ibid., par. 3822); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 12, par. 1 (ibid., par. 3824).

tabi tutmayı özel olarak yasaklamaktadırlar⁵²¹. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesine ilişkin Genel Gözlem'de, zorlama yasağının, kanaatini değiştirme, kanaatini muhafaza etme ya da tanrıtanıma bir konum benimseme hakkını koruduğunu beyan etmiştir. Komite, aynı etki ya da sonucu doğuran, örneğin eğitimden, tıbbi bakımdan ya da iş bulma imkânlarından yararlanmayı sınırlayan politika ve uygulamaların da bu kuralı ihlal etmiş olabileceklerini eklemiştir⁵²². Aynı argüman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve laik görüşlere saygının öneminin altını çizen Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu tarafından da kullanılmıştır⁵²³.

Bir kişinin dini ya da din dışı kanaatlerine bağlı her türlü zulüm, taciz ya da ayrımcılık bu kuralın ihlalini oluşturur. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, terörizm ve insan hakları konulu raporunda, kanunların ve soruşturma ve kovuşturma yöntemlerinin, bilinçli bir biçimde, bir grubun mensuplarını, diğer sebeplerin yanı sıra dinleri temelinde ve aleyhlerine olacak şekilde ayırt edecek biçimde tasarlanmamaları ve uygulanmamaları gerektiğini beyan etmiştir⁵²⁴.

Kişisel kanaatlerin izharı ya da dinin uygulamaları da saygı görmelidir. Bu ise, örneğin, ibadet yerlerine ve dini personele ulaşmayı da kapsar⁵²⁵. Sınırlamalara, sadece düzenin, güvenliğin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olmaları halinde izin verilmektedir. 127. Kural'ın yorumunda işaret edildiği üzere, gözaltındaki kişilerin dini uygulamaları askeri düzenlemeye tâbi tutulabilir. Bununla beraber, bu uygulamaya getirilen kısıtlamalar, özel bağlam içinde makul ve zorunlu olanla sınırlanmalıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesine ilişkin Genel Gözlem'de, kısıtlamaların, kendilerine ilham veren özel amaç ile doğrudan ilişkili ve bu amaçla orantılı olması gerektiğini ve ahlaki korumak için uygulanan kısıtlamaların, tek bir gelenekten kaynaklanmayan ilkelere dayanması gerektiğini beyan etmiştir. Komite, esirler gibi hal-i hazırda zaten bazı meşru zorlamalara tâbi bulunan kişilerin “bu zorlamaların niteliği ile bağdaşır en geniş ölçüde” dinlerini ya da kanaatlerini izhar etme haklarından yararlanmaya devam edeceklerini eklemiştir⁵²⁶.

521 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 18, par. 2 (ibid., par. 3823); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 12, par. 2 (ibid., par. 3824).

522 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 22 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi hakkında), 30 Temmuz 1993, par. 5.

523 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kokkinakis Yunanistan'a karşı* (ibid., par. 3894); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Komisyonu, *Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa Sudan'a karşı* (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3893).

524 Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights, (Terörizm İnsan Hakları Hakkında Rapor) doc. OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5 rev. 1 corr., 22 Ekim 2002, par. 363.

525 Örn. bkz., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kıbrıs Türkiye'ye karşı* (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3895); Hollanda, Özel Temyiz Mahkemesi, *Willy Zühlke* davası (ibid., par. 3882); Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Basın duyurusu, (ibid., par. 3899); Ayrıca Bkz. 127. Kural'ın yorumunda zikredilen uygulama.

526 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 22 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi), 30 Temmuz 1993, par. 8.

Kural 105. – Aile hayatı, mümkün olan en geniş ölçüde saygı görmelidir.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 32, Kısım Q.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

İşgal altındaki ülke parçalarında bulunan kişilerin ailelerinin haklarına saygı gösterme yükümü erken tarihte, Lieber Kodu'nda, Brüksel Bildirgesi'nde ve Oxford El Kitabı'nda tanınmıştı⁵²⁷. Bu yüküm Lahey Tüzüğü'nde kodifiye edilmiştir⁵²⁸. IV. Cenevre Sözleşmesi bu yükümü koruma altındaki bütün kişilere teşmil etmektedir⁵²⁹. IV. Cenevre Sözleşmesi, enterne edilmiş ailelere, « bir aile hayatı sürmek için gerekli bütün kolaylıkların » mümkün olan en geniş ölçüde sağlanmasını hükme bağlamaktadır⁵³⁰. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin antlaşma hükümlerinde bu kadar genel terimlerle ifade edilmemekle beraber bu kural, söz konusu çatışmaları düzenleyen antlaşma hükümlerinde aile birliğine temas eden daha özel kuralların temelini teşkil etmektedir⁵³¹.

Birden çok askeri el kitabı, çoğunlukla IV. Cenevre Sözleşmesi'ni özel olarak zikretmeksizin, aile haklarına saygı gösterme ödevine genel terimlerle yer vermektedirler⁵³². Diğer yandan, çatışmaları müteakiben akdedilen anlaşmalar ve Birleşmiş Milletler İle başka uluslararası örgütlerin kararları biçiminde ortaya çıkan ve aile

527 Lieber Kodu (1863), madde 37 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3923); Brüksel Bildirgesi (1874), madde 38 (ibid., par. 3924); Oxford El Kitabı (1880), madde 49 (ibid., par. 3925).

528 Lahey Tüzüğü (1907), madde 46 (ibid., par. 3905).

529 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 27, bent 1 (ibid., par. 3907).

530 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 82, bent 3.

531 Bkz. Ek I. Protokol (1977), madde 4, bent 3 b) (konsensüsle benimsenmiştir) (geçici olarak ayrılan ailelerin yeniden bir araya getirilmesi) (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3915); Ek I. Protokol (1977), madde 5, par. 2, bent a) (konsensüsle benimsenmiştir) (gözetli ya da enternöman sırasında aynı aileye mensup erkek ve kadınların barındırılması) (Nakleden: Cilt II, Bölüm 37, par. 106); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 37, bent c) (özgürlükten mahrumiyet sırasında çocukların ebeveynleri ile beraber barındırılması) (ibid., par. 149).

532 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3939), Avustralya (ibid., par. 3935), Kanada (ibid., par. 3936), El Salvador (ibid., par. 3938), İspanya (ibid., par. 3945), Kenya (ibid., par. 3941), Nikaragua (ibid., par. 3943), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 3937) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 3948).

hayatına saygı gösterme zorunluluğunun altını çizen önemli bir uygulama mevcuttur⁵³³.

«Toplumun doğal ve esaslı unsuru» ya da «toplumun doğal ve temel unsuru» olarak ailenin korunması, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve üç bölgesel insan hakları sözleşmesinde yer almaktadır⁵³⁴. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre aileye gösterilmesi gereken saygı hiçbir ayrık hüküm ve tedbire konu olamaz⁵³⁵. Bu koruma başka uluslararası belgelerde de talep edilmektedir⁵³⁶.

Yorum

Bir araya getirilen uygulama, aile hayatına saygının, mümkün olan en geniş ölçüde, aile birliğinin muhafazasını ve aile mensupları arasında teması ve aile mensuplarının akıbeti hakkında bilgi sağlanmasının gerektirdiğini göstermektedir.

i.Aile birliğinin muhafazası. Aynı ailenin mensuplarının ayrılmasını mümkün olan en geniş ölçüde bertaraf etme ödevi IV. Cenevre Sözleşmesi'nde, işgalci bir gücün sivilileri nakletmesi bağlamında hükme bağlanmıştır⁵³⁷. Yerlerinden edilmiş kişilere yapılacak muameleye ilişkin 131. kuralın yorumunda, sadece yer değiştirme ile sınırlı kalmaksızın daha geniş terimlerle aile birliğine saygıyı talep eden uygulamaya göndermeler yer almaktadır.

Dahası, mensupları dağılan ailelerin yeniden bir araya getirilmelerini kolaylaştırma yükümüne ilişkin önemli bir uygulama mevcuttur. IV. Cenevre Sözleşmesi hükmü uyarınca: «çatışmanın her bir tarafı, savaş yüzünden dağılan aile mensuplarının birbirleriyle temas etmek ve mümkünse birleşmek için giriştikleri araştırmaları kolaylaştıracaktır»⁵³⁸. Ek I. ve II.Protokoller, çatışmanın taraflarının, silahlı çatışmalar sebebiyle dağılmış ailelerin yeniden bir araya gelmelerini kolaylaştırmaları gerektiği hususunu hükme bağlamaktadır⁵³⁹. Bu yüküm birden

533 Bkz. aşağıdaki yorum ve 117, 119-120, 125-126 ve 131. Kurallar'a ilişkin yorumlarda yer alan uygulama.

534 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 23, par. 1 (ibid., par. 3910); Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966), madde 10. par.1 (ibid., par. 3911); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 17, par. 1 (ibid., par. 3913); San Salvador Protokolü (1988), madde 15, par. 1 (ibid., par. 3917); Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 18 (ibid., par. 3916); ayrıca Bkz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, İcra Komitesi, Çocuk ve Yeniyetme Mülteciler Hakkında Sonuç n° 84 (XLVIII) (ibid., par. 3968).

535 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 17 (ibid., par. 3913) ve madde 27, par. 2.

536 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 16, par. 3 (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3927); Amerikan İnsanın Hak ve Görevleri Bildirgesi (1948), madde VI (ibid., par. 3929); İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 5, par. b) (ibid., par. 3930).

537 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 49, bent 3 (nakleden: Cilt II, Bölüm 38, par. 541).

538 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 26 (Nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3906).

539 Ek I.Protokol (1977), madde 74 (konsensüsle benimsenmiştir) («mümkün olan en geniş ölçüde») (ibid., par. 3914); Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 3, al. b) (konsensüsle benimsenmiştir) («bütünün münasip tedbirler» (ibid., par. 3915).

fazla sahra talimnamelerinden ve birden fazla Devletin mevzuatında yer almaktadır⁵⁴⁰. Söz konusu yükümü, Ek Protokoller'e taraf olmayan Amerika Birleşik Devletlerinin bir beyanı dâhil olmak üzere resmi beyanlar da desteklemektedir⁵⁴¹. Silahlı çatışmalardan etkilenen bazı Devletler tarafından, ailelerin bir araya getirilmeleri ilkesini hayata geçirmeye çalışmak üzere, aile mensuplarının ayrılması sorunu konusunda belli sayıda anlaşma, kanun ve uygulama benimsenmiştir⁵⁴². Ailelerin yeniden birleşmelerini kolaylaştırma yükümü Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansları tarafından benimsenen birden çok karar tarafından da desteklenmektedir⁵⁴³. İnsan hakları hukukunda ailenin yeniden birleştirilmesinin ve özellikle çocukların ebeveynleriyle yeniden birleştirilmesinin önemi, antlaşmalara ve diğer uluslararası belgelere, içtihadı ve kararlara da yansımaktadır⁵⁴⁴.

Özgürlükten mahrumiyet halinde aile birliğinin sürdürülmesine ilişkin uygulama da mevcuttur. IV. Cenevre Sözleşmesi hükmü uyarınca: «Aynı ailenin mensupları, her türlü imkân ölçüsünde, aynı yerlerde toplanacaklar ve diğer enternelerden ayrı olarak barındırılacaklardır⁵⁴⁵. Başka uygulama durumları, aynı ailenin mensuplarının özgürlükten mahrumiyet halinde beraberce barındırılmalarını talep eden 119 ve 120. kuralların yorumlarında zikredilmektedir.

ii) *Aile mensupları arasında temas*. IV. Cenevre Sözleşmesi hükmü uyarınca: Çatışmanın taraflarından birinin topraklarında ya da onun işgali altındaki topraklarda bulunan her kişi, aile mensuplarına, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, münhasıran ailevi nitelikte haberler verebilir ve alabilir.»⁵⁴⁶. Kural 125, özgürlükten mahrum bırakılmış kişilerin, mübadelelerin sıklığı ve yetkili makamlarca sansür

540 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 3933-3934), İspanya (ibid., par. 3945), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 3952) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 3942), ve şu devletlerin mevzuatları: Angola (ibid., par. 3953), Kolombiya (ibid., par. 3955) ve Filipinler (ibid., par. 3959).

541 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., par. 3962) ve Kore Cumhuriyeti'nin (ibid., par. 3961) beyanları.

542 Örn. bkz., Gürcistan'dan Yerleri Değiştirilen Kişilerin Ve Mültecilerin Serbest Rızalarıyla Vatanlarına İadeleri Konusunda Dörtlü Anlaşma (1994) (ibid., par. 3922), Angola (ibid., par. 3953), Kolombiya (ibid., par. 3955) ve Filipinler'in (ibid., par. 3959) mevzuatı ve Kore Cumhuriyeti'nin uygulaması (ibid., par. 3961).

543 Uluslararası XIX. Kızılhaç Konferansı, Karar. XX; Uluslararası XXV. Kızılhaç Konferansı, karar IX (ibid., par. 3970); Uluslararası XXVI. Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar II (ibid., par. 3971).

544 Örn. bkz., Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 10 (ibid., par. 3919) ve madde 22, par. 2 (ibid., par. 3921); Kendi Ülkeleri Dâhilinde Kişilerin Yerlerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönlendirici İlkeler, İlke 17, par. 3 (ibid., par. 3931); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar 51/77 (ibid., par. 3964), Karar 52/107 (ibid., par. 3964) ve Karar 53/128 (ibid., par. 3964); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Karar 1997/78 (ibid., par. 3965) ve Karar 1998/76 (ibid., par. 3965); Mülteciler Yüksek Komiserliği, İcra Komitesi, Sonuç n° 24 (XXXII) (ibid., par. 3967); Çocuk Hakları Komitesi, Myanmar Raporu Hakkında Nihai Gözlemler (ibid., par. 3973); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Eriksson İsveç'e karşı, Andersson İsveç'e karşı, Rieme İsveç'e karşı, Olsson İsveç'e karşı, Hokkanen Finlandiya'ya karşı ve Gül İsveç'e karşı (ibid., par. 3974) davaları.

545 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 82, bent 3.

546 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 25, bent 1 (nakleden: Cilt II, Bölüm 37, par. 468).

zorunluluğuna ilişkin makul şartlar mukabilinde, aileleriyle yazışmayı sürdürmelerine izin verilmesini talep etmektedir. Kural 26, özgürlükten mahrum bırakılmış kişilerin, mümkün olduğu ölçüde, ziyaretçi kabul etmelerine izin verilmesini talep etmektedir. 125. ve 126. kuralların yorumlarında zikredilen uygulamanın dışında, insan hakları alanındaki içtihat, aile hayatı hakkına, ziyaretlerin sıklığı ve yazışmaların sansürüne ilişkin makul kısıtlamalar saklı kalmak üzere, gözaltına alınmış kişilerin aileleri ile yazışma ve ziyaretler yoluyla iletişim kurmalarının da dâhil olduğunu teyit etmektedir⁵⁴⁷.

iii) *Aile mensuplarının akıbeti hakkında bilgi alma*. Kayboldukları bildirilen kişiler hakkında bilgi vermek için yetkili makamların almaları gereken tedbirlerle ve söz konusu bilgilerin hazır olması halinde bu kişilerin akıbetleri hakkında ailelerinin bilgilendirilmesi ödevine ilişkin önemli bir uygulama mevcuttur. İnsan haklarına ilişkin içtihat, bu bilgilerin kasıtlı olarak saklı tutulmasının gayriinsanî muamele ile eşdeğerli olduğuna hükmedilmiştir. Bu uygulama, silahlı bir çatışmayı müteakiben kayboldukları bildirilen kişilerin akıbetini aydınlığa kavuşturmak için çatışmanın her bir tarafının, fiilen mümkün olan bütün tedbirleri alması ve kayıp kişilerin hakkında sahip bulunduğu bütün bilgileri, bunların aile mensuplarına iletmesi gerektiğini hükme bağlayan 117. Kural'ın yorumunda zikredilmektedir.

Dahası Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, aileye yapılacak keyfi, kanun dışı ya da aşırı müdahalelere maruz kalmama hakkını güvence altına almaktadırlar⁵⁴⁸. Bu hüküm başka uluslararası belgelerde de yer almaktadır⁵⁴⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, «özel hayata ve aile hayatına» saygıya yönelik genel bir hakkı korumaktadır;

bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak kanun tarafından öngörülmüş olduğu ve demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, düzenin müdafaası, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu bir tedbir oluşturduğu ölçüde mümkün olabilir⁵⁵⁰.

547 Örn. bkz., Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, n° 143/95 ve 150/96 sayılı duyurular, *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation Nijerya'ya karşı*, 26. Oturum, Kigali, 1-15 Kasım 1999, par. 29; Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Peru'da İnsan Hakları Durumu Hakkında Rapor, 12 Mart 1993, p. 29; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Branningan ve McBride Birleşik Krallık'a karşı* davası, hüküm, 26 Mayıs 1993, par. 64.

548 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 17, par. 1 («keyfi ya da kanun dışı müdahaleler») (nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3909); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), madde 16, par. 1 («keyfi ya da kanun dışı müdahaleler») (ibid., par.3920); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde11 («keyfi ya da aşırı müdahaleler») (ibid., par. 3912).

549 Örn. bkz., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), madde 12 («keyfi müdahaleler») (ibid., par. 3926); Amerikan İnsanın Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (1948), madde V («aşırı saldırılar») (ibid., par. 3928); Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000), madde 7 («özel hayata ve aile hayatına saygı») (ibid., par. 3932).

550 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 8, par. 2 (ibid., par. 3908).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde, aile hayatına müdahalenin, Sözleşme'nin hükümlerine, hedef ve amaçlarına aykırı olması ve « özel şartlar bakımından makul olmaması » halinde, « keyfi » olacağına işaret etmiştir⁵⁵¹.

«Aile» teriminin tanımı

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesine ilişkin Genel Gözlem'inde, Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca «aile» teriminin «ilgili taraf Devletin toplumunda algılandığı biçimiyle aileyi oluşturan bütün kişileri» kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini beyan etmiştir⁵⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, koca ile karı arasındaki ilişkiyi ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları da aile kavramına dâhil etmektedir⁵⁵³. Mahkeme, koşullara göre ve özellikle çocuklar söz konusu olduğunda, bu kavrama erkek ve kız kardeşleri, evlilik bağı olmadan beraber yaşanan kişileri ve büyük ebeveynleri de dâhil etmiştir⁵⁵⁴.

551 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 16 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi hakkında) (ibid., par. 3972); Ayrıca Bkz. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Report on Terrorism and Human Rights, (Terörizm ve İnsan Hakları Hakkında Rapor) doc. OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5 rev. 1 corr., 22 Ekim 2002, par. 55.

552 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Gözlem n° 16 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi hakkında) (Nakleden: Cilt II, Bölüm 32, par. 3972).

553 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. Birleşik Krallık'a karşı (ibid., par. 3976) (Mahkeme, «ebeveynen biri ile çocuğu için, beraber olmanın aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu» beyan etmiştir).

554 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Johnston ve diğerleri İrlanda'ya karşı* (ibid., par. 3975), *Moustaquim Belçika'ya karşı* (ibid., par. 3977) ve *Vermeire Belçika'ya karşı* (ibid., par. 3978).

MUHARİPLER VE SAVAŞ ESİRİ STATÜSÜ

Not: Uluslararası bir silahlı çatışmada muharip olarak tanınmanın önemli sonuçları vardır, zira sadece muharipler muhasamata doğrudan katılma hakkına sahiptirler. (muharip tanımı için bkz. kural 3) Ele geçirilmeleri halinde, savaş esiri statüsü hakkı bulunan muharipler ne muhasamata katılmaktan, ne de uluslararası insancıl hukukun ihlallerini oluşturmayan eylemlerden dolayı yargılanabilirler. Burada, uluslararası teamüli insancıl hukukun eski bir kuralı söz konusudur. Savaş esirlerine yapılması gereken muamele III. Cenevre Sözleşmesi'nde sarih bir biçimde tasvir edilmiştir.

Kural 106. – Muharipler, bir saldırıya ya da saldırıya hazırlık niteliğindeki bir askeri harekâta katıldıklarında kendilerini sivil halktan ayırt etmek zorundadırlar. Eğer bu yüküme uymazlarsa savaş esiri statüsü hakları da yoktur.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 33, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Muhariplerin kendilerini sivil halktan ayırt etmeleri gerekliliği, daha Brüksel Bildirgesi, Oxford El Kitabı ve Lahey Tüzüğü'nden itibaren tanınan eski bir uluslararası teamüli insancıl hukukun kuralıdır¹. (1). Bu kural, daha sonra, III. Cenevre Sözleşmesi ve Ek I.Protokol'de kodifiye edilmiştir².

1 Brüksel Bildirgesi (1874), madde 9 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 1, par. 634); Oxford El Kitabı (1880), madde 2 (ibid., par. 635); Lahey Tüzüğü(1907), madde 1 (ibid., par. 627).

2 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 4, A harfi (ibid., par. 629); Ek I.Protokol (1977), madde 44, par. 3 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 33, par. 1).

Kayda değer sayıda askeri el kitabı muhاریplerin kendilerini sivil halktan ayırttıkları gerektiğini belirtmektedirler,³ ki bunların arasında Ek I.Protokol'e şimdi ya da zamanında taraf olmayan devletlerin el kitapları da bulunmaktadır⁴. Bu yüküm belli sayıda resmi beyan ve diğer uygulama türleri tarafından da desteklenmektedir⁵.

Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesi, düzenli silahlı kuvvetler mensuplarının savaş esiri statüsü hakkına sahip olduğunu, buna mukabil milislerle gönüllü birliklerin mensuplarının bu statüden yararlanmak için dört şartı yerine getirmeleri gerektiğini hükme bağlamaktadır⁶. Ek I.Protokol, kendini sivil halktan ayırt etme yükümünü, düzenli birlikler söz konusu olsun veya olmasın, silahlı kuvvetlerin bütün mensuplarına teşmil etmektedir⁷. Ne Lahey Tüzüğü'nün, ne de III. Cenevre Sözleşmesinin bu hususu sarahaten belirtmemelerine rağmen, düzenli silahlı kuvvetlerin askeri bir harekât sırasında kendilerini sivil halktan ayırttıkları gerektiği hususu açıktır. Ek I.Protokol « çatışmanın taraflarından birinin üniformalı düzenli silahlı birliklerine görevlendirilmiş muhاریplerce üniforma giyilmesine ilişkin olarak Devletlerin genel kabul gören uygulamalarını » tanımakla beraber⁸, Protokol gibi Lahey Tüzüğü ve III. Cenevre Sözleşmesi de savaş esiri statüsünden yararlanmak için bu hususu açıkça bir şart olarak ileri sürmemektedir.

Birden çok askeri el kitabı, kendini ayırt etme yükümünün düzenli silahlı kuvvetler bakımından sorun oluşturmadığını ortaya koymaktadırlar, zira düzenli silahlı kuvvetler mensupları için, ayırt edici işaret olarak üniforma giymek « teamüli » ya da « alışılmış » bir davranıştır⁹.

Düzenli silahlı kuvvetler mensupları üniforma giymezlerse, casusluk ya da sabotaj suçlamasıyla kovuşturmaya uğrama tehlikesi ile karşı karşıya gelirler¹⁰. 1974 tarihli *Swarka* davasında bir İsrail Askeri Mahkemesi, İsrail ülkesine sızarak sivil elbi-

3 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 25), Almanya (ibid., par. 16), Arjantin (ibid., par. 5), Avustralya (ibid., par. 6), Belçika (ibid., par. 7), Benin (ibid., par. 8), Kamerun (ibid., par. 9), Kanada (ibid., par. 10), Kolombiya (ibid., par. 11), Hırvatistan (ibid., par. 12-13), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 30-31), Fransa (ibid., par. 15), Macaristan (ibid., par. 17), İsrail (ibid., par. 18), İtalya (ibid., par. 19-20), Kenya (ibid., par. 21), Madagaskar (ibid., par. 22), Yeni Zelanda (ibid., par. 24), Hollanda (ibid., par. 23), Birleşik Krallık (ibid., par. 29), İsveç (ibid., par. 26), İsviçre (ibid., par. 27) ve Togo (ibid., par. 28).

4 Örn. bkz., Şu devletlerin sahra talimnameleri: Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 30-31), Fransa (ibid., par. 15), İsrail (ibid., par. 18), Kenya (ibid., par. 21) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 29).

5 Örn. bkz., şu devletlerin beyanları: Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 41 ilâ 43), İtalya (ibid., par. 39), Hollanda (ibid., par. 40) ve Almanya Federal Cumhuriyeti (ibid., par. 37), ve Botswana (ibid., par. 36) ve Endonezya'nın (ibid., par. 38) uygulamaları.

6 Lahey Tüzüğü (1907), madde 1 ve madde 3; III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 4, A harfi (nakleden: cilt II, Alt-Bölüm 1, par. 629).

7 Ek I.Protokol (1977), madde 44, par. 3 (nakleden: cilt II, Alt-Bölüm 33, par. 1).

8 Ek I.Protokol (1977), madde 44, par. 7 (ibid., par. 1).

9 Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 25), Almanya (ibid., par. 16), Avustralya (ibid., par. 6), Belçika (ibid., par. 7), Kolombiya (ibid., par. 11), Kenya (ibid., par. 21), Madagaskar (ibid., par. 22), Yeni Zelanda (ibid., par. 24), Hollanda (ibid., par. 23), Birleşik Krallık (ibid., par. 29), İsveç (ibid., par. 26) ve İsviçre (ibid., par. 27).

10 Örn. bkz., Birleşik Krallık, Sahra talimnamesi, (1958), par. 96 ve 331.

selerle bir saldırı başlatan Mısır silahlı kuvvetleri mensuplarının savaş esiri statüsü hakkı bulunmadığına ve bu kişilerin sabotajcı olarak kovuşturulabileceklerine hükmetmiştir. Mahkeme, sanıkların iddia ettikleri gibi, kendini ayırt etme ödevinin sadece düzensiz silahlı kuvvetlere uygulandığını ve düzenli birliklere uygulanmadığını kabul etmenin mantıksız olacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur¹¹.

Yorum

Devletlerin uygulaması, muharıplerin kendilerini sivil halktan ayırt etmek üzere bir üniforma giymelerini ya da ayırt edici bir işaret takmaları ve silahlarını açık biçimde taşımaları gerektiğini göstermektedir. Örneğin, Almanya'nın askeri el kitabı hükümüne göre:

Devletlerin genel kabul gören uygulamaları uyarınca, düzenli silahlı kuvvetler mensupları üniformalarını giymelidirler. Üniformalı düzenli silahlı kuvvetlerin mensubu olmayan muharıplerin de, uzaktan görülebilir kalıcı bir ayırt edici işaret takmaları ve silahlarını açık biçimde taşımaları gerekmektedir¹².

Amerika Birleşik Devletleri hava kuvvetlerinin el kitabı, üniformanın muharıplerin kolayca ayırt edilmesini güvence altına almaya imkân verdiğine işaret etmektedir, fakat «muharıpleri sivillerden ayırt etmeye imkân vermesi şartıyla, tam üniformaya göre eksik kalan bir şey de yeterli olabilir»¹³. 1969 tarihli *Kassem* davasında, Ramallah'ta görev yapan Askeri Mahkeme, sanıkların kamuflaj beresi ve yeşil elbiseler giyerek, kendilerini ayırt etme gerekliliğine yeterince saygı gösterdiklerine hükmetmiştir, zira bu elbiselerin, sanıkların yakalandıkları bölge sakinlerinin mutlak elbiseleri ile bir benzerliği bulunmamaktaydı¹⁴.

Silahları açık bir biçimde taşımaya gelince, Amerika Birleşik Devletleri hava kuvvetlerinin el kitabı, “silahların vücut üzerinde gizlenmesi ya da düşmanın yaklaşması üzerine saklanması halinde” bu gerekliliğe saygı gösterilmemiş olacağını hükme bağlamaktadır¹⁵. *Kassem* davasında mahkeme, bir kişinin silahları kendisinin görülemeyeceği yerlerde taşınması ya da sadece müsademe sırasında taşınması halinde, silahları açık bir biçimde taşıma ölçütünün yerine gelmediğine hükmetmiştir. Sanıkların İsrail ordusu ile bir mermi teatisi sırasında silahlarını kullanmış olmaları belirleyici olmamıştır, zira İsraili askerlere ateş açmalarından önce, silah taşıdıkları bilinmemektedir¹⁶.

11 İsrail, Askeri Mahkeme, *Swarka* davası (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 33, par. 35).

12 Almanya, Sahra talimnamesi, (ibid., par. 16).

13 Amerika Birleşik Devletleri hava kuvvetlerinin el kitabı (ibid., par. 30).

14 İsrail, Ramallah'ta görev yapan Askeri Mahkeme, *Askeri Savcı Ohmar Mahmoud Kassem ve diğerlerine karşı* davası (ibid., par. 34).

15 Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetlerinin El Kitabı (ibid., par. 30).

16 İsrail, Ramallah'ta görev yapan Askeri Mahkeme. *Askeri Savcı Ohmar Mahmoud Kassem ve diğerlerine karşı* davası (ibid., par. 113).

Toplu halde düşman işgaline karşı direniş

Toplu halde düşman işgaline karşı direnişe katılan kişiler, yani düşmanın yaklaşması üzerine, silahlı kuvvet şeklinde örgütlenecek zamanı bulamadan, istila birliklerine direnmek için kendiliklerinden silaha sarılan, henüz işgal edilmemiş bir ülkenin sakinleri, silahlarını açık biçimde taşımak ve insancıl hukuka saygı göstermek şartlarıyla, savaş esiri statüsü hakkına sahip muharipler sayılırlar. Bu, daha Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Lahey Tüzüğü'nden itibaren tanınan eski bir uluslararası teamüli insancıl hukukun kuralıdır¹⁷. Bu kural, III. Cenevre Sözleşmesi'nde de yer almaktadır¹⁸.

Bu istisnanın günümüzde sınırlı bir uygulamaya konu olabileceği değerlendirilmesi yapılabilir, ancak söz konusu istisna, çok yakın tarihliler dâhil olmak üzere, sayısız sahra talimnamelerinde yer almakta ve dolayısıyla, uygulamaya geçirilmesi gerçekten mümkün sayılmaktadır¹⁹.

Direniş ve kurtuluş hareketleri

Ek I.Protokol'e göre, « silahlı çatışmalar sırasında, muharebelerin niteliği gereği silahlı bir muharibin kendisini sivil halktan ayırt edemeyeceği durumlar olduğu göz önünde tutulacak olursa muharip, bu gibi hallerde:

a) Askeri çarpışmalar sırasında ve

b) katılması gereken bir askeri saldırının başlamasına öncelik eden bir askeri yayılmaya iştirak ederken hasmın görüşüne maruz kaldığı sırada silahlarını açıkça taşırsa, muharip statüsünü muhafaza eder²⁰.

Ek Protokollerin benimsenmesiyle sonuçlanan diplomatik konferans sırasında bu kural uzun tartışmalara konu olmuş ve 44. madde nihayet 73 lehte, bir aleyhte ve 21 çekimser oyla benimsenmiştir²¹. Çekimser kalan devletler, genel olarak, bu hükmün sivil halk üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceği yönündeki kaygılarını dile getirmişlerdir. Örneğin Birleşik Krallık, şu hususları beyan etmiştir: «muhariplerle sivilleri ayırt etme konusundaki her türlü imkânsızlık, sonuncuları riskle karşı karşıya bırakabilir. Bu risk kabul edilemez bir hal alabilir, meğerki bazı hükümlerin tatmin

17 Lieber Kodu (1863), madde 51 (ibid., par. 52); Brüksel Bildirgesi (1874), madde 10 (ibid., par. 53); Lahey Tüzüğü (1907), madde 2 (ibid., par. 50).

18 III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 4, A harfi, par. 6 (ibid., par. 51).

19 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 68), Almanya (ibid., par. 60), Arjantin (ibid., par. 55), Avustralya (ibid., par. 56), Belçika (ibid., par. 57), Kamerun (ibid., par. 58), Kanada (ibid., par. 59), İspanya (ibid., par. 69), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 72), İtalya (ibid., par. 61), Kenya (ibid., par. 62), Madagaskar (ibid., par. 63), Nijerya (ibid., par. 66), Yeni Zelanda (ibid., par. 65), Hollanda (ibid., par. 64), Birleşik Krallık (ibid., par. 71), Rusya (ibid., par. 67), İsviçre (ibid., par. 70) ve Yugoslavya (ibid., par. 73).

20 Ek I.Protokol (1977), madde 44, par. 3 (ibid., par. 81).

21 Bkz. CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) uygulaması (ibid., par. 81).

edici bir yorumu ortaya konulabilsin»²². Günümüze gelindiğinde, iki istisna dışında çekimsiz kalan devletlerin tamamı, bu noktada hiçbir çekince beyan etmeksizin Ek I.Protokol'ü onaylamış bulunmaktadırlar²³.

Tatmin edici bir yoruma ulaşma zorunluluğunun bilincinde olan çok sayıda devlet, bu istisnanın anlamını belirlemeye ve sınırlarını sarıh bir biçimde tespit etmeye çalışmışlardır. Bu sınırlara üç farklı cepheden yaklaşmıştır. Birincisi, çok sayıda devlet, bu istisnanın, silahlı direniş hareketlerinin örgütlenmiş oldukları, yani işgal altındaki ülke parçaları ya da ulusal kurtuluş savaşlarına özgü durumlarla sınırlı olduğuna işaret etmişlerdir²⁴. İkinci olarak, pek çok devlet, « askeri konuşlandırma» teriminin, bir saldırının başlangıç noktasını oluşturması gereken yere doğru her türlü hareketi ifade ettiğini belirtmişlerdir²⁵. Üçüncü olarak, Avustralya, Belçika ve Yeni Zelanda, «görüşe maruz kalmak» teriminin, sadece çıplak gözle değil, teknik yöntemler yardımıyla da görünürlüğü kapsadığına işaret etmişlerdir²⁶. Bununla beraber, Ek Protokollerin benimsenmesi ile sonuçlanan diplomatik konferans sırasında –bu noktada Birleşik Arap Emirlikleri'nin de desteklediği- Mısır, «askeri yayılma» ifadesinin «muhasamatın başlamasından hemen önce muhariplerin ateş etme vaziyeti aldıkları son safha»yı ifade ettiğini ve «bir gerilla savaşçısının, ancak

22 Birleşik Krallık, CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında beyan (ibid., par. 133); Ayrıca Bkz. şu devletlerin beyanları: Arjantin (ibid., par. 114), Brezilya (ibid., par. 115), Kanada (ibid., par. 116), Kolombiya (ibid., par. 117), İspanya (ibid., par. 130), İrlanda (ibid., par. 123), İtalya (ibid., par. 126), Japonya (ibid., par. 127), Portekiz (ibid., par. 129), İsviçre (ibid., par. 131) ve Uruguay (ibid., par. 134). Kanada ve İtalya oylamadan kaçınmışlar ve şartların daha sarıh biçimde tanımlanması halinde metnin kabul edilebilir hale gelebileceğini beyan etmişlerdir.

23 Filipinler ve Tayland oylamadan kaçınmışlar ve Ek I.Protokol'ü hâlâ onaylamamışlardır.

24 Bkz. CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 119), Kanada (ibid., par. 116), Mısır (ibid., par. 118), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 135), Yunanistan (ibid., par. 121), İran (ibid., par. 122), İtalya (ibid., par. 126), Japonya (ibid., par. 127) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 133), ve Ek I.Protokol'ün onaylanması ya da imzalanması sırasında şu devletler tarafından yapılan beyanlar: Almanya (ibid., par. 83), Avustralya (ibid., par. 83), Belçika (ibid., par. 83), Kanada (ibid., par. 83), İspanya (ibid., par. 84), Fransa (ibid., par. 83), İrlanda (ibid., par. 83), İtalya (ibid., par. 84), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 83) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 83); ve şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 103), Belçika (ibid., par. 102), İspanya (ibid., par. 97), Fransa (ibid., par. 93), İtalya (ibid., par. 104), Yeni Zelanda (ibid., par. 107), Hollanda (ibid., par. 106), Birleşik Krallık (ibid., par. 110) ve İsveç (ibid., par. 109).

25 Bkz. CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 119), Kanada (ibid., par. 116), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 135), Japonya (ibid., par. 127), Hollanda (ibid., par. 128) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 133), ve Ek I.Protokol'ün imzalanması ya da onaylanması sırasında şu devletlerin beyanları: Almanya (ibid., par. 85), Avustralya (ibid., par. 85), Belçika (ibid., par. 85), Kanada (ibid., par. 85), İspanya (ibid., par. 85), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 85), Fransa (ibid., par. 85), İrlanda (ibid., par. 85), İtalya (ibid., par. 85), Yeni Zelanda (ibid., par. 85), Hollanda (ibid., par. 85), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 85) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 85), ve şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 108), Almanya (ibid., par. 103), Belçika (ibid., par. 102), İspanya (ibid., par. 97), İtalya (ibid., par. 104), Kenya (ibid., par. 105), Yeni Zelanda (ibid., par. 107), Hollanda (ibid., par. 106) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 110).

26 Bkz. Ek I.Protokol'ün imzalanması ya da onaylanması sırasında şu devletlerin beyanları par Avustralya (ibid., par. 86) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 87),ve şu devletlerin sahra talimnameleri: Belçika (ibid., par. 102) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 107).

hasmının doğal görüş alanında bulunduğu anda silahlarını açık biçimde taşıması gerektiğini beyan etmiştir²⁷. Diplomatik konferans sırasında Ek I.Protokol'ün 44. maddesi lehine oy kullanmış olan Amerika Birleşik devletleri, söz konusu istisnanın aşikâr bir biçimde « muharıplerin, bir saldırıyı hazırlayıcı bir askeri harekâta katıldıkları sırada, kendilerini sivillerden ayırt etmemelerini saldırıda bir sürpriz unsuru olarak kullanmamalarını sağlamaya yönelik olduğunu» açıklamıştır. « Bu koşullar altında, bir saldırıyı elverişli kılmak üzere sivil görünümünü kullanacak olan muharıpler, muharip statülerini kaybedeceklerdir²⁸.

Arada geçen dönemde, Amerika Birleşik Devletleri vaziyetini değiştirmiş ve bu kurala muhalefet ettiğini duyurmuştur²⁹. İsrail, 3. paragrafın « muharibin, kendisini sivil halktan ayırt etmemesine izin verecek şekilde yorumlanabileceği, bunun ise sivil halkı vahim tehlikelere maruz bırakabileceği ve insancıl hukukun ruhu ve temel bir ilkesine aykırı olduğu» gerekçesiyle 44. madde aleyhinde oy kullanmıştır³⁰.

Ek I.Protokol'ün işaret ettiği gibi, kendilerini sivil halktan ayırt etmeyen ve dolayısıyla savaş esiri statüsü hakkı bulunmayan (ve IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca daha elverişli bir muameleden yararlanmayan) muharıplerin bile her şeye rağmen, en azından, adil yargılanma hakkı dâhil olmak üzere XXXII. Alt-Bölüm'de tanımlanan temel güvencelerden yararlanma hakkı vardır. (bkz. Kural 100)³¹.

Kural 107. – Casusluk faaliyetleri ile uğraşırken ele geçirilen muharıpler, savaş esiri statüsü hakkına sahip değildirler. Bu kişiler, önceden bir dava süreci gerçekleşmesizin mahkûm edilemezler ve yargılanamazlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 33, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

27 Mısır, CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında beyan (ibid., par. 118); ayrıca Bkz. Birleşik Arap Emirlikleri'nin beyanı (ibid., par. 132).

28 Amerika Birleşik Devletleri, (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) CDDH sırasında beyan (ibid., par. 135).

29 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri'nin beyanları (ibid., par. 136-137).

30 İsrail, CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında beyan (ibid., par. 124).

31 Ek I.Protokol (1977), madde 45, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 82).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Casusluk faaliyetleri ile uğraşan muharıplerin, savaş esiri statüsü hakkına sahip olmadıkları ve yargılanabilecekleri kuralı, daha Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Lahey Tüzüğü'nden itibaren tanınan eski bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır³². Ek I.Protokol'de de yer almaktadır³³.

Kayda değer sayıda askeri el kitabı, casusluk faaliyetleri ile uğraşan muharıplerin, savaş esiri statüsü hakkına sahip olmadıklarını ve yargılanabileceklerini belirtmektedirler³⁴.

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Casusların tanımı

Casusluğu, gizlice ya da sahte bahanelerle hareket ederek, hasım tarafın elindeki bir toprak parçasında istihbarat toplamak ya da toplamaya çalışmak şeklinde tanımlamak da, daha Lieber Kodu, Brüksel Bildirgesi ve Lahey Tüzüğü'nden itibaren tanınan eski bir uygulamadır³⁵. Bu tanım, sivil elbiseler ya da hasımın üniformasını giymiş muharıpleri kapsar ama kendi üniformaları üzerlerindeyken istihbarat toplayan muharıpleri dışlar. Bu tanım, bugün I. Ek Protokol'de kodifiye edilmiş bulunmaktadır³⁶. Tanım, kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer alır³⁷.

Diğer yandan, bu kural sadece, düşmanın elindeki bir toprak parçasında suçüstü yakalanan casusa uygulanır. Brüksel Bildirgesi ve Lahey Tüzüğü, dönüp kendi silahlı kuvvetlerine katılan ve daha sonra yakalanan bir casusun savaş esiri muamelesi görmesi gerektiğini ve bu kişinin önceki casusluk faaliyetlerinden dolayı hiçbir sorum-

32 Lieber Kodu (1863), madde 88 (ibid., par. 181); Brüksel Bildirgesi (1874), madde 20-21 (ibid., par. 182); Lahey Tüzüğü (1907), madde 30-31 (ibid., par. 178).

33 Ek I.Protokol (1977), madde 46, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 179).

34 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 207), Almanya (ibid., par. 197), Arjantin (ibid., par. 186), Avustralya (ibid., par. 187), Belçika (ibid., par. 188), Kamerun (ibid., par. 189-190), Kanada (ibid., par. 191), Hırvatistan (ibid., par. 192-193), Ekvator (ibid., par. 194), İspanya (ibid., par. 208), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 213), Fransa (ibid., par. 195-196), Macaristan (ibid., par. 198), İsrail (ibid., par. 199), İtalya (ibid., par. 200), Kenya (ibid., par. 201), Madagaskar (ibid., par. 202), Nijerya (ibid., par. 205-206), Yeni Zelanda (ibid., par. 204), Hollanda (ibid., par. 203), Birleşik Krallık (ibid., par. 211-212), İsveç (ibid., par. 209), İsviçre (ibid., par. 210) ve Yugoslavya (ibid., par. 214).

35 Lieber Kodu (1863), madde 88 (ibid., par. 145); Brüksel Bildirgesi (1874), madde 19 (ibid., par. 146); Lahey Tüzüğü (1907), madde 29 (ibid., par. 143).

36 Ek I.Protokol (1977), madde 46, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 144).

37 Örn. bkz., şu devletlerin Güney Afrika (ibid., par. 162), Almanya (ibid., par. 157), Arjantin (ibid., par. 149), Avustralya (ibid., par. 150-151), Belçika (ibid., par. 152), Kamerun (ibid., par. 153), Kanada (ibid., par. 154), Ekvator (ibid., par. 155), İspanya (ibid., par. 163), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 166), Fransa (ibid., par. 156), Kenya (ibid., par. 158), Nijerya (ibid., par. 161), Yeni Zelanda (ibid., par. 160), Hollanda (ibid., par. 159), Birleşik Krallık (ibid., par. 165), İsviçre (ibid., par. 164) ve Yugoslavya (ibid., par. 167).

luluk taşımadığını kabul etmektedirler³⁸. Bu kural Ek I.Protokol'de de yer almaktadır³⁹. Belli sayıda sahra talimnamelerinde da tanınmaktadır⁴⁰.

Adil yargılanma hakkı

Suçüstü yakalanan bir casus yargılama olmaksızın yaptırma çarptırılmaz. Bu gereklilik daha Brüksel Bildirgesi ve Lahey Tüzüğü'nde itibaren tanınmıştır⁴¹. Belli sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır⁴². Ele geçirilen casusların, adil yargılanma hakkı dâhil olmak üzere XXXII. Alt-Bölüm'de tanımlanan temel güvencelerden yararlanma hakkı vardır. (bkz. Kural 100) Almanya, Kanada, Nijerya ve Yeni Zelanda'nın askeri el kitapları bu nokta üzerinde ısrarla durmaktadır⁴³, bu hususun hükme bağlandığı I. Ek Protokol uyarınca, savaş esiri statüsü hakkına sahip olmayan ve IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca daha elverişli bir muameleden de yararlanmayan her kişinin, Ek I.Protokol'ün 75. maddesinde sayılan temel güvencelerden yararlanma hakkı bakidir⁴⁴. Dolayısıyla casusların yargısız infaz edilmesi yasaklanmıştır.

38 Brüksel Bildirgesi (1874), madde 21 (ibid., par. 182); Lahey Tüzüğü (1907), madde 31 (ibid., par. 178).

39 Ek I.Protokol (1977), madde 46, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir).

40 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 186), Kanada (ibid., par. 191), Ekvator (ibid., par. 194), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 213), İsrail (ibid., par. 199), Kenya (ibid., par. 201), Nijerya (ibid., par. 206), Yeni Zelanda (ibid., par. 204), Hollanda (ibid., par. 203), Birleşik Krallık (ibid., par. 212) ve Yugoslavya (ibid., par. 214).

41 Brüksel Bildirgesi (1874), madde 20 (ibid., par. 182); Lahey Tüzüğü (1907), madde 30 (ibid., par. 178).

42 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 197), Arjantin (ibid., par. 186), Belçika (ibid., par. 188), Kanada (ibid., par. 191), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 213), Kenya (ibid., par. 201), Nijerya (ibid., par. 206), Yeni Zelanda (ibid., par. 204), Hollanda (ibid., par. 203), Birleşik Krallık (ibid., par. 211-212), İsviçre (ibid., par. 210) ve Yugoslavya (ibid., par. 214).

43 Bkz. Almanya, Askeri Ek Kitabı (ibid., par. 197), Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (Harekât ve Taktik Düzeyde Silahlı Çatışmalar Hukuku) (SÇH El Kitabı) (ibid., par. 191), Nijerya, *Manual on the Laws of War* (Savaş Kanunları Hakkında El kitabı)(ibid., par. 206) ve Yeni Zelanda, Sahra talimnamesi (ibid., par. 204).

44 Ek I.Protokol (1977), madde 45, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 180).

Kural 108. – Ek I.Protokol’de tanımlandıkları biçimiyle paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri statüsü hakları yoktur. Bu kişiler, önceden bir dava süreci gerçekleşmeksizin mahkûm edilemezler ve yargılanamazlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 33, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri statüsü hakları olmadığı kuralı Ek I. Protokol’de⁴⁵ ve birkaç başka antlaşmada yer almaktadır⁴⁶.

Kayda değer sayıda asker el kitabı paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri statüsü haklarını belirtmektedir⁴⁷. İsrail ordusunda eğitim amaçlı kullanılan bir el kitabı bu kuralın uluslararası teamüli hukuk kapsamına girdiğine işaret etmektedir⁴⁸. Bir paralı askerinin silahlı çatışmaya katılması belli sayıda devletin mevzuatında yaptırma bağlanmıştır⁴⁹. Resmi beyanlar gibi rapor edilen uygulama da bu kuralı desteklemektedir⁵⁰. Söz konusu uygulama, bugün ya da zamanında Ek

45 Ek I.Protokol (1977), madde 47, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 270).

46 Paralı Askeriliğin Kaldırılması Hakkında Afrika Devletleri Örgütü Sözleşmesi (1977), madde 3 (ibid., par. 274) (Sözleşme 53 üye devletin 27 tarafından onaylanmıştır.); Paralı Askerler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1989), madde 3 ve 16 (28 devlet tarafından onaylanan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uyarınca muhasamata doğrudan katılan bir paralı asker suç işlemiş olur, ama Sözleşme muharip ya da savaş esiri statüsüne ilişkin silahlı çatışmalar hukuku hükümlerinden bağımsız olarak uygulanmaktadır).

47 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 279), Arjantin (ibid., par. 277), Avustralya (ibid., par. 277), Belçika (ibid., par. 277), Kamerun (ibid., par. 277), Kanada (ibid., par. 278), İspanya (ibid., par. 277 ve 285), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 287), Fransa (ibid., par. 277), İsrail (ibid., par. 280), İtalya (ibid., par. 277), Kenya (ibid., par. 281), Nijerya (ibid., par. 277 ve 284), Yeni Zelanda (ibid., par. 277 ve 282), Hollanda (ibid., par. 277), Birleşik Krallık (ibid., par. 277), İsveç (ibid., par. 277), İsviçre (ibid., par. 277 ve 286) ve Yugoslavya (ibid., par. 277).

48 İsrail, *Manual on the Laws of War* (Savaş Kanunları Hakkında El Kitabı) (ibid., par. 280).

49 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 288), Azerbaycan (ibid., par. 288), Beyaz Rusya (ibid., par. 288), Gürcistan (ibid., par. 288), Kazakistan (ibid., par. 288), Moldavya (ibid., par. 288), Özbekistan (ibid., par. 288), Rusya (ibid., par. 288), Tacikistan (ibid., par. 288), Ukrayna (ibid., par. 288), ve Vietnam (ibid., par. 288).

50 Örn. bkz., şu devletlerin beyanları: Çin (ibid., par. 295), Irak (ibid., par. 301), İtalya (ibid., par. 302), Nijerya (ibid., par. 307) ve Yugoslavya (ibid., par. 316) ve İran’dan (ibid., par. 319) rapor edilen uygulama.

I.Protokol'e taraf olmayan devletleri de kapsamaktadır⁵¹. Bununla beraber, Amerika Birleşik Devletleri, Ek I.Protokol'ün 47. maddesinin hükümlerini teamüli nitelikte saymadıklarını beyan etmişlerdir⁵².

Ek I.Protokol'de benimsenen paralı asker tanımının çok sınırlayıcı olması sebebiyle bu kuralın anlamını büyük ölçüde yitirmiş olması mümkündür (bkz. aşağıda). Bu husus Amerika Birleşik Devletleri tarafından da kabul edilmektedir ve bu devletin, Ek Protokoller'in benimsenmesi ile sonuçlanan diplomatik konferansta neden 47. maddeye itiraz etmediğini açıklayabilir⁵³.

Diğer yandan, Afrikalı devletlerin paralı asker faaliyetlerine muhalefeti, esasen, bu devletlerin, –kendi kaderini tayin hakkını kullanma arzusu içindeki bir halka karşı paralı askerlerin çarpıştıkları– ulusal kurtuluş mücadelelerine paralı askerin karışmaları ile bağlantılı olduğu için, bu mesele son yıllarda daha zayıf bir biçimde ifşa edilmiş ve paralı askerler daha az eleştiriye uğramıştır.

Paralı askeri tanımı

Ek I.Protokol, paralı askeri:

a) bir silahlı çatışmada çarpışmak üzere ülkede ya da yurt dışında özel olarak devşirilen;

b) muhasamata bilfiil katılan;

c) muhasamata esasen, kişisel avantaj elde etmek için katılan ve kendisine, çatışmanın taraflarından birince ya da onun adına, bu tarafın silahlı kuvvetlerindeki benzer görev ve rütbelerdeki muhariplere verilen ya da vaat edilen maddi ücretten bariz biçimde yüksek olan bir ücret vaat edilen;

d) ne çatışmanın taraflarından birinin vatandaşı olan ne de çatışmanın taraflarından birinin denetimi altındaki bir toprak parçasında ikamet eden;

e) çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetlerinin mensubu olmayan ve

f) çatışmanın taraflarından başka bir devlet tarafından, söz konusu devletin silahlı kuvvetlerinin mensubu olarak resmi görevle gönderilmemiş olan kişi » şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁴.

Bu tanım çok sınırlayıcıdır, zira altı şartın bütününün yerine gelmesini aramaktadır. Dahası, paralı asker olmakla suçlanan kişinin «muhasamata kişisel avantaj elde etmek için katıldığı» ve «benzer görev ve rütbelerdeki muhariplere verilen ya da vaat edilen maddi ücretten bariz biçimde yüksek olan bir ücret vaat edildiğinin»

51 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: İsrail (ibid., par. 280), Kenya (ibid., par. 281), Nijerya (ibid., par. 283) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 277), Azerbaycan'ın mevzuatı (ibid., par. 288), Irak (ibid., par. 301) Yugoslavya'nın (ibid., par. 316) beyanları ve İran (ibid., par. 319) rapor edilen uygulaması.

52 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State (ibid., par. 314).

53 Amerika Birleşik Devletleri, Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın el kitabı (ibid., par. 242).

54 Ek I.Protokol (1977), madde 47, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 232).

ispatlanmasını talep etmektedir. Ek Protokoller'in benimsenmesi ile sonuçlanan diplomatik konferansta, Afganistan, Kamerun, Küba, Moritanya, Nijerya ve Zaire, bu ifade biçimine karşı olduklarını beyan etmişlerdir⁵⁵. Örneğin Kamerun, « bir paralı askerinin fahiş bir ücret aldığını ispat etmenin çok zor olacağını » beyan etmiştir⁵⁶. Hollanda, paralı askerlerin saiklerine yapılan her türlü göndermeye muhalif kalmıştır⁵⁷. Paralı Askerliğin Kaldırılmasına İlişkin Afrika Devletleri Örgütü Sözleşmesi, « benzer görev ve rütbelerdeki muhariplere verilen ya da vaat edilen ücretten bariz biçimde yüksek olan » maddi ücret ölçütünden vazgeçmiştir⁵⁸. Buna mukabil, Paralı Askerlik Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, bu ölçütü içermektedir⁵⁹. İşbu inceleme için bir araya getirilen ve paralı askerinin tanımını içeren askeri el kitapları arasında, dokuz tanesi, Ek I.Protokol'ün tanımını tekrarlamakta⁶⁰ ve dördü, sadece kişisel avantaj elde etme arzusunu zikretmektedir⁶¹. Eski Sovyetler Birliği'nden doğan 11 devletin mevzuatı, paralı askerleri, kişisel avantaj elde etme isteği ile tanımlamakta ve daha fazla açıklama getirmemektedir⁶².

Yukarıda belirtilen ışığında, paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri statüsü hakkı olmadığı yönündeki teamüli kuralın, sadece, Ek I.Protokol'ün 47. maddesinde yer alan paralı asker tanımında tespit edilen şartları yerine getiren kişilere uygulandığı sonucuna varılabilir.

Nihayet, hatırlatmakta fayda vardır ki çatışmanın taraflarından birinin silahlı kuvvetlerinin mensupları olup da söz konusu tarafın vatandaşı olmayan ve Ek I.Protokol'ün 47. maddesindeki paralı asker tanımının altı şartının bütününe yerine getirmeyen kişilerin savaş esiri statüsü hakkı bulunmaktadır⁶³. Bu açıdan, uzun süreden beri yerleşmiş bir uygulama ve III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca, vatandaşlığın savaş esiri statüsü için şart olmadığını belirtmek önem taşımaktadır⁶⁴.

55 Bkz. CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında şu devletler tarafından yapılan beyanlar: Afganistan (ibid., par. 255), Kamerun (ibid., par. 256), Küba (ibid., par. 257), Moritanya (ibid., par. 258), Nijerya (ibid., par. 260) ve Zaire (ibid., par. 263).

56 Kamerun, CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında beyan (ibid., par. 256).

57 Hollanda, CDDH (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında beyan (ibid., par. 259).

58 Bkz. Paralı Askerliğin Kaldırılması Hakkında Afrika Devletleri Örgütü Sözleşmesi'nde yer alan paralı asker tanımı (1977), madde 1 (ibid., par. 234).

59 Paralı Askerlik Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1989), madde 1 (ibid., par. 235).

60 Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin, Avustralya, Belçika, Kanada, İspanya, Fransa, Yeni Zelanda, Hollanda ve Yugoslavya (ibid., par. 237).

61 Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 239), Kamerun (ibid., par. 238), Kenya (ibid., par. 240) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 241).

62 Bkz. şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 243), Azerbaycan (ibid., par. 244), Beyaz Rusya (ibid., par. 245), Gürcistan (ibid., par. 246), Kazakistan (ibid., par. 247), Kırgızistan (ibid., par. 248), Moldavya (ibid., par. 249), Özbekistan (ibid., par. 253), Rusya (ibid., par. 250), Tacikistan (ibid., par. 251) ve Ukrayna (ibid., par. 252).

63 Bkz. Lahey Sözleşmesi (V) (1907), madde 17.

64 Bkz. III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 4.

Adil yargılanma hakkı

Paralı askerlikle suçlanan bir kişi, önceden yargılanmaksızın cezalandırılmaz. Ek Protokollerin benimsenmesi ile sonuçlanan diplomatik konferans sırasında birden fazla devlet, paralı askerlerin Ek I.Protokol'ün 75. maddesindeki korumadan yararlandıkları hususunun altını çizmiş ve bunlardan bazıları, paralı askerlere ilişkin hükümde 75. maddeye sarih bir atıf görmeyi arzuladıklarını belirtmişlerdir⁶⁵. Diplomatik konferansın III. Komisyonunun raportörü, Ek I.Protokol'ün 47 maddesi bu yönde sarih bir atıf içermemekle birlikte, paralı askerlerin 75. maddede öngörülen temel güvencelerden yararlanmasına izin verilen gruplardan birini oluşturduğu hususunun kabul gördüğüne işaret etmiştir⁶⁶. Bu uyarı İrlanda ve Hollanda tarafından I. Ek Protokol'ün onayı sırasında tekrarlanmıştır⁶⁷.

Almanya, Kanada, Kenya ve Yeni Zelanda'nın askeri el kitapları, paralı askerlerin adil yargılanma hakkına sahip oldukları hususunun altını çizmektedirler⁶⁸. Bu ise, adil yargılanma hakkı dâhil olmak üzere XXXII. Alt-Bölüm'de tasvir edilen temel güvencelere uygundur. Bkz. Kural 100). Aynı şekilde, I. Ek Protokol savaş esiri statüsü hakkına sahip olmayan ve IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca daha elverişli bir muameleden de yararlanmayan her kişinin, Ek I.Protokol'ün 75. maddesinde sayılan temel güvencelerden yararlanma hakkının baki olduğunu hükme bağlamaktadır⁶⁹. Dolayısıyla, paralı askerlerin yargısız infaz edilmeleri yasaklanmıştır.

Bu kural hükmünce, devletler bir paralı askere savaş esiri statüsü bahşetmek ya da bu statüyü reddetmek hususunda serbesttirler; buna mukabil, söz konusu kişi, kendini kovuşturmalara karşı korumak için bu statüyü talep etme hakkına sahip değildir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin 1988 yılında işaret ettiği gibi, İran savaş esiri saydığı bazı yabancı uyruklu kişileri ele geçirmiş, ancak bunlara ceza vermek yerine diğer savaş esirleri gibi muamele yapmayı tercih ettiğini bildirmiştir⁷⁰. Aynı şekilde, Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın el kitabı da paralı askerlerin ele geçirilmeleri halinde Amerika Birleşik Devletleri'nin, bunları

65 Bkz. CDDH(İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) sırasında şu devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 292), Kanada (ibid., par. 294), Kolombiya (ibid., par. 296), Kıbrıs (ibid., par. 297), Hindistan (ibid., par. 300), İtalya (ibid., par. 302), Meksika (ibid., par. 304), Nijerya (ibid., par. 307), Hollanda (ibid., par. 305), Portekiz (ibid., par. 308), Vatikan (ibid., par. 299), İsveç (ibid., par. 311) ve İsviçre (ibid., par. 312).

66 CDDH, (İnsancıl Hukuk Diplomatik Konferansı) III. Komisyon raportörünün beyanı (ibid., par. 321).

67 İrlanda, Ek I.Protokol'ün onayı sırasında beyan ve çekinceler (1977) (ibid., par. 272); Hollanda, Ek I.Protokol'ün onayı sırasında beyanlar (1977) (ibid., par. 273).

68 Almanya, Sahra talimnamesi (ibid., par. 279), Kanada, *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*(Harekât ve Taktik Düzeyde Silahlı Çatışmalar Hukuku) (SÇH El Kitabı) (ibid., par. 278), Kenya, SÇH Manual (SÇH El Kitabı) (ibid., par. 281) ve Yeni Zelanda, sahra talimnamesi (ibid., par. 282).

69 Ek I.Protokol (1977), madde 45, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 271).

70 Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, İran İslam Cumhuriyeti ve Irak'taki savaş esirleri hakkında soruşturma yapmak üzere Genel Sekreter tarafından gönderilen misyonun raporu (ibid., par. 319).

savaş esirleri statüsü hakkı olan muharipler sayacağını teyit etmektedir⁷¹. Bu, devletin söz konusu statüyü bahsetmekte serbest olduğunu göstermektedir. Ancak el kitabı, «Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin, başka devletlerin Amerikan vatandaşlarını paralı asker olarak yaptırma tabi tutma yönündeki her türlü girişimini daima şiddetle kınadığını da teyit etmektedir⁷². Ancak bu beyan, burada incelenen kuralla çelişmemektedir, zira bu kınamalar I. Protokol'ün konsensüsle benimsenen 47. maddesinde er alan paralı asker tanımının çok kesin şartlarını yerine getirmeyen kişiler hakkında ifade edilmiştir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya katılan paralı askerlerin savaş esiri statüsü hakkı yoktur, zira bu tür durumlarda bu statüye yönelik hiçbir hak bulunmamaktadır⁷³.

71 Amerika Birleşik Devletleri, Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın el kitabı (ibid., par. 287).

72 Amerika Birleşik Devletleri, Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın el kitabı (ibid., par. 287).

73 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri, Memorandum on International Legal Rights of Captured Mercenaries (Ele Geçirilen Paralı Askerlerin Uluslararası Hukuki Haklarına İlişkin Muhtıra) (ibid., par. 313).

YARALILAR, HASTALAR VE DENİZ KAZAZEDELERİ

Kural 109. – Koşulların izin verdiği her zaman ve özellikle bir çarpışmadan sonra, çatışmanın her bir tarafı zaman geçirmeden ve kayırcı nitelikte ayırım gözetmeksizin, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etmek için mümkün olan bütün tedbirleri almalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 34, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalarda, kayırcı nitelikte ayırım gözetmeksizin, yaralıları ve hastaları toplama ödevi ilk olarak 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir¹. Bu konu 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde daha ayrıntılı biçimde ele alınmıştır² ve bu ödev, günümüzde Ek I.Protokol'ün 10. maddesinde, daha geniş terimlerle de olsa kodifiye edilmiş bulunmaktadır³; zira maddede yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini “korumak” söz konusu olup bu terim «bir kimsenin müdafaasını üstlenmek, yardım ve destek sağlamak» anlamına gelmektedir⁴.

Bu kuralı içeren kayda değer sayıda askeri el kitabı, asker ya da sivil olsun hasta, yaralı ve deniz kazazedelerinin bütününe kapsayacak şekilde genel terimlerle kale-

1 1864 Cenevre Sözleşmesi, madde 6 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm. 34, par. 1).

2 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 15, bent 1 (ibid., par. 5); II Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 1 (ibid., par. 7); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, bent 2 (ibid., par. 10).

3 Ek I.Protokol (1977), madde 10 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 199).

4 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI ve Bruno ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 446.

me alınmışlardır.⁵ Özellikle İsveç'in uluslararası insancıl hukuk el kitabı, Ek I.Protokol'ün 10. maddesinin, bir uluslararası teamül kuralının kodifikasyonu olduğuna işaret etmektedir⁶. Birden çok devletin mevzuatı, hasta, yaralı ve deniz kazazedelerinin terk edilmesi halinde yaptırımlar öngörmektedir⁷.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında bu kural, « yaralı ve hastaların toplanarak tedavi edileceklerini » hükme bağlayan ortak 3. maddesine dayanmaktadır⁸. Kural, Ek II.Protokol' de daha ayrıntılı bir biçimde kodifiye edilmiştir⁹. Dahası, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan belli sayıda başka belgede de yer almaktadır¹⁰.

Yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etme ödevi, uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır¹¹. Yaralıları ve hastaları terk etmek birden çok devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır¹².

5 Örn. bkz., Şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (nakleden Cilt II, Alt-Bölüm 34, par. 44), Arjantin (ibid., par. 21-22 ve 127), Avustralya (ibid., par. 23 ve 128-129), Belçika (ibid., par. 24-25 ve 130), Benin (ibid., par. 26 ve 131), Burkina Faso (ibid., par. 27), Kamerun (ibid., par. 28-29 ve 134), Kanada (ibid., par. 30-31 ve 132-133), Kolombiya (ibid., par. 32 ilâ 35), Kongo (ibid., par. 36), Hırvatistan (ibid., par. 37 ilâ 40 ve 135), Ekvator (ibid., par. 41 ve 137), İspanya (ibid., par. 66 ve 153), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 72 ilâ 74 ve 158 ilâ 161), Fransa (ibid., par. 42-43 ve 138), Macaristan (ibid., par. 45 ve 139), Hindistan (ibid., par. 140), Endonezya (ibid., par. 46), İtalya (ibid., par. 47 ve 141), Kenya (ibid., par. 48 ve 142), Lübnan (ibid., par. 49), Madagaskar (ibid., par. 50 ve 143), Mali (ibid., par. 51), Fas (ibid., par. 52), Nijerya (ibid., par. 58 ilâ 60 ve 146), Yeni Zelanda (ibid., par. 56 ve 145), Hollanda (ibid., par. 53 ilâ 55 ve 144), Filipinler (ibid., par. 61 ve 147 ilâ 149), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 136), Romanya (ibid., par. 62 ve 150), Birleşik Krallık (ibid., par. 70-71 ve 156-157), Ruanda (ibid., par. 151), Senegal (ibid., par. 64), İsviçre (ibid., par. 68 ve 154), Togo (ibid., par. 69 ve 155) ve Yugoslavya (ibid., par. 75 ve 162).

6 İsveç, Uluslararası İnsancıl Hukuk El Kitabı (1991), Kısım 2.2.3, p. 18.

7 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Çin (nakleden: Cilt II, Alt-bölüm 34, par. 80), Kolombiya (ibid., par. 81), İspanya (ibid., par. 90), Irak (ibid., par. 84), İtalya (ibid., par. 86), Nikaragua (ibid., par. 87), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 82), Uruguay (ibid., par. 93), Venezuela (ibid., par. 94) ve Vietnam (ibid., par. 95); ayrıca Bkz. şu devletlerin mevzuat tasarıları: Arjantin (ibid., par. 76), El Salvador (ibid., par. 83) ve Nikaragua (ibid., par. 88).

8 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak madde 3 (ibid., par. 3).

9 Ek II.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 13).

10 Örn. bkz., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 1 (ibid., par. 16); Bosna-Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.1 (ibid., par. 18); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles (ibid., par. 17); Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 4, par. 2 ve 9 (ibid., par. 19).

11 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 44), Arjantin (ibid., par. 22), Avustralya (ibid., par. 23 ve 128), Belçika (ibid., par. 24), Benin (ibid., par. 26 ve 131), Kamerun (ibid., par. 29), Kanada (ibid., par. 30-31 ve 133), Kolombiya (ibid., par. 32 ilâ 35), Hırvatistan (ibid., par. 37 ilâ 40 ve 135), Ekvator (ibid., par. 41 ve 137), İspanya (ibid., par. 66), des Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 72-73), Macaristan (ibid., par. 45), Hindistan (ibid., par. 140), İtalya

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarını bu kurala saygı göstermeye davet etmiştir¹³.

Yorum

Yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etme yükümü, imkânlarla bağlı bir yükümdür. Çatışmanın her bir tarafı yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etmek üzere mümkün olan bütün tedbirleri almalıdır. Bu yüküm, insancıl örgütlerin operasyonlara katılmasına izin vermeyi de içerir. Uygulama, özellikle Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yaralıların ve hastaların tahliyesine katıldığını göstermektedir¹⁴. Uygulamada, insancıl örgütlerin bu tür faaliyet yürütmek için ilgili bölgede otoritesini icra eden tarafın iznini almaları gerektiği açıktır, fakat bu izin talebi keyfi gerekçelerle reddedilmemelidir. (ayrıca bkz. Kural 55 yorumu). Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu ile Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, El Salvador ve Lübnan'daki çatışmanın taraflarını, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yaralı ve hastaları tahliye etmesine izin vermeye davet etmiştir¹⁵.

Dahası, sivil halkı, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini aramak, toplamak ve tahliye etmeye katkıda bulunmaya çağırma imkânı Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller'de yer almaktadır¹⁶. Bu imkân birden çok sahra talimnamelerinde da

(ibid., par. 47 ve 141), Kenya (ibid., par. 48 ve 142), Lübnan (ibid., par. 49), Madagaskar (ibid., par. 50 ve 143), Nikaragua (ibid., par. 57), Nijerya (ibid., par. 58 ve 60), Yeni Zelanda (ibid., par. 56), Hollanda (ibid., par. 53-54), Filipinler (ibid., par. 61 ve 147 ilâ 149), Ruanda (ibid., par. 151), Senegal (ibid., par. 65), Togo (ibid., par. 69 ve 155), Birleşik Krallık (ibid., par. 70-71) ve Yugoslavya (ibid., par. 75 ve 162).

12 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Kolombiya (ibid., par. 81), Nikaragua (ibid., par. 87), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (ibid., par. 82), Venezuela (ibid., par. 94) ve Vietnam (ibid., par. 95); ayrıca Bkz. İtalya (ibid., par. 86) ve Uruguay'ın (ibid., par. 93), uluslararası olmayan silahlı çatışma zamanında uygulaması askıya alınmayan mevzuatı ile Arjantin (ibid., par. 76), El Salvador (ibid., par. 83) ve Nikaragua'nın (ibid., par. 88) mevzuat tasarıları.

13 Örn. bkz., Uluslararası Kızılhaç Komitesi Irak ile İran arasındaki çatışma: Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin çağrısı (ibid., par. 110), Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Muhtıra (ibid., par. 111), Basın duyurusu n° 93/17 (ibid., par. 112), Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukukun Saygı Görmesi Hakkında Muhtıra (Ibid., Par. 113), Türkuaz Operasyonuna Katılan Kuvvetlerin Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Göstermesi Hakkında Muhtıra (ibid., par. 114) ve Basın duyurusu00/42 (ibid., par. 115).

14 Örn. bkz., Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uygulaması (ibid., par. 185) ve basın duyurusu n° 96/25 (ibid., par. 189).

15 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar 436 (ibid., par. 173); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 40/139 (ibid., par. 174); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, karar 1986/39 (ibid., par. 175).

16 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18 (ibid., par. 6); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 21, bent 1 (ibid., par. 8); Ek I.Protokol (1977), madde 17, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 11); Ek I.Protokol (1977), madde 18, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 14).

yer almaktadır¹⁷. I. Cenevre Sözleşmesi'nin 18. maddesi, «hiç kimsenin, yaralılara da hastalara ihtimam göstermiş bulunduğundan dolayı asla tehdide maruz kalmayacağını ya da mahkûm edilmeyeceğini » hükme bağlamaktadır¹⁸. Bu ilke, Ek I.Protokol'ün hiçbir çekinceye konu olmayan 17. maddesinin 1. paragrafında da yer almaktadır¹⁹.

Cenevre Sözleşmeleri gibi, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin İnsancıl Hukuk Kurallarına Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Saygı Göstermesi Hakkında Sirküleri gibi başka belgeler de, mütarekeler ve diğer yerel düzenlemelerin, yaralıların ve hastaların tahliye edilebileceği şartları yaratmak için uygun olduğunu belirtmekte ve çatışmanın taraflarının, koşullar elverdikçe bu tür düzenlemeler yaparak savaş meydanında bırakılan yaralıların kaldırılması, değiş-tokuş edilmesi ve nakliyesine imkân vermelerini talep etmektedirler.²⁰ Çok sayıda askeri el kitabı benzer hükümler içermektedir²¹.

Uygulama alanı

Bu kural, hiçbir kayırıcı ayırım gözetilmeksizin bütün yaralılara, hastalara ve deniz kazazedelerine uygulanır. (bkz. Kural 88). Dolayısıyla bu kural, hangi tarafa mensup olurlarsa olsunlar ve muhasamata doğrudan katılıp katılmadıklarına bakılmaksızın bütün yaralılara, hastalara ve deniz kazazedelerine uygulanır. Bu kural, zaten IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 16. maddesi uyarınca çatışma halindeki ülke ahalisinin bütününe uygulanan 16. maddesi uyarınca sivillere uygulanmaktaydı ve Ek I.Protokol'ün 10. maddesinde tekrarlanmaktadır²². Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi, muhasamata doğrudan katılmayan büyük kişilere uygulanır ki siviller de bu kapsama girer²³. Dahası, II. Ek Protokol'ün 8. maddesi hiçbir ayırım tespit etmemektedir. (ayrıca

17 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 44), Arjantin (ibid., par. 21), Kamerun (ibid., par. 29), Kanada (ibid., par. 30-31), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 72), Kenya (ibid., par. 48), Yeni Zelanda (ibid., par. 56), Birleşik Krallık (ibid., par. 7071), Rusya (ibid., par. 63), İsviçre (ibid., par. 68) ve Yugoslavya (ibid., par. 75).

18 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm. 7, par. 231).

19 Ek I.Protokol (1977), madde 17, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir).

20 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 15, bent 2 ve 3 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 34, par. 118); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 2 (ibid., par. 119); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17 (ibid., par. 120); Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin sirküleri (1999), madde 9.2 (ibid., par. 126).

21 Örn. bkz., şu devletlerin: Arjantin (ibid., par. 127), Avustralya (ibid., par. 128-129), Kamerun (ibid., par. 134), Kanada (ibid., par. 132-133), Ekvator (ibid., par. 137), İspanya (ibid., par. 153), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 158-159 ve 161), Fransa (ibid., par. 138), Hindistan (ibid., par. 140), Kenya (ibid., par. 142), Madagaskar (ibid., par. 143), Nijerya (ibid., par. 146), Yeni Zelanda (ibid., par. 145), Hollanda (ibid., par. 144), Birleşik Krallık (ibid., par. 156-157), Senegal (ibid., par. 152), İsviçre (ibid., par. 154) ve Yugoslavya (ibid., par. 162).

22 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16 (ibid., par. 10 ve 198); Ek I.Protokol (1977), madde 10 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 199 ve 346).

23 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak madde 3 (ibid., par. 3).

bkz. Ek I.Protokol'ün ayrımcılık yasağına ilişkin 2. maddesinin 1. paragrafi)²⁴. Askeri el kitaplarının çoğu bu kuralı genel terimlerle ifade etmektedirler²⁵.

Kural 110. – Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedelerine, her türlü imkân ölçüsünde ve en kısa sürede, durumlarının gerektirdiği tıbbi bakım yapılmalıdır. Bunların arasında, tıbbi ölçütler dışındaki ölçütlere dayanan hiçbir ayırım gözetilmemelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 34, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Yaralı ve hasta muharipleri ayırım gözetmeksizin tedavi etme ödevi, daha Lieber Kodu'ndan itibaren tanınan ve 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde kodifiye edilen eski bir uluslararası insancıl hukuk kuralıdır.²⁶ Bu mesele, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde daha ayrıntılı biçimde ele alınmış²⁷; ve Ek I.Protokol'ün 10. maddesinde kodifiye edilmiştir²⁸.

24 Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 13) ve madde 2, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 32, par. 369).

25 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (nakleden: Cilt II, par. 44), Arjantin (ibid., Bölüm 34, par. 21-22 ve 127), Avustralya (ibid., par. 23 ve 128-129), Belçika (ibid., par. 24-25 ve 130), Benin (ibid., par. 26 ve 131), Burkina Faso (ibid., par. 27), Kamerun (ibid., par. 28-29 ve 134), Kanada (ibid., par. 30-31 ve 132-133), Kolombiya (ibid., par. 32 ilâ 35), Kongo (ibid., par. 36), Hırvatistan (ibid., par. 37 ilâ 40 ve 135), Ekvator (ibid., par. 41 ve 137), İspanya (ibid., par. 66 ve 153), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par.72 ilâ 74 ve 158 ilâ 161), Fransa (ibid., par. 42-43 ve 138), Macaristan (ibid., par. 45 ve 139), Hindistan (ibid., par. 140), Endonezya (ibid., par. 46), İtalya (ibid., par. 47 ve 141), Kenya (ibid., par. 48 ve 142), Lübnan (ibid., par. 49), Madagaskar (ibid., par. 50 ve 143), Mali (ibid., par. 51), Fas (ibid., par. 52), Nijerya (ibid., par. 58 ilâ 60 ve 146), Yeni Zelanda (ibid., par. 56 ve 145), Hollanda (ibid., par. 53 ilâ 55 ve 144), Filipinler (ibid., par. 61 ve 147 ilâ 149), Dominik Cumhuriyeti (ibid., par. 136), Romanya (ibid., par. 62 ve 150), Birleşik Krallık (ibid., par. 70-71 ve 156-157), Ruanda (ibid., par. 151), Senegal (ibid., par. 64), İsviçre (ibid., par. 68 ve 154), Togo (ibid., par. 69 ve 155) ve Yugoslavya (ibid., par. 75 ve 162).

26 Lieber Kodu (1863), madde 79 (ibid., par. 205); 1864 Cenevre Sözleşmesi, madde 6 (ibid., par. 191).

27 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12, bent 2, ve madde 15, bent 1 (ibid., par. 193-194); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 12, bent 2, ve madde 18, bent 1 (ibid., par. 193 et 196); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, bent 1 (ibid., par. 198).

28 Ek I.Protokol (1977), madde 10 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 199 et 346).

Bu kuralı içeren kayda değer sayıdaki askeri el kitabı, bütün yaralı, hasta ve deniz kazazedelerini kapsayacak şekilde genel terimlerle kaleme alınmıştır²⁹. Özellikle İsveç'in uluslararası insancıl hukuk el kitabı, Ek I.Protokol'ün 10. maddesinin bir uluslararası teamül kuralının kodifikasyonu olduğuna işaret etmektedir³⁰. Yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin tedavi edilmesini reddetmek, pek çok devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır³¹.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında bu kural, “yaralı ve hastaların toplanacağını ve tedavi göreceğini” hükme bağlayan Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesine dayanmaktadır³². Kural, Ek I.Protokol'de daha ayrıntılı biçimde kodifiye edilmiştir³³ ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan belli sayıda başka belgede de yer almaktadır³⁴.

Yaralı ve hasta muhripleri ayırım gözetmeksizin tedavi etme ödevi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda sahra talimnamelerinde da yer almaktadır³⁵. Yaralıların, hastaların ve deniz kazazedeleri-

29 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Güney Afrika (ibid., par. 269), Almanya (ibid., par. 239-240), Arjantin (ibid., par. 215 ve 355), Avustralya (ibid., par. 216-217 ve 357), Belçika (ibid., par. 218-219), Benin (ibid., par. 220 ve 359), Bosna-Hersek (ibid., par. 221), Burkina Faso (ibid., par. 222), Kamerun (ibid., par. 223-224), Kanada (ibid., par. 225-226), Kolombiya (ibid., par. 227 ilâ 229), Kongo (ibid., par. 230), Hırvatistan (ibid., par. 231 ve 233), El Salvador (ibid., par. 235), Ekvator (ibid., par. 234), İspanya (ibid., par. 270), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 278 ilâ 281), Fransa (ibid., par. 236 - 238), Macaristan (ibid., par. 241), Hindistan (ibid., par. 243), Endonezya (ibid., par. 244), İsrail (ibid., par. 245), İtalya (ibid., par. 246), Kenya (ibid., par. 247 ve 367), Lübnan (ibid., par. 248), Madagaskar (ibid., par. 249 ve 368), Mali (ibid., par. 250), Fas (ibid., par. 251), Nikaragua (ibid., par. 256), Nijerya (ibid., par. 257 ilâ 260), Yeni Zelanda (ibid., par. 255 ve 371), Uganda (ibid., par. 275), Hollanda (ibid., par. 252 ilâ 254 ve 370), Filipinler (ibid., par. 261 ilâ 264 ve 374), Romanya (ibid., par. 375), Birleşik Krallık (ibid., par. 276-277), Ruanda (ibid., par. 267), Senegal (ibid., par. 268), İsveç (ibid., par. 271-272), İsviçre (ibid., par. 273 ve 379) ve Togo (ibid., par. 274 ve 380).

30 İsveç, uluslararası insancıl hukuk el kitabı, IHL Manual (ibid., par. 272).

31 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 283), Bangladeş (ibid., par. 284), Çin (ibid., par. 285), Kolombiya (ibid., par. 286), Küba (ibid., par. 287), İspanya (ibid., par. 294), Estonya (ibid., par. 290), İrlanda (ibid., par. 291), Norveç (ibid., par. 292), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 288), Slovakya (ibid., par. 293), Ukrayna (ibid., par. 295), Uruguay (ibid., par. 296), ve Venezuela (ibid., par. 297) ve Vietnam (ibid., par. 298); ayrıca Bkz. Arjantin (ibid., par. 282) ve El Salvador'un (ibid., par. 289) mevzuat tasarıları.

32 Cenevre Sözleşmeleri (1949), ortak madde 3 (ibid., par. 192).

33 Ek I.Protokol (1977), madde 7-8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 201-202).

34 İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 3, par. a) (ibid., par. 208); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles, par. 1 ve 2 (ibid., par. 209); Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 1 (ibid., par. 210 ve 351); Bosna-Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.1 (ibid., par. 211 ve 352); Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 4, par. 2 ve 9 (ibid., par. 212).

35 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 269), Almanya (ibid., par. 239-240), Arjantin (ibid., par. 215 ve 355), Avustralya (ibid., par. 216-217 ve 357), Belçika (ibid.,

nin tedavi edilmesini reddetmek, pek çok devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır³⁶. Arjantin'de, Ulusal İstinaf Mahkemesi, 1985 tarihli Askeri Cunta davasında bu kurala saygı gösterilmesini aramıştır³⁷. Ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında bu kuralı destekleyen resmi beyanlar ve başka tür uygulamalar da mevcuttur³⁸.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. İlgili vakaların çoğunda devletler ve uluslararası örgütler bu kuralın ihlallerini mahkûm etmişlerdir³⁹. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarını bu kurala saygı göstermeye davet etmiştir⁴⁰.

Yorum

Yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini tedavi etme yükümü, imkânlara bağlı bir yükümdür. Çatışmanın her bir tarafı, yaralı, hasta ve deniz kazazedelerine koruma ve tedavi sağlamak için, insancıl örgütlerin koruma ve tedavi sağlamalarına izin

par. 218), Benin (ibid., par. 220 ve 359), Bosna-Hersek (ibid., par. 221), Kamerun (ibid., par. 224), Kanada (ibid., par. 225-226), Kolombiya (ibid., par. 227 ilâ 229), Hırvatistan (ibid., par. 231 ve 233), Ekvator (ibid., par. 234), El Salvador (ibid., par. 235), İspanya (ibid., par. 270), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 278), Hindistan (ibid., par. 242-243), İtalya (ibid., par. 246), Kenya (ibid., par. 247 ve 367), Lübnan (ibid., par. 248), Madagaskar (ibid., par. 249 ve 368), Nikaragua (ibid., par. 256), ve Nijerya (ibid., par. 257-258 ve 260), Yeni Zelanda (ibid., par. 255), Uganda (ibid., par. 275), Hollanda (ibid., par. 252-253 ve 369), Filipinler (ibid., par. 261 ilâ 264 ve 374), Birleşik Krallık (ibid., par. 277), Ruanda (ibid., par. 267), İsveç (ibid., par. 271) ve Togo (ibid., par. 274 ve 380).

36 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 283), Bangladeş (ibid., par. 284), Kolombiya (ibid., par. 286), İspanya (ibid., par. 294), Estonya (ibid., par. 290), İrlanda (ibid., par. 291), Norveç (ibid., par. 292), Ukrayna (ibid., par. 295), Venezuela (ibid., par. 297) ve Vietnam (ibid., par. 298); ayrıca Bkz. Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 288), Slovakya (ibid., par. 293) ve Uruguay'ın (ibid., par. 296), uluslararası olmayan silahlı çatışma halinde askiya alınmayan mevzuatı ve Arjantin (ibid., par. 282) ile El Salvador'un (ibid., par. 289) mevzuat tasarıları.

37 Arjantin, Ulusal İstinaf Mahkemesi, *Askeri Cunta davası* (ibid., par. 299).

38 Örn. bkz., şu devletlerin beyanları: Avustralya (ibid., par. 300), Ruanda (ibid., par. 311), Uruguay (ibid., par. 314) ve Yugoslavya (ibid., par. 315), Honduras'ın uygulaması (ibid., par. 304) şu devletlerin rapor edilen uygulamaları: Ürdün (ibid., par. 307), Malezya (ibid., par. 308) ve Filipinler (ibid., par. 309).

39 Örn. bkz., Güney Afrika (ibid., par. 312) ve Yugoslavya'nın (ibid., par. 315) beyanları; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Burundi'de İnsan Haklarının Durumu Hakkında Özel Raporör, Rapor (ibid., par. 320); El Salvador'daki Birleşmiş Milletler Gözlem Misyonu (ONUSAL), İnsan Hakları Dairesi Müdürünün Raporu (ibid., par. 322).

40 Örn. bkz., Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Muhtıra (ibid., par. 329 ve 397), basın duyuruları n° 1658 ve 1659 (ibid., par. 330), Basın duyurusu, Tacikistan: Uluslararası Kızılhaç Komitesi insancıl kurallara saygı gösterilmesi için ısrar ediyor (ibid., par. 331), Basın duyurusu n° 1700 (ibid., par. 332 ve 398), Basın duyurusu n° 93/17 (ibid., par. 333), Basın duyurusu n° 1764 (ibid., par. 334), Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Gösterilmesi Hakkında Muhtıra (ibid., par. 336 et 399), Türkuaz Operasyonuna Katılan Güçler tarafından Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Muhtıra (ibid., par. 337 ve 400), Basın duyurusu n° 1793 (ibid., par. 338), Basın duyurusu n° 1797 (ibid., par. 339) ve Basın duyurusu 00/42 (ibid., par. 340).

vermek de dâhil olmak üzere, gücü dâhilindeki her şeyi yapmalıdır. Uygulama, Uluslararası Kızılhaç Komitesi dâhil olmak üzere insancıl örgütlerin, yaralı, hasta ve deniz kazazedelerine koruma ve bakım sağladıklarını göstermektedir. Uygulamada, insancıl örgütlerin bu tür faaliyet yürütmek için ilgili bölgede otoritesini icra eden tarafın iznini almaları gerektiği açıktır, fakat bu izin talebi keyfi gerekçelerle reddedilmemelidir.(ayrıca bkz. Kural 55'in yorumu)

Dahası, sivil halkı, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerinin tedavisine katkıda bulunmaya çağırma imkânı uygulamada tanınmaktadır. Sivil halkın sağladığı yardım, 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde I. Cenevre Sözleşmesi'nde ve Ek I. II.Protokoller'de tanınmaktadır⁴¹. Bu imkân, belli sayıda sahra talimnamelerinde de tanınmaktadır⁴².

Tıbbi ölçütlerin gözetilmesi dışında, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedeleri arasında hiçbir ayırım gözetilmemesini gerektiren kural, uluslararası insancıl hukukta çoğu zaman her türlü « olumsuz nitelikte ayırım » yasağı biçiminde ifade edilmektedir. (ayrıca bkz. Kural 88). Bu ise, olumlu amaçlarla, özellikle durumu acil tıbbi dikkat gerektiren kişiler önce tedavi ederek bir ayırım yapılabileceği anlamına gelmektedir; böyle bir ayırım, bu kişilerle daha sonra tedavi edilecek kişiler arasında bir ayırımcılık oluşturmayacaktır. Bu ilke, çok sayıda sahra talimnamelerinde de ifade edilmiştir⁴³. Sıhhi personelden, tıbbi gerekçeler dışında kimseye öncelik tanınmasının talep edilemeyeceğini öngören Ek I. ve II.Protokoller'de tanımlandığı biçimiyle (ayrıca bkz. Kural 26) tıbbi deontolojiye saygı gereği de bu ilkeyi desteklemektedir⁴⁴.

41 1864 Cenevre Sözleşmesi, madde 5; I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18 (ibid., par. 195); Ek I.Protokol (1977), madde 17, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 200); Ek I.Protokol (1977), madde 18, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 203).

42 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 240), Arjantin (ibid., par. 214), Kamerun (ibid., par. 224), Kanada (ibid., par. 225-226), Hırvatistan (ibid., par. 232), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 278-279), Kenya (ibid., par. 247), Yeni Zelanda (ibid., par. 255), Birleşik Krallık (ibid., par. 276-277), Rusya (ibid., par. 266), İsveç (ibid., par. 272), İsviçre (ibid., par. 273).

43 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Almanya (ibid., par. 365), Arjantin (ibid., par. 354-355), Avustralya (ibid., par. 356-357), Belçika (ibid., par. 358), Kanada (ibid., par. 360-361), Kolombiya (ibid., par. 362), Ekvator (ibid., par. 363), İspanya (ibid., par. 378), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 382 ilâ 384), Fransa (ibid., par. 364), Macaristan (ibid., par. 366), Nijerya (ibid., par. 372-373), Yeni Zelanda (ibid., par. 371), des Hollanda (ibid., par. 369-370), Birleşik Krallık (ibid., par. 381), Senegal (ibid., par. 377), İsviçre (ibid., par. 379) ve Yugoslavya (ibid., par. 385).

44 Ek I.Protokol (1977), madde 15, par. 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 347); Ek I.Protokol (1977), madde 9, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 349).

Kural 111. – Çatışmanın her bir tarafı, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini fena muamelelere ve kişisel mallarının yağmalanmasına karşı korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alacaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 34, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural uyarınca yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin korunması gereken eylemler, yani yağma ve fena muameleler, 52. ve 87 kural tarafından yasaklanmıştır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini fena muamelelere ve kişisel mallarının yağmalanmasına karşı korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü, ilk defa, 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde ve 1907 tarihli (X). Lahey (X) Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir⁴⁵. Bu yüküm, artık 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde yer almaktadır⁴⁶.

Kayda değer sayıdaki askeri el kitabı yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini fena muamelelere ve kişisel mallarının yağmalanmasına karşı korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümünü zikretmektedirler⁴⁷. Çok sayıda el kitabı, bazen «çapulculuk» terimiyle ifade edilen, yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin şahsi eşyalarını yağmalamayı özellikle yasaklamakta ya da Bu eylemin savaş suçu olduğunu belirtmektedirler⁴⁸. Yağmanın tanımı için bkz. Kural 52'nin yorumu.

45 Cenevre Sözleşmesi de 1906, madde 28 (ibid., par. 403); 1907 tarihli (X). Lahey (X) Sözleşmesi, madde 16 (ibid., par. 404).

46 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 15, bent 1 (ibid., par. 405); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 1 (ibid., par. 406); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, bent 2 (ibid., par. 407).

47 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 424), Arjantin (ibid., par. 415), Avustralya (ibid., par. 416), Kanada (ibid., par. 419-420), Kolombiya (ibid., par. 421), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 440-441), Endonezya (ibid., par. 427), Yeni Zelanda (ibid., par. 432), Nijerya (ibid., par. 433) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 438-439).

48 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Burkina Faso (ibid., par. 417), Kamerun (ibid., par. 418), Kanada (ibid., par. 420), Kongo (ibid., par. 422), Amerika Birleşik Devletleri («fena muamele yapmak») (ibid., par. 442), Fransa (ibid., par. 423), İsrail (ibid., par. 425), İtalya (ibid., par. 426), Lübnan (ibid., par. 428), Mali (ibid., par. 429), Fas (ibid., par. 430), Filipinler («fena muamele yapmak») (ibid., par. 434), Romanya (ibid., par. 435), Birleşik Krallık (ibid., par. 438) Senegal (ibid., par. 436) ve İsviçre (ibid., par. 437).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerini fena muamelelere ve kişisel mallarının yağmalanmasına karşı korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü Ek I.Protokol'de ifade edilmiştir⁴⁹. Bu yüküm, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan belli sayıda başka belgede de yer almaktadır⁵⁰.

Uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda askeri el kitabı yaralıları, hastalara ve deniz kazazedelerine yönelik fena muamele ve yağma eylemelerini yasaklamakta ya da bu kişileri fena muamelelere ve kişisel mallarının yağmalanmasına karşı korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü getirmektedirler⁵¹. 1991 yılında Yugoslav Halk Ordusu Genel Kurmay Başkanı, adamlarına, yaralıları ve hastalara yönelik fena muamele ve yağma eylemlerini engellemelerini emretmiştir⁵².

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalar bakımından aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Sivillerin yaralıları, hastalara ve deniz kazazedelerine saygı göstermesi

Uygulama, sivillerin yaralıları, hastalara ve deniz kazazedelerine saygı gösterme ödevi bulunduğuna işaret etmektedir. Uluslararası silahlı çatışmalar bakımından, bu ilke I. Cenevre Sözleşmesi'nin 18. maddesinde ve Ek Protokol'ün 17. maddesinde ifadesini bulmaktadır⁵³. Bu ödev, belli sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır⁵⁴. Özellikle İsveç'in uluslararası insancıl hukuk el kitabı, I. Ek Protokol'ün 17. maddesinin uluslararası teamül hukukunun kodifikasyonu olduğuna işaret etmektedir⁵⁵. Ek Protokoller'in Yorumu, Ek I.Protokol'ün 17. maddesi konusunda şu hususlara dikkat çekmektedir:

Burada sivil halka getirilen ödev, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerine sadece "saygı göstermek" olup "korumak" değildir. Bu, her şeyden önce, yaralı kişiye

49 Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 409).

50 Örn. bkz., Hırvatistan ile Federal Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Mutabakat Protokolü (1991), par. 1 (ibid., par. 412); Bosna-Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (1992), par. 2.1 (ibid., par. 413).

51 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 424), Avustralya (ibid., par. 416), Kanada (ibid., par. 419-420), Kolombiya (ibid., par. 421), İtalya (ibid., par. 426), Lübnan (ibid., par. 428), Yeni Zelanda (ibid., par. 432), Hollanda (ibid., par. 431) ve Filipinler («fena muamele yapmak») (ibid., par. 434).

52 Yugoslavya, Yugoslav Halk Ordusu Genel Kurmay Başkanı'nın No. 579 No.'lu emir (ibid., par. 519).

53 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 2 (ibid., par. 524); Ek I.Protokol (1977), madde 17, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 525).

54 Örn. Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 529), Arjantin (ibid., par. 527), Avustralya (ibid., par. 528), İspanya (ibid., par. 530), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 534-535), Birleşik Krallık (ibid., par. 533) ve İsviçre (ibid., par. 532).

55 İsveç, Uluslararası İnsancıl Hukuk El Kitabı, (ibid., par. 531).

yönelik hiçbir şiddet eylemi gerçekleştirilmemeye, onun durumundan yararlanmama ya dayalı bir kaçınma yükümlüdür. Burada, yaralının yardımına yetişme yönünde olumlu bir yüküm yoktur; bununla beraber böyle bir yüküm getirme imkânı ulusal mevzuatlar bakımından saklı tutulmuştur ki bunların bazıları, gerçekten de, tehlike altındaki kişilere yardım etme yükümünü, cezai yaptırıma bağlayarak öngörmektedirler⁵⁶.

Sivillerin, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedelerine saygı gösterme yükümü uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanır, zira aksi yönde bir davranış, muharebe dışı kalmış bütün kişilere bahşedilen temel güvenceleri ihlal etmiş olacaktır. (bkz. Alt-Bölüm XXXII (32)). Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada, muharebe dışı kalmış bir kişiyi öldüren ya da yaralayan her kişi, savaş suçu işlemiş olur⁵⁷.

56 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 701.

57 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü (1998), madde 8, par. 2, bent a) i) ve madde 8, par. 2, bent c) i) (Nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 32, par. 675-676) ve madde 8, par. 2, bent b) vi) (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm. 15, par. 217).

ÖLÜLER

Kural 112. – Koşulların izin verdiği her zaman ve özellikle bir çarpışmadan sonra, çatışmanın her bir tarafı zaman geçirmeden ve olumsuz nitelikte ayırım gözetmeksizin, ölüleri aramak, toplamak ve tahliye etmek için mümkün olan bütün tedbirleri almalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 35, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalarda ölüleri arama ödevi ilk defa, 1929 tarihli Savaş Halindeki Ordularda Yaralıların ve Hastaları Durumunun İyileştirilmesine İçin Cenevre Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir¹. Bu yüküm, artık 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde kodifiye edilmiş bulunmaktadır²

Kayda değer sayıda askeri el kitabı, ölüleri arama ve toplama ödevine yer vermektedirler³. 2002 tarihli Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi davasında, İsrail Yüksek Mahkemesi, cesetlerinin yerinin tespit edilmesinin «en yüksek önemi haiz bir insancıl işlem» olduğunu beyan etmiştir⁴.

1 1929 Cenevre Sözleşmesi, madde 3 (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 35, par. 1).

2 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 15, bent 1 (ibid., par. 2); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 1 (ibid., par. 3); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, bent 2 (ibid., par. 5).

3 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 20), Arjantin (ibid., par. 11), Avustralya (ibid., par. 12), Belçika (ibid., par. 13), Benin (ibid., par. 14), Kamerun (ibid., par. 15), Kanada (ibid., par. 16-17), Hırvatistan (ibid., par. 18), İspanya (ibid., par. 31), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 36 ilâ 39), Fransa (ibid., par. 19), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Madagaskar (ibid., par. 24), Nijerya (ibid., par. 28-29), Yeni Zelanda (ibid., par. 27), Hollanda (ibid., par. 26), Filipinler (ibid., par. 30), Birleşik Krallık (ibid., par. 34-35), İsviçre (ibid., par. 32) ve Togo (ibid., par. 33).

4 İsrail Yüksek Mahkemesi, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davası (ibid., par. 46).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında, ölüleri arama yükümü Ek I.Protokol'de ifade edilmiştir⁵. Bu kural, ayrıca Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde yer almaktadır⁶.

Uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda askeri el kitabı ölüleri arama ve toplama ödevini ifade etmektedirler⁷.

Bu kurala saygı gösterilmesi, vefat eden kişilerin kalıntılarının geri gönderilmesini, ölülerin saygıyla defnedilmesini ve teşhis edilmesini gerektiren işbu alt-bölümün izleyen kurallarının saygı görmesinin olmazsa olmaz şartını oluşturmaktadır. Dahası, yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin aranması ve toplanmasına ilişkin uygulama, (bkz. Kural 109'a ilişkin uygulama) önemli bir oranda, bu kural için de anlamlıdır; gerçekten de çarpışmaları izleyen ilk safhada ölümler, yaralılar ve hastalarla aynı zamanda aranacak ve toplanacaktır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Deniz Kuvvetleri el kitabının şerhli eki, yaralı, hasta ve deniz kazazedelerini arama ve toplama yükümünün « ölümlere de şamil olduğunu» tanımaktadır⁸.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Ölüleri arama ve toplama yükümü, imkânlara bağlı bir yükümdür. Çatışmanın her bir tarafı, ölüleri aramak ve toplamak için *mümkün olan bütün tedbirleri* almalıdır. Bu yüküm, insancıl örgütlerin ölüleri aramasına ve toplamasına izin vermeyi de içerir. Uygulama, Uluslararası Kızılhaç Komitesi dâhil olmak üzere insancıl örgütlerin ölüleri aradığını ve topladığını göstermektedir⁹. Uygulamada, bu örgütlerin ölüleri aramak ve toplamak için ilgili bölgede otoritesini icra eden tarafın iznini almaları gerektiği açıktır, fakat bu izin talebi keyfi gerekçelerle reddedilmemelidir.(ayrıca bkz. Kural 55'in yorumu)

Dahası, sivil halkı ölüleri arama ve toplama faaliyetlerine katılmaya davet etme imkânı Ek I.Protokol tarafından da tanınmaktadır¹⁰. Bu imkân, belli sayıda sahra talimnamelerinde de tanınmaktadır¹¹.

5 Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 8).

6 Örn. bkz., Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 4, par. 9 (ibid., par. 10).

7 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 20), Arjantin (ibid., par. 11), Avustralya (ibid., par. 12), Benin (ibid., par. 14), Kamerun (ibid., par. 15), Kanada (ibid., par. 16-17), Hırvatistan (ibid., par. 18), İspanya (ibid., par. 31), Hindistan (ibid., par. 21), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Madagaskar (ibid., par. 24), Nijerya (ibid., par. 28), Yeni Zelanda (ibid., par. 27), Hollanda (ibid., par. 25), Filipinler (ibid., par. 30) ve Togo (ibid., par. 33).

8 Amerika Birleşik Devletleri, *Deniz Kuvvetleri El Kitabının Şerhli Eki* (ibid., par. 39) [bizim çevirmiz.].

9 Örn. bkz., Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından rapor edilen uygulaması (ibid., par. 51).

10 Ek I.Protokol (1977), madde 17, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 6).

Kural 109'un yorumunda da işaret edildiği üzere Cenevre Sözleşmeleri, koşulların elverdiğinde, savaş meydanında bırakılan yaralıların kaldırılması, değiş tokuş edilmesi ve nakliyesine imkân vermek için tarafların ateşkes ilan etmelerini gerektirmektedir, fakat bu hüküm ölüleri sarahaten zikretmemektedir. Bununla beraber uygulamada, ölümler sıklıkla aynı zamanda toplanmaktadır. Ancak, aşırı aciliyet halinde, derhal tedavi edilmek üzere sadece yaralıların toplanması ve ölümlerin, daha sonra toplanmak üzere yerlerinde bırakılmaları söz konusu olabilir. İşte bu sebeple, Ek I.Protokol, ekiplerin savaş alanlarındaki ölümleri aramalarına ve kaldırmalarına imkân veren hükümler üzerinde mutabakat varmaya gayret etmelerini gerektiren kuralı eklemiştir¹². Bu kural, birden çok sahra talimnamelerinde da yer almaktadır¹³. Amerika Birleşik Devletleri Ek I.Protokol'deki bu hükme desteğini ifade etmiştir¹⁴.

Uygulama alanı

Bu kural, olumsuz nitelikte ayırım gözetilmeksizin bütün ölümlere uygulanır. (bkz. Kural 88). Dolayısıyla, hem ölümlerin hangi tarafa ait olduklarına hem de muhasamata katılıp katılmadıklarına bakılmaksızın uygulanır. Bu kural, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin, çatışma halindeki ülkenin halkının bütününe uygulanan 16. maddesi ve hiçbir ayırma yer vermeyen Protokol II'nin 8. maddesi uyarınca zaten sivilere uygulanmaktaydı¹⁵.

Askeri el kitaplarının çoğu bu kuralı genel terimlerle ifade etmektedirler¹⁶. Kamerun ve Kenya'nın askeri el kitapları, sivil halk arasında can kaybı olması hallerinde, mağdurların aranmasına sivil savunma birimlerinin katılacağını belirtmektedirler¹⁷. İsrail Yüksek Mahkemesi, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davasında verdiği kararda, ölümleri arama ve toplama yükümünün «bütün ölümlere gösterilmesi gereken saygı»dan kaynaklandığını beyan etmiştir¹⁸.

11 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Benin (ibid., par. 14), Kamerun (ibid., par. 15), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 36), Kenya (ibid., par. 23), Nijerya (ibid., par. 28), Togo (ibid., par. 33) ve Yugoslavya (ibid., par. 40).

12 Ek I.Protokol (1977), madde 33, par. 4 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 7).

13 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 12), Kanada (ibid., par. 16), Hindistan (ibid., par. 21), Kenya (ibid., par. 23) ve Yeni Zelanda (ibid., par. 27).

14 Amerika Birleşik Devletleri, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State (ibid., par. 49).

15 IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16 (ibid., par. 5); Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 8); ayrımcılık yasağı hakkında ayrıca Bkz. Ek I.Protokol (1977), madde 2, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 32, par. 369).

16 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 35, par. 20), Arjantin (ibid., par. 11), Avustralya (ibid., par. 12), Belçika (ibid., par. 13), Benin (ibid., par. 14), Kamerun (ibid., par. 15), Kanada (ibid., par. 16-17), Hırvatistan (ibid., par. 18), İspanya (ibid., par. 31), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 36 ilâ 39), Fransa (ibid., par. 19), Hindistan (ibid., par. 21), İtalya (ibid., par. 22), Kenya (ibid., par. 23), Madagaskar (ibid., par. 24), Nijerya (ibid., par. 28-29), Yeni Zelanda (ibid., par. 27), Hollanda (ibid., par. 25-26), Filipinler (ibid., par. 30), Birleşik Krallık (ibid., par. 34-35), İsviçre (ibid., par. 32) ve Togo (ibid., par. 33).

17 Kamerun, Silahlı kuvvetlerde yürürlükteki eğitim el kitabı (*Instructors' Manual*) (ibid., par. 15); Kenya, *SÇH Manual* (ibid., par. 23).

18 İsrail Yüksek Mahkemesi, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davası, (ibid., par. 46).

Kural 113. – Çatışmanın her bir tarafı, ölümlerin soyulmaması için gereken bütün tedbirleri alacaktır. Cesetlerin sakatlanması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 35, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ölümlerin soyulmaması için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü ilk defa 1907 tarihli (X). Lahey Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir¹⁹. Artık Cenevre Sözleşmeleri'nde kodifiye edilmiş bulunmakta²⁰ ve ayrıca Ek I.Protokol'de yer almaktadır²¹; ancak Ek Protokol'de daha geniş terimler kullanılmış, yani vefat eden kişilerin kalıntılarının « saygı görmesi » gerektiği belirtilmiştir ki bu ifade kalıntıların yağmalanmasının engellenmesini de kapsar²².

Ölümlerin soyulmaması için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü ya da cesetlerin soyulması yasağı kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır²³. Cesetlerin yağmalanması, çok sayıda devletin mevzuatında suç sayılmaktadır²⁴. 1947 tarihli *Pohl* davasında Nuremberg'deki Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, ölümleri soymanın «bugün ve geçmişte daima bir suç olduğunu» beyan etmiştir²⁵. Diğer yandan, cesetlerin soyulması yasağı, genel yağma yasağının özel bir uygulamasıdır. (bkz. kural 52).

19 (X). Lahey Sözleşmesi (X) (1907), madde 16 (ibid., par. 125).

20 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 15, bent 1 (ibid., par. 126); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 18, bent 1 (ibid., par. 127); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, al. 2 (ibid., par. 128).

21 Ek I.Protokol (1977), madde 34, par. 1 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 59).

22 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986, par. 446.

23 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 144), Arjantin (ibid., par. 134), Avustralya (ibid., par. 135), Belçika (ibid., par. 136), Benin (ibid., par. 137), Burkina Faso (ibid., par. 138), Kamerun (ibid., par. 139), Kanada (ibid., par. 140-141), Kongo (ibid., par. 142), İspanya (ibid., par. 155), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 160 -164), Fransa (ibid., par. 143), Kenya (ibid., par. 145), Lübnan (ibid., par. 146), Madagaskar (ibid., par. 147), Mali (ibid., par. 148), Fas (ibid., par. 149), Nijerya (ibid., par. 152), Yeni Zelanda (ibid., par. 151), Hollanda (ibid., par. 150), Romanya (ibid., par. 153), Birleşik Krallık (ibid., par. 158-159), Senegal (ibid., par. 154), İsviçre (ibid., par. 156) ve Togo (ibid., par. 157).

24 Örn. bkz., mevzuat (ibid., par. 165 -234).

25 Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Pohl* davası(ibid., par. 235).

Uluslararası silahlı çatışmalarda cesetleri sakatlama yasağı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü uyarınca « kişi onuruna yönelik saldırılar » şeklinde nitelenen savaş suçunun kapsamına girmektedir; ki suç unsurları uyarınca bu suç ölümlere de uygulanmaktadır. (bkz. Kural 90'ın yorumu)²⁶.

Çok sayıda askeri el kitabı, ölümlerin sakatlamalara ya da başka türlü fena muamelelere konu edilmesini yasaklamaktadırlar²⁷. Cesetlerin sakatlanması, pek çok devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır²⁸. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşen birden çok davada sanıklar, ceset sakatlama ve yamyamlık eylemlerinden dolayı mahkûm olmuşlardır²⁹. Ceset sakatlama yasağı, ayrıca, resmi beyanlar ve başka türlü uygulamalar tarafından da desteklenmektedir³⁰.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ölümlerin soyulmalarına engel olmak için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü Ek I.Protokol'de ifade edilmiştir³¹. Bu yüküm ayrıca, Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır³².

Ölümlerin soyulmaması için mümkün olan bütün tedbirleri alma yükümü ya da cesetlerin yağmalanması yasağı uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır³³. Bu eylemler

26 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Suç Unsurları (2000), İnsan onuruna yönelik saldırıların savaş suçu olarak tanımı (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. b) xxi)'e ilişkin 49 sayfadaki dipnot).

27 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Avustralya (ibid., par. 67), Bosna-Hersek (ibid., par. 68), Kanada (ibid., par. 69-70), Ekvator (ibid., par. 71), İspanya (ibid., par. 81), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 85 ilâ 87), İsrail (ibid., par. 72), Nijerya (ibid., par. 78), Yeni Zelanda (ibid., par. 77), Hollanda (ibid., par. 75-76), Filipinler (ibid., par. 79), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 73-74), Birleşik Krallık (ibid., par. 83-84) İsviçre (ibid., par. 82).

28 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 88-89), Bangladeş (ibid., par. 90), Kanada (ibid., par. 91), Kongo (ibid., par. 92), İspanya (ibid., par. 101), Etiyopya (ibid., par. 93), İrlanda (ibid., par. 94), İtalya (ibid., par. 95-96), Litvanya (ibid., par. 97), Norveç (ibid., par. 100), Yeni Zelanda (ibid., par. 99), Hollanda (ibid., par. 98), Birleşik Krallık (ibid., par. 104), İsviçre (ibid., par. 102) ve Venezuela (ibid., par. 105); ayrıca Bkz. Trinidad ve Tobago'nun mevzuat tasarısı (ibid., par. 103).

29 Avustralya, Wewak Askeri Mahkemesi, *Takehiko* davası (ibid., par. 106); Avustralya, Rabaul Askeri Mahkemesi, *Tisato* davası (ibid., par. 107); Amerika Birleşik Devletleri, Yokohama Askeri Komisyonu, *Kikuchi ve Mahuchi* davası (ibid., par. 109); Amerika Birleşik Devletleri, Marianna Adaları Askeri Mahkemesi, *Yochio ve diğerleri* davası (ibid., par. 110); Amerika Birleşik Devletleri, Dachau Genel Askeri Mahkemesi, *Schmid* davası (ibid., par. 111).

30 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri'nin beyanı (ibid., par. 115) ve Azerbaycan'ın uygulaması (ibid., par. 112).

31 Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 130).

32 Örn. bkz., Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 4, par. 9 (ibid., par. 133).

33 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 144), Avustralya (ibid., par. 135), Benin (ibid., par. 137), Kanada (ibid., par. 140-141), İspanya (ibid., par. 155) Kenya (ibid., par. 145), Lübnan (ibid., par. 146), Madagaskar (ibid., par. 147) ve Togo (ibid., par. 157).

aynı zamanda pek çok devletin mevzuatında suç oluşturmaktadır³⁴. Diğer yandan, cesetlerin soyulması yasağı, genel yağma yasağını bir uygulamasıdır. (bkz. kural 52).

Kolombiya Danıştay'ı huzurunda savcı, ölülere saygı gösterme yükümünün Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinde mündemiç olduğunu belirtmiştir³⁵. Sakatlama yasağı Ek I.Protokol'de yer almaktadır³⁶. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda cesetleri sakatlama yasağı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü uyarınca «kişi onuruna yönelik saldırılar» şeklinde nitelendirilen savaş suçunun kapsamına girmektedir; ki suç unsurları uyarınca bu suç ölülere de uygulanmaktadır. (bkz. Kural 90'ın yorumu)³⁷. Bu yasak ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır³⁸.

Uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda askeri el kitabı Ölülerin sakatlamalara ya da başka fena muamelelere konu edilmesini yasaklamaktadırlar³⁹. Pek çok devletin mevzuatında, cesetleri sakatlamak ya da onlara başka fena muameleler yapmak suç sayılmaktadır⁴⁰.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

34 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Ermenistan (ibid., par. 168), Azerbaycan (ibid., par. 170), Bosna-Hersek (ibid., par. 172), Kanada (ibid., par. 176), Kolombiya (ibid., par. 179), Hırvatistan (ibid., par. 181), İspanya (ibid., par. 218-219), Etiyopya (ibid., par. 188), Gambiya (ibid., par. 190), Gürcistan (ibid., par. 191), Gana (ibid., par. 192), Gine (ibid., par. 193), İrlanda (ibid., par. 197), Kazakistan (ibid., par. 199), Kenya (ibid., par. 200), Letonya (ibid., par. 202), Moldavya (ibid., par. 207), Nikaragua (ibid., par. 211), Nijerya (ibid., par. 212), Norveç (ibid., par. 213), Yeni Zelanda (ibid., par. 209), Uganda (ibid., par. 224), Singapur (ibid., par. 215), Slovenya (ibid., par. 217), İsviçre (ibid., par. 220), Tacikistan (ibid., par. 221), Trinidad ve Tobago (ibid., par. 223), Ukrayna (ibid., par. 225), Venezuela (ibid., par. 229), Yemen (ibid., par. 231), Yugoslavya (ibid., par. 232), Zambiya (ibid., par. 233) ve Zimbabve (ibid., par. 234); Ayrıca Bkz. şu devletlerin uluslararası olmayan çatışmalarda askıya alınmayan mevzuatları: Bulgaristan (ibid., par. 174), Burkina Faso (ibid., par. 175), Macaristan (ibid., par. 194), İtalya (ibid., par. 198), Nikaragua (ibid., par. 210), Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 201), Çek Cumhuriyeti (ibid., par. 183), Romanya (ibid., par. 214), Slovakya (ibid., par. 216), Togo (ibid., par. 222) ve Uruguay (ibid., par. 228), ve Bkz. Arjantin'in mevzuat tasarısı (ibid., par. 167).

35 Kolombiya, Devlet Şurası, dava n° 9276, Savcının beyanı (ibid., par. 113).

36 Ek I.Protokol (1977), madde 4, par. 2, al. a) (konsensüsle benimsenmiştir) (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 32, par. 1418).

37 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Suç Unsurları (2000), İnsan onuruna yönelik saldırıların savaş suçu olarak tanımı (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, madde 8, par. 2, al. c) ii)'ye ilişkin 57. sayfadaki dipnot (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm. 35, par. 65).

38 İslam'da İnsan Hakları Hakkında Kahire Bildirgesi (1990), madde 3, par. a) (ibid., par. 63); Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 3(4) (ibid., par. 64); ATNUTO, (Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi) Tüzük No. 2000/15 (2000), par. 6.1, bent (c) (ii) (ibid., par. 66).

39 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Güney Afrika (ibid., par. 80), Avustralya (ibid., par. 67), Bosna-Hersek (ibid., par. 68), Kanada (ibid., par. 70), Ekvator (ibid., par. 71), İspanya (ibid., par. 81), Yeni Zelanda (ibid., par. 77), Filipinler (ibid., par. 79) ve Kore Cumhuriyeti (ibid., par. 73).

40 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Avustralya (ibid., par. 89), Kanada (ibid., par. 91), Kongo (ibid., par. 92), Etiyopya (ibid., par. 93), İrlanda (ibid., par. 94), Norveç (ibid., par. 100), Yeni Zelanda (ibid., par. 99), Birleşik Krallık (ibid., par. 104), İsviçre (ibid., par. 102) ve Venezuela (ibid., par. 105); ayrıca Bkz. İtalya'nın uluslararası olmayan çatışma halinde askıya alınmayan mevzuatı (ibid., par. 95-96), ve Trinidad ve Tobago'nun mevzuat tasarısı (ibid., par. 103).

Kural 114. – Çatışmanın tarafları, vefat eden kişilerin mensup oldukları tarafın ya da ailelerinin talebi üzerine, bu kişilerin kalıntılarının geriye gönderilmesini kolaylaştırmaya gayret etmelidirler. Taraflar, vefat eden kişilerin kişisel eşyalarını geri göndermelidirler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 35, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında, tarafların, vefat eden kişilerin ailelerinin bu yönde talepte bulunması halinde bu kişilerin kalıntılarının ailelerine gönderilmesini kolaylaştırma yükümünü tanıma yönünde giderek artan bir eğilim gözlemlenmektedir. Bu yükümün, aile hayatına saygı gerekliliğiyle (bkz. Kural 105) de uyumlu olması, kuralın uluslararası çatışmalar gibi uluslararası olmayan çatışmalarda da uygulanması gerektiği izlenimini vermektedir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Vefat eden kişilerin kalıntılarının geri gönderilmesine ilişkin kural Cenevre Sözleşmeleri'ne dayanmaktadır⁴¹. Bununla beraber, Sözleşmelerin ilgili hükümleri oldukça genel niteliktedir ve kalıntıların geri gönderilmesi için taraflar arasında bir anlaşmanın akdedilmesini gerektirmektedir. Ek I.Protokol de böyle bir anlaşmanın zorunluluğunu tanımakta, fakat anlaşmanın yokluğu halinde izlenecek usulü tanımlamaktadır⁴². Bu tür anlaşmalardan bazıları teşhis edilmiştir⁴³. 1975 ve 1976 yıllarında Mısır ile İsrail arasında ölü kalıntılarının değiş tokuş edilmesi ya da II. Dünya Savaşı sırasında Iriyan Jaya'da ölen 3500 Japon askerinin küllerinin geri gönderilerek 1991 yılında Cakarta'da Japon Büyükelçisi'ne teslim edilmesi gibi başka uygulama örnekleri de vardır⁴⁴.

41 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17, bent 3 (ibid., par. 244); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120, bent. 6 (ibid., par. 245); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130, bent 2 (ibid., par. 246).

42 Ek I.Protokol (1977), madde 34, par. 2 et 3 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 249).

43 Panmunjom Mütareke Anlaşması (1953), madde II, par. 13, bent (f) (ibid., par. 247); Vietnam'da Savaşın Sona Erdirilmesi ve Barışın Yeniden Kurulmasına İlişkin Anlaşma (1973), madde 8(b) (ibid., par. 248); Savaş Ölülerine İlişkin Finlandiya-Rusya Andlaşması (1992) (ibid., par. 250); Savaş Ölülerine İlişkin Estonya-Finlandiya Andlaşması (1997) (ibid., par. 251).

44 Bkz. Mısır (ibid., par. 271), Endonezya (ibid., par. 275) ve İsrail'in (ibid., par. 271) rapor edilen uygulaması.

Vefat eden kişilerin kalıntılarının geri gönderilmesini kolaylaştırma yükümü belli sayıda sahra talimnamelerinde yer almaktadır⁴⁵ ki bunların arasında I. Ek Protokol'e taraf olmayan Amerika Birleşik Devletleri'ninkiler de bulunmaktadır⁴⁶. Bu yüküm, Ek I.Protokol'e taraf olmayan Azerbaycan'ın mevzuatında da yer almaktadır⁴⁷. İsrail Yüksek Mahkemesi'nin hüküm verdiği 2000 tarihli *Abu-Rijwa* davasında, aileler yakınlarının kalıntılarının vatanlarına iadesini talep edince İsrail savunma kuvvetleri, teşhis amacıyla DNA testleri gerçekleştirmişlerdir. İsrail'in uygulamasına ilişkin rapora göre bu usul, insan kalıntılarının düzgün biçimde teşhis edilmeleri halinde geri gönderilecekleri anlamına gelmektedir⁴⁸. Amerika Birleşik Devletleri, talep halinde kalıntıların geri gönderilmesini kolaylaştıran I. Protokol kurallarının lehinde olduğunu beyan etmiştir⁴⁹.

Vefat eden kişilerin kişisel eşyalarını geri gönderme yükümü ilk defa, 1929 tarihli Sefer Halindeki Ordularda Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir⁵⁰. Artık 1949 Cenevre Sözleşmelerinde hükme bağlanmış bulunmaktadır⁵¹. Bu hükümler, vefat eden kişilerin kişisel eşyalarını istihbarat büroları aracılığıyla geri göndermek hususunda tarafları taahhüt altına sokmaktadır. Ek I.Protokol, bu geri gönderme işlemlerini kolaylaştırmak için tarafları anlaşmalar yapmaya teşvik etmektedir⁵².

Birden çok askeri el kitabı, vefat eden kişilerin kişisel eşyalarını toplama ve geri gönderme yükümünü içermektedirler⁵³. Bu yüküm, bazı devletlerin mevzuatında da yer almaktadır⁵⁴. Ele alınan uygulama, söz konusu nesnelere vasiyetnameler, müteveffaların aileleri için önem taşıyan başka belgeler, para meblağlarından oluştuğunu ve bunların hepsinin kendi özünden kaynaklanan ya da duygusal bir değeri olduğunu göstermektedir. Askeri harekâtlarda kullanılabilir olan silahlar ve diğer mallar ise savaş ganimeti sıfatıyla muhafaza edilebilir. (bkz. Kural 49).

45 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 254), Avustralya (ibid., par. 255), Hırvatistan (ibid., par. 256), İspanya (ibid., par. 260), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 263-264), Fransa (ibid., par. 257), Macaristan (ibid., par. 258), Hollanda (ibid., par. 259), Birleşik Krallık (ibid., par. 262), İsviçre (ibid., par. 261).

46 Amerika Birleşik Devletleri, Sahra El Kitabı (ibid., par. 263) ve Deniz Kuvvetleri El Kitabı'na Şerhli Ek (ibid., par. 264).

47 Azerbaycan, Sivillerin Korunmasına ve Savaş Esirlerinin Haklarına İlişkin Kanun (ibid., par. 265).

48 İsrail'in uygulaması hakkında rapor, Yüksek Mahkeme Kararına gönderme *Abu-Rijwa* davası (ibid., par. 270).

49 Amerika Birleşik Devletleri, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State (ibid., par. 276).

50 Cenevre Sözleşmesi de 1929, madde 4, bent 3 (ibid., par. 290).

51 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16, bent 4 (ibid., par. 291); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 19, bent 3 (ibid., par. 291); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 122, bent 9 (ibid., par. 292); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 139 (ibid., par. 292).

52 Ek I.Protokol (1977), madde 34, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 293).

53 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 296), Hırvatistan (ibid., par. 299), İspanya (ibid., par. 311), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 314), Fransa (ibid., par. 302), Macaristan (ibid., par. 303), İsrail (ibid., par. 304), Nijerya (ibid., par. 309), Hollanda (ibid., par. 307 et 308) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 313).

54 Örn. bkz., Azerbaycan'ın mevzuatı (ibid., par. 315).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında, vefat eden kişilerin kalıntılarının ailelerine nakledilmesi için tedbirler alınmasını gerektiren hiçbir antlaşma hükmü yoktur. Bununla beraber, bu meseleyi ele alan az sayıda antlaşma tespit edilmiştir⁵⁵. Sri Lanka'daki Eelam Tamil Kurtuluş Kaplanları'na mensup 1000'den fazla ölmüş asker ve muharibin kalıntılarının 1998'de Kızılhaç Uluslararası Örgütü'nün (ICRC) himayesi altında değişik tokuşu gibi başka uygulama örnekleri de mevcuttur⁵⁶.

Ayrıca, 1985, yılında Cundinamarca'daki Kolombiya idare mahkemesi, ailelerin akrabalarının cesetlerini talep etmek ve onları istedikleri yere nakletmek ve defnetmek yönündeki meşru haklarının inkâr edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁷. Bu hakların, başka ülkelerin mevzuatında ya da içtihadında da tanınmış olması muhtemeldir. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya girişmiş bir hükümetin, insan kalıntılarını vatanlarına geri göndereceğine dair bir beyanı da mevcuttur⁵⁸. Ancak, aile mensuplarının, hükümet kuvvetleri tarafından öldürülen kişilerin kalıntılarını toplamalarına ordunun izin vermediği bir vaka da mevcuttur⁵⁹.

Bu uygulama, meselenin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da aynı ölçüde kaygı uyandırdığını göstermektedir; Bununla beraber, bu hususun bir hukuki yüküm hissinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorusu cevaba kavuşmamıştır. Uluslararası düzlemde benimsenen ve hiçbir olumsuz oyla karşılaşmaksızın çok geniş bir destek toplayan üç karar, silahlı çatışmaların taraflarını, vefat eden kişilerin kalıntılarının geri gönderilmesini kolaylaştırmaya davet etmiştir. 1973 yılında, XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, silahlı çatışmaların taraflarını « muhasamat sırasında ve sonrasında (...) cesetlerin topraktan çıkarılması ve vatanlarına gönderilmesini kolaylaştırmaya » davet ettiği bir kararı konsensüsle benimsemiştir⁶⁰. 1974 yılında benimsediği bir kararında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, niteliği ne olursa olsun silahlı çatışmaların taraflarından, « ailelerin talep etmesi halinde cesetlerin topraktan çıkarılmasını ve iade edilmesini kolaylaştırmak (...) için imkânları dâhilindeki bütün tedbirleri (...) almalarını » talep etmiştir⁶¹. Daha yakın zamanda, 1999 yılında XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nın benimsediği 2000-2003 Yılları İçin Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın bütün taraflarından «ölüleri

55 Kayıp Kişilerin ve Ölü Kalıntılarının İzini Sürmekle Görevli Müşterek Komisyon İçin Operasyon Planı (1991), Teklif 2.1 (ibid., par. 252); Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 3(4) (ibid., par. 253).

56 Bkz. Kızılhaç Uluslararası Komitesi CICR, 1998 Faaliyet Raporu (ibid., par. 287).

57 Kolombiya, Cundinamarca İdare Mahkemesi, dava n° 4010 (ibid., par. 269).

58 Bkz. beyan (ibid., par. 277).

59 Bkz. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Vaka 10.124 (Surinam) (ibid., par. 284).

60 XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar V (ibid., par. 282).

61 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 3220 (XXIX) (95 lehte, 0 aleyhte ve 32 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (ibid., par. 279).

teşhis etmek, yakınlarını bilgilendirmek ve onlara kalıntıları teslim etmek için (...) her şeyin harekete geçirilmesini » sağlamak üzere etkili tedbirler almalarını talep etmektedir⁶².

Dahası, yukarıda zikredilen uygulama, vefat eden kişilerin ailelerinin, yakınlarının cesetlerinin kendilerine iade edilmesini talep hakkını teyit etmektedir⁶³. Bu, aile hayatına gösterilmesi gereken saygının bir ifadesidir (bkz. Kural 105) ve ailelerin, yakınlarının akıbetini öğrenme hakkına uygundur (bkz. Kural 117).

Uluslararası olmayan çatışmalarda vefat eden kişilerin kişisel eşyalarını geri gönderme yükümü antlaşmaları hukukunda yer almamaktadır, fakat bu meselenin ulusal mevzuatlarda düzenlenmiş olması muhtemeldir.

Kural 115. – Ölüler saygılı bir biçimde defnedilmeli ve mezarlarına saygı gösterilmeli ve gerektiği gibi bakılmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 35, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Ölüleri saygılı bir biçimde defnetme yükümü ilk defa 1929 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde kodifiye edilmiştir⁶⁴. Bu yüküm bugün ise 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁶⁵.

62 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı Karar I (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 283).

63 Kolombiya, Cundinamarca İdari Mahkemesi, dava n° 4010 (ibid., par. 269); Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Karar 3220 (XXIX) (lehte 95, aleyhte 0 ve çekimser 32 oyla benimsenmiştir.) (ibid., par. 279); XXVII Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 283).

64 1929 Cenevre Sözleşmesi, madde 4, bent 5 (ibid., par. 328); Savaş Esirlerine İlişkin Cenevre Sözleşmesi (1929), madde 76, bent 3 (ibid., par. 329).

65 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17 (ibid., par. 330); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 20 (ibid., par. 330); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120 (ibid., par. 330); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 330).

Çok sayıda askeri el kitabı, ölülerin onurlu bir biçimde defnedilmesi gerektiğini belirtmektedirler⁶⁶. Bu yüküm devletlerin çoğunun, hatta tamamının mevzuatlarında yer almaktadır⁶⁷. İsrail Yüksek Mahkemesi'nin, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davasında verdiği 2002 tarihli kararda, bu yüküm teyit edilmiştir⁶⁸.

Yukarıda zikredilen ahdi hükümler, mezarlara saygı gösterilmesini ve gerektiği gibi bakılmasını da talep etmektedirler. Ek I.Protokol, mezarların sürekli olarak korunması ve bakım görmesi için tarafların anlaşmalar akdetmesi gerektiğini de eklemektedir⁶⁹. Mezarlara saygı gösterilmesi ve bakılması gerekliliği kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır⁷⁰.

Uluslararası olmayan çatışmalar

Uluslararası olmayan çatışmalarda ölüleri onuru bir biçimde defnetme yükümü Ek II.Protokol'de yer almaktadır⁷¹. Bu kural, ayrıca, uluslararası olmayan çatışmalarda da uygulanan başka belgelerde de yer almaktadır⁷².

Uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda askeri el kitabı, ölülerin onurlu bir biçimde defnedilmeleri gerektiğini belirtmektedirler⁷³. Devletlerin çoğunun, hatta tamamının mevzuatları, bu kurala saygı gösterilmesini talep etmektedir⁷⁴. Bu kuralın, ölülere ve mezarlarına saygı gösterilmesini gerektiren bir hukukun genel ilkesini yansıttığı söylenebilir.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Yargı Dışı, Sorgusuz-Sualsiz ya da Keyfi İnfazlar

66 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 333), Avustralya (ibid., par. 334), Belçika (ibid., par. 335), Kanada (ibid., par. 336-337), Hırvatistan (ibid., par. 338), İspanya (ibid., par. 349), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 353-354), Fransa (ibid., par. 340), Macaristan (ibid., par. 341), İsrail (ibid., par. 342), İtalya (ibid., par. 343), Kenya (ibid., par. 344), Madagaskar (ibid., par. 345), Yeni Zelanda (ibid., par. 346), Filipinler (ibid., par. 347), Birleşik Krallık (ibid., par. 352), İsviçre (ibid., par. 350) ve Togo (ibid., par. 351).

67 Örn. bkz., şu devletlerin mevzuatları: Azerbaycan (ibid., par. 355), İtalya (ibid., par. 358) ve Venezuela (ibid., par. 360).

68 İsrail Yüksek Mahkemesi, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davası (ibid., par. 361).

69 Ek I.Protokol (1977), madde 34, par. 2 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 488).

70 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 491), Avustralya (ibid., par. 492), Kanada (ibid., par. 493), Hırvatistan (ibid., par. 494), İspanya (ibid., par. 500), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 503-504), Fransa (ibid., par. 495), Macaristan (ibid., par. 496), İsrail (ibid., par. 497), Yeni Zelanda (ibid., par. 499), Hollanda (ibid., par. 498), Birleşik Krallık (ibid., par. 502), İsviçre (ibid., par. 501) ve Yugoslavya (ibid., par. 505).

71 Ek I.Protokol (1977), madde 8 (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 331).

72 Örn. bkz., Filipinler'de Uluslararası İnsancıl Hukukun Ve İnsan Haklarının Saygı Görmesine İlişkin Kapsamlı Anlaşma (1998), Bölüm IV, madde 4, par. 9 (ibid., par. 332).

73 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Avustralya (ibid., par. 334), Kanada (ibid., par. 336-337), Hırvatistan (ibid., par. 338), İspanya (ibid., par. 349), Macaristan (ibid., par. 341), İtalya (ibid., par. 343), Kenya (ibid., par. 344), Madagaskar (ibid., par. 345), Yeni Zelanda (ibid., par. 346), Filipinler (ibid., par. 347) ve Togo (ibid., par. 351).

74 Örn. bkz., Azerbaycan (ibid., par. 355) ve Venezuela'nın (ibid., par. 360) mevzuatı.

Hakkında Birleşmiş Milletler Özel Raportörü, vefat eden sivillerin cesetlerinin saygısızca ortadan kaldırıldığı Papua-Yeni Gine'den ihbar edilen bir vakayı mahkûm etmiştir⁷⁵.

Diğer yandan, ulusal mevzuatların, ölümlerin onurlu bir biçimde defnedilmesi gereği ve mezarlara saygı gösterme ve gerektiği gibi bakma yükümünü düzenleyen ilâve ayrıntılı kurallar içermesi muhtemeldir.

Yorum

Cenevre Sözleşmeleri, ölümlerin mümkünse mensup oldukları dinin usulünce defnedilmeleri gerektiğini ve ancak çok istisnai şartlarda, yani karşı konulmaz hıfzıssıhha gerekçeleriyle, müteveffanın dini böyle emrediyorsa ya da müteveffa bu yöndeki arzusunu sarahaten ifade etmişse, ölümlerin yakılabileceğini belirtmektedirler⁷⁶. Cenevre Sözleşmeleri, ayrıca, defnin, ilke olarak, bireye biçimde yapılmasını talep etmektedirler. Toplu mezarlar ancak, ölümleri bireysel olarak defnetmeye koşulların müsaade etmemesi halinde, ya da toplu mezarı zorunlu kılan mücbir sebep halinde savaş esirleri ve enterne edilmiş sivillerin defni için kullanılabilir⁷⁷. Nihayet, Cenevre Sözleşmeleri, mezarların, mümkünse müteveffaların uyrukluğuna göre kümelenmesini talep etmektedir⁷⁸. Bu gerekliliklere kayda değer sayıda sahra talimnamelerinde de tesadüf edilmektedir⁷⁹.

75 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Yargı Dışı, Sorgusuz-Sualsiz ya da Keyfi İnfazlar Hakkında Özel Raportör, Rapor (ibid., par. 365).

76 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17 (ibid., par. 372 ve 398); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120 (ibid., par. 372 et 399); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130 (ibid., par. 372 ve 400).

77 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17, bent 1 (ibid., par. 430); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 20, bent 1 (ibid., par. 431); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120, bent 5 (ibid., par. 432); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 130, bent 2 (ibid., par. 433).

78 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 17, bent 3 (ibid., par. 464); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120, bent 4 (ibid., par. 465).

79 Vefat eden kişilerin dini inançlarına gösterilmesi gereken saygı hakkında Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 375), Avustralya (ibid., par. 376), Benin (ibid., par. 377), Kamerun (ibid., par. 378), Kanada (ibid., par. 379-380), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 386), İsrail (ibid., par. 381), Filipinler (ibid., par. 382), Birleşik Krallık (ibid., par. 385) İsviçre (ibid., par. 383) ve Togo (ibid., par. 384). Cesetlerin yakılması hakkında Bkz. örn. şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 402), Avustralya (ibid., par. 403), Benin (ibid., par. 404), Kanada (ibid., par. 405-406), İspanya (ibid., par. 411), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 416-418), Fransa (ibid., par. 407), İsrail (ibid., par. 408), Kenya (ibid., par. 409), Hollanda (ibid., par. 410), Birleşik Krallık (ibid., par. 414-415), İsviçre (ibid., par. 412) ve Togo (ibid., par. 413). Bireysel ya da toplu mezara defin hakkında Bkz. şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 436), Avustralya (ibid., par. 437), Benin (ibid., par. 438), Kanada (ibid., par. 439440), Hırvatistan (ibid., par. 441), İspanya (ibid., par. 447), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 451), Fransa (ibid., par. 442), İtalya (ibid., par. 443), Kenya (ibid., par. 444), Madagaskar (ibid., par. 445), Hollanda (ibid., par. 446), Birleşik Krallık (ibid., par. 450), İsviçre (ibid., par. 448), Togo (ibid., par. 449) ve Yugoslavya (ibid., par. 452). Müteveffaların uyrukluklarına göre kümelenme hakkında örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri Arjantin (ibid., par. 468), Avustralya (ibid., par. 469), Kamerun (ibid., par. 470), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 472), Hollanda (ibid., par. 471) ve Yugoslavya (ibid., par. 473).

Bu gerekliliklerin, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, ulusal mevzuat temelinde uygulanmaları muhtemeldir. Örneğin, 1995 yılında Kolombiya Devlet Şurası, vefat eden kişilerin, toplu mezarlarda değil ve fakat bireysel olarak, bütün hukuki gerekliliklere saygı içinde defnedilmeleri gerektiğine hükmetmiştir⁸⁰.

Kural 116. – Ölülerin teşhisine imkân vermek üzere, çatışmanın her bir tarafı, ulaşılabilir nitelikteki her türlü bilgiyi kaydetmeli ve mezarların yerini işaretlemelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 35, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kuralı, aile hayatına saygı gereği (bkz. Kural 105) ve ailelerin, yakınlarının akıbetini öğrenme hakkı takviye etmektedir. (Bkz. Kural 117).

Uluslararası Çatışmalar

Ölüleri defnetmeden önce teşhis etme yükümü ilk defa 1929 tarihli Sefer Halindeki Ordularda Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir⁸¹. Bu yüküm gibi, kaydedilmesi gereken bilgiler ve verileri hasım tarafa ve Merkezi Arama Ajansı'na iletme yükümü bugün 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde yer almaktadır⁸².

Kayda değer sayıda askeri el kitabı, ölüleri defnetmeden önce teşhis etme yükümünü içermektedirler⁸³. Bunların bazıları, vefat eden kişiler hakkında hangi bilgi-

80 Kolombiya, Devlet Şurası, idari dava n° 10941 (ibid., par. 456).

81 1929 Cenevre Sözleşmesi madde 4 (ibid., par. 518).

82 I. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 16-17 (ibid., par. 519-520, 589 ve 670); II. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 19-20 (ibid., par. 519-520); III. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 120 ilâ 122 (ibid., par. 521, 589 ve 670); IV. Cenevre Sözleşmesi (1949), madde 129 ilâ 131 (ibid., par. 522-523, 589 ve 670) ve madde 136 ilâ 139.

83 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (nakleden: Cilt II, Alt-Bölüm 35, par. 540), Arjantin (ibid., par. 529), Avustralya (ibid., par. 530), Belçika (ibid., par. 531), Benin (ibid., par. 532), Kamerun (ibid., par. 533), Kanada (ibid., par. 534-535), Hırvatistan (ibid., par. 536-537), İspanya (ibid., par. 552), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 556-557), Fransa (ibid., par. 538-539), Macaristan (ibid., par. 541), İsrail (ibid., par. 543), İtalya (ibid., par. 544), Kenya (ibid., par. 545), Madagaskar (ibid., par. 546), Nijerya (ibid., par. 550), Yeni Zelanda (ibid., par. 549), Hollanda (ibid., par. 547-548), Birleşik Krallık (ibid., par. 555), İsviçre (ibid., par. 553) ve Togo (ibid., par. 554).

lerin kaydedilmesi gerektiğini belirtmektedirler⁸⁴. Diğer yandan, birden çok askeri el kitabı, defin mahallini kaydetme gerekliliğini içermektedir⁸⁵. İsrail Yüksek Mahkemesi, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davasında, ölümlerin teşhisinin «en yüksek derecede önem taşıyan insancıl bir işlem » olduğunu beyan etmiştir⁸⁶.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan bir silahlı çatışma çerçevesinde, ölümlerin defnedilmeden önce teşhis edilmesi için tedbirler alınmasını sarahaten talep eden hiçbir ahdi hüküm bulunmamaktadır. Ancak, bu yükümlerin iç çatışmaların taraflarına da uygulandığını gösteren sabit bir uygulama mevcuttur. Bu uygulama, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir ya da uygulanmış olan belli sayıda askeri el kitabını da kapsamaktadır⁸⁷. Diğer yandan, Arjantin ve Kolombiya'nın içtihadına göre, ölümlerin teşhis edilebilmeleri ve ölüm sebeplerinin tespit edilebilmesi için ölümlerin defin-den önce muayene edilmeleri gereği, buyurucu bir kural oluşturmaktadır⁸⁸. Benzer gerekliliklerin kayda değer sayıda devletin mevzuatında yer almaları muhtemeldir⁸⁹.

Uluslararası insan hakları hukuku da, özellikle yaşama hakkını koruma amacıyla, ölümlerin teşhis edilmesi ve ölüm sebeplerinin tespit edilmesine imkân veren tedbirlerin alınmasını talep etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi et Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, silahlı şiddet durumlarında bile bu yönde etkili tedbirlerin zamanında alınmasını talep etmiştir⁹⁰. Başka merciler de, El Salvador, Çeçenistan ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalar bağlamında bu tür tedbirlerin alınmasını istemişlerdir⁹¹. Dahası, Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi,

84 Örn. bkz., Avustralya (ibid., par. 530) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., par. 556) sahra talimnameleri.

85 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Arjantin (ibid., par. 592), Avustralya (ibid., par. 593), Kanada (ibid., par. 594), İspanya (ibid., par. 597), Amerika Birleşik Devletleri (ibid., par. 599-600), Kenya (ibid., par. 595), Hollanda (ibid., par. 596) ve Birleşik Krallık (ibid., par. 598).

86 İsrail, Yüksek Mahkeme, *Cenin'deki Cesetlerin Tahliyesi* davasında verdiği kararda, (ibid., par. 566).

87 Örn. bkz., şu devletlerin sahra talimnameleri: Almanya (ibid., par. 540), Benin (ibid., par. 532), Kanada (ibid., par. 535), Hırvatistan (ibid., par. 536-537), Hindistan (ibid., par. 542), İtalya (ibid., par. 544), Kenya (ibid., par. 545), Madagaskar (ibid., par. 546), Senegal (ibid., 551) ve Togo (ibid., par. 554).

88 Arjantin, Ulusal İstinaf Mahkemesi, *Askeri Cunta* davası (ibid., par. 563); Kolombiya, Devlet Şurası, dava n° 10941 (ibid., par. 564).

89 Örn. bkz., Azerbaycan'ın mevzuatı (ibid., par. 558).

90 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kaya Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 580), *Ergi Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 581) ve *Yasa Türkiye'ye karşı* (ibid., par. 582) davaları; Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, dava no. 11.137 (*Arjantin*) (ibid., par. 583); Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Neira Alegria ve diğerleri* (ibid., par. 584) davası.

91 Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Eski Yugoslavya Ülkesindeki İnsan Hakları Durumu Hakkında Özel Raportör, Dönemsel rapor (ibid., par. 570); El Salvador'daki Birleşmiş Milletler Gözlem Misyonu (ONUSAL), İnsan Hakları Dairesi Müdürü'nün Raporu (ibid., par. 571); Güvenlik Konseyi'nin 780(1992) sayılı Kararının Uygulanması İçin Oluşturulmuş Birleşmiş Milletler Uzmanlar Komisyonu, Nihai Rapor (ibid., par. 572); Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Daimi Konseyi huzurunda beyan, (ibid., par. 576).

zorla kayıp vakalarının ardından öldürülen kişilerin kalıntılarının bulunduğu yer hakkında aileleri bilgilendirmek için devletin imkânı dâhilinde bulunan her şeyi yapma yükümü altında olduğuna iki defa hükmetmiştir⁹².

1991 yılının Aralık ayında, Eski Yugoslavya'daki silahlı çatışmanın uluslararası nitelikte sayılmazken, taraflar, vefat eden kişilerin teşhisine ilişkin bilgi alış-verişine dair bir anlaşma akdetmişlerdir⁹³. Teşhis edilen diğer uygulama vakaları arasında çarpışmalardan sonra vefat eden isyancılar hakkında bilgi toplayan Filipinler hükümeti örneği⁹⁴(94), FMLN (Farabundo Monti Kurtuluş Cephesi) birlikleri ile bir askeri devriye arasındaki çarpışmadan sonra vefat eden kişilerin cesetlerinin fotoğraflarını çeken El Salvador ordusu örneği yer almaktadır⁹⁵.

Uluslararası düzlemde benimsenen ve hiçbir olumsuz oyla karşılaşmaksızın çok geniş bir destek toplayan üç karar, silahlı çatışmaların taraflarını, vefat eden kişilerin akıbeti hakkında hesap vermeye davet etmiştir. (ölülerin teşhis edilmesi ve bunların hakkında bilgi sağlanması). 1973 yılında, XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, silahlı çatışmaların taraflarını, « vefat eden kişilerin akıbeti hakkında hesap vermeye yönelik insancıl misyonun yerine getirilmesinde (...) işbirliği yapmaya » davet etmiştir⁹⁶. 1974 yılında benimsediği bir kararında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, niteliği ne olursa olsun silahlı çatışmaların taraflarından, «silahlı çatışmalar esnasında kaybolan ya da vefat eden kişiler hakkında bilgi tedarik ederek » işbirliği yapmalarını talep etmiştir⁹⁷. Daha yakın zamanda, 1999 yılında XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nın benimsediği 2000-2003 Yılları İçin Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın bütün taraflarından, ölülerin « teşhis edilmesi için (...) her şeyin harekete geçirildiği hususundan » emin olmak için etkili tedbirler almalarını talep etmiştir⁹⁸.

Diğer yandan, bu kuralın temel amaçlarından biri kişilerin zorla kaybedilmesini engellemek (bkz. kural 98) ve başka bir biçimde ortadan kaybolmalarına dikkat etmektir (bkz. Kural 117), ki bu yükümlerin her ikisi de uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara eşit biçimde uygulanmaktadır.

Uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışmalarda aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

92 Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez* (ibid., par. 709) ve *Godínez Cruz* (ibid., par. 710) davaları.

93 Bkz. Kayıp Kişilerin ve Ölü Kalıntılarının İzini Sürmekle Görevli Müşterek Komisyon İçin Operasyon Planı (1991), Teklif 1.1 (ibid., par. 673).

94 Bkz. Filipinler'in uygulaması hakkında rapor (ibid., par. 700).

95 Bkz. El Salvador için Birleşmiş Milletler Hakikat Komisyonu, Delilikten Ümide, Rapor, (ibid., par. 573).

96 XXII. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, karar V (ibid., par. 706).

97 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar 3220 (XXIX) (95 lehte, 0 aleyhte ve 32 çekimser oyla benimsenmiştir) (ibid., par. 569 ve 701).

98 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, karar I (konsensüsle benimsenmiştir) (ibid., par. 579).

Yorum

Ölüleri teşhis etme yükümü, imkânlarla bağlı bir yükümdür ve taraflar bu amaçla bütün gayretlerini sarf ederek sahip buldukları bütün imkânları kullanmalıdırlar. Bir araya getirilen uygulamaya göre, burada tasarlanan tedbirler, çift kimlik künyesinin yarılarından birini toplamayı, otopsiyi, otopsilerin kaydedilmesini, ölüm ilâmlarının tespit edilmesini, ölümlerin definlerinin kaydedilmesini, kişisel mezarlara defni, önceden teşhis yapılmaksızın toplu mezarların yasaklanmasını ve mezarların uygun biçimde işaretlenmesini içermektedir. Uygulama, DNA analizleri dâhil olmak üzere adli tıp yöntemlerinin kullanımı ile beraber düşünüldüğünde cesetlerin topraktan çıkarılmasının, definden sonra ölümlerin teşhisi için uygun bir yöntem olduğu izlenimi vermektedir.

Genel olarak, bu yüküm ilgili bütün taraflar arasında gerçek bir işbirliği gerektirmektedir. 1999 yılında XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nın benimsediği 2000-2003 Yılları İçin Eylem Planı, bu kuralın saygı görebilmesi için, "en geç silahlı çatışma başlar başlamaz uygun prosedürlerin ihdas edilmesini" talep etmektedir⁹⁹.

99 XXVII. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı Cenevre, 31 Ekim -6 Kasım 1999, 1. Karar Ek 2, 2000-2003 Yılları İçin Eylem Planı, Nihai Amaç İçin Teklif Edilen Tedbirler, 1.1, par. 1, al. e).

KAYIP KİŞİLER

Kural 117. – Çatışmanın her bir tarafı kaybolduğu bildirilen kişilere ilişkin izahat verilebilmesi için uygulanması mümkün olan tüm tedbirleri almalıdır ve bu kişilerin akıbetine ilişkin elindeki her bilgiyi aile fertlerine vermelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 36, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Kayıp şahıslarla ilgili olarak hesap verme yükümü zorla kaybettirme yasağı (bkz. Kural 98) ve aile hayatına saygı gösterme gereği (bkz. kural 105) ile uyumludur. Bu kural ayrıca ölümlerin defnedilmesinden önce tüm mevcut bilgileri kaydetme yükümlülüğü (bkz. Kural 116) ile de desteklenir. Burada atfı yapılan kuralların hepsi hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri, görevi düşman bir tarafa ait savaş esirleri ve siviller hakkında bilgilerin merkezileştirilmesi, bu bilgilerin ilgili tarafa iletilmesi ve kayıp şahısların akıbetlerinin aydınlatılması için soruşturma açılması olan İstihbarat Büroları kurulmasını düzenler.¹ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi çatışma taraflarının, çatışma yüzünden dağılan aile fertlerini arayan kişilerce yapılan araştırmaları kolaylaştırmalarını gerektirir.² Ek I.Protokol çatışmanın her bir tarafının, kaybolduğu hasım bir tarafça bildirilen kişileri aramasını gerektirir.³ Kayıp şahıslarla ilgili hesap

1 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 122 (Cilt II, Alt-Bölüm 36, § 53'te aktarılmıştır); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 136 (*ibid.*, § 53). I.Cenevre Sözleşmesi'nin 16. ve 17. maddeleri ile II.Cenevre Sözleşmesi'nin 19. maddesi, III.Cenevre Sözleşmesi'nin 122. maddesi uyarınca kurulan istihbarat bürolarına atfı yapar.

2 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 26 (*ibid.*, § 143).

3 Ek I.Protokol, madde 33 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 2).

verme yükümlülüğü, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tarafları arasındaki çok sayıda anlaşmada da tanınmıştır.⁴

Çatışma taraflarının kayıp şahısları aramasını gerektiren kural, bazı askeri elkitablarında belirtilmiştir.⁵ Bazı ulusal mevzuatlarda da yer alır.⁶ Resmi beyanlarla desteklenmektedir.⁷ Ayrıca, bu kuralı destekleyen fiili uygulamalara dair raporlar da mevcuttur.⁸ Bu uygulamalara Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerinki de dâhildir.⁹

Devletler ve uluslararası örgütler birçok vesileyle, Bosna Hersek'teki, Kıbrıs'taki, Doğu Timor'daki, Guatemala'daki, Kosova'daki ve eski Yugoslavya'daki çatışmalar sonucunda kaybolan kişiler hakkında hesap verilmesini istemiştir.¹⁰ Eski Yugoslavya'nın Ülkesindeki Kayıp Şahıslara dair Özel Süreç için Uzman görevinin yaratılması da uluslararası toplumun, kayıp kişilerin akıbetinin aydınlatılması yönündeki beklentisinin başka bir kanıtıdır.¹¹

-
- 4 Örn. bkz., Sovyet-Japon İlişkilerine dair Ortak Bildiri, para. 5 (*ibid.*, § 1); Gazze Şeridi Hakkında İsrail-FKÖ Anlaşması, madde XIX (*ibid.*, §§ 3 and 57); Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm IV, madde 4(9), (*ibid.*, § 4); Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde 5 (*ibid.*, § 55); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasındaki İlişkilerin Normalleşmesine dair Anlaşma, madde 6 (*ibid.*, § 56); Çeçenistan'da Ateşkese Dair Moskova Anlaşması'nın Kayıp Şahısların Yerini Belirlemeye ve Zorla Gözaltına Alınmış Kişilerin Serbest Bırakılmasına İlişkin Protokolü, para. 5–6 (*ibid.*, § 58); Viet-Nam'daki Savaşın Sona Erdirilmesi ve Barışın Yeniden Tesisine İlişkin Anlaşma, Bölüm III (*ibid.*, § 96); Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 8 (*ibid.*, § 98); 1991 Kayıp Şahısların ve Cesetlerin İzini Bulma Ortak Komisyonu için Operasyon Planı, para. 2.1.1 ve 2.2.2 (*ibid.*, § 100); Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ve Hırvatistan Başkanları'nın Ortak Bildirisi (October 1992), para. 3 (*ibid.*, § 101).
- 5 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 5), Avustralya (*ibid.*, § 6), Endonezya (*ibid.*, § 10), Hırvatistan (*ibid.*, § 8), Hollanda (*ibid.*, § 14), İspanya (*ibid.*, § 16), İsrail (*ibid.*, § 11), Kanada (*ibid.*, § 7), Kenya (*ibid.*, § 12), Macaristan (*ibid.*, § 9), Madagaskar (*ibid.*, § 13) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 15) askeri elkitapları.
- 6 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 17) ve Zimbabwe'nin (*ibid.*, § 20) mevzuatları.
- 7 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 25), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 33–34) ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin (*ibid.*, § 24) beyanları.
- 8 Örn. bkz., Hırvatistan (*ibid.*, § 23) ve Hollanda'nın (*ibid.*, § 30) uygulamaları ve Avustralya (*ibid.*, § 108), Filipinler (*ibid.*, § 74), İsrail (*ibid.*, § 26), Japonya (*ibid.*, § 32), Malezya (*ibid.*, § 29), Peru (*ibid.*, § 31), SSCB (*ibid.*, § 32) ve Vietnam'ın (*ibid.*, § 108) rapor edilen uygulamaları.
- 9 Örn. bkz., Endonezya (*ibid.*, § 10), İsrail (*ibid.*, § 11) ve Kenya'nın (*ibid.*, § 12) askeri elkitapları, Azerbaycan'ın mevzuatı (*ibid.*, § 17), Amerika Birleşik Devletleri'nin beyanları (*ibid.*, §§ 33–34) ve İsrail (*ibid.*, § 26), Japonya (*ibid.*, § 32) ve Malezya'nın (*ibid.*, § 29) rapor edilen uygulamaları; ayrıca Bkz. Endonezya (*ibid.*, § 112) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 114) beyanları.
- 10 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 25 ve 109–110) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 34) beyanları; BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 35); BM Genel Kurulu, Karar 54/183 (*ibid.*, § 77), Karar 49/196 (*ibid.*, § 117) ve Karar 50/193 (*ibid.*, § 118); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1987/50 (*ibid.*, § 36), Karar 1994/72 (*ibid.*, §§ 78 ve 120), Karar 1995/35 (*ibid.*, §§ 79 ve 121) ve Karar 1998/79 (*ibid.*, § 80); BM İnsan Hakları Komisyonu, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 38); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 974 (*ibid.*, § 42), Tavsiye 1056 (*ibid.*, § 43), Karar 1066 (*ibid.*, § 83) ve Tavsiye 1385 (*ibid.*, § 84); Avrupa Parlamentosu, Kıbrıs'taki insan hakları ihlallerine ilişkin karar (*ibid.*, § 85).
- 11 Uygulamaya Bkz. (*ibid.*, §§ 41 ve 127).

Ülkeye özel kararların yanı sıra, çok geniş destek görererek ve hiç olumsuz oy olmaksızın uluslararası seviyede kabul edilen bazı kararlar da kayıp şahısların akıbetinin aydınlatılmasına yönelik genel ödevi belirtmektedir. Örneğin, silahlı çatışmalarında kaybolan veya ölen kişilere ilişkin olarak hesap verilmesinde yardım ve işbirliği hakkında 1974'te kabul ettiği bir kararında BM Genel Kurulu, niteliği ne olursa olsun silahlı çatışmaların taraflarına “harekâta kaybolanlar hakkında malumat sağlamak için ... ellerinde olabilecek her türlü hareketi yapmaları” çağrısında bulunmuştur.¹² Kayıp şahıslar hakkında 2002'deki bir kararında BM İnsan Hakları Komisyonu, silahlı bir çatışmanın her bir tarafının “hasım bir tarafça kaybolduğu bildirilen kişileri arayacağını” tekrar etmiştir.¹³ Bu karar kabul edildiği sırada Endonezya, Hindistan, Japonya, Malezya, Pakistan, Sudan ve Tayland Komisyon üyesiydiler fakat Ek Protokoller'i onaylamamışlardı. 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı 1995'te silahlı bir çatışmanın taraflarını “ailelere, kayıp yakınlarının akıbetine ilişkin bilgi vermeye” ısrarla davet etmiştir.¹⁴ 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının “yerleri bilinmeyen bütün şahısların akıbetini aydınlatmak için bütün çabanın gösterilmesini ve ailelerinin bundan haberdar edilmesini” sağlamasını gerektirir.¹⁵

SPLM/A Ceza ve Disiplin Kanunları, devlet harici kişilerin de kayıp şahısları aramayı kolaylaştırmak amacıyla askeri personele ilişkin kayıtlar tutmayı gerekli bulduğunu göstermektedir.¹⁶

Yorum

Uygulama, bu kuralın ailelerin kayıp yakınlarının akıbetini bilme hakkından kaynaklandığını göstermektedir. Bu, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin devletlerin silahlı çatışma sonucunda dağılmış olan aile fertlerinin araştırmalarını kolaylaştırmalarını gerektiren 26. maddesinde zımnen bulunur.¹⁷ Ek I. Protokol, kaybolduğu bildirilen kişileri arama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere kayıp ve ölü kişilere ilişkin bölümün uygulanmasında, devletlerin, çatışmanın taraflarının ve uluslararası insani örgütlerin faaliyetlerini “öncelikli olarak, ailelerin yakınlarının akıbetini bilme hakkının yönlendirdiğini” açıkça belirtir.¹⁸ Bu cümlenin, kelimelerin olağan anlamı

12 BM Genel Kurulu, Karar 3220 (XXIX) (95 lehte, 32 çekimsiz oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 76).

13 BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2002/60 (oynamaya sunulmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 37).

14 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, §§ 87 ve 184).

15 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, §§ 45, 88 ve 185).

16 SPLM/A, Ceza ve Disiplin Kanunları (*ibid.*, § 195).

17 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 26 (*ibid.*, § 143).

18 Ek I. Protokol, madde 32 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 144). Bu hükmün kabul edilmesi ile sonuçlanan hazırlık çalışmaları için CCDH'daki beyanlara Bkz. (*ibid.*, §§ 165-168 ve 171-173).

ve bağlam ışığında yorumlanması, ailelerin yakınlarının akıbetini öğrenme hakkının Ek I.Protokol'ün kabulünden önce de var olduğunu ve Protokol'ün kayıp şahıslara (madde 33) ve ölen kişilerin cesetlerine (madde 34) ilişkin olarak düzenlediği yükümlülüklerin bu hakka dayandığını akla getirir.¹⁹ Ailelerin yakınlarının akıbetini öğrenme hakkı diğer başka uluslararası belgelerde de belirtilmiştir.²⁰

Kimi askeri elkitapları, resmi beyanlar ve diğer uygulamalar, ailelerin yakınlarının akıbetini öğrenme hakkını vurgulamaktadır.²¹ Bu uygulamaya, Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerinki de dâhildir.²² Ek Protokollerin onaylanması usulü sürecinde Alman hükümetinin Parlamento'ya sunduğu bir açıklama notu, Ek I.Protokol'ün 32. maddesinin kayıp bir şahsın yakınlarına bilgi almaya ilişkin sübjektif bir hak bahsetmediğini belirtir, fakat Almanya bu yönde bir beyan yapan yegâne devlettir.²³

SPLM/A'nın, askeri operasyonlar sırasında eline geçen kişilerin isimlerini ve diğer özelliklerini yayınladığını ve bunu, tutsakların ailelerinin menfaati için yaptığını iddia ettiğini görmek, ilginçtir.²⁴

Ailelerin yakınlarının akıbetini öğrenme hakkı, uluslararası örgütlerin ve konferansların aldığı bazı kararlarda da desteklenmiştir. Örneğin, 1974'te aldığı bir kararında BM Genel Kurulu "silahlı çatışmada kaybolan sevdiklerinin akıbetini öğrenme arzusu, mümkün olan en geniş ölçüde tatmin edilmesi gereken temel bir insan ihtiyacıdır" beyanında bulunmuştur.²⁵ 2002'de aldığı bir kararında BM İnsan Hakları Komisyonu "ailelerin, silahlı çatışmayla bağlantılı olarak kaybolduğu bildirilen yakınlarının akıbetini öğrenme Hakkı"nı teyit etmiştir.²⁶ Ailelerin yakınlarının akıbetini öğrenme hakkı ayrıca Avrupa Parlamentosu'nun bir kararında ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin tavsiyelerinde de desteklenmektedir.²⁷

19 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Cenevre, 1987, §§ 1217–1218.

20 Örn. bkz., Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 16(1) ve 17(4) (Cilt II, Alt-Bölüm 36, § 147'de aktarılmıştır); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 9.8 (*ibid.*, § 148).

21 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 149), Avustralya (*ibid.*, § 150), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 159–161), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 158), İspanya (*ibid.*, § 157), İsrail (*ibid.*, § 154), Kamerun (*ibid.*, § 151), Kanada (*ibid.*, § 152), Kenya (*ibid.*, § 153), Madagaskar (*ibid.*, § 155) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 156) askeri elkitapları, Almanya (*ibid.*, § 167), Avusturya (*ibid.*, § 166), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 172–174), Fransa (*ibid.*, §§ 165–166), İspanya (*ibid.*, § 166), Kıbrıs (*ibid.*, §§ 165–166), Nikaragua (*ibid.*, § 166), Papalık (*ibid.*, §§ 165–166 ve 168) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, §§ 165–166) beyanları ve Güney Kore'nin uygulaması (*ibid.*, § 170).

22 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 161), İsrail (*ibid.*, § 154) ve Kenya'nın (*ibid.*, § 153) askeri elkitapları ve Amerika Birleşik Devletleri'nin beyanı (*ibid.*, § 174).

23 Almanya, Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokoller Hakkında Açıklama Notu (*ibid.*, § 169).

24 SPLM/A'nın Uygulamasına Dair Rapor (*ibid.*, § 195).

25 BM Genel Kurulu, Karar 3220 (XXIX) (95 lehte, 32 çekimsiz oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 175).

26 BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2002/60 (*ibid.*, § 176).

27 Avrupa Parlamentosu, Kıbrıs'taki kayıp şahıslar sorunu hakkında karar (*ibid.*, § 181); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 868 (*ibid.*, § 178) ve Tavsiye 1056 (*ibid.*, § 180).

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı 1986, 1995 ve 1999'da ailelerin yakınlarının akıbeti hakkında bilgilendirilme haklarını vurgulayan kararlar kabul etmiştir.²⁸ Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans'ın 1993'te kabul ettiği Sonuç Bildirisi, ailelerin yakınlarının akıbeti hakkında bilgiden mahrum edilmemesi gerektiğinde ısrar etmiştir.²⁹ Bu dört karar Ek I.Protokol'e taraf olmayan devletlerin desteğiyle kabul edilmiştir ve bilinçli olarak, uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı olmayan genel ifadeler kullanılarak yazılmıştır.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin ve bölgesel insan hakları kuruluşlarının içtihadı, ailelere kayıp akrabaları hakkında bilginin kasten verilmemesinin yasak olduğunu teyit eder. Komite, kaybolmaların, sevdiklerinin akıbeti hakkındaki belirsizlik yüzünden çoğunlukla uzun süre boyunca elem içinde kalan kaybolan şahsın ailesinin haklarını ağır şekilde ihlal ettiğini belirtmiştir.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı davalarda, güvenlik güçlerince gözaltına alınan kişilerin ailelerine bilgi vermemenin veya silahlı çatışma sırasında kaybolan kişiler halinde sessizliğin gayri insani muameleye varan bir ciddiyete ulaştığına karar vermiştir.³¹ Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, devletin kaybolan kişilerin akıbetinden yakınlarını haberdar etmek için elindeki yolları kullanmakla yükümlü olduğuna karar verirken aynı görüşü belirtmiştir.³² Bu Mahkeme ayrıca bir mağdurun ölümü halinde devletin, yakınlarına ölen kişinin cesedinin yerine ilişkin bilgi vermekle yükümlü olduğunu da belirtmiştir.³³ Benzer şekilde Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Komisyonu da "bir bireyi, ailesiyle herhangi bir iletişimine izin vermeksizin tutmak ve ailesine bireyin tutulup tutulmadığına ve nerede olduğuna ilişkin bilgi vermeyi reddetmek, hem gözaltında tutulana hem de aileye gayri insani muamele teşkil eder" kararını vermiştir.³⁴

Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, devletin eylemleri sonucunda ailelerin ayrılması halinde devletin çocuklara aile fertlerinin nerede olduklarına ilişkin temel bilgileri vermesi gerektiğini düzenler.³⁵ Şart ayrıca ayrılığın, silahlı çatışmadan kaynaklı bir ülke içinde veya ülke dışına yerinden edilmeden ileri gelmesi halinde,

28 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XIII (*ibid.*, § 182); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 184); 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 185).

29 Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, Sonuç Bildirisi (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 183).

30 Örn. bkz., BM İnsan Hakları Komitesi, *Quinteros Uruguay'a karşı* (*ibid.*, § 186). Komite görüşlerini *inter alia*, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 7'ye dayandırmıştır.

31 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kurt Türkiye'ye karşı* (*ibid.*, § 188), *Timurtas Türkiye'ye karşı* (*ibid.*, § 188) ve *Kıbrıs Davası* (*ibid.*, § 189).

32 İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez Davası* (*ibid.*, § 191). Bu davada Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4., 5. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

33 Örn. bkz., İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, *Bámaca Velásquez Davası* (*ibid.*, § 192) ve *Bámaca Velásquez Davası (Tazminat)* (*ibid.*, § 193). Bu davada Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5(1) ve (2)'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

34 Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Komisyonu, *Uluslararası Af Örgütü ve Diğerleri Sudan'a karşı* (*ibid.*, § 187).

35 Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, madde 19(3) (*ibid.*, § 145).

devletlerin çocukların ebeveynlerinin veya akrabalarının izini bulmak için gerekli tüm tedbirleri almalarını öngörür.³⁶

Kayıp şahıslar hakkında hesap verme yükümlülüğü bir davranış yükümlülüğüdür. Çatışmanın her bir tarafı bu bakımdan elinden gelen en iyi çabayı göstermelidir. Buna yalnızca çatışmanın sonucu olarak kaybolan şahısları aramak değil, aranmasını kolaylaştırmak da dâhildir. Bu yükümlülüğün bir parçası olarak çatışmanın her bir tarafının, ölen kişilerin ve özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin kaydını tutma ödevi vardır (bkz. Kural 116 ve 123). Ancak, mevcut bilgiyi verme yükümlülüğü sonuç yükümlülüğüdür.

Uygulamalar, mezarları açmanın kayıp kişilerin akıbetini belirlemek için uygun bir yöntem olabileceğine işaret etmektedir.³⁷ Uygulamalar ayrıca kayıp şahıslar hakkında hesap vermeye çalışmanın bir diğer muhtemel yolunun özel komisyonlar veya başka iz bulma mekanizmalarının kurulması olduğunu göstermektedir. Hırvatistan'ın 1991'de kurulan ve 1993'te tekrar oluşturulan, Hırvatistan Cumhuriyetindeki Savaş Faaliyetleri Esnasında Kaybolan Şahısların İzini Bulma Komisyonu buna bir örnektir.³⁸ Bu tür komisyonlar oluşturulduğunda taraflar birbirleriyle iyi niyetle işbirliğinde bulunma yükümlülüğü altındadır çünkü bunların başarısı için işbirliğinin elzem olduğu açıktır. ICRC veya başka örgütler bu komisyonlara dâhil olabilirler. Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka riayetlerine ilişkin BM Genel Sekreterlik Bülteni, BM kuvvetlerinin ICRC'nin Merkezi İz Bulma Ajansı'nın çalışmalarını kolaylaştırmasını öngörmektedir.³⁹ Uluslararası silahlı çatışmalar için ilave şartlar Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nde ve Ek I.Protokol'de bulunur.⁴⁰

Uygulama, kayıp şahıslar hakkında hesap verme yükümlülüğünün en geç, hasım bir taraf kayıp olan kişilerle ilgili bildirim yaptıktan sonra doğduğuna işaret etmektedir. Hollanda'nın, Kenya'nın ve Yeni Zelanda'nın askeri elkitapları bu yükümlülüğün “koşullar elverir elvermez” veya “mümkün olduğunca erkenden” doğduğunu belirtir.⁴¹ Amerika Birleşik Devletleri 1987'deki resmi bir beyanında kayıp şahıslar için aramanın “koşullar izin verdiğinde ve en geç muhasamatın sona ermesinden itibaren” icra edilmesi kuralını desteklemiştir.⁴² Azerbaycan'ın Savaş Esirlerinin

36 Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, madde 25(2)(b) (*ibid.*, § 146).

37 Örn. bkz., BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Eski Yugoslavya'nın Ülkesindeki Kayıp Kişilere Dair Özel Süreç için Uzman'ın Açıklaması (*ibid.*, § 41) ve Bosna Hersek'teki bazı bölgelerdeki Uluslararası Hukuk İhlallerinin Soruşturulmasında Geline Aşamaya İlişkin Brifing (*ibid.*, § 126) ve Bosna Hersek hakkında Barış Anlaşması'nın Uygulanması için Yüksek Temsilci, Raporlar (*ibid.*, § 127).

38 Bkz., Hırvatistan'ın uygulaması (*ibid.*, § 23).

39 BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 9.8 (*ibid.*, § 102).

40 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 136–141 (*ibid.*, §§ 53 ve 95); Ek I.Protokol, madde 33 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 54).

41 Hollanda, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 14); Kenya, *SÇH Elkitabı* (*ibid.*, § 12); Yeni Zelanda, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 15).

42 Amerika Birleşik Devletleri, Dışişleri Bakanlığı Yardımcı Hukuk Müşaviri'nin Açıklamaları (*ibid.*, § 33).

Haklarının ve Sivil Kişilerin Korunmasına dair Kanun'u, iz aramanın "ilk fırsatta ve en geç fiili askeri operasyonlar biter bitmez" başlamasını gerektirir.⁴³

BM Genel Kurulu 1974'te kabul ettiği bir kararında silahlı çatışma taraflarına "niteliği ve yeri ne olursa olsun muhasamat boyunca ve muhasamatın sona ermesinden sonra" harekâta kaybolanlar hakkında bilgi verme çağrısı yapmıştır.⁴⁴ BM İnsan Hakları Komisyonu da kayıp şahıslar hakkında 2002'de kabul ettiği bir kararında "silahlı bir çatışmanın her bir tarafının, koşullar izin verir vermez ve en geç fiili muhasamatın sona ermesinin ardından, kaybolduğu hasım bir tarafça bildirilen kişileri arayacağını" teyit etmiştir.⁴⁵

43 Azerbaycan, *Savaş Esirlerinin Haklarının ve Sivil Kişilerin Korunmasına dair Kanun* (*ibid.*, § 17).

44 BM Genel Kurulu, Karar 3220 (XXIX) (95 lehte, 32 çekimsiz oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 76).

45 BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2002/60 (oylamaya sunulmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 37).

ÖZGÜRLÜKLERİNDEN MAHRUM BIRAKILAN KİŞİLER

Not: Bu alt-bölüm, uluslararası olsun olmasın, silahlı çatışmaya bağlı nedenlerle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yapılacak muameleyi ele almaktadır. Uluslararası silahlı çatışmalar bakımından bu terime, hasım tarafın eline düşmüş muharipler, enterne edilen siviller ve güvenlik sebebiyle gözaltındakiler dâhildir. Uluslararası olmayan çatışmalar bakımından ise, muhasamata doğrudan katılmış olup hasım tarafın eline geçmiş olan kişilerin yanı sıra, silahlı çatışma durumu ile özgürlükten mahrumiyet arasında bir bağ olmak şartıyla bir suç isnadı veya güvenlik sebepleriyle gözaltına alınmış olanlar dâhildir. Bu alt-bölümde kullanılan “gözaltındakiler” terimi, özgürlüklerinden böyle mahrum bırakılan her kişiyi kapsar.

Kural 118. – Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere, uygun yiyecek, su, barınak, giyim ve tıbbi bakım sağlanmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Savaş esirlerine uygun yiyecek ve giyim sağlanmasını öngören kural, Lieber Kodu, Brüksel Beyannamesi ve Oxford Elkitabı’nda zaten kabul edilmiş olan, uluslararası teamül hukukunun eskiden beri var olan bir kuralıdır.¹ Lahey

¹ Lieber Kodu, madde 76 (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 9’da aktarılmıştır); Brüksel Beyannamesi, madde 27 (*ibid.*, § 10); Oxford Elkitabı, madde 69 (*ibid.*, § 11).

Düzenlemeleri'nde kodifiye edilmiş olup, günümüzde Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.² Dördüncü Cenevre Sözleşmesi uyarınca bu kural, uluslararası bir silahlı çatışma ile bağlantılı olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılan sivillere de uygulanır.³

Özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanmasını öngören kural çeşitli askeri elkitablarında yer alır.⁴ Bu kuralın ihlali birçok devletin kanunlarına göre suçtur.⁵ Bu kural resmi açıklamalar ve diğer uygulamalarla da desteklenmektedir.⁶

Savaş esirlerinin korunması hakkında 1969'da kabul edilen bir kararında 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nde ne olursa olsun, "uluslararası toplumun savaş esirlerine ilişkin olarak, uygun beslenmenin ve tıbbi bakımın sağlanması dâhil insani muamele edilmesini daima talep ettiğini" belirtmiştir.⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda gözetilmedikilerin temel ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin özel ahdi uygulama Ek I.Protokol'de kapsamaktadır.⁸ Ayrıca, bu kural yine uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla da ilgili diğer belgelerde de bulunmaktadır.⁹ Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, barınma, hijyen, giyecek, yatak takımları ve yiyecek hakkında ayrıntılı hükümler belirler.¹⁰

2 Lahey Düzenlemeleri, madde 7 (*ibid.*, § 1); III.Cenevre Sözleşmesi, madde 25–32 (*ibid.*, § 3) ve madde 125 (*ibid.*, § 5).

3 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 76, 85, 87 ve 89–92 (*ibid.*, § 4) ve madde 142 (*ibid.*, § 5).

4 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 36), Arjantin (*ibid.*, §§ 19–20), Avustralya (*ibid.*, §§ 21–22), Benin (*ibid.*, § 23), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 54–55), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 56–59), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 31), Ekvator (*ibid.*, § 32), Filipinler (*ibid.*, § 48), Fransa (*ibid.*, §§ 34–35), Hollanda (*ibid.*, §§ 43–44), Kamerun (*ibid.*, § 24), Kanada (*ibid.*, §§ 26–27), Kolombiya (*ibid.*, §§ 28–29), Macaristan (*ibid.*, § 37), İspanya (*ibid.*, § 51), İsrail (*ibid.*, § 38), İsviçre (*ibid.*, § 52), İtalya (*ibid.*, § 39), Kenya (*ibid.*, § 40), Madagaskar (*ibid.*, § 41), Mali (*ibid.*, § 42), Nikaragua (*ibid.*, § 46), Nijerya (*ibid.*, § 47), Romanya (*ibid.*, § 49), Senegal (*ibid.*, § 50), Togo (*ibid.*, § 53) ve Yeni Zelanda (*ibid.*, § 45) askeri elkitabları.

5 Örn. bkz., Avustralya (*ibid.*, § 61), Azerbaycan (*ibid.*, § 62), Bangladeş (*ibid.*, § 63), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 65), İrlanda (*ibid.*, § 66), İspanya (*ibid.*, § 72), Meksika (*ibid.*, § 67), Nikaragua (*ibid.*, § 68), Norveç (*ibid.*, § 69), Peru (*ibid.*, § 70), Ruanda (*ibid.*, § 71), Şili (*ibid.*, § 64) ve Uruguay'ın (*ibid.*, § 73) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 60).

6 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri'nin açıklaması (*ibid.*, § 79) ve Azerbaycan'ın (*ibid.*, § 76) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 79) uygulamaları.

7 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XI (*ibid.*, § 88).

8 Ek I.Protokol, madde 5(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 8).

9 Örn. bkz., Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm IV, madde 4(6), (*ibid.*, § 17); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 8(c) (*ibid.*, § 18).

10 Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, Kural 9 – 20 (*ibid.*, § 12).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları bu kuralı içerir.¹¹ Bu kuralın ihlali bazı devletlerin mevzuatına göre suçtur.¹² Bu kural, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamındaki resmi açıklamalar ve diğer uygulamalarla da desteklenmektedir.¹³

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanmasının gerektiği kuralı, Birleşmiş Milletler uygulamasınca desteklenir. Örneğin, 1992’de BM Güvenlik Konseyi, Bosna-Hersek’teki kamplar, hapisaneler ve gözaltı merkezlerinde gözaltında bulunanların tümünün “uygun yiyecek, barınak ve tıbbi bakım dâhil, insani muamele görmelerini” talep etmiştir.¹⁴ İlaveten, BM Genel Kurulu’nda oylamaya başvurulmaksızın sırasıyla 1979 ve 1990’da kabul edilmiş olan Adli Kolluk Görevlileri için Davranış Kuralları ve Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muameleye İlişkin Temel İlkeler, özellikler, tutuklu ve hükümlülerin sağlığının korunmasını gerektir.¹⁵ Gözaltındaki kişiler için uygun yiyeceğin, suyun veya tıbbi bakımın yokluğunun gayrı insani muamele teşkil edeceği belirtilmelidir (bkz., Kural 90’a ilişkin yorumlar). Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1999’daki *Aleksovski davasında*, sanığın gözaltındakilere gayrı insani şekilde davranıp davranmadığını tespit ederken, gözaltındaki her bir kişiye tahsis edilen barınağın, yiyeceğin ve tıbbi bakımın niteliğini göz önüne almıştır.¹⁶

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Uygulama, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanmasının, mevcut imkânlar ve yerel koşullar dikkate alınarak uygun şekilde olması gerektiğine işaret etmektedir. Ek I.Protokol temel ihtiyaçların temininin “yerel sivil halkla aynı ölçüde” gerekli olduğunu belirtir.¹⁷

11 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 36), Avustralya (*ibid.*, § 22), Benin (*ibid.*, § 23), Ekvator (*ibid.*, § 32), Filipinler (*ibid.*, § 48), İtalya (*ibid.*, § 39), Kamerun (*ibid.*, § 24), Kanada (*ibid.*, §§ 26–27), Kenya (*ibid.*, § 40), Kolombiya (*ibid.*, §§ 28–29), Macaristan (*ibid.*, § 37), Madagaskar (*ibid.*, § 41), Nikaragua (*ibid.*, § 46), Senegal (*ibid.*, § 50), Togo (*ibid.*, § 53) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 45) askeri elkitapları.

12 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 62), İspanya (*ibid.*, § 72) ve Nikaragua’nın (*ibid.*, § 68) mevzuatları; ayrıca bkz., Peru (*ibid.*, § 70) ve Uruguay’ın (*ibid.*, § 73) uluslararası olmayan çatışma zamanında da uygulanmaktan hariç tutulmamış mevzuatları, ve Arjantin’in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 60).

13 Örn. bkz., Yugoslavya’nın açıklaması (*ibid.*, § 82), Filipinler’in uygulaması (*ibid.*, § 78) ve Malezya (*ibid.*, § 77) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 81) rapor edilen uygulamaları.

14 BM Güvenlik Konseyi, 770 sayılı karar (*ibid.*, § 86).

15 Adli Kolluk Görevlileri için Davranış Kuralları, madde 6 (*ibid.*, § 14); Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamelesine İlişkin Temel İlkeler, para. 9 (*ibid.*, § 16).

16 ICTY, *Aleksovski Davası*, Karar, (*ibid.*, § 90).

17 Ek I.Protokol, madde 5(1)(b) (konsensusla kabul edilmiştir).

Aleksovski Davası'nda Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, yiyeceğin göreceli yokluğuna savaşın sebep olduğunu ve herkesi etkilediğini ve tıbbi bakımın olağan zamanlarda muhtemelen yetersiz olarak görüleceğini ama gözaltındaki söz konusu kişilerin mevcut tıbbi bakıma eriştiğini değerlendirmişti.¹⁸

Uygulamaya göre, eğer alıkoyan güç gözaltındakilerin temel ihtiyaçlarını temin edemiyorsa, kendi yerlerine insani örgütlerin yardım sağlamalarına izin vermelidir ve gözaltındakilerin bireysel veya kolektif olarak bu bağlamda yardım almaya hakları vardır. Yardım gönderilerini alma hakkı Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri ile Ek I.Protokol'de tanınmıştır.¹⁹ Askeri elkitapları, ulusal mevzuat ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu'nun bir raporu da bu yorumu desteklemektedir.²⁰ Bu uygulama ayrıca, açlık ve insancıl yardıma ilişkin Kural 53 ve 55'e yapılan yorumlarda aktarılan uygulamalarla da desteklenmektedir.

Kural 119. – Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kadınlar, ailelerin birim olarak yerleştirildiği durumlar dışında, erkeklerinkinden ayrı yerde tutulmalıdır ve doğrudan kadınların yakın gözetimi altında olmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri özgürlüklerinden mahrum bırakılan kadınların, erkeklerinkinden ayrı yerlere yerleştirilmelerini öngörür.²¹ Ayrıca,

18 ICTY, *Aleksovski Davası*, Karar, (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 90'da aktarılmıştır).

19 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 72 – 73 (*ibid.*, § 4); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 76 ve 108 – 109 (*ibid.*, § 4); Ek I.Protokol, madde 5 (1)(c) (konsensüsle kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 8).

20 Örn. bkz., Benin (*ibid.*, § 23), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 56 ve 58), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 54), Hırvatistan (*ibid.*, § 30), Hollanda (*ibid.*, § 43), İspanya (*ibid.*, § 51), İsrail (*ibid.*, § 38), İsviçre (*ibid.*, § 52), Kamerun (*ibid.*, § 24), Nijerya (*ibid.*, § 47), Senegal (*ibid.*, § 50), Togo (*ibid.*, § 53) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 45) askeri elkitapları; Azerbaycan (*ibid.*, § 62), Bangladeş (*ibid.*, § 63), İrlanda (*ibid.*, § 66) ve Norveç'in (*ibid.*, § 69) mevzuatları; Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu, Peru'daki İnsan Hakları Durumuna dair Rapor (*ibid.*, § 93).

21 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 25, dördüncü paragraph (*ibid.*, § 99); madde 29, ikinci paragraf (*ibid.*, § 99), madde 97, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 100) ve madde 108, ikinci paragraf (*ibid.*, §

özgürlüklerinden mahrum bırakılan kadınların yine kadınların yakın gözetimi altında olmasını öngörür.²² Bu kural Ek I.Protokol'de, silahlı çatışmaya ilişkin sebeplerden ötürü özgürlüklerinden mahrum bırakılmış tüm kadınlar için temel bir güvence olarak belirlenmiştir.²³

Birçok askeri elkitabı gözaltındaki kadınların erkeklerinkinden ayrı yerlere yerleştirilmelerini belirtir.²⁴ Özellikle İsveç'in UİH Elkitabı Ek I.Protokol madde 75'i uluslararası teamül hukukunun kodifikasyonu olarak teşhis eder.²⁵ Çeşitli devletlerin mevzuatı gözaltına alınan kadın ve erkeklerin ayrı ayrı barındırılmasını gerektirir.²⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol uyarınca “bir aileye mensup kadın ve erkeklerin bir arada yerleştirildiği durumlar dışında, kadınlar erkeklerinkinden ayrı yerlere yerleştirilecektir ve hemcinslerinin yakın gözetiminde olacaktır.”²⁷ Gözaltına alınan kadın ve erkekler için ayrı yerleştirme uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin başka belgelerde de zorunlu tutulmaktadır.²⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları bu kuralı içerir.²⁹ Çeşitli devletlerin mevzuatı ve diğer düzenlemeler gözaltına alınan kadın ve erkeklerin ayrı şekilde barındırılmasını gerektirir.³⁰

-
- 100); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 76, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 101), madde 82, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 102), madde 85, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 103) ve madde 124, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 104).
- 22 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 97, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 100) ve madde 108, ikinci paragraf (*ibid.*, § 100); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 76, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 101) ve madde 124, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 104).
- 23 Ek I.Protokol, madde 75(5) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 105)...
- 24 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 112), Avustralya (*ibid.*, § 113), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 124–125), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 123), Hollanda (*ibid.*, § 117), İspanya (*ibid.*, § 120), İsveç (*ibid.*, § 121), İsviçre (*ibid.*, § 122), İtalya (*ibid.*, § 116), Kamerun (*ibid.*, § 114), Kanada (*ibid.*, § 115), Senegal (*ibid.*, § 119) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 118), askeri elkitapları.
- 25 İsveç, *UİH Elkitabı* (*ibid.*, § 121).
- 26 Örn. bkz., Bangladeş (*ibid.*, § 127), İrlanda (*ibid.*, § 128), Norveç (*ibid.*, § 129), Pakistan (*ibid.*, § 130) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 131) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 126).
- 27 Ek II.Protokol, madde 5(2)(a) (konsensus ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 106).
- 28 Örn. bkz., Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 4 (*ibid.*, § 109); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (*ibid.*, § 110); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 8(e) (*ibid.*, § 111).
- 29 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 112), Avustralya (*ibid.*, § 113), Hollanda (*ibid.*, § 117), İspanya (*ibid.*, § 120), İtalya (*ibid.*, § 116), Kamerun (*ibid.*, § 114), Kanada (*ibid.*, § 115), Senegal (*ibid.*, § 119) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 118) askeri elkitapları.
- 30 Örn. Bkz. Pakistan (*ibid.*, § 130) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 131) mevzuatları ve Hindistan (*ibid.*, §§ 133–134) ve Malezya'nın (*ibid.*, § 136) uygulamaları.

Bu kurala ilişkin olarak bir araya getirilen uygulamalar, silahlı çatışmadan etkilenen kadınların özel ihtiyaçlarını göz önüne alma (bkz. Kural 134), özellikle de kadınların cinsel şiddet mağduru olmalarının önlenmesi (bkz. Kural 93) gereğiyle desteklenmektedir. Esasen, bu kuralın amacı kadınlara tanınan özel korumanın icrasıdır. Aile hayatına saygı gerekliliği (bkz. Kural 105), aynı ailenin üyelerinin bir arada yerleştirilmesi kuralını destekler.

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. ICRC'nin gözlemlerine göre, gözaltına alınan kadın ve erkekler genellikle ayrılmaktadır. Bazen sadece asgari bir ayrılma sağlansa da bunun sebebi bu kuralın kabul edilmemesinden ziyade alıkoyan yetkililerin elindeki kısıtlı kaynaklardır. Özellikle Ek I.Protokol, kişilerin enterne edilmesinden veya alıkoyulmasından sorumlu olanların bu kurala “imkânları ölçüsünde” saygı göstermelerini belirtir.³¹

Kural 120. – Özgürlüklerinden mahrum bırakılan çocuklar, ailelerin birim olarak yerleştirildiği durumlar dışında, yetişkinlerinkinden ayrı yerde tutulmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, enterne edilen çocukların, geçici nitelikte bir ayrılığın iş veya sağlık sebepleriyle ya da cezai veya disiplin yaptırımlarının icrası amacıyla gerekli olması durumları dışında, ebeveynleriyle bir arada tutulmaları gerektiğini şart koşar.³² Bu kural Ek I.Protokol'de bulunur.³³ Neredeyse tüm devletlerin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme bu gerekliliği belirtir.³⁴ İlave-ten, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme gözaltındaki gençlerin yetişkinlerden ayrılmasını gerektirir.³⁵

31 Ek I.Protokol, madde 5(2) (fıkranın giriş bölümü).

32 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 82, ikinci paragraf (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 146'da aktarılmıştır).

33 Ek I.Protokol, madde 77(4) (konsensus ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 148).

34 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(c) (*ibid.*, § 149).

35 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 10 (*ibid.*, § 147).

Çeşitli askeri elkitapları, gözaltındayken çocukları, aileleriyle birlikte yerleştirilmedikleri takdirde yetişkinlerden ayırma gerekliliğini zikreder.³⁶ Bu şart bazı devletlerin mevzuatında da yer alır.³⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Gözaltına alınan çocukları ve yetişkinleri ayrı ayrı barındırma şartı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de ve neredeyse evrensel şekilde onaylanmış olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de yer alır.³⁸ Ek olarak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin başka birçok belgede de bu belirtilir.³⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak bazı askeri elkitapları bu kuralı içerir.⁴⁰ Çeşitli devletlerin mevzuatları ve diğer düzenlemeleri, bu kurala saygı gösterilmesini gerektirir.⁴¹ 1993’te Peru ve Filipinler, BM Çocuk Hakları Komitesi’ne gözaltına alınan çocukların yetişkinlerden ayrılmasını sağladıklarını bildirmiştir.⁴²

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Kuralın belirttiği gibi çocuklar, ancak ailelerin bir arada barındırılması haklarının ihlaline yol açmadığı ölçüde yetişkinlerden ayrılmalıdır. Ek I.Protokol, Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka riayetlerine ilişkin BM Genel Sekreterlik Bülteni ve Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Gençlerin Korunması İçin Kurallar, istisnayı, aynı aileye mensup kişileri bir arada tutma şeklinde ifade

36 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 169), Arjantin (*ibid.*, §§ 164–165), Avustralya (*ibid.*, § 166), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 172), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 171), İspanya (*ibid.*, § 170), Kamerun (*ibid.*, § 167) ve Kanada’nın (*ibid.*, § 168) askeri elkitapları.

37 Örn. bkz., Bangladeş (*ibid.*, § 173), Filipinler (*ibid.*, § 178), İrlanda (*ibid.*, § 174), Nikaragua (*ibid.*, § 175), Norveç (*ibid.*, § 176), Pakistan (*ibid.*, § 177) ve Ruanda’nın (*ibid.*, §§ 179) mevzuatları.

38 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 10 (*ibid.*, § 147); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(c) (*ibid.*, § 149).

39 Örn. bkz., Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, Kural 8(d) (*ibid.*, § 156); Gençler İçin Adli Uygulamalara İlişkin Standart Minimum Kurallar, Kural 13.4 (*ibid.*, § 158); Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Gençlerin Korunması İçin Kurallar, Kural 29 (*ibid.*, § 159); Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 4 (*ibid.*, § 160); Bosna Hersek’teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (*ibid.*, § 161); BM Genel Sekreteri’nin Sirküleri, Kısım 8(f) (*ibid.*, § 163).

40 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 169), Arjantin (*ibid.*, § 165)ve Kanada’nın (*ibid.*, § 168) askeri elkitapları.

41 Örn. bkz., Filipinler (*ibid.*, § 178), Nikaragua (*ibid.*, § 175), Pakistan (*ibid.*, § 177) ve Ruanda’nın (*ibid.*, § 179) mevzuatları ve Malezya’nın (*ibid.*, § 182) uygulaması.

42 Peru, BM Çocuk Hakları Komitesi önünde Beyan (*ibid.*, § 183); Filipinler, BM Çocuk Hakları Komitesi’ne Ön Rapor (*ibid.*, § 184).

eder.⁴³ Öte yandan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de istisnayı “çocuğun kendi yüksek Yararı”nın gerektirdikleri çerçevesinde ifade eder.⁴⁴

Avustralya, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi onaylarken, “çocukların aileleri ile ilişkilerini devam ettirebilmesi yükümlülüğü” ile çatıştığı durumlarda çocukları ayrı alıkoymama hakkını saklı tutmuştur.⁴⁵ Birleşik Krallık, Kanada ve Yeni Zelanda da Sözleşme’yi onaylarken (ayrılığın “uygun” olmayacağı veya birlikte olmanın “karşılıklı olarak faydalı” olacağı durumlar için istisna getiren) benzer beyanlar yapmıştır.⁴⁶

Aile hayatına saygı şartı (bkz. Kural 105), aynı aileye mensup kişilerin bir arada barındırılması kuralını desteklemektedir.

İncelenen uygulamalar bu kuralın uygulaması açısından çocuk tanımı için yeknesak bir yaş sınırına işaret etmemektedir. Ek I.Protokol meseleyi açık bırakmakla birlikte mutlak asgari yaşı 15 olarak ima eder.⁴⁷ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme çocuğu “çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan” şeklinde tanımlar.⁴⁸ Ulusal mevzuatlar da bu farklılığı yansıtır; örneğin Ruanda’nın Hapishane Emri 18 yaşın altındaki tutukuların ayrı tutulmasını gerektirirken, Pakistan’ın Hapishaneler Kanunu böyle bir tedbiri 21 yaşın altındaki tutukular için öngörür.⁴⁹

Kural 121. – Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler çatışma bölgesinin dışındaki ve hijyen ve sağlıklarını gözetten bir mahalde tutulmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku

43 Ek I.Protokol, madde 77(4) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 148); BM Genel Sekreteri’nin Sirküleri, Kısım 8(f) (*ibid.*, § 163); Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Gençlerin Korunması İçin Kurallar, Kural 29 (*ibid.*, § 159).

44 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(c) (*ibid.*, § 149).

45 Avustralya, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin onaylanması sırasında beyan edilen çekince (*ibid.*, § 150).

46 Birleşik Krallık, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve çekinceler (*ibid.*, § 155); Kanada, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin onaylanması sırasında beyan edilen çekince (*ibid.*, § 151); Yeni Zelanda, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin onaylanması sırasında yapılan beyanlar ve çekinceler (*ibid.*, § 154).

47 Ek I.Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm. 39, § 379’da aktarılmıştır).

48 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 1.

49 Ruanda, *Hapishane Emri* (Cilt II, Alt-Bölüm. 37, § 179’da aktarılmıştır); Pakistan, *Hapishaneler Kanunu* (*ibid.*, § 177).

normu oluşturmaktadır. Sivillere ve savaş dışı kalmış kişilere insani muamele edilmesine dair temel güvence bu kuralı takviye etmektedir. (bkz. Kural 87).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler muharebe sahasının dışındaki ve hijyen ve sağlıklarını gözetilen bir mahalde tutulması gerektiğine dair kural Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nde belirtilmiştir.⁵⁰

Güvenli, sağlıklı ve hijyenik gözetim koşulları, çok sayıda askeri elkitabınca da şart koşulmuştur.⁵¹ Bu şart ayrıca çeşitli devlet mevzuatlarında da yer alır.⁵² Amerika Birleşik Devletleri 1991'de bir diplomatik notayla Irak'a, Iraklı savaş esirlerinin tehlikeye maruz bırakılmayıp, muharebe operasyonları esnasında zarar gelmesine karşı korunacakları güvencesini vermiştir.⁵³ Körfez Savaşı'ndaki operasyonlar hakkında BM Güvenlik Konseyi'ne verdiği bir raporda Amerika Birleşik Devletleri, Irak'ın koalisyon savaş esirlerini "uluslararası hukuku düpedüz göz ardı ederek" muharebeden kaynaklanan tehlikelere maruz bıraktığını iddia etmiştir.⁵⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol gözetimine alınanların sağlıklı ve hijyenik koşullarda tutulmasını ve enterne edilme ve tutukluluk yerlerinin çatışma bölgesine yakın yerlerde bulunmamasını şart koşar.⁵⁵ Ek olarak bu kurala, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin başka birçok belgede yer verilmiştir.⁵⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları bu kuralı içerir.⁵⁷ Çeşitli devletlerin mevzuatları gözetiminde güvenli, sağlıklı ve hijyenik koşulların sağlanmasını şart koşar.⁵⁸

50 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 22, birinci paragraf (*ibid.*, § 191) ve madde 23, birinci paragraf (*ibid.*, § 192); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 83, birinci paragraf (*ibid.*, § 193) ve madde 85, birinci paragraf (*ibid.*, § 194).

51 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 210), Arjantin (*ibid.*, §§ 198–199), Avustralya (*ibid.*, § 200), Belçika (*ibid.*, §§ 201–202), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 222–223), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 220–221), Fransa (*ibid.*, §§ 207–209), Hırvatistan (*ibid.*, § 206), Hollanda (*ibid.*, § 215), İspanya (*ibid.*, § 218), İsrail (*ibid.*, § 211), İsviçre (*ibid.*, § 219), İtalya (*ibid.*, § 212), Kamerun (*ibid.*, § 203), Kanada (*ibid.*, § 204), Kolombiya (*ibid.*, § 205), Madagaskar (*ibid.*, § 213), Mali (*ibid.*, § 214), Senegal (*ibid.*, § 217) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 216) askeri elkitapları.

52 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 224), Bangladeş (*ibid.*, § 225), İrlanda (*ibid.*, § 226) ve Norveç'in (*ibid.*, § 227) mevzuatları.

53 Amerika Birleşik Devletleri, Dışişleri Bakanlığı, Irak'a Diplomatik Nota (*ibid.*, § 229).

54 Amerika Birleşik Devletleri, BM Güvenlik Konsey Başkanı'na Mektup (*ibid.*, § 230).

55 Ek II.Protokol, madde 5(1)(b) ve (2)(c) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 195).

56 Örn. bkz., Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm IV, madde 4(6), (*ibid.*, § 196); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 8(b) (*ibid.*, § 197).

57 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 210), Arjantin (*ibid.*, § 199), Hırvatistan (*ibid.*, § 206), Hollanda (*ibid.*, § 215), İspanya (*ibid.*, § 218), İtalya (*ibid.*, § 212), Kamerun (*ibid.*, § 203), Kanada (*ibid.*, § 204), Kolombiya (*ibid.*, § 205), Madagaskar (*ibid.*, § 213), Senegal (*ibid.*, § 217) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 216) askeri elkitapları.

58 Örn. bkz., Azerbaycan'ın mevzuatı (*ibid.*, § 224).

ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına, kişilerin güvenli, sağlıklı ve hijyenik koşullarda tutulması kuralına saygı gösterme çağrısı yapmıştır.⁵⁹

Gözaltına alınma sırasındaki fena koşulların, gayri insani muamele teşkil edebileceğine de işaret edilmelidir (bkz. kural 90'a ilişkin yorum).

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Kural 122. – Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin şahsi eşyalarının yağmalanması yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural genel yağma yasağının bir uygulamasıdır (bkz. kural 52).

Uluslararası silahlı çatışmalar

Yağma yasağı, Lieber Kodu, Brüksel Beyannamesi ve Oxford Elkitabı'nda zaten kabul edilmiş olan, uluslararası teamül hukukunun eskiden beri var olan bir kuralıdır.⁶⁰ Yağma yasağı ilk olarak Lahey Düzenlemeleri'nde kodifiye edilmişti.⁶¹ Yağma (ya da talan), Birinci Dünya Savaşı'nın ardından oluşturulan Sorumluluğa Dair Komisyon'un Raporu'nda ve İkinci Dünya Savaşı'nı müteakiben kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme (Nürnberg) Şartı'nda savaş suçu olarak tespit edilmiştir.⁶² Üçüncü Cenevre Sözleşmesi şahsını korumak amacıyla olanlar dâhil şahsi eşya ve levazımın, savaş esirlerinin kendinde kalacağını belirtir ve Dördüncü

59 Örn. bkz., ICRC, Basın Duyurusu No. 1504 (*ibid.*, § 236), uluslararası olmayan bir silahlı çatışma bağlamında uygulama (*ibid.*, § 237), Angola'da Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Gösterilmesi Hakkında Memorandum (*ibid.*, § 238) ve Turkuaz Operasyonu'na Katılan Kuvvetlerin Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayetleri Hakkında Bilgi Notu (*ibid.*, § 239).

60 Lieber Kodu, madde 44 (Cilt II, Alt-Bölüm 16, § 470'te aktarılmıştır); Brüksel Beyannamesi, madde 18 ve 39 (*ibid.*, §§ 471–472); Oxford Elkitabı, madde 32(a) (*ibid.*, § 473).

61 Lahey Düzenlemeleri, madde 47 (*ibid.*, § 460).

62 Sorumluluğa Dair Komisyon Raporu (*ibid.*, § 475); UAM Şartı (Nürnberg), madde 6(b) (*ibid.*, § 465).

Cenevre Sözleşmesi enterne edilenlerin şahsi eşyalarını muhafaza etmelerine izin verir.⁶³ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ayrıca yağmayı da yasaklar.⁶⁴

Gözaltına alınanların soyulmasına dair yasak bazı askeri elkitaplarında yer alır.⁶⁵ Gözaltına alınanların soyulması birçok devletin mevzuatına göre suç teşkil eder.⁶⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca yağma, savaş suçlarından biridir.⁶⁷ Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1995 tarihli *Tadić Davası*'nda sanık, ele geçirilen kişilerin şahsi mallarını talan etmekle itham edilmiş fakat bu suçtan delil yetersizliğinden beraat etmiştir.⁶⁸ Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1998 tarihli *Delalić Davası*'nda ise sanıklardan ikisi, Čelebići esir kampında gözaltına alınan kişilere ait para, saat ve diğer değerli mallarını talan etmekle itham edilmişti. Ancak İlk Derece Dairesi, alınan malların "hukuka aykırı olarak el konmasının mağdurlar açısından ağır sonuçları olmasına yetecek kadar nakdi değerinin olduğuna" dair delilin olmadığı ve dolayısıyla uluslararası insancıl hukukun ihlalinin "ciddi" olduğuna karar veremeyeceği gerekçesiyle iddiayı reddetmiştir.⁶⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol madde 4 özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin soyulmasını yasaklar.⁷⁰ Bu tür soygun, Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin Statüleri uyarınca savaş suçudur.⁷¹ BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulması hakkındaki raporunda, Ek I.Protokol madde 4'ün ihlallerinin uluslararası teamül hukukuna göre suç olduklarını belirtmiştir.⁷² Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka ri-

63 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 18 (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 241'de aktarılmıştır); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 97 (*ibid.*, § 242).

64 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 33, ikinci paragraf (Cilt II, Alt-Bölüm 16, § 466'da aktarılmıştır).

65 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 247'de aktarılmıştır), Hollanda (*ibid.*, § 246) ve Kanada'nın (*ibid.*, § 245), askeri elkitapları.

66 Örn. bkz., Avustralya (*ibid.*, § 249), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 270–271), Bulgaristan (*ibid.*, § 250), Çad (*ibid.*, § 251), El Salvador (*ibid.*, § 255), Irak (*ibid.*, § 257), İrlanda (*ibid.*, § 258), İspanya (*ibid.*, §§ 268–269), İtalya (*ibid.*, § 259), Kolombiya (*ibid.*, § 253), Küba (*ibid.*, § 254), Nijerya (*ibid.*, § 263), Nikaragua (*ibid.*, §§ 261–262), Norveç (*ibid.*, § 264), Paragvay (*ibid.*, § 265), Peru (*ibid.*, § 266), Singapur (*ibid.*, § 267), Şili (*ibid.*, § 252), Venezuela (*ibid.*, § 272), Yemen (*ibid.*, § 273), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 260) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, § 256) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 248).

67 ICTY Statüsü, madde 3(e) (Cilt II, Alt-Bölüm 16, § 480'de aktarılmıştır).

68 ICTY, *Tadić Davası*, Tadil Edilmiş İkinci İddianame ve Karar (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 279'da aktarılmıştır).

69 ICTY, *Delalić Davası*, Ön İddianame ve Karar (*ibid.*, § 281).

70 Ek I.Protokol, madde 4(2)(g) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 243).

71 ICTY Statüsü, madde 3(e) (Cilt II, Alt-Bölüm 16, § 480'de aktarılmıştır); ICTR Statüsü, madde 4(f) (*ibid.*, § 482); Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin Statüsü, madde 3(f) (*ibid.*, § 469).

72 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına ilişkin rapor (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 276'da aktarılmıştır).

yet etmeleri hakkındaki BM Genel Sekreterlik Bülteni de askeri operasyonlara iştirak etmeyen veya artık iştirak etmeyen herhangi bir kişinin soyulmasını yasaklar.⁷³

Gözaltına alınanların soyulması birçok devletin mevzuatı uyarınca suçtur.⁷⁴

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki *Jelisić Davası*nda sanık Mahkeme Statüsü'nün 3(e) maddesi uyarınca savaş kuralları ve adetlerine aykırı şekilde özel malların yağmalamakla itham edilmiş ve sanık, Bosna Hersek'teki Luka kampına geldiklerinde gözaltına alınanlardan para, saat, mücevher ve sair değerli eşya çalma suçunu kabul etmiştir.⁷⁵

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Askeri elkitaplarında yer alan uygulama bu kuralın, gözaltına alınanların kişisel eşyalarının hukuka aykırı olarak elkoyma amacıyla alınmasını yasakladığını göstermektedir. Silah ve diğer askeri donanım gibi, askeri operasyonlarda kullanılacak eşyaların ganimet olarak alınmasını uluslararası silahlı çatışmalarda yasaklamamaktadır (bkz. kural 49).

Üçüncü Cenevre Sözleşmesi miğfer, gaz maskesi ve şahıslarını korumak amacıyla kendilerine verilmiş olan benzer eşyanın savaş esirlerinin kendilerinde kalacağını belirtir. Ayrıca, savaş esirlerinin üzerinde bulunan paraların alınması ve emaneti için ve kıymetli eşyanın güvenlik sebepleriyle kendilerinden alınmasına ilişkin özel bir usul belirler.⁷⁶ Enterne edilen sivillerin üzerlerinde bulunan paraların, çeklerin, kıymetli evrak ve diğer kıymetli eşyanın alınması ve emanetine ilişkin benzer bir usul, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nde belirlenmiştir.⁷⁷

73 BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 7.2 (*ibid.*, § 244).

74 Örn. bkz., İspanya (*ibid.*, §§ 268–269), Kolombiya (*ibid.*, § 253), Nijerya (*ibid.*, § 263), Nikaragua (*ibid.*, § 262), Singapur (*ibid.*, § 267), Venezuela (*ibid.*, § 272), Yemen (*ibid.*, § 273) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 260) mevzuatları; ayrıca Bkz. Bulgaristan (*ibid.*, § 250), İtalya (*ibid.*, § 259), Nikaragua (*ibid.*, § 261) Paraguay (*ibid.*, § 265) ve Peru'nun (*ibid.*, § 266) uluslararası olmayan çatışma zamanında da uygulanmaktan hariç tutulmamış mevzuatları, ve Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 248).

75 ICTY, *Jelisić Davası*, Ön İddianame ve Karar (*ibid.*, § 280).

76 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 18 (*ibid.*, § 241).

77 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, madde 97 (*ibid.*, § 242).

Kural 123. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere ilişkin şahsi bilgiler kaydedilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım F.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural hem zorla kaybettirme yasağı ile (bkz. kural 98) hem de kayıp kişiler hakkında izahat verme yükümlülüğü ile (bkz. kural 117) örtüşür. O kurallara ilişkin olarak bir araya getirilen uygulamalar, bu kuralı destekler ve gözaltına alınanlarla ilgili bilgilerin kaydedilmesi şartının hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda teamül hukuku olduğu sonucuna varılmasına izin verir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Bu kural ilk defa, her bir savaş esiri hakkında bilgi almak ve vermek üzere ulusal istihbarat bürolarının kurulmasını öngören Lahey Düzenlemeleri'nde kodifiye edilmiştir.⁷⁸ Bu büroların kurulmasını, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi (savaş esirlerine ilişkin olarak) ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi (düşman vatandaşlarına ve enterne edilen sivillere ilişkin olarak) de zorunlu tutar.⁷⁹ Bu son iki Sözleşme'de ayrıca, ulusal istihbarat bürolarının arasında bilgi teatisinin sağlanması için ICRC bünyesinde bir Merkez İstihbarat Ajans kurulmasına yönelik hükümler vardır.⁸⁰ İlâveten, uluslararası silahlı çatışmalarda Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri uyarınca, ICRC'nin gözaltındakilere erişmesine izin verme ve kişisel bilgilerini verme yükümlülüğü vardır (bkz. kural 124).⁸¹

Birçok askeri elkitabı, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere ilişkin bilgilerin kaydedilmesi yükümlülüğünü belirtir.⁸² Bu, bazı devletlerin mevzuatında da

78 Lahey Düzenlemeleri, madde 14, ilk paragraph (*ibid.*, § 284).

79 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 122 (*ibid.*, § 286); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 136 (*ibid.*, § 288).

80 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 123 (*ibid.*, § 287); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 140 (*ibid.*, § 288).

81 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 125 (*ibid.*, § 353) ve madde 126 (*ibid.*, § 351); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 142 (*ibid.*, § 353) ve madde 143 (*ibid.*, § 351).

82 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 311), Arjantin (*ibid.*, § 301), Avustralya (*ibid.*, § 302), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 324), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 323), Burkina Faso (*ibid.*, § 303), El Salvador (*ibid.*, § 308), Endonezya (*ibid.*, § 313), Fas (*ibid.*, § 317), Fransa (*ibid.*, §§ 309–310), Hindistan (*ibid.*, § 312), Hollanda (*ibid.*, § 318), İspanya (*ibid.*, § 321), İsviçre (*ibid.*, § 322), Kamerun (*ibid.*, §§ 304–305), Kanada (*ibid.*, § 306), Kongo (*ibid.*, § 307), Madagaskar (*ibid.*, § 315), Mali (*ibid.*, § 316) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 319) askeri elkitapları.

belirtilir.⁸³ Bu kural ayrıca resmi beyanlar ve raporlarda aktarılan uygulamalar tarafından da desteklenir.⁸⁴

Savaş esirlerinin korunması hakkındaki bir kararında 1969 tarihli 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nde ne olursa olsun, "uluslararası toplumun savaş esirlerine ilişkin olarak, tüm tutsaklar için kimlik tespiti ve hesap verme dâhil insani muamele edilmesini daima talep ettiğini" belirtmiştir.⁸⁵

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Kaydedilecek bilginin kapsamına ilişkin olarak devletin görevi, gözaltındakilerin kendilerinden veya yanlarındaki belgelerinden alınabilecek bilgi seviyesini aşamaz. Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'ne göre, savaş esirleri sorgulandıkları zaman ancak soyadını, adını, doğum tarihini, rütbesini ve sicil numarasını veya muadili bilgiyi vermekle yükümlüdür.⁸⁶

Uluslararası silahlı çatışmalarda, bu kurala istinaden kaydedilen bilgilerin diğer tarafa ve ICRC' deki Merkez İstihbarat Ajansı'na iletilmesi zorunludur.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere ilişkin şahsi bilgilerin kaydedilmesi yükümlülüğü, Kişilerin Zorla Kaybettirilmelerine Dair Inter-Amerikan Sözleşmesi'nde ve Dayton Anlaşmaları'na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma'da belirtilmiştir.⁸⁷ İlâveten, eski Yugoslavya'daki ve Filipinler'deki çatışmaların taraflarının arasında yapılan çeşitli anlaşmalar da bunu içerir.⁸⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları, gözaltına alınanlara ilişkin şahsi bilgilerin kaydedilmesini

83 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 326), Bangladeş (*ibid.*, § 327), Çin (*ibid.*, § 328), İrlanda (*ibid.*, § 329) ve Norveç'in (*ibid.*, § 330) mevzuatları.

84 Örn. bkz., Birleşik Krallık'ın beyanı (*ibid.*, § 334) ve İsrail'in rapor edilen uygulaması (*ibid.*, § 333).

85 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XI (*ibid.*, § 340).

86 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 17.

87 Kişilerin Zorla Kaybettirilmelerine Dair Amerikalılararası Sözleşme, madde XI (*ibid.*, § 289); Dayton Anlaşmaları'na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma, madde IX (*ibid.*, § 290).

88 Örn. bkz., Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma, para. 3 (*ibid.*, § 294); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasındaki 22 Mayıs 1992 tarihli Anlaşma'nın Uygulanması hakkında 2 No.lu Anlaşma, para. 2 (*ibid.*, § 295); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında ICRC Eylem Planı'na İlişkin 3 No.lu Anlaşma, Kısım IV (*ibid.*, § 296); Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 6(2) (*ibid.*, § 297); Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm IV, madde 3 (*ibid.*, § 298).

zorunlu kılar.⁸⁹ Resmi beyanlar ve raporlarda aktarılan uygulamalar da bu kuralı destekler.⁹⁰

Kosova'daki insan haklarının durumu hakkında 1999 tarihli bir kararında BM Genel Kurulu, Yugoslavya'nın temsilcilerinin "Kosova'dan gözaltına alınmış ve nakledilmiş tüm kişilerin güncel bir listesini, eğer varsa her birinin gözaltına alındığı suçu da belirterek, sunmasını" talep etmiştir.⁹¹ Gözaltına alınanlara ilişkin şahsi bilgilerin kaydedilmesi şartı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin başka birçok belgede de yer alır.⁹²

Eğer bu kuralın amacı, yukarıda belirtildiği gibi, hiç kimsenin kaybolmamasının veya zorla kaybettirilmemesinin temin edilmesi ise, o zaman bu kurala uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da aynı şekilde uyulmalıdır. Bu açıdan, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi "gözaltına alınma tarihi, zamanı ve yeri, gözaltına alınanın ismi ve gözaltına alma sebebi gibi hususların işlendiği kayıtların Olmaması"nın özgürlük ve güvenlik hakkının amacıyla bağdaşmaz olduğuna hükmetmiştir.⁹³ Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu çeşitli ülkelere "gözaltına alınan her kişinin sayılması ve böylece akrabalarının ve ilgili diğer kişilerin, herhangi bir tutuklamayı derhal öğrenebilmesi için" merkezi sicillerin oluşturulmasını tavsiye etmiştir.⁹⁴

ICRC bu kurala riayet için sürekli olarak, örneğin Bosna Hersek'te 1992'deki çatışma bağlamında, çağrıda bulunmuştur.⁹⁵

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

89 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 311), Avustralya (*ibid.*, § 302), El Salvador (*ibid.*, § 308), Hindistan (*ibid.*, § 312), Madagaskar (*ibid.*, § 315) ve Senegal'in (*ibid.*, § 320) askeri elkitapları.

90 Örn. bkz., Botsvana'nın beyanı (*ibid.*, § 332) ve iki devletin uygulaması (*ibid.*, §§ 335-336).

91 BM Genel Kurulu, Karar 54/183 (*ibid.*, § 337).

92 Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, Kural 7 (*ibid.*, § 291); Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 8 (*ibid.*, § 292); Her Tür Gözaltındaki veya Hapisteki Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, İlke 16 (*ibid.*, § 293); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 8(a) (*ibid.*, § 300).

93 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, *Kurt Türkiye'ye Karşı* (*ibid.*, § 341).

94 Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu, *Yıllık Rapor 1980-1981* ve Arjantin, Peru ve Şili'deki insan haklarının durumu hakkında Raporlar (*ibid.*, § 342).

95 ICRC, Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tüm Taraflarına Resmi Çağrı (*ibid.*, § 346).

Kural 124. –

- A. Uluslararası silahlı çatışmalarda özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin gözaltı koşullarını tahkik etmek ve bu kişileri aileleriyle tekrar ilişkiye geçirmek amacıyla, bu kişilere ICRC'nin düzenli olarak erişmesine izin verilmelidir.
- B. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, çatışmaya ilişkin sebeplerden dolayı özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin gözaltı koşullarını tahkik etmek ve bu kişileri aileleriyle tekrar ilişkiye geçirmek amacıyla onları ziyaret etmeye yönelik olarak ICRC, çatışmanın taraflarına hizmetlerini arz edebilir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kurallar, sırasıyla, uluslararası silahlı çatışmalarda ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası teamül hukuku normları oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası silahlı çatışmalarda ICRC'nin gözaltındakileri ziyaret hakkı Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nde belirtilmiştir.⁹⁶ Bu hükümler uyarınca, ICRC'nin ziyaret etmeyi istediği yerleri seçmekte tam bir serbestisi vardır ve gözaltındakilerle şahitsiz olarak görüşebilmelidir. Bu ziyaretlerin süresi ve sayısı kısıtlanamaz. Fakat Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'ne göre, ziyaretler ancak mücbir askeri zaruretler halinde ve yalnız istisnai ve geçici bir tedbir olarak reddedilebilir.⁹⁷ ICRC'nin özgürlüğünden mahrum bırakılan kişileri ziyaret hakkı diğer başka antlaşmalar ve belgelerde de tanınmıştır.⁹⁸

Birçok askeri elkitabı ICRC'nin gözaltına alınanları ziyaret etme hakkını tanıır.⁹⁹ Resmi beyanlar ve diğer uygulamalar bu hakkı desteklenmektedir.¹⁰⁰ Tüm dünyada

96 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 126 (*ibid.*, § 351); IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 76, altıncı paragraf, ve madde 143 (*ibid.*, § 351).

97 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 126 (*ibid.*, § 351).

98 Dayton Anlaşmaları'na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma, madde IX (*ibid.*, § 356); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 8(g) (*ibid.*, § 365).

99 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 366), Belçika (*ibid.*, § 367), Benin (*ibid.*, § 368), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 380 ve 382–383), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 379 ve 381), Ekvator (*ibid.*, § 370), El Salvador (*ibid.*, § 371), İspanya (*ibid.*, § 375), İsrail (*ibid.*, § 372), İsveç (*ibid.*, § 376), İsviçre (*ibid.*, § 377), Kanada (*ibid.*, § 369), Madagaskar (*ibid.*, § 373), Togo (*ibid.*, § 378) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 374) askeri elkitapları.

100 Örn. bkz., Birleşik Krallık (*ibid.*, § 397) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 399–401) beyanları, Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 397–398) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 400–401) uygulamaları ve Lübnan'ın rapor edilen uygulaması (*ibid.*, § 393).

uluslararası çatışmalardan etkilenen ülkelerde ICRC'nin savaş esirlerine, gözaltına alınan sivillere, güvenlik nedeniyle gözaltına alınanlara düzenli olarak yaptığı ziyaretler de bunu teyit eder.

ICRC'nin silahlı çatışma mağdurlarının yararına çalışmaları hakkında 1981'de kabul edilen bir kararında 24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, "Batı Sahra, Ogaden ve daha sonra Afganistan'daki silahlı çatışmalarda ele geçirilen muhariplere ve gözaltına alınan sivillere ICRC'nin erişiminin reddedilmesi" durumunu kınamıştır.¹⁰¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan çatışmalarda gözaltına alınanlara ICRC'nin erişimini gerektiren özel bir antlaşma hükmü bulunmamaktadır. Ancak, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesine binaen, ICRC çatışmanın taraflarına "hizmetlerini arz edebilir".¹⁰² 1986'da 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nda konsensüsle kabul edilen Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzükleri'ne göre, ICRC'nin rolü şöyle belirtilir:

- insancıl görevini özellikle uluslararası ve diğer silahlı çatışmalar veya iç karışıklık zamanlarında yürüten tarafsız bir kurum olarak – bu tür olayların ve bunların doğrudan sonuçlarının askeri ve sivil mağdurlarının himayesini ve onlara yardımı temin etmeye daima çaba göstermek.¹⁰³

Buna binaen ICRC uluslararası olmayan çatışmalarla bağlantılı olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilere erişmeyi sistematik olarak talep etmekte ve örneğin Cezayir, Afganistan, Çeçenistan, El Salvador, Nikaragua, Nijerya, Ruanda ve Yemen'deki çatışmalarda olduğu gibi, bu erişim genellikle verilmektedir.¹⁰⁴ Koşullar genellikle, eski Yugoslavya'daki çatışmalar bağlamında yapılan anlaşmalar ve Tacikistan'daki Esir Teatisine İlişkin Aşkabat Protokolü gibi resmi anlaşmalarla belirlenmektedir.¹⁰⁵ Ayrıca silahlı muhalif grupların ve ayrılıkçı birimlerin ICRC'ne,

101 24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IV (*ibid.*, § 435); ayrıca Bkz. 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX ve 22. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar I.

102 Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 3(Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 354'te aktarılmıştır).

103 Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzükleri, madde 5(2)(d) (*ibid.*, § 358).

104 Örn. bkz., El Salvador (*ibid.*, § 390), Rusya (*ibid.*, § 395) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 396) uygulamaları ve Afganistan (*ibid.*, § 388) ve Yemen'in (*ibid.*, § 403) rapor edilen uygulaması; ayrıca Bkz. François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC, Geneva, 2003, s. 632–648 (diğerlerinin yanısıra Cezayir, El Salvador, Nikaragua ve Nijerya'daki çatışmalardan örneklerin tasviri için).

105 Yunan Hükümeti ve ICRC arasında Anlaşma (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 357'de aktarılmıştır); Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma, para. 4 (*ibid.*, § 360); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında ICRC Eylem Planı'na İlişkin 3 No.lu Anlaşma, Kısım IV (*ibid.*, § 361); Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 8 (*ibid.*, § 362); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.4 (*ibid.*, § 363); Tacikistan'daki Esir Teatisine İlişkin Aşkabat Protokolü, para. 5 (*ibid.*, § 364).

gözetiminde tutulan kişilere erişim imkânı verdiği çok sayıda örnek de bulunmaktadır.¹⁰⁶

BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun yanı sıra Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı da, özellikle Afganistan, Çeçenistan, Ruanda, Tacikistan ve eski Yugoslavya'daki uluslararası olmayan bazı silahlı çatışmalar bağlamında, gözetimdekilere ICRC erişimini talep etmiştir.¹⁰⁷ BM Güvenlik Konseyi 1995'te, Bosnalı Sırp tarafın gözetimdekilere erişime dair taahhütlerine uymamasını "en sert bir dille" kınamıştır.¹⁰⁸

1986'da kabul ettiği bir kararında 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, silahlı çatışmalardaki taraflara "uluslararası insancıl hukuk tarafından düzenlenen silahlı çatışmalardaki tüm esirlere ICRC'nin düzenli olarak erişebilmesine izin verme" çağrısı yapmıştır.¹⁰⁹

ICRC ziyaretlerinin amacı, zorla kaybettirmelerin, yargı dışı infazların, işkence ve diğer zalimane, gayrı insani veya aşağılayıcı muamele veya cezanın önlenmesi dâhil olmak üzere uluslararası teamül hukukunun mevcut diğer kurallarının icra edilmesi, gözetim koşullarının denetlenmesi ve ICRC'nin mesajları aracılığıyla ailelerle bağlantının yeniden tesis edilmesidir.

Binaenaleyh, ICRC'nin, uluslararası olmayan bir silahlı çatışma bağlamında özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişileri ziyaret arzı, iyi niyetle incelenmeli ve keyfi olarak reddedilmemelidir.¹¹⁰

Koşullar

Gözetimdekilere erişim izni verildiğinde ICRC bunları, yerleşmiş bazı ameli ilkelere uygun olarak ziyaret eder. ICRC, ziyaretleri aşağıdakilerin dâhil olduğu standart şart ve koşullar çerçevesinde gerçekleştirir:

- silahlı çatışmaya ilişkin sebeplerle özgürlüklerinden mahrum bırakılmış tüm kişilere, gözetimin tüm safhalarında ve tutuldukları tüm yerlerde erişim;
- kendi seçtiği gözetimdeki kişilerle özel olarak ve rahatça konuşma imkânı;
- özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin kimliklerini kaydetme imkânı;

106 Örn. bkz., silahlı muhalif grupların ve ayrılıkçı birimlerin rapor edilen uygulamaları (*ibid.*, §§ 452-465).

107 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 770 ve 771 (*ibid.*, § 411), Karar 968 (*ibid.*, § 412), Karar 1009 (*ibid.*, § 413), Karar 1010 (*ibid.*, § 414) ve Karar 1019 ve 1034 (*ibid.*, § 415); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 416); BM Genel Kurulu, Karar 46/242 (*ibid.*, § 418); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1998/70 (*ibid.*, § 419); BM İnsan Hakları Komisyonu, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 420); Avrupa Parlamentosu, Çeçenistan'daki insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri hakkında karar (*ibid.*, § 428); AGİT, Daimi Konsey, Çeçenistan hakkında Karar (*ibid.*, § 431).

108 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1019 (*ibid.*, § 415).

109 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar I (*ibid.*, § 436).

110 Ayrıca Bkz. Yves Sandoz, "Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-Rouge", *German Yearbook of International Law*, c. 22, 1979, s. 352-373.

- ziyaretlerini düzenli olarak tekrarlama imkânı;
- bir akrabalarının gözüne alındığından ailesini haberdar etme ve gerektiğinde, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler ile ailelerinin birbirlerinden haber almalarını sağlama yetkisi.¹¹¹

Bu ameli ilkeler, ICRC'nın bu alandaki eskiden beri gelen uygulamasının sonucudur ve amaçları, bu ziyaretlerin insancıl hedeflerine ulaşmasıdır. ICRC bu ilkelere, gerek uluslararası silahlı çatışmalardaki (ki, bu koşulların bazıları Cenevre Sözleşmeleri'nde açıkça belirtilmiştir) gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki ziyaretleri için elzem koşullar olarak görmektedir.

Kural 125. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin, sıklığına ilişkin makul koşullara ve yetkilerin sansüründen geçmesi ihtiyacına tabi olmak kaydıyla, aileleriyle haberleşmelerine izin verilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım H.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Haberleşme kesinlikle kişisel nitelikte olmalıdır, yani hiç bir şekilde askeri veya siyasi meselelere ilişkin olmamalıdır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin aileleriyle haberleşmesine izin verilmesini gerektiren kural Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nde belirlenmiştir.¹¹² Sivillere ilişkin olarak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 5. maddesi uygun olarak bu hakka aykırı tedbirler almak mümkündür.¹¹³ Bu hak ayrıca, Vietnam'daki Savaşın Sona Erdirilmesi ve Barışın Yeniden Tesisine İlişkin Anlaşma'nın bir protokolü ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme dâhil olmak üzere başka antlaşmalarda da tanınmıştır.¹¹⁴

111 ICRC uygulamasına Bkz. (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 441'de aktarılmıştır).

112 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 70 (*ibid.*, § 466) ve madde 71 (*ibid.*, § 467); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 106 (*ibid.*, § 466) ve madde 107 (*ibid.*, § 467).

113 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 5.

114 Viet-Nam'daki Savaşın Sona Erdirilmesi ve Barışın Yeniden Tesisine İlişkin Anlaşma'nın Ele Geçirilmiş Askeri Personel ve Yabancı Sivillerin ve Ele Geçirilmiş ve Gözüne Alınmış Vietnamlı Sivil Personelin İadesine İlişkin Protokolü, madde 8 (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 469'da aktarılmıştır); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(c) (*ibid.*, § 471).

Birçok askeri elkitabı özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin aileleriyle haberleşmesi hakkını verir.¹¹⁵ Bu hak bazı devletlerin mevzuatında da yer alır.¹¹⁶ Ayrıca resmi beyanlarda ve diğer uygulamalarda bu hak kabul edilmiştir.¹¹⁷

20. ve 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, gözaltındakilerin aileleriyle haberleşmesi hakkını tanıyan kararlar kabul etmiştir.¹¹⁸

İran-İrak Savaşı bağlamında ICRC, 1 Mart 1983 itibarıyla 6800 adet İranlı savaş esirini kaydettiğini ve bu esirlerin “aileleriyle tatminkâr biçimde haberleşebildiklerini” bildirmiştir.¹¹⁹ Körfez Savaşı sırasında Amerika Birleşik Devletleri, Irak’ın, “70. madde ile izin verilen haberleşme hakkı gibi” Üçüncü Cenevre Sözleşmesi ile savaş esirlerine tanınan hakları kullandırmayı reddetmesini kınamıştır.¹²⁰

Hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, yetkililerin işbirliği ile gözaltındakilerle aileleri arasında “Kızılhaç Mesajları” şeklinde haberleşmeyi kolaylaştırmanın ICRC’nin düzenli uygulaması olduğu da belirtilmelidir. Örneğin Hindistan ile Pakistan arasında 1981’deki çatışmanın ardından ICRC, savaş esirleriyle aileleri arasında 15 milyon mesajın değiş-tokuşunu kolaylaştırmıştır.¹²¹ Daha yakın zamanda, 1991’de Körfez Savaşı sırasında, ICRC, gözaltındakiler tarafından gönderilen 683 adet ve gözaltındakilerin aldığı 12.738 adet Kızılhaç mesajı kaydetmiştir. Etiyopya ile Eritre arasındaki çatışma sırasında 1998’den 2002’e dek, gözaltındakiler, Eritre ve Etiyopya arasındaki 12 Aralık 200 tarihli Barış Anlaşması’ndan sonrakiler dâhil olmak üzere, 64.620 Kızılhaç mesajı göndermiş, 55.025 mesaj almıştır.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II. Protokol, enterne edilmiş veya gözaltına alınmış kişilere “mektup ve kart yollama izni verilecektir, bunların sayısı yetkili kurumlarca gerekli görüldüğü

115 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 488), Arjantin (*ibid.*, §§ 475–476), Avustralya (*ibid.*, § 477), Belçika (*ibid.*, § 478), Benin (*ibid.*, § 479), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 503–505), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 501–502), Fransa (*ibid.*, §§ 486–487), Hırvatistan (*ibid.*, § 485), Hollanda (*ibid.*, §§ 491–492), İspanya (*ibid.*, § 498), İsrail (*ibid.*, § 489), İsviçre (*ibid.*, § 499), Kamerun (*ibid.*, §§ 480–481), Kanada (*ibid.*, § 482), Kolombiya (*ibid.*, §§ 483–484), Madagaskar (*ibid.*, § 490), Nijerya (*ibid.*, § 495), Nikaragua (*ibid.*, § 494), Romanya (*ibid.*, § 496), Senegal (*ibid.*, § 497), Togo (*ibid.*, § 500) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 493) askeri elkitapları.

116 Örn. bkz., Azarbaycan (*ibid.*, § 506), Bangladeş (*ibid.*, § 507), İrlanda (*ibid.*, § 508), Norveç (*ibid.*, § 509) ve Ruanda’nın (*ibid.*, § 510) mevzuatları.

117 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri’nin beyanı (*ibid.*, § 515) ve Fransa’nın uygulaması (*ibid.*, § 513).

118 20. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXIV (*ibid.*, § 519); 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XI (*ibid.*, § 520).

119 ICRC, Irak ve İran arasındaki Çatışma: ICRC Talebi (*ibid.*, § 523).

120 Amerika Birleşik Devletleri, Savunma Bakanlığı’nın Basra Körfezi Savaşı’nın İdaresine İlişkin Nihai Raporu (*ibid.*, § 515).

121 François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC, Cenevre, 2003, s. 565.

durumlarda sınırlandırılabilir” hükmünü içerir.¹²² Haberleşme hakkı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin diğer belgelerde de belirtilir.¹²³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları, özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin aileleriyle haberleşme hakkını belirtir.¹²⁴ Ulusal mevzuat ve raporlarda aktarılan uygulamalar, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında bu kuralı daha da destekler.¹²⁵

Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da teamül hukuku olduğu sonucu, ICRC’nin silahlı çatışmanın niteliği ne olursa olsun ziyaretlerinin bir koşulu olarak şart koştuğu Kızılhaç mesajı değişik tokuşu uygulaması ile daha da güçlenir. Örneğin 1996-2002 arasında Sri Lanka’daki çatışma sırasında, gözaltındakiler tarafından 18.341 Kızılhaç mesajı gönderilmiş ve 10.632 mesaj alınmıştır. Aynı süre içinde, Liberya’daki çatışmada gözaltındakiler tarafından 2.179 Kızılhaç mesajı gönderilmiş ve 2.726 mesaj alınmıştır. Kolombiya’da, yine aynı süre içinde, gözaltındakiler tarafından 2.928 Kızılhaç mesajı gönderilmiş ve 3.436 mesaj alınmıştır.

Ayrıca, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin aileleriyle haberleşmesine izin verme yükümlülüğünün, aile hayatına saygı gösterme şartıyla (bkz. kural 105) da uyumluluğu, bu kuralın hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda saygı görmesi gerektiğine delalet eder.

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

122 Ek II.Protokol, madde 5(2)(b) (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 470’te aktarılmıştır).

123 Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, Kural 37 (*ibid.*, § 472); Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 43(1) (*ibid.*, § 473); Her Tür Gözaltındaki veya Hapisteki Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, İlke 15 (*ibid.*, § 474).

124 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 488), Avustralya (*ibid.*, § 477), Benin (*ibid.*, § 479), Hırvatistan (*ibid.*, § 485), Kanada (*ibid.*, § 482), Kolombiya (*ibid.*, §§ 483-484), Madagaskar (*ibid.*, § 490), Nikaragua (*ibid.*, § 494), Senegal (*ibid.*, § 497), Togo (*ibid.*, § 500) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 493) askeri elkitapları.

125 Örneğin bkz., Azarbecyan (*ibid.*, § 506) ve Ruanda’nın (*ibid.*, § 510) mevzuatları ve Malezya (*ibid.*, § 514) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 516) rapor edilen uygulamaları.

Kural 126. Enterne edilen siviller ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilişkili olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılanların, icrası kabil olduğunca, başta yakın akrabalarının ziyareti olmak üzere, ziyaretçi kabul etmelerine için izin verilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım I.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural, ICRC delegelerinin ziyaretleriyle (bkz. kural 124), adil yargılanma güvencesinin bir parçası olarak avukat ziyaretleriyle (bkz. Kural 100) ve manevi yardım almalarının bir parçası olarak dini personelin ziyaretleriyle (bkz. Kural 127) ilgili değildir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası bir silahlı çatışmayla bağlantılı olarak enterne edilen sivillerin “başta yakınlarının ziyaretleri olmak üzere, muntazam fasılalarla ve kabil olduğu kadar sık ziyaretler kabul etme” hakkı, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nde tanınmıştır.¹²⁶ Sözleşme uyarınca, bu hükümdeki haklardan mahrum bırakma mümkündür.¹²⁷

Bazı askeri elkitapları, enterne edilen sivillerin, başta yakın akrabaları olmak üzere ziyaretçi kabul etme hakkını belirtir.¹²⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki uygulamalar özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin aile fertlerinin ziyaretlerine icrası kabil olduğunca izin verilmesi gerektiğini gösterir. Bu uygulamalar, özgürlüğünden mahrum bırakılan her çocuğun “istisnai durumlar hariç olmak üzere, ailesi ile ... görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip” olacağını düzenleyen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’den oluşur.¹²⁹ Filipinler’in Uluslararası İnsancıl Hukuka ve İnsan Haklarına Riayete dair Ortak Sirküler’i ve bazı devletlerin mevzuatları, örneğin Ruanda’nın Hapishane Emri, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere ziyaretçi kabul etme hakkı verir.¹³⁰

126 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 116, ilk paragraf (*ibid.*, § 525).

127 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 5.

128 Örn. bkz., Arjantin (Cilt II, Alt-Bölüm 37, §§ 531–532’de aktarılmıştır), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 535), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 534) ve Filipinler’in (*ibid.*, § 533) askeri elkitapları.

129 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(c) (*ibid.*, § 526).

130 Filipinler, *Uluslararası İnsancıl Hukuka ve İnsan Haklarına Riayete dair Ortak Sirküler* (*ibid.*, § 533); Ruanda, *Hapishane Emri* (*ibid.*, § 536).

1999'da kabul edilen bir kararında BM Genel Kurulu, Kosova'daki çatışma bağlamında Yugoslavya'nın gözaltındakilerin aile ziyaretlerini kabul etmelerine izin verme koşuluna saygı göstermesini talep etmiştir.¹³¹ 1969 tarihli *Greek Davası*'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gözaltındakilere aile ziyaretlerine getirilen sert kısıtlamaları kınamıştır.¹³² 1993'te, Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu Peru'nun, Tupac Amaru Devrimci Hareketi üyesi olan tutukluların yakınlarının bu kişileri ziyaret etmesine izin vermesini tavsiye etmiştir.¹³³

Aile ziyaretlerine izin verme, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin başka bazı belgeler uyarınca da zorunludur.¹³⁴ Her Tür Gözaltındaki veya Hapisteki Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, gözaltındakilerin ziyaretçi kabul etme hakkının "kanunla veya kanuna uygun düzenlemelerle belirtilecek makul şartlara ve kısıtlamalara tabi" olduğunu düzenler.¹³⁵

ICRC, gerek uluslararası olan gerekse olmayan silahlı çatışmalarda, gözaltındakilerin ailelerinin ziyaretlerini kolaylaştırır. Örneğin 2002'de ICRC, birçoğu uluslararası olmayan nitelikteki çeşitli silahlı çatışmalarla (örneğin Gürcistan'da, Kolombiya'da, Kosova'da ve Sri Lanka'da) bağlantılı olarak gözaltına alınan 4.654 kişinin, toplamda 52.268 adet aile üyesi tarafından ziyaret edilmesini kolaylaştırmıştır. İlgili devletler genellikle bu tür ziyaretlerin icrası kabil olduğunda gerçekleşebilmesi ilkesini kabul etmektedir. Ne var ki, aile bireylerinin güvenliğini ve onurunu tehlikeye düşüren askeri operasyonlar, ICRC'nin aile ziyaretlerini kolaylaştırma çabalarına bazen mani olmaktadır.¹³⁶

Aile fertlerinin ziyaretleri, aile hayatına saygı gösterme koşuluna (bkz. Kural 105) dayandığı ölçüde, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da gerekli olmalıdır.

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

131 BM Genel Kurulu, Karar 54/183 (*ibid.*, § 542).

132 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Greek Davası* (*ibid.*, § 545).

133 İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, Peru'daki insan hakları durumuna dair rapor (*ibid.*, § 547).

134 Örn. bkz., Tutuklu ve Hükümlülere Yapılacak Muamele Hakkında Standart Minimum Kurallar, Kural 37 (*ibid.*, § 527); Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 43(1) (*ibid.*, § 528); Her Tür Gözaltındaki veya Hapisteki Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, İlke 19 (*ibid.*, § 529); İslam'da İnsan Haklarına dair Kahire Beyannamesi, madde 3(a) (*ibid.*, § 530).

135 Her Tür Gözaltındaki veya Hapisteki Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü, İlke 19 (*ibid.*, § 529).

136 Örn. bkz., ICRC, *Yıllık Rapor 2002*, Cenevre, 2003, s. 305.

Kural 127. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin şahsi inançlarına ve dini ibadetlerine saygı gösterilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım J.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural, inançlara ve dini ibadetlere saygı göstermeye ilişkin temel güvencenin (bkz. Kural 104) bir uygulamasıdır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Savaş esirlerinin dini ibadetlerini yerine getirme özgürlüğünün kabul edildiği ilk olarak Lahey Düzenlemeleri'nde kodifiye edilmiştir.¹³⁷ Savaş esirlerine ilişkin Üçüncü Cenevre Sözleşmesi ve sivillere ilişkin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi bu konuyu artık ayrıntılı olarak düzenlemektedir.¹³⁸ Ek I.Protokol de gözaltına alınanların inançlarına ve dini ibadetlerine saygı göstermeyi zorunlu kılar.¹³⁹

Gözaltına alınanların dini inanç ve ibadetlerine saygı gösterilmesine hakları, birçok askeri elkitabında bulunur.¹⁴⁰ Ayrıca bazı devletlerin mevzuatı da bunu içerir.¹⁴¹

Aleksovski Davası'nda Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, "gözaltındakilerin dini ayinlerini yerine getirmekte karşılaştıkları zorlukların, sanığın herhangi bir kasti uygulamasından ileri geldiği sabit olmadığından", sanığı gözaltındakilerin dini vecibelerini yerine getirmelerine mani olmaktan suçsuz bulmuştur.¹⁴²

137 Lahey Düzenlemeleri, madde 18 (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 550'de aktarılmıştır).

138 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 34 (*ibid.*, §§ 552–553) ve madde 35 (*ibid.*, § 554); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 76 (*ibid.*, § 555), madde 86 (*ibid.*, § 553) ve madde 93 (*ibid.*, §§ 552–554).

139 Ek I.Protokol, madde 75(1) (konsensüsle kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 32, § 368'de aktarılmıştır).

140 Örn. bkz., Arjantin (Cilt II, Alt-Bölüm 37, §§ 561–562'de aktarılmıştır), Almanya (*ibid.*, § 568), Avustralya (*ibid.*, § 563), Benin (*ibid.*, § 564), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 583–586), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 581–582), Ekvator (*ibid.*, § 567), Hollanda (*ibid.*, § 572), İspanya (*ibid.*, § 578), İsrail (*ibid.*, § 569), İsviçre (*ibid.*, § 579), İtalya (*ibid.*, § 570), Kanada (*ibid.*, § 565), Kolombiya (*ibid.*, § 566), Madagaskar (*ibid.*, § 571), Nikaragua (*ibid.*, § 574), Nijerya (*ibid.*, § 575), Romanya (*ibid.*, § 576), Senegal (*ibid.*, § 577), Togo (*ibid.*, § 580) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 573) askeri elkitabları.

141 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 587), Bangladeş (*ibid.*, § 588), İrlanda (*ibid.*, § 589), İtalya (*ibid.*, § 590) ve Norveç'in (*ibid.*, § 591) mevzuatları.

142 ICTY, *Aleksovski Davası*, Karar (*ibid.*, § 599).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol'ün 5. maddesi, özgürlükleri kısıtlanan kişilerin dini ibadetlerini yerine getirebilmelerini ve talepleri üzerine ve uygun görülürse manevi yardım alabilmelerini icap ettirir.¹⁴³ Protokol II'nin 4. maddesi de gözaltındakilerin inançlarına ve dini ibadetlerine saygı göstermeyi zorunlu kılar.¹⁴⁴ BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasıyla ilgili raporunda, Ek I.Protokol'ün 4. maddesinin ihlallerini uluslararası teamül hukukuna göre suç olarak nitelendirmiştir.¹⁴⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitapları, gözaltındakilerin dini ibadetlerini yerine getirme ve manevi yardım alma haklarını içerir.¹⁴⁶ Bu hak ayrıca kimi devletlerin mevzuatında da belirtilmiştir.¹⁴⁷

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Uygulama, şahsi inançların tezahürünün, kişinin dini ibadetlerini yerine getirmesinin ve manevi yardım almanın makul düzenlemelere tabi olabileceğini göstermektedir. Lahey Düzenlemeleri'nin 18. maddesi ile Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 34. maddesi savaş esirlerinin, düzen ve disiplin amaçlı askeri düzenlemelere riayet etmeleri şartıyla, dini ibadetlerini yerine getirmeye hakları olduğunu düzenler.¹⁴⁸ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ise enterne edilen siviller için aynı şekilde “zilyet makamlar tarafından tayin olunacak mutat inzibati tedbirlere riayet etmek şartıyla” dini ibadetlerini yerine getirmekte tamamiyle serbest bırakılacaklarını hükme bağlar.¹⁴⁹ Dahası, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri, alıkonulan veya enterne edilmiş dini personelin sansür kaydı saklı kalmak şartıyla, dini görevlerine ilişkin meseleler hakkında haberleşmelerine izin verilmesini gerektirir.¹⁵⁰

143 Ek II.Protokol, madde 5(1)(d) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 557).

144 Ek II.Protokol, madde 4(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 556).

145 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına dair Rapor (*ibid.*, § 596).

146 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 568), Benin (*ibid.*, § 564), Ekvator (*ibid.*, § 567), Hollanda (*ibid.*, § 572), İtalya (*ibid.*, § 570), Kanada (*ibid.*, § 565), Kolombiya (*ibid.*, § 566), Madagaskar (*ibid.*, § 571), Nikaragua (*ibid.*, § 574), Senegal (*ibid.*, § 577), Togo (*ibid.*, § 580) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 573) askeri elkitapları.

147 Örn. bkz., Azerbaycan'ın mevzuatı (*ibid.*, § 587).

148 Lahey Düzenlemeleri, madde 18 (*ibid.*, § 551); III.Cenevre Sözleşmesi, madde 34 (*ibid.*, § 552).

149 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 93 (*ibid.*, § 552).

150 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 35 (*ibid.*, §554); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 93 (*ibid.*, § 554).

Kural 128.-

- A. Savaş esirleri **filii muhasamatın sona ermesinden sonra vakit geçirmeden serbest bırakılmalı ve ülkelerine iade olunmalıdır.**
- B. **Enterne edilen siviller, enterne edilmelerini gerektiren sebepler ortadan kalkar kalkmaz ve en geç faal muhasamatın sonunda mümkün olduğunca süratle serbest bırakılmalıdır.**
- C. **Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmayla ilişkili olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler, özgürlüklerinden mahrumiyeti gerektiren nedenler ortadan kalkar kalkmaz serbest bırakılmalıdır.**

Belirtilen kişiler, cezai takibat altındaysa veya hukuka uygun olarak çarptırıldıkları mahkûmiyetleri devam etmekteyse, özgürlüklerinden mahrum bırakılmaya devam olunabilir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 37, Kısım K.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kurallar, sırasıyla, uluslararası silahlı çatışmalarda (A ve B) ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda (C) uygulanacak uluslararası teamül hukuku normları oluşturur. Gözaltındakileri, gözaltına alınma sebepleri ortadan kalktıktan sonra serbest bırakmayı reddetmek, özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma yasağını (bkz. Kural 99) ihlal edeceği gibi rehin alma (bkz. Kural 96) dahi teşkil edebilir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Lahey Düzenlemeleri savaş esirlerini barış yapıldıktan sonra mümkün olduğu kadar çabuk ülkelerine iade etme yükümlülüğünü düzenler.¹⁵¹ Üçüncü Cenevre Sözleşmesi de savaş esirlerinin faal muhasamatın sona ermesinden sonra vakit geçirmeden serbest bırakılmasını ve ülkelerine iadesini gerektirir.¹⁵²

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 132. maddesine göre enterne edilmiş her kişi, enterne edilmesini gerektiren sebep sona erer ermez serbest bırakılması gerekirken, madde 133 her halükarda, enterne edilmenin muhasamatın sonunda mümkün olduğunca süratle sona ermesi gerektiğini belirtir. Madde 132 çatışma taraflarını, muhasamat esnasında, özel ihtiyaçları olan belli kategorideki enternelerin (çocukların, hamile kadınların ve süt çocukları ve küçük çocukları olan annelerin, yaralıların

151 Lahey Düzenlemeleri, madde 20 (*ibid.*, § 604).

152 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 118 (*ibid.*, § 607).

ve hastaların ve uzun zamandır esarette kalmış enternelerin) serbest bırakılması, ülkelerine iadesi, ikamet yerlerine dönüşleri veya tarafsız bir ülkeye yerleştirilmeleri için anlaşmalar yapmaya teşvik eder.¹⁵³

“Savaş esirlerinin veya sivillerin ülkelerine geri gönderilmesinde haksız gecikme” Ek I.Protokol’ün ağır ihlalini teşkil eder.¹⁵⁴

Esirlerin faal muhasamatın sonunda ülkelerine iadesine dair temel yükümlülük, diğer başka anlaşmalarda da kabul edilmiştir.¹⁵⁵

Birçok askeri elkitabı, (faal) muhasamatın sona ermesini müteakip esirleri ülkelere iade etme yükümlülüğünü belirtir.¹⁵⁶ Esirlerin ülkelerine geri gönderilmesinde haksız gecikme birçok devletin mevzuatına göre suçtur.¹⁵⁷ Raporlarda aktarılan uygulamalar da bu kuralı destekler.¹⁵⁸ Birleşmiş Milletler ve başka uluslararası örgütler tarafından da bu birçok vesileyle teyit edilmiştir.¹⁵⁹

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı bazı vesilelerle bu kurala saygı daveti

153 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 132 (*ibid.*, § 608) ve madde 133 (*ibid.*, § 609).

154 Ek I.Protokol, madde 85(4)(b) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 615).

155 Panmunjom Mütareke Anlaşması, madde III(51)(a) (*ibid.*, § 611); Viet-Nam’daki Savaşın Sona Erdirilmesi ve Barışın Yeniden Tesisine İlişkin Anlaşma’nın Ele Geçirilmiş Askeri Personel ve Yabancı Sivillerin ve Ele Geçirilmiş ve Gözaltına Alınmış Vietnamlı Sivil Personelin İadesine İlişkin Protokolü, madde 4 ve 6 (*ibid.*, § 613); Bangladeş, Hindistan ve Pakistan arasında Tutsakların Ülkelerine İadesine dair Anlaşma (*ibid.*, § 614); Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına dair BDT Anlaşması, madde 4 (*ibid.*, § 618); Dayton Anlaşmaları’na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma, madde IX (*ibid.*, § 619); Etiyopya ve Eritre Arasında Barış Anlaşması, madde 2(1) ve (2) (*ibid.*, § 620).

156 Örn. Bkz. Almanya (*ibid.*, § 646), Arjantin (*ibid.*, §§ 638–639), Avustralya (*ibid.*, § 640), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 660–661), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 658–659), Fransa (*ibid.*, § 645), Güney Afrika (*ibid.*, § 655), Hırvatistan (*ibid.*, § 644), Hollanda (*ibid.*, § 651), İspanya (*ibid.*, § 656), İsrail (*ibid.*, § 648), İsviçre (*ibid.*, § 657), İtalya (*ibid.*, § 649), Kamerun (*ibid.*, § 642), Kanada (*ibid.*, § 641), Kolombiya (*ibid.*, § 643), Macaristan (*ibid.*, § 647), Madagaskar (*ibid.*, § 650) Nijerya (*ibid.*, § 654) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 653) askeri elkitapları.

157 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 679), Avustralya (*ibid.*, §§ 664–665), Azarbaycan (*ibid.*, § 666), Bangladeş (*ibid.*, § 667), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 668), Belçika (*ibid.*, § 669), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 695), Bosna Hersek (*ibid.*, § 670), Cook Adaları (*ibid.*, § 672), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 675), Ermenistan (*ibid.*, § 663), Estonya (*ibid.*, § 677), Gürcistan (*ibid.*, § 678), Hırvatistan (*ibid.*, § 673), Hollanda (*ibid.*, § 686), İrlanda (*ibid.*, § 681), İspanya (*ibid.*, § 693), Kanada (*ibid.*, § 671), Kıbrıs (*ibid.*, § 674), Litvanya (*ibid.*, § 684), Macaristan (*ibid.*, § 680), Moldova (*ibid.*, § 685), Nijer (*ibid.*, § 689), Norveç (*ibid.*, § 690), Slovakya (*ibid.*, § 691), Slovenya (*ibid.*, § 692); Tacikistan (*ibid.*, § 694), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 687), Yugoslavya (*ibid.*, § 696) ve Zimbabve’nin (*ibid.*, § 697) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 662), El Salvador (*ibid.*, § 676), Lübnan (*ibid.*, § 683), Nikaragua (*ibid.*, § 688) ve Ürdün’ün (*ibid.*, § 682), taslak mevzuatları.

158 Örn. bkz., Botsvana (*ibid.*, § 701), Mısır (*ibid.*, § 703) ve Kuveyt’in (*ibid.*, § 709) rapor edilen uygulamaları.

159 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 968 (*ibid.*, § 719); BM Genel Kurulu, Karar 50/193 (*ibid.*, § 722); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 725) ve Karar 1998/79 (*ibid.*, § 727); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 1287 (*ibid.*, § 736); Körfez İşbirliği Konseyi, Yüksek Konsey, 12., 13., 14., 15. ve 16. oturumların Sonuç Bildirisi (*ibid.*, §§ 740–744); Arap Devletleri Ligi, Konsey, Karar 4938 (*ibid.*, § 745), Karar 5169 (*ibid.*, § 747), Karar 5231 (*ibid.*, § 746), Karar 5324 (*ibid.*, § 747), Karar 5414 (*ibid.*, § 748) ve Karar 5635 (*ibid.*, § 749); İKÖ, Dışişleri Bakanları Konferansı, Karar 1/6-EX (*ibid.*, § 751); AGİT, Bakanlık Konseyi, Misnk Süreci hakkında Karar (*ibid.*, § 752).

yapmıştır. Örneğin, 27. Uluslararası Konferans tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarına,

“savaş esirlerinin, adil yargılamaya tabi olma durumu haricinde, faal muhasamatın sona ermesinden sonra vakit geçirmeksizin serbest bırakılması ve ülkelerine iadesini; rehin alma yaşağına istisnasız saygı gösterilmesini; Cenevre Sözleşmeleriyle yasaklanan bir uygulama olan esirlerin ve enterne edilen kişilerin tutukluluğunun pazarlık amacıyla uzatılmamasını”

temin etme çağrısı yapmıştır.¹⁶⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kuralın uluslararası olmayan çatışmalar için teamül hukuku niteliğini sağlayan uygulamalar, örneğin Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Çeçenistan, El Salvador, Kamboçya, Liberya, Mozambik ve Ruanda'daki çatışmalar bağlamında yapılan çok sayıda anlaşmadan oluşur.¹⁶¹ Esquipulas II Anlaşmaları “ilgili ülkenin düzensiz kuvvetlerinin” elinde bulunan tüm kişilerin, af kararlarının çıkartılmasıyla eşzamanlı olarak serbest bırakılmasını öngörür.¹⁶²

Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmayla bağlantılı olarak gözaltında tutulanların eve dönüşlerindeki haksız gecikme, bazı devletlerin mevzuatına göre suçtur.¹⁶³ Örneğin Kolombiya, Nijerya ve Ruanda'daki uluslararası olmayan çatışmalarla bağlantılı olarak gözaltında tutulan kişilerin serbest bırakıldığına dair beyanlar da vardır.¹⁶⁴

Gözaltındakiler serbest bırakıldığında bunu takdir eden, kalanların da serbest bırakılmasını talep eden ya da serbest bırakmakta işbirliği yapmayan tarafları kınayan resmi beyanlar ve diğer uygulamalar da bu kuralı destekler.¹⁶⁵

Birleşmiş Milletler ve başka uluslararası örgütler çeşitli vesilelerle, örneğin Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Çeçenistan ve Tacikistan'daki uluslararası olma-

160 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 756).

161 Afgan Barış Anlaşması, madde 5 (*ibid.*, § 635); Angola Hükümeti ve UNITA arasında Barış Anlaşmaları, para. II.3 (*ibid.*, § 627); Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 3(1) (*ibid.*, § 631); Kamboçya hakkında Paris Konferansı Nihai Senedi, madde 21-22 (*ibid.*, § 626); N'Sele Ateşkes Anlaşması, madde 4 (*ibid.*, § 633); İnsan Haklarına dair El Salvador Hükümeti-FMLN Anlaşması, para. 3 (*ibid.*, § 624); Liberya hakkında Cotonou Anlaşması, madde 10 (*ibid.*, § 634); Mozambik için Genel Barış Anlaşması, Protokol VI, Kısım III (*ibid.*, § 632); Çeçenistan'da Ateşkese dair Moskova Anlaşması, madde 2 (*ibid.*, § 637).

162 Esquipulas II Anlaşmaları (*ibid.*, § 617).

163 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 679), Gürcistan (*ibid.*, § 678) ve Tacikistan'ın (*ibid.*, § 694) mevzuatları.

164 Bkz. Kolombiya'nın uygulaması (*ibid.*, § 702) ve Nijerya (*ibid.*, § 710) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 712) rapor edilen uygulaması.

165 Örn. bkz., Bangladeş (*ibid.*, § 700) ve Fransa'nın (*ibid.*, § 704) beyanları, Filipinler'in uygulaması (*ibid.*, § 711) ve Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 713) ve Hindistan'ın (*ibid.*, § 707) rapor edilen uygulamaları.

yan silahlı çatışmalarla bağlantılı olarak gözaltında tutulanların serbest bırakılmasının önemini vurgulamıştır.¹⁶⁶ Silahlı muhalif gruplar da, bazen esirleri güvenli biçimde tutmaktaki yetersizliklerinin etkisiyle, bu kurala uyma isteklerini belirtmiştir.¹⁶⁷

Yorum

Lafzından da aşikâr olduğu üzere bu kural, cezai takibat altında olan veya silahlı çatışmayla bağlantılı olarak hukuka uygun şekilde mahkûm edilmiş ve mahkûmiyetlerini çekmeye devam eden kişilere uygulanamaz. Bazı anlaşmalar da bunu yansıtır.¹⁶⁸ Bu sebeple, silahlı çatışmayla ilişkili nedenlerle hukuka uygun şekilde mahkûm edilmiş ve mahkûmiyetlerini çekmeye devam eden kişiler muhasamatın sona ermesinden sonra da tutuklu kalmaya devam edebilir, ama savaş suçundan dolayı mahkûmiyet çekmiyorlarsa bunlar için bir af düşünülmelidir (bkz. Kural 159).

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne göre, himaye gören hiç bir şahıs, “siyasi veya dini akidelerinden dolayı zulme uğramaktan korkabileceği” bir ülkeye nakledilemez.¹⁶⁹ Üçüncü Cenevre Sözleşmesi benzer bir hüküm içermemekle birlikte, 1949'dan beri gelen uygulamalar, ICRC'nin tarafsız aracı rolünü üstlendiği her iadede, gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan çatışmaların taraflarının, ICRC'nin katılımı için koştuğu şartları, ICRC'nin ülkeye iadeden (veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, serbest bırakılmadan) önce ilgili kişilerle özel olarak görüşüp ülkelerine geri gönderilmeyi (veya serbest bırakılmayı) isteyip istemediklerini soruşturması da dâhil olmak üzere, kabul etmesi şeklinde gelişmiştir.¹⁷⁰

166 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 968 (*ibid.*, § 719) ve Başkan'ın Açıklamaları (*ibid.*, §§ 720-721); BM Genel Kurulu, Karar 50/193 (*ibid.*, § 722), BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1994/72 ve 1995/89 (*ibid.*, § 724), Karar 1996/71 (*ibid.*, § 725), Karar 1998/79 (*ibid.*, § 727) ve Başkan'ın Açıklamaları (*ibid.*, § 728); Avrupa Parlamentosu, Çeçenistan'daki duruma dair Karar (*ibid.*, § 739); Arap Devletleri Ligi, Konsey, Karar 5231 (*ibid.*, § 746); ADÖ, Angola'daki durum hakkında Genel Sekreter'in raporu (*ibid.*, § 750).

167 Örn. bkz., FARC-EP'nin beyanı (*ibid.*, § 765) ve SPLM/A (*ibid.*, § 766) ve silahlı muhalif grupların (*ibid.*, §§ 762-764) rapor edilen uygulamaları.

168 Örn. bkz., Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 3(1); Mozambik için Genel Barış Anlaşması, Protokol VI, Kısım III (*ibid.*, § 631).

169 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 45, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 835).

170 Örn. bkz., Dayton Anlaşmaları'na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma (*ibid.*, § 823); Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma, para. 6 (*ibid.*, § 840); Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasında Anlaşma (Temmuz 1992), para. 3 (*ibid.*, § 841); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasında Esirlerin Serbest Bırakılması ve Ülkelerine İadesine dair Anlaşma, madde 1(4) (*ibid.*, § 842); Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 3(6) (*ibid.*, § 843).

Uygulamalar, serbest bırakmanın çoğu kez çatışmanın sonundaki bir anlaşma uyarınca çift taraflı mübadele temelinde gerçekleştiğini göstermektedir.¹⁷¹ Serbest bırakma sürecinin, kişilerin serbest bırakılması müzakerelerinden serbest bırakılmanın kendisine nezaret etmeye veya hatta serbest bırakılmalarını müteakiben sabık tutsakların kabulüne kadar her aşaması neredeyse hiç değişmez biçimde, tarafsız bir aracının ki bu genellikle ICRC olur, katılımını içerir. Uygulama, bu tür bir mübadelede bulunan tarafların ICRC veya başka araçlarla iyi niyetle işbirliği yapması gerektiğini vurgular.¹⁷² Angola,¹⁷³ El Salvador,¹⁷⁴ Kolombiya,¹⁷⁵ Ruanda,¹⁷⁶ Somali¹⁷⁷ ve Sudan'a¹⁷⁸ ilişkin olarak da benzer uygulamalar bildirilmiştir. BM Güvenlik Konseyi ve BM İnsan Hakları Komisyonu yanı sıra Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi, taraflara, gözaltındakilerin serbest bırakılmasında ICRC ile işbirliği yapma çağrısında bulunmuştur.¹⁷⁹

Uygulama, tutsakları elinde tutmuş olan gücün sorumluluğunun serbest bırakma anında sona ermeyip, bu kişilerin dönüşleri esnasında güvenliklerini sağlama ve yolculuk boyunca erzak sağlama anlamında devam ettiğini gösterir. Üçüncü Cenevre Sözleşmesi savaş esirlerinin ülkelerine dönüşünün, esirlerin nakliyle aynı insani koşullar altında gerçekleşmesini gerektirir.¹⁸⁰ Ek I.Protokol "özürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin serbest bırakılmasına karar verilmesi halin-

171 Örn. bkz., Dayton Anlaşmaları'na ekli Barış Uzlaşmasının Askeri Veçheleri Hakkında Anlaşma, madde IX (*ibid.*, § 787); Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma, para. 1-2 (*ibid.*, § 792); Çeçenistan'da Ateşkese dair Moskova Anlaşması'nın Protokolü, madde 2 (*ibid.*, § 793); Tacikistan'daki Esir Teatisine İlişkin Aşkabat Protokolü, para. 1 (*ibid.*, § 794).

172 Örn. bkz., Angola Hükümeti ve UNITA arasında Barış Anlaşmaları, Ateşkes Anlaşması, Kısım II(3) (*ibid.*, § 913); Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma, para. 3-6 ve 11 (*ibid.*, § 915); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında ICRC Eylem Planı'na İlişkin 3 No.lu Anlaşma, Kısım IV (*ibid.*, § 916); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasında Esirlerin Serbest Bırakılması ve Ülkelerine İadesine dair Anlaşma, madde 1(1) (*ibid.*, § 917); İnsancıl Meselelere Dair Londra Eylem Programı, madde 2(f) (*ibid.*, § 918); Tutsakların Serbest Bırakılması ve Nakli Hakkında Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Anlaşma, madde 3 (*ibid.*, § 919); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Durması için Taraflar arasında Anlaşma, madde II (*ibid.*, § 921); Mozambik için Genel Barış Anlaşması, Protokol VI, Kısım III(2) (*ibid.*, § 920); Liberya hakkında Cotonou Anlaşması, madde 10 (*ibid.*, § 922); Tacikistan'daki Esir Teatisine İlişkin Aşkabat Protokolü, para. 2 (*ibid.*, § 923).

173 Bkz. BM Genel Sekreteri, BM Angola Tetkik Misyonu (UNAVEM II) hakkında Ek Rapor (*ibid.*, § 937).

174 Bkz. El Salvador için BM Gerçeklik Komisyonu, Rapor (*ibid.*, § 939).

175 Kolombiya'nın Uygulaması hakkında Rapor (*ibid.*, § 928).

176 Bkz. Ruanda Kişi Hakları ve Kamusal Özgürlüklerin Müdafaası İçin Derneği, *Ruanda'daki İnsan Haklarına Dair Rapor – 1992 Rapport sur les droits de l'homme au Rwanda – Année 1992* (*ibid.*, § 929).

177 BM Genel Sekreteri, Somali'deki durum hakkında ilerleme raporu (*ibid.*, § 938).

178 Bkz. ICRC, *Yıllık Rapor 1986* (*ibid.*, § 945).

179 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1089 (*ibid.*, § 932) ve Karar 1284 (*ibid.*, § 933); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 934); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 1287 (*ibid.*, § 940).

180 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 119, ilk paragraf (bu hüküm Sözleşme'nin 46-48. maddelerinde belirtilen nakil koşullarına atıf yapar).

de, bu kararı veren kişiler tarafından güvenliklerinin sağlanması için gerekli önlemler alınacaktır” hükmünü içerir.¹⁸¹ Bu son koşul, Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve Sosyalist Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasında Anlaşma’da (Mart 1992),¹⁸² uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan bazı askeri elkitaplarında,¹⁸³ Ek I.Protokol’ün ihlallerinin cezalandırılmasına yönelik ulusal mevzuatta¹⁸⁴ ve BM Güvenlik Konseyi’nin Başkanı tarafından yapılan bir beyanda¹⁸⁵ belirtilmiştir.

Üçüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 118. maddesindeki “faal muhasamatın sonu” deyişinin anlamına ilişkin olarak, Almanya’nın Askeri Elkitabı bunun, resmi bir ateşkes anlaşması veya bir barış antlaşmasının yapılmasını gerektirmediğini ifade eder.¹⁸⁶

N.B. Özel ihtiyaçları olan savaş esirlerinin doğrudan ülkelerine iadesi ve tarafsız ülkelerde yerleştirilmesi, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 109-117. maddelerince düzenlenmektedir.¹⁸⁷ Bu hükümlerde belirtilen yükümlülükler, faal muhasamatın sonunda serbest bırakmayı ve ülkelerine iadeyi gerektiren kuraldan bağımsızdır.

181 Ek I.Protokol, madde 5(4) (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 37, § 891’de aktarılmıştır).

182 Esirlerin Teatisi hakkında Hırvatistan ve YSFC arasında Anlaşma (Mart 1992), madde VII (*ibid.*, § 892).

183 Örn. bkz., Kanada (*ibid.*, § 895) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 897) askeri elkitapları.

184 Örn. bkz., İrlanda (*ibid.*, § 900) ve Norveç’in (*ibid.*, § 901) mevzuatları.

185 BM Güvenlik Konseyi, Başkan’ın Açıklaması (*ibid.*, § 905).

186 Almanya, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 646).

187 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 109–117 (*ibid.*, § 606).

YERİNDEN EDİLME VE YERİNDEN EDİLEN KİŞİLER

Not: Bu alt-bölüm sivillerin silahlı çatışmaya ilişkin nedenlerle, ulusal topraklarının içinde olsun dışında olsun yerlerinden edilmesini ele almaktadır. Yani, hem içeride yerinden edilmiş kişilerin hem de uluslararası bir sınırı geçmiş kişilerin (mülteciler) göreceği muameleyi kapsar. Bunun tek istisnası nüfusun zorla veya zor kullanmaksızın işgal altındaki topraklara naklini kapsayan Kural 130'dur.

Kural 129.–

- A. Uluslararası bir silahlı çatışmanın tarafları, ilgili sivillerin güvenliğinin veya zorunlu askeri sebeplerin gerekli kılması hali dışında, işgal altındaki topraklardaki sivil nüfusu kısmen veya tamamen, sınır dışı veya nakil edemez.
- B. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın tarafları, ilgili sivillerin güvenliğinin veya zorunlu askeri sebeplerin gerekli kılması hali dışında, sivil çatışmaya dayalı nedenlerden ötürü sivil nüfusun kısmen veya tamamen, yer değiştirmesini emredemez.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 38, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kurallar, sırasıyla, uluslararası silahlı çatışmalarda (A) ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda (B) uygulanacak uluslararası teamül hukuku normları oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Sivillerin sınır dışı veya nakil edilmesi yasağı “bireyler artık ... uzak yerlere taşınmayacaklar” hükmünü içeren Lieber Kodu'na kadar geri gider.¹ Uluslararası Askeri Mahkeme (Nürnberg) Şartı'na göre “işgal altındaki topraktaki veya buranın

1 Lieber Kodu, madde 23 (Cilt II, Alt-Bölüm 38, § 20'de aktarılmıştır).

sivil halkını zorla çalıştırmak veya başka herhangi bir amaç için sınır dışı etmek” savaş suçu oluşturur.² Sivillerin nakil veya tehcir edilmesi yasağı Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nde belirtilmiştir.³ İlâveten, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’ne ve Ek I.Protokol’e göre, işgal altındaki bir topraktaki sivil nüfusu, sivillerin güvenliği veya zorunlu askeri nedenler bunu gerektirmedikçe sınır dışı veya nakil etmek bu belgelerin ağır bir ihlalidir.⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca “işgal altındaki topraktaki nüfusun tamamının veya bir kısmının [İşgalci Güç tarafından] bu toprak içerisinde veya bu toprağın dışına nakli veya sınır dışı edilmesi” uluslararası silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturur.⁵

Birçok askeri elkitabı, işgal altındaki topraktaki sivillerin hukuka aykırı olarak sınır dışı veya nakil edilmesi yasağını belirtir.⁶ Bu tür sınır dışı veya nakil eylemlerini yapmak çoğu devletin mevzuatı uyarınca suçtur.⁷ Bu yasağı destekleyen içtihat İkinci Dünya Savaşı’na ilişkin olarak mevcuttur.⁸ Ayrıca, resmi beyanlarla ve sınır dışı veya nakil iddialarının olduğu vakaların kınanması dâhil, uluslararası örgütlerde ve uluslararası konferanslarda alınan çok sayıda karar ile de desteklenmektedir.⁹

Ne var ki, İsrail Yüksek Mahkemesi birkaç vesileyle, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 49. maddesinin, seçilen bazı bireylerin kamu düzeni ve güvenliği sebepleriyle sınır dışı edilmesine uygulanma amacını taşımadığını¹⁰ veya madde 49’un uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmadığını ve bu yüzden de vatan-

2 UAM Şartı (Nürnberg), madde 6(b) (*ibid.*, § 1).

3 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 49, ilk paragraf (*ibid.*, § 3).

4 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 147 (*ibid.*, § 4); Ek I.Protokol, madde 85(4)(a) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 9).

5 UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(viii) (*ibid.*, § 18).

6 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 50), Arjantin (*ibid.*, §§ 39–40), Avustralya (*ibid.*, §§ 41–42), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 62–64), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 61), Ekvator (*ibid.*, § 46), Filipinler (*ibid.*, § 56), Fransa (*ibid.*, §§ 47–49), Güney Afrika (*ibid.*, § 57), Hırvatistan (*ibid.*, § 45), Hollanda (*ibid.*, § 53), İspanya (*ibid.*, § 58), İsveç (*ibid.*, § 59), İsviçre (*ibid.*, § 60), İtalya (*ibid.*, § 52), Kanada (*ibid.*, § 43), Kolombiya (*ibid.*, § 44), Macaristan (*ibid.*, § 51), Nijerya (*ibid.*, § 55), ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 54) askeri elkitapları.

7 Örn. bkz., mevzuat (*ibid.*, §§ 65–156).

8 Örn. bkz., Çin, Milli Savunma Bakanlığı Savaş Suçları Askeri Mahkemesi, *Takashi Sakai Davası* (*ibid.*, § 159); Fransa, Almanya’daki Fransız İşgal Bölgesi için Askeri Hükümetin Rastadt’taki Genel Mahkemesi, *Roehling Davası* (*ibid.*, § 157); İsrail, Kudüz Bölge Mahkemesi, *Eichmann Davası* (*ibid.*, § 161); Hollanda, Özel İstinaf Mahkemesi, *Zimmermann Davası* (*ibid.*, § 166); Polonya, Poznan Yüksek Ulusal Mahkemesi, *Greiser Davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg’deki Askeri Mahkeme, *Krauch (I.G. Farben Yargılaması) Davası*, *Krupp Davası*, *Milch Davası*, *List Davası (Rehineler Yargılaması)* (*ibid.*, § 157) ve *Von Leeb Davası (Yüksek Komuta Yargılaması)* (*ibid.*, § 157).

9 Örn. bkz., İsviçre (*ibid.*, § 186) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 188–190) beyanları; BM Genel Kurulu, Karar 2675 (XXV) (*ibid.*, § 204), Karar 3318 (XXIX) (*ibid.*, § 205), Karar 36/147 D, 37/88 D, 38/79 E, 39/95 E ve 40/161 E (*ibid.*, § 206), Karar 36/147 C, 37/88 C, 38/79 D, 39/95 D ve 40/161 D (*ibid.*, § 207); Arap Devletleri Ligi, Konsey, Karar 4430 (*ibid.*, § 223), Karar 5169 (*ibid.*, § 224) ve Karar 5324 (*ibid.*, § 225); 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar I (*ibid.*, § 226).

10 Örn. bkz., İsrail, Yüksek Mahkeme, *Abu-Awad Davası* (*ibid.*, § 162) ve *Affo ve Diğerleri Davası* (*ibid.*, § 165).

daşlarını bireysel olarak sınır dışı edilmesi emirlerinin İsrail'in iç hukukuna aykırı olmadığını¹¹ ifade etmiştir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin yerlerinden edilmeleri yasağı Ek II.Protokol'de belirtilmiştir.¹² Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca “sivillerin güvenliği veya zorunlu askeri nedenlerin bunu gerekli kılması hali dışında, çatışmaya dayalı nedenlerden dolayı sivillerin yerlerinden edilmesi emri vermek” uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturur.¹³ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin diğer belgelerde de bulunur.¹⁴ Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin Statüleri uyarınca sivil nüfusun sınır dışı veya nakil edilmesinin insanlık aleyhine suç oluşturduğuna da dikkat çekmek gerekir.¹⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan çeşitli askeri elkitabları da sivil nüfusa zorla yer değiştirilmesini yasaklayan kuralı belirtir.¹⁶ Birçok devletin mevzuatı bu kuralın ihlalini suç olarak kabul eder.¹⁷

-
- 11 Örn. bkz., İsrail, Yüksek Mahkeme, *Kawasme ve Diğerleri Davası* (*ibid.*, § 163) ve *Nazal ve Diğerleri Davası* (*ibid.*, § 164); ayrıca Bkz. Yoram Dinstein, “The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportations”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Cilt 23, 1993, s. 1-26.
- 12 Ek II.Protokol, madde 17 (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 38, § 10'da aktarılmıştır).
- 13 UCM Statüsü, madde 8(2)(e)(viii) (*ibid.*, § 19).
- 14 Örn. bkz., Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (*ibid.*, § 28); Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm IV, madde 3(7) (*ibid.*, § 35).
- 15 ICTY Statüsü, madde 5(d) (*ibid.*, § 31); ICTR Statüsü, madde 3(d) (*ibid.*, § 32); UCM Statüsü, madde 7(1)(d) (*ibid.*, § 16).
- 16 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 50), Avustralya (*ibid.*, §§ 41-42), Ekvator (*ibid.*, § 46), Fransa (*ibid.*, § 49), Filipinler (*ibid.*, § 56), Güney Afrika (*ibid.*, § 57), Hırvatistan (*ibid.*, § 45), Hollanda (*ibid.*, § 53), İspanya (*ibid.*, § 58), İtalya (*ibid.*, § 52), Kanada (*ibid.*, § 43), Kolombiya (*ibid.*, § 44), Macaristan (*ibid.*, § 51) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 54) askeri elkitabları.
- 17 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 100), Avustralya (*ibid.*, §§ 67 ve 69), Azarbeycan (*ibid.*, § 70), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 73), Belçika (*ibid.*, § 74), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 148), Bosna Hersek (*ibid.*, § 75), El Salvador (*ibid.*, § 93), Ermenistan (*ibid.*, § 66), Estonya (*ibid.*, § 95), Etiyopya (*ibid.*, § 96), Finlanda (*ibid.*, § 97), Gürcistan (*ibid.*, § 99), Hırvatistan (*ibid.*, § 89), Hollanda (*ibid.*, § 121), İspanya (*ibid.*, § 141), Kamboçya (*ibid.*, § 79), Kanada (*ibid.*, § 81), Kazakistan (*ibid.*, § 108), Kolombiya (*ibid.*, §§ 83-84), Kongo (*ibid.*, § 86), Latvia (*ibid.*, § 110), Moldova (*ibid.*, § 120), Nijer (*ibid.*, § 127), Nikaragua (*ibid.*, § 125), Özbekistan (*ibid.*, § 152), Paraguay (*ibid.*, § 131), Polonya (*ibid.*, § 133), Portekiz (*ibid.*, § 134), Rusya (*ibid.*, § 136), Slovenya (*ibid.*, § 140), Tacikistan (*ibid.*, § 143), Ukrayna (*ibid.*, § 146), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 123) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 154) mevzuatları; ayrıca Bkz. Bulgaristan (*ibid.*, § 77), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 92), Macaristan (*ibid.*, § 101), Romanya (*ibid.*, § 135) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 139), uluslararası olmayan çatışma zamanında da uygulanmaktan hariç tutulmamış mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 65), Burundi (*ibid.*, § 78), El Salvador (*ibid.*, § 93), Nikaragua (*ibid.*, § 126) Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 144) ve Ürdün'ün (*ibid.*, § 107) taslak mevzuatları.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında yapılmış resmi beyanlar ve raporlarda aktarılan uygulamalar da bu yasağı ayrıca destekler.¹⁸

Silahlı çatışmalarda sivil nüfusun korunması için temel ilkeler hakkında 1970’te kabul edilen bir kararında BM Genel Kurulu, “sivil halkların veya bireysel olarak üyelerinin, zorla naklin konusu olmaması Gerektiği”ni teyit etmiştir.¹⁹ Silahlı çatışma ve olağanüstü hallerde kadın ve çocukların korunması hakkında 1974’te kabul ettiği bir kararındaysa BM Genel Kurulu, “savaşan tarafların askeri operasyonlar sırasında veya işgal altındaki toprakta yaptığı cebri tahliyenin, suç Sayılacağı”nı beyan etmiştir.²⁰ BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu sadece uluslararası silahlı çatışmalardakileri değil, uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki, örneğin Bosna Hersek, Burundi ve Sudan’daki çatışmalar bağlamındaki zorla yerinden edilme örneklerini de kınamıştır.²¹

26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, sivil nüfusun zorla yerinden edilmesi yasağını vurgulayan iki karar kabul etmiştir.²² ICRC hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına, bu kurala saygı çağrısı yapmıştır.²³

Sivil nüfusun tahliyesi

Gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda devletler uygulaması, sivillerin güvenliği veya (çarpışma bölgesinin tahliyesi gibi) zorunlu askeri sebeplerin gerekli kılması halinde ve bunu gerektiren sebepler devam ettiği müddetçe, yerinden edilme yasağına bir istisna kabul eder. Bu istisna Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nde ve Ek I.Protokol’de yer alır.²⁴ Tahliye imkânı birçok

18 Örn. bkz.,Afganistan (*ibid.*, § 168), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 190), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 187), Botsvana (*ibid.*, § 169), Hollanda (*ibid.*, §§ 177–178), İspanya (*ibid.*, § 185), Japonya (*ibid.*, § 175), Nijerya (*ibid.*, § 181), Rusya (*ibid.*, § 183) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 180) beyanları, ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 191) ve Ürdün’ün (*ibid.*, § 176) rapor edilen uygulamaları.

19 BM Genel Kurulu, Karar 2675 (XXV) (109 lehte, 8 çekimser oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 204).

20 BM Genel Kurulu, Karar 3318 (XXIX) (110 lehte, 14 çekimser oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 205).

21 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 752 (*ibid.*, § 193) ve Karar 819 (*ibid.*, § 194); BM Güvenlik Konseyi, Başkan’ın Açıklaması (*ibid.*, § 201); BM Genel Kurulu, Karar 55/116 (*ibid.*, § 212); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1995/77 (*ibid.*, § 212) ve Karar 1996/73 (*ibid.*, § 213).

22 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 228) ve Karar IV (*ibid.*, § 229).

23 Örn. bkz., ICRC, Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanabilirliği Hakkında Bilgi Notu (*ibid.*, § 237) ve Angola’da Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Gösterilmesi Hakkında Memorandum (*ibid.*, § 240).

24 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 49, ikinci paragraf (*ibid.*, § 245); Ek I.Protokol, madde 17(1) (konsensüsle kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 246).

askeri elkitabında da belirtilmiştir.²⁵ Bu, çok sayıda devletin mevzuatında da yer alır.²⁶

Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, “sivillerin güvenliğinin veya zorunlu askeri sebeplerin bunu gerektirmesi hali dışında” kişilerin “keyfi olarak”, yerinden edilmesini, silahlı çatışma durumlarında yerinden edilmeyi de kapsayacak şekilde tanımlayarak yasaklar.²⁷

“Zorunlu askeri sebepler” istisnası, sivil nüfusa zulmetme amaçlı yer değiştirmeyi asla kapsayamaz.²⁸

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ayrıca, “bundan kaçınmanın maddeten imkânsız olduğu haller haricinde” işgal altındaki toprakların dışına tahliyenin olmayacağını belirtir.²⁹ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak Ek I.Protokol, tahliyenin hiçbir zaman, ülkenin dışına gönderilmeyi içermeyeceğini belirtir.³⁰

Yerinden edilmenin önlenmesi

Devletler uygulaması ayrıca çatışma taraflarının kendi eylemlerinin, en azından doğrudan kendisi yasak olan eylemlerinin (örneğin sivil nüfusu terörize etmek veya ayırım gözetmeyen saldırılar yapmak) sebep olduğu yerinden edilmeyi önleme görevinin altını çizer. Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler’de belirtildiği üzere:

Tüm yetkililer ve uluslararası aktörler, kişilerin yerlerinden edilmesine yol açacak koşullardan kaçınmak ve bu koşulların önlenmesi amacıyla, insan hakları ve insancıl hukuk dâhil olmak üzere uluslararası hukuk yükümlülüklerine her halde saygı gösterecek ve saygı gösterilmesini sağlayacaktır.³¹

25 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 258), Arjantin (*ibid.*, §§ 250–251), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 272–274), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 270–271), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 256), Filipinler (*ibid.*, § 266), Fransa (*ibid.*, § 257), Hırvatistan (*ibid.*, § 255), Hollanda (*ibid.*, § 264), İspanya (*ibid.*, § 267), İsrail (*ibid.*, § 260), İsveç (*ibid.*, § 268), İsviçre (*ibid.*, § 269), İtalya (*ibid.*, § 261), Kamerun (*ibid.*, § 253), Kanada (*ibid.*, § 254), Kenya (*ibid.*, § 262), Macaristan (*ibid.*, § 259) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 265) askeri elkitabları.

26 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 275), Avustralya (*ibid.*, § 276), Azarbaycan (*ibid.*, § 277), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 288), Hollanda (*ibid.*, § 282), İrlanda (*ibid.*, § 281), Kanada (*ibid.*, § 278), Kongo (*ibid.*, § 279), Küba (*ibid.*, § 280), Norveç (*ibid.*, § 284), Ruanda (*ibid.*, § 286) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 283) mevzuatları; ayrıca Bkz. Trinidad ve Tobago’nun tasalak mevzuatı (*ibid.*, § 287).

27 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 6(2) (*ibid.*, § 248).

28 Örn. bkz., IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 45, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 2).

29 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 49.

30 Ek I.Protokol, madde 17(2) (konsensusla kabul edilmiştir).

31 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 5 (Cilt II, Alt-Bölüm 38, § 34’te aktarılmıştır).

Etnik temizlik

“Etnik temizlik” bir bölgenin demografik mahiyetini değiştirmeyi amaçlar. Bir bölgenin sivil nüfusunun yerinden edilmesine ek olarak bu, sivillere karşı saldırılar (bkz. Kural 1), kasten öldürme (bkz. Kural 89) ve tecavüz ve cinsel şiddetin diğer biçimleri (bkz. Kural 93) gibi, doğrudan kendisi yasak olan başka eylemler aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Bu eylemler çatışmanın niteliği ne olursa olsun yasaklanmıştır ve yaygın olarak kınanmıştır.

Kural 130. Devletler, işgal ettikleri topraklara bizzat kendi halklarının bir kısmını tehcir veya nakledemez.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 38, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Devletin işgal ettiği toprağa bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakletmesine dair yasak Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nde belirtilmiştir.³² Bu, Ek I.Protokol’ün ağır bir ihlalidir.³³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca, “İşgal Eden Gücün kendi halkının bir kısmını işgal ettiği toprağa doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi”, uluslararası silahlı çatışmalarda savaş suçu oluşturur.³⁴

Birçok askeri elkitabı, çatışmanın bir tarafının kendi halkının bir kısmını işgal ettiği toprağa tehcir veya nakletmesini yasaklar.³⁵ Bu kural pek çok devletin mev-

32 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 49, altıncı paragraf (*ibid.*, § 334).

33 Ek I.Protokol, madde 85(4)(a) (konsensüsle kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 335).

34 UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(viii) (*ibid.*, § 336).

35 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, §§ 346–347), Avustralya (*ibid.*, § 348), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 359), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 358), Hırvatistan (*ibid.*, § 350), Hollanda (*ibid.*, § 353), İspanya (*ibid.*, § 355), İsveç (*ibid.*, § 357), İsviçre (*ibid.*, § 357), İtalya (*ibid.*, § 352), Kanada (*ibid.*, § 349), Macaristan (*ibid.*, § 351) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 354), askeri elkitapları.

zuatında yer alır.³⁶ Resmi beyanlar ve raporlarda aktarılan uygulamalar da kendi halkının işgal altındaki topraklara nakline dair yasağı destekler.³⁷

İşgal altındaki bir toprağın demografik mahiyetini değiştirme teşebbüsleri, BM Güvenlik Konseyi tarafından kınanmıştır.³⁸ 1992’de, eski Yugoslavya’nın herhangi bir yerindeki halkın etnik bileşimini değiştirme çabalarının kesilmesi çağrısı yapmıştır.³⁹ Aynı şekilde, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu da yerleştirme uygulamalarını kınamıştır.⁴⁰ Yerleşimcilerin ve Yerleşimlerin İliştirilmesi Dâhil Nüfus Nakillerinin İnsan Hakları Boyutu Hakkında BM Özel Raportörü’nün nihai raporuna göre, “yerleşimcilerin iskânı” hukuka aykırıdır ve devlet sorumluluğunu ve bireylerin cezai sorumluluğunu doğurur.⁴¹

24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı 1981’de, “işgal altındaki topraklardaki yerleşimler[in] Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 27. ve 49. maddeleriyle bağdaşmaz [olduğunu]” teyit etmiştir.⁴²

Başlıca Savaş Suçluları Davası’nda Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, sanıkların ikisini, işgal edilen toprakları “Almanlaştırmaya teşebbüsten suçlu bulmuştur.⁴³

36 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 379), Avustralya (*ibid.*, §§ 362–363), Azarbecyan (*ibid.*, §§ 364–365), Bangladeş (*ibid.*, § 366), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 367), Belçika (*ibid.*, § 368), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 397–398), Bosna Hersek (*ibid.*, § 369), Cook Adaları (*ibid.*, § 374), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 377), Ermenistan (*ibid.*, § 361), Gürcistan (*ibid.*, § 380), Hırvatistan (*ibid.*, § 375), Hollanda (*ibid.*, § 386), İrlanda (*ibid.*, § 381), İspanya (*ibid.*, § 394), Kanada (*ibid.*, §§ 371–372), Kıbrıs (*ibid.*, § 376), Kongo (*ibid.*, § 373), Mali (*ibid.*, § 384), Moldova (*ibid.*, § 385), Nijer (*ibid.*, § 390), Norveç (*ibid.*, § 391), Slovakya (*ibid.*, § 392), Slovenya (*ibid.*, § 393), Tacikistan (*ibid.*, § 395), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 387–388), Yugoslavya (*ibid.*, § 399) ve Zimbabve’nin (*ibid.*, § 400) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 360), Burundi (*ibid.*, § 370), Lübnan (*ibid.*, § 383), Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 396) ve Ürdün’ün (*ibid.*, § 382) taslak mevzuatları.

37 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 406–407) ve Kuveyt’in (*ibid.*, § 405) beyanları ve Fransa (*ibid.*, § 403) ve Mısır’ın (*ibid.*, § 402) rapor edilen uygulamaları.

38 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 446, 452 ve 476 (*ibid.*, § 408), Karar 465 (*ibid.*, § 409) ve Karar 677 (*ibid.*, § 410).

39 BM Güvenlik Konseyi, Karar 752 (*ibid.*, § 411).

40 Örn. bkz., BM Genel Kurulu, Karar 36/147 C, 37/88 C, 38/79 D, 39/95 D ve 40/161 D (*ibid.*, § 412) ve Karar 54/78 (*ibid.*, § 405); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2001/7 (*ibid.*, § 413).

41 BM İnsan Hakları Alt Komisyonu, Yerleşimcilerin ve Yerleşimlerin İliştirilmesi Dahil Nüfus Nakillerinin İnsan Hakları Boyutu Hakkında BM Özel Raportörü’nün Nihai Raporu (*ibid.*, § 415).

42 24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar III (*ibid.*, § 419).

43 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, *Başlıca Savaş Suçluları Davası*, Karar (*ibid.*, § 421).

Kural 131. Yerinden edilme halinde, ilgili sivillerin gittikleri yerde uygun barınak, hijyen, sağlık, güvenlik ve beslenme koşulları altında kabulünün gerçekleşmesi ve aynı aile efradının birbirlerinden ayrılmamalarını sağlamak için imkân dâhilindeki tüm tedbirler alınmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 38, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural, yerinden edilen sivillerin, Alt-Bölüm 32’de belirtilen temel güvenceler dâhil olmak üzere diğer sivillerle aynı himayeye hakları olmasına ilave niteliktedir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, işgal eden devletin sivil nüfusun güvenliği için veya zorunlu askeri sebeplerden dolayı bir tahliye yaparken, “himaye gören şahısların imkân nispetinde münasip tesisata kabul edilmelerini, yer değiştirmelerin memnuniyeti mucip sıhhat, hıfzıssıhha, emniyet ve iâşe şartları altında vuku bulmasını ve aynı aile efradının birbirlerinden ayrılmamalarını temin edecek şekilde hareket” etmesini öngörür.⁴⁴

Kural, birçok askeri elkitabında tekrar edilmiştir.⁴⁵ 1948’deki *Krupp Davası*’nda Amerika Birleşik Devletleri’nin Nürnberg’deki Askeri Mahkemesi, *Milch Davası*’nda Yargıç Phillips’in olumlu oy yazısında ifade ettiği görüşü benimsemiştir. Buna göre yerinden edilmenin hukuka aykırı hale geldiği durumlardan biri her ne zaman genel olarak kabul edilmiş insanlık ve onur standartları göz ardı edilse ortaya çıkar... 10 no.lu Kontrol Konseyi Kanunu’nun ilgili kısımlarının dikkatlice incelenmesi, yerinden edilmenin gayri insani veya hukuka aykırı yöntemler-

44 IV.Cenevre Sözleşmesi madde 49, üçüncü paragraf (*ibid.*, §§ 427, 492 ve 541).

45 Temel ihtiyaçların tedarik edilmesi hakkında, örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 441), Arjantin (*ibid.*, § 436), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 447), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 446), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 440), Hırvatistan (*ibid.*, § 439), İspanya (*ibid.*, § 444), İsviçre (*ibid.*, § 445) ve Macaristan’ın (*ibid.*, § 442) askeri elkitapları. Yerlerinden edilmiş kişilerin güvenliği hakkında, örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 495), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 504–505), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 503), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 498), Hırvatistan (*ibid.*, § 497), İspanya (*ibid.*, § 501), İsviçre (*ibid.*, § 502) ve Macaristan’ın (*ibid.*, § 499) askeri elkitapları. Aile birliğine saygı hakkında, örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 552), Arjantin (*ibid.*, §§ 547–548), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 557), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 556), Hırvatistan (*ibid.*, § 551), İspanya (*ibid.*, § 554), İsviçre (*ibid.*, § 555), Kolombiya (*ibid.*, § 550) ve Macaristan’ın (*ibid.*, § 553), askeri elkitapları.

le nitelendiği her zaman suç olduğuna dair yukarıda belirtilen hükmün sonuçlarını güçlendirir.⁴⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol, sivillerin güvenliği için veya zorunlu askeri nedenlerle halkın yerinden edilmesi emri verilecek olursa, “sivil nüfusun gittikleri yerde uygun barınak, hijyen, sağlık, güvenlik ve beslenme koşullarında kabul edilmesi için gerekli bütün önlemlerin alınması” gerektiğini belirtir.⁴⁷ Ek II.Protokol ayrıca “geçici olarak birbirinden ayrılmış ailelerin birleştirilmesi için gerekli tüm uygun tedbirlerin alınmasını” gerektirir.⁴⁸

Yerinden edilme halinde sivil nüfusun korunması için tedbirlerin alınmasını gerektiren kural, Bosna Hersek, Mozambik ve Sudan’daki çatışmaların tarafları arasında yapılan anlaşmalarda da yer almaktadır.⁴⁹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan bazı askeri elkitapları bu kuralı içerir.⁵⁰ Bu kural yerinden edilmiş kişilere ilişkin ulusal mevzuatlarda, özellikle Hırvatistan, Gürcistan ve Kolombiya’nınkilerde de bulunur.⁵¹ 1996’da Kolombiya Anayasa Mahkemesi, yerinden edilmiş kişilerin insancıl yardım almaya ve devlet tarafından korunmaya hakları olduğuna hükmetmiştir.⁵² Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin resmi beyanlar ve diğer uygulamalar da bu kuralı desteklemektedir.⁵³

46 Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg’deki Askeri Mahkeme, *Krupp Davası*, Yargıç Phillips’in *Milch Davası*’ndaki olumlu oy yazısında ifade ettiği görüşü benimseyerek (*ibid.*, § 455).

47 Ek II.Protokol, madde 17(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, §§ 428 ve 493).

48 Ek II.Protokol, madde 4(3)(b) (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 32, § 3916’da aktarılmıştır).

49 Bosna Hersek’teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (Cilt II, Alt-Bölüm 38, § 430’da aktarılmıştır); Bosna Hersek’tki Sivillerin Trajik Durumu hakkında Tavsiye, para. 3 (*ibid.*, § 494); Mozambik için Genel Barış Anlaşması, Protocol III, Kısım IV, § (b) (*ibid.*, § 429); Sudan’da İnsancıl Yardımların Sağlanması ve Korunması hakkında Anlaşma, para. 5 (*ibid.*, § 434).

50 Temel ihtiyaçların tedarik edilmesi hakkında, örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 441), Arjantin (*ibid.*, § 437), Hırvatistan (*ibid.*, § 439), İspanya (*ibid.*, § 444), Kanada (*ibid.*, § 438), Macaristan (*ibid.*, § 442) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 443) askeri elkitapları. Yerlerinden edilmiş kişilerin güvenliği hakkında, örn. bkz., Hırvatistan (*ibid.*, § 497), İspanya (*ibid.*, § 501), Kanada (*ibid.*, § 496), Macaristan (*ibid.*, § 499), ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 500) askeri elkitapları. Aile birliğine saygı hakkında, örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 552), Hırvatistan (*ibid.*, § 551), İspanya (*ibid.*, § 554), Kanada (*ibid.*, § 549), Kolombiya (*ibid.*, § 550), Macaristan’ın (*ibid.*, § 553) askeri elkitapları.

51 Hırvatistan, *Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun* (*ibid.*, § 450); Gürcistan, *Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun* (*ibid.*, § 451); Kolombiya, *Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun* (*ibid.*, § 449).

52 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, *AnayasalDava No. C-092* (*ibid.*, § 454).

53 Örn. bkz., Meksika (*ibid.*, § 459), Oman (*ibid.*, § 460) ve Rusya’nın (*ibid.*, § 515) beyanları ve Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 463), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 517), Bosna Hersek (*ibid.*, § 456), Filipinler (*ibid.*, §§ 461, 514 ve 565) ve Lübnan’ın (*ibid.*, § 458) uygulamaları.

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. BM Güvenlik Konseyi, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu kurala saygı gösterilmesi çağrısı yapmıştır.⁵⁴ Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler yetkili mercilerin, ülke içinde yerinden edilmiş kişilere gerekli gıda ve içme suyu, temel barınma ve konut, uygun giysiler ve gerekli tıbbi hizmetler ile sıhhi koşulları sağlamak ve kişilerin bunlara güvenli erişimini garanti etmek zorunluluğunu öngörür.⁵⁵

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansları bu kuralın önemini vurgulayan çeşitli kararlar kabul etmiştir.⁵⁶ 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının, yerinden edilme vuku bulduğu takdirde, yerinden edilenlere “uygun yardım”ın ulaşmasının sağlanması için etkili tedbirleri almalarını gerektirir.⁵⁷

Aile birliğine saygı

İşgal eden devletin sivilleri nakil veya tahliye ederken, aile üyelerinin birbirlerinden ayrılmasının mümkün olduğunca önlenmesi ödevi Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilmiştir.⁵⁸ Mültecilerin ve yerinden edilmiş kişilerin aile birliğinin korunması ilkesi diğer başka antlaşmalarda da bulunur.⁵⁹ Bu ödev bazı askeri elkitaplarında da bulunur.⁶⁰ Ayrıca, yer değiştirme esnasında aile birliğine saygının aile hayatına saygı koşulunun (bkz. Kural 105) da bir unsuru olduğu da belirtilmelidir.

Çocukların ebeveynlerinden ayrılmasına ilişkin olarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, “Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar” hükmünü içerir.⁶¹ BMMYK Yürütme Komitesi, çocuk ve ergen mültecilerin ailelerinden ayrılmasının önlenmesi için devletlerin mümkün olan her önlemi almasını teşvik etmektedir.⁶² Refakatsiz mülteci küçükler

54 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 361 (*ibid.*, § 464), Karar 752 (*ibid.*, § 466), Karar 1004 (*ibid.*, § 467), Karar 1040 (*ibid.*, § 469) ve Karar 1078 (*ibid.*, § 470).

55 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 18(2) (*ibid.*, § 432).

56 24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXI (*ibid.*, § 480); 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XVII (*ibid.*, § 481); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar IV (*ibid.*, § 483).

57 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 484).

58 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 49, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 541).

59 Örn. bkz., Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 3(i) (“aile birliğini koruma temel ilkesi”) (*ibid.*, § 544); Dayton Anlaşmalarına Ekli, Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde 1 (“ailenin birliği ilkesi korunacaktır”) (*ibid.*, § 545).

60 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 552), Arjantin (*ibid.*, §§ 547-548), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 557), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 556), Hırvatistan (*ibid.*, § 551), İspanya (*ibid.*, § 554), İsviçre (*ibid.*, § 555), Kanada (*ibid.*, § 549), Kolombiya (*ibid.*, § 550) ve Macaristan'ın (*ibid.*, § 553) askeri elkitapları.

61 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 9(1) (*ibid.*, § 542).

62 BMMYK Yürütme Komitesi, Karar No. 84 (XLVIII): Mülteci Çocuklar ve Ergenler (*ibid.*, § 569).

hakkındaki 1998 tarihli raporunda BM Genel Sekreteri, Sierra Leone, Gine-Bisso ve Kosova'daki gibi durumlarda savaş bölgelerinden kaçan çocukların ellerinde olmaksızın ailelerinden ayrı düştüğünü belirtmiş ve devletlerin, bu tür olayların önlenmesine yönelik tedbirleri desteklemelerini dilemiştir.⁶³

Aynı husus, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferanslarında konsensüsle kabul edilmiş iki kararda da belirtilmiştir. Silahlı çatışmada çocukların korunmasına ilişkin bir kararında 25. Uluslararası Konferans Cenevre Sözleşmeleri ve iki Ek Protokolü'ne atıfla "ailenin birliğinin korunması için gerekli tüm önlemlerin alınmasını" tavsiye etmiştir.⁶⁴ 26. Uluslararası Konferans ise, silahlı çatışma zamanlarında sivil nüfusun korunmasına ilişkin bir kararında, "silahlı çatışmanın tüm taraflarının, uluslararası insancıl hukuka aykırı şekilde ailelerin ayrılmasına yönelik veya bu sonucu doğuracak her türlü eylemden kaçınmasını" talep etmiştir.⁶⁵

Yerinden edilmiş kadınların, çocukların, engellilerin ve yaşlıların özel ihtiyaçları

Bazı antlaşma ve belgeler, yerinden edilmiş kişilere koruma ve yardım sağlanırken, çatışmanın taraflarının her bir kişinin durumunu değerlendirmesi gerektiğine işaret eder. Bunun sonucunda, çocukların ve özellikle refakatsiz çocukların, hamilelerin ve süt veren annelerin, engelli kişilerin ve yaşlıların özel ihtiyaçları göz önüne alınmalıdır.⁶⁶ Askeri elkitaplarında, mevzuatta ve resmi beyanlarda da bu kabul edilmiştir.⁶⁷ Ayrıca, uluslararası örgütlerin uygulamalarıyla ve uluslararası konferanslarda da bu teyit edilmiştir.⁶⁸

63 BM Genel Sekreteri, Refakatsiz mülteci küçüklere dair rapor (*ibid.*, § 570).

64 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX (*ibid.*, § 576).

65 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 577).

66 Örn. bkz.. Ek I.Protokol, madde 78 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 581); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 22 (*ibid.*, § 582); Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, madde 23 (*ibid.*, § 583); Kadınlara Karşı Şiddete Dair Amerikalılararası Sözleşmesi, madde 9 (*ibid.*, § 584); Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 4 (*ibid.*, § 585); Yerinden Edilmiş Kişilere İnsancıl Muamele Hakkında Saraybosna Bildirgesi (*ibid.*, § 586); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (*ibid.*, § 587); Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına BM Bildirgesi, giriş (*ibid.*, § 588); Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 4(2) ve 19(2) (*ibid.*, §§ 589-590).

67 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 591), Avustralya (*ibid.*, § 592), Endonezya'nın (*ibid.*, § 593)askeri elkitapları; Angola (*ibid.*, § 594), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 595), Filipinler (*ibid.*, § 600), Hırvatistan (*ibid.*, § 597), İrlanda (*ibid.*, § 598), Kolombiya (*ibid.*, § 596), ve Norveç'in (*ibid.*, § 599) mevzuatları; El Salvador (*ibid.*, § 602), Filipinler (*ibid.*, § 607), Gana (*ibid.*, § 603), Oman (*ibid.*, § 605), Peru (*ibid.*, § 606), Sri Lanka (*ibid.*, § 608) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 609) beyanları ve Ürdün'ün rapor edilen uygulaması (*ibid.*, § 604).

68 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 819 (*ibid.*, § 610), Karar 1261 (*ibid.*, § 611), Karar 1314 (*ibid.*, § 612), Karar 1325 (*ibid.*, § 613); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 614); BM Genel Kurul, Karar 48/116 (*ibid.*, § 615) ve Karar 49/198 (*ibid.*, § 616); ECOSOC, Karar 1982/25 (*ibid.*, § 617) ve Karar 1991/23 (*ibid.*, § 618); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1995/77 (*ibid.*, § 619) ve Karar 1998/76 (*ibid.*, § 620); BMMYK Yürütür Komitesi Kararı No. 39 (XXXVI) (*ibid.*, § 622), Karar No. 64 (XLI) (*ibid.*, § 623) ve Karar No. 84 (XLVIII) (*ibid.*,

Engelli kişilere uluslararası yardım

Ülke içinde yerinden edilmiş kişilerle ilgilenmenin esas sorumluluğunun ilgili hükümete ait olduğu, uygulamada vurgulanmaktadır.⁶⁹ Ne var ki, genellikle hükümet, kişilerin yerinden edildiği bölgeyi kontrolünü elinde bulunduramadığı için, bu sorumluluk ülke içinde yerinden edilmiş kişilere insancıl yardımın serbestçe geçişine izin verme yükümlülüğünü de içerir (ayrıca bkz. Kural 55). Uluslararası camianın, özellikle BMMYK ve ICRC'nin yardımının istenebileceğine işaret eden kanıtlar, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamındaki uygulamaları, özellikle de BM Güvenlik Konseyi'nin uygulamalarını içerir.⁷⁰ Bu uygulama, yerinden edilme hukuka aykırı olsa dahi, uluslararası toplumun yardım etmesinin hukuka aykırı olmadığını gösterir. Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler de bu görüşü desteklemektedir.⁷¹

§ 624); BM Genel Sekreteri, Toplu göçler ve insan haklarına dair rapor (*ibid.*, § 625); Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler Hakkında BM Genel Sekreteri Temsilcisi, Temsilci'nin Mozambik ziyaretine dair raporu (*ibid.*, § 626); Silahlı Çatışmanın Çocuklara Etkisi Hakkında BM Uzmanı, Rapor (*ibid.*, § 627); BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri, Toplu göçler ve insan haklarına dair rapor (*ibid.*, § 628); BM İnsan Hakları Komisyonu, Hukuk Dışı, Yargısız ve Keyfi İnfazlar Hakkında Özel Raportör, Özel Raportör'ün Burundi misyonuna dair rapor (*ibid.*, § 629); BM İnsan Hakları Komisyonu, Zaire'deki İnsan Haklarının Durumuna dair Özel Raportör, Özel Raportör'ün Ruanda ziyaretine dair rapor (*ibid.*, § 630); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kadınlara Karşı Şiddete, Bunun Sebepleri ve Sonuçlarına dair Özel Raportör, Silahlı çatışma zamanlarında kadınlara karşı devlet tarafından uygulanan ve/veya göz yumulan şiddet hakkında rapor (*ibid.*, § 631); BMMYK, Yürütme Komitesi, Eski Yugoslavya'da bölgesel gelişmeler hakkında Daimi Komite tarafından bilgi güncellemesi (*ibid.*, § 632); ADÖ, Genel Kurul, Karar 1602 (XXVIII-O/98) (*ibid.*, § 633); ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1448 (LVIII) (*ibid.*, § 634); 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XVII, § 8 (*ibid.*, § 635); KKAÖK, Peru'nun raporunun değerlendirmesi (*ibid.*, § 636); KKAÖK, Komite Raporu, 20. Oturum (*ibid.*, § 637); CRC, Sudan'ın raporu hakkında ilk gözlemler (*ibid.*, § 638); CRC, Sudan'ın raporu hakkında sonuç gözlemleri (*ibid.*, § 638); CRC, Uganda'nın raporu hakkında sonuç gözlemleri (*ibid.*, § 639); CRC, Myanmar'ın raporu hakkında sonuç gözlemleri (*ibid.*, § 640).

69 Örn. bkz., Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 25(1) (*ibid.*, §§ 432 ve 649); BMMYK Yürütme Komitesi, Karar No. 75 (XLV): Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler (*ibid.*, § 473).

70 Bkz. BM Güvenlik Konseyi, Karar 688 (*ibid.*, § 660), Karar 999 (*ibid.*, § 661), Karar 1010, 1019 ve 1034 (*ibid.*, § 662), Karar 1078 (*ibid.*, § 663), Karar 1097 (*ibid.*, § 664) ve Karar 1120 (*ibid.*, § 665); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklamaları (*ibid.*, §§ 666-669).

71 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 25 (*ibid.*, § 649).

Kural 132. Yerinden edilmiş kişiler, yerlerinden edilme sebepleri ortadan kalkar kalkmaz, evlerine veya mutat ikamet yerlerine güvenlik içinde gönüllü dönüş hakkına sahiptir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 38, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Dönüş hakkı, hukuka uygun olarak sınır dışı edilmiş vatandaş olmayan kişilere değil, silahlı çatışma yüzünden gerek gönüllü gerekse zorunlu olarak yerinden edilmiş kişilere uygulanır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi tahliye edilen kişilerin, bu bölgede muhasamat sona erer ermez tekrar yerlerine iade olunmasını öngörür.⁷² Genel olarak gönüllü dönüş hakkı, Panmunjon Ateşkes Anlaşması ve Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Sözleşme gibi diğer bazı antlaşmalarda da tanınmıştır.⁷³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi bunu, "herkes ülkesine dönme hakkına ... sahiptir" şeklinde tanıır.⁷⁴ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye göre, "hiç kimse kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."⁷⁵ Bölgesel insan hakları sözleşmeleri de benzer bir kuralı içerir.⁷⁶

Birkaç askeri elkitabı, yerinden edilmenin süresi itibariyle sınırlı olması gerektiğinin ve yerinden edilmiş kişilerin evlerine veya mutat ikamet yerlerine dönmelerine izin verilmesinin gerektiğinin altını çizer.⁷⁷

Mültecilerin ve yerinden edilmiş kişilerin dönüş hakkı, birçoğu Abhazya (Gürcistan), Bosna Hersek, Filipinler ve Tacikistan'daki gibi uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak yapılan çok sayıda resmi açıklamalarda ve diğer uygu-

72 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 49, ikinci paragraf (*ibid.*, § 682).

73 Panmunjom Ateşkes Anlaşması (*ibid.*, § 683), madde III(59)(a) ve (b); Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Sözleşme, madde 5(1) (*ibid.*, § 686).

74 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, madde 13(2) (*ibid.*, § 692).

75 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 12(4) (*ibid.*, § 685).

76 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 no.lu Protokol, madde 3 (*ibid.*, § 684); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 22(5) (*ibid.*, § 687); Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı, madde 12(2) (*ibid.*, § 688).

77 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 699), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 707), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 706), Filipinler (*ibid.*, § 704), İspanya (*ibid.*, § 705), Hırvatistan (*ibid.*, § 700), Macaristan (*ibid.*, § 701), Kenya (*ibid.*, § 702) ve Madagaskar'ın (*ibid.*, § 703) askeri elkitabları.

lamalarda da desteklenmektedir.⁷⁸ Bu hak ayrıca, örneğin Abhazya (Gürcistan), Afganistan, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kore, Liberya, Sudan ve Tacikistan'daki çatışmalara ilişkin bazı barış anlaşmalarında ve mültecilerle yerlerinden edilmiş kişilere ilişkin anlaşmalarda da tanınmıştır.⁷⁹

BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu birçok vesileyle, mültecilerin ve yerlerinden edilmiş kişilerin güvenlik içinde evlerine serbestçe dönmeleri hakkını hatırlatmıştır.⁸⁰ Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler de “yerinden edilme koşulların gerektirdiğinden daha uzun sürmeyecektir” ilkesini belirtir.⁸¹ Geldikleri yere veya mutat ikametlerine dönüş tercihine ilaveten, Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler ayrıca yerinden edilmiş kişilerin gönüllü olarak ülkenin bir başka yerinde yeniden yerleşmeye hakları olduğunu belirtir.⁸²

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Dönüşü ve entegrasyonu kolaylaştıracak tedbirler

Yetkili mercilerin, yerinden edilmiş kişilerin gönüllü ve güvenli biçimde geri dönüşlerini ve yeniden entegrasyonlarını kolaylaştıracak tedbirleri alma ödevi, Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Sözleşme'de ve Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler'de belirtilmiştir.⁸³ Bu ayrıca barış anlaşmaları ve

78 Örn. bkz., Angola (*ibid.*, § 716), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 733), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 732), Brezilya (*ibid.*, § 717), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 719), Endonezya (*ibid.*, § 725), Fransa (*ibid.*, § 721), Gürcistan (*ibid.*, § 723), Honduras (*ibid.*, § 724), İtalya (*ibid.*, § 726), Mısır (*ibid.*, § 720), Nijerya (*ibid.*, § 728), Rusya (*ibid.*, § 730), Tunus (*ibid.*, § 731) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 727), beyanları, Filipinler'in uygulaması (*ibid.*, § 729) ve Fransa'nın rapor edilen uygulaması (*ibid.*, § 722).

79 Bkz. Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 5 (*ibid.*, § 788); Afgan Barış Anlaşmaları, para. 6 (*ibid.*, § 798); Dayton Anlaşmalarına Ekli, Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde 1 (*ibid.*, § 789); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasındaki İlişkilerin Normalleşmesine dair Anlaşma, madde 7 (*ibid.*, § 790); Panmunjom Ateşkes Anlaşması, madde III(59)(a) ve (b) (*ibid.*, § 786); Liberya hakkında Cotonou Anlaşması, madde 18(1) (*ibid.*, § 796); Sudan Barış Anlaşması, Bölüm 4, para. 3(a), ve Bölüm 5, para. 2, (*ibid.*, § 696); Tacik Mültecilere İlişkin Protokol, para. 1 (*ibid.*, § 695).

80 Bkz. BM Güvenlik Konseyi, Karar 361 (*ibid.*, § 734), Karar 726 (*ibid.*, § 735), Karar 779 ve 820 A (*ibid.*, § 736), Karar 859 (*ibid.*, § 737), Karar 874 (*ibid.*, § 738), Karar 896 ve 906 (*ibid.*, § 739), Karar 947 (*ibid.*, § 740), Karar 993 (*ibid.*, § 739), Karar 999 (*ibid.*, § 741), Karar 1036 (*ibid.*, § 739), Karar 1078 (*ibid.*, § 742), Karar 1096 (*ibid.*, § 739), Karar 1124 (*ibid.*, § 739), Karar 1187 (*ibid.*, § 743), Karar 1199 ve 1203 (*ibid.*, § 744), Karar 1225 (*ibid.*, § 739), Karar 1239 ve 1244 (*ibid.*, § 744), Karar 1272 (*ibid.*, § 745); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklamaları (*ibid.*, §§ 746-750); BM Genel Kurulu, Karar 48/116 (*ibid.*, § 751), Karar 49/10 ve 50/193 (*ibid.*, § 752), Karar 53/164 ve 54/183 (*ibid.*, § 753); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1992/S-2/1 (*ibid.*, § 756), Karar 1994/59 (*ibid.*, § 754), Karar 1994/75, 1995/89 ve 1996/71 (*ibid.*, § 756), Karar 1997/2 (*ibid.*, § 755), Karar 1998/79 (*ibid.*, § 756) ve Karar 1999/S-4/1 (*ibid.*, § 757).

81 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 6(3) (*ibid.*, § 697).

82 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 28(1) (*ibid.*, § 800).

83 Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Sözleşme, madde 5 (*ibid.*, § 787); Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 28 (*ibid.*, § 800).

diğer anlaşmalarda,⁸⁴ ulusal mevzuatlarda,⁸⁵ resmi beyanlar ve diğer uygulamalarda,⁸⁶ Birleşmiş Milletler'in ve diğer uluslararası örgütlerin kararlarında⁸⁷ ve uluslararası konferanslarda kabul edilmiş kararlar ve sair belgelerde⁸⁸ de yer alır. Özellikle, BM Güvenlik Konseyi ve BM Genel Kurulu birçok vesileyle, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına, yerinden edilmiş kişilerin gönüllü ve güvenli biçimde geri dönüşlerini ve yeniden entegrasyonlarını kolaylaştırmaları çağrısı yapmıştır.⁸⁹ BM Genel Sekreteri ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler Hakkındaki Özel Temsilcisi, yerinden edilmiş kişilerin gönüllü ve güvenli biçimde geri dönüşlerini ve yeniden entegrasyonlarını kolaylaştırma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere bazı çatışmalar bağlamında alınan veya alınacak tedbirler hakkında raporlar vermiştir.⁹⁰

- 84 Örn. bkz., Panmunjon Ateşkes Anlaşması, madde III(59)(d)(1) (*ibid.*, § 786); Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 5 (*ibid.*, § 788); Dayton Anlaşmalarına Ekli, Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde I ve II (*ibid.*, § 789); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasındaki ilişkilerin Normalleşmesine dair Anlaşma, madde 7 (*ibid.*, § 790); Geri Dönüşün Ameli Usullerine dair Ortak Çalışma Grubunun Anlaşması (*ibid.*, § 791); Irak ve BM arasında Mutabakat Zaptı, para. 2 ve 3 (*ibid.*, § 793); Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ve Hırvatistan Başkanlarının Ortak Açıklaması (Eylül 1992), para. 2 (*ibid.*, § 794); Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ve Hırvatistan Başkanlarının Ortak Açıklaması (Ekim 1992), para. 3 (*ibid.*, § 795); Liberya hakkında Cotonou Anlaşması, madde 18(1) (*ibid.*, § 796); Aruşa Barış Anlaşmaları, madde 23(D) (*ibid.*, § 797); Yerinden Edilmiş Kişilere dair Aruşa Protokolü, maddeler 36 ve 42 (*ibid.*, § 797); Afgan Barış Anlaşması, para. 6 (*ibid.*, § 798); Sudan Barış Anlaşması, Bölüm 4, para. 6(iii)(1) (*ibid.*, § 799); Kahire Eylem Planı, para. 70 (*ibid.*, § 801).
- 85 Örn. bkz., Angola (*ibid.*, § 803), Etiyopya (*ibid.*, § 805) ve Kolombiya'nın (*ibid.*, § 804) mevzuatları.
- 86 Örn. bkz., Afganistan (*ibid.*, § 807) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 811) beyanları ve Filipinler (*ibid.*, § 810), Peru (*ibid.*, § 809) ve Türkiye'nin (*ibid.*, § 812) uygulamaları.
- 87 Örn. bkz., BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 835), Karar 1999/10 (*ibid.*, § 836) ve Karar 2001/18 (*ibid.*, § 837); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 1376, 1384 ve 1385 (*ibid.*, § 853); ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1589 ve 1653 (XLIV) ve Karar 362 (*ibid.*, § 854); AGİT, Kosova Uluslararası İnsan Hakları Konferansı Sonuç Bildirgesi (*ibid.*, § 855).
- 88 Örn. bkz., 21. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar X (*ibid.*, § 856); 22. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar III (*ibid.*, § 857); Orta Amerikalı Mülteciler Hakkında Uluslararası Konferans (CIREFCA), Bildirge ve Uyumlu Eylem Planı (*ibid.*, § 858); 88. Parlamentolar Arası Konferans, Bosna Hersek'teki şiddeti kesmeye ve insan hakları ihlallerine son vermeye yönelik yakın zamandaki uluslararası girişimlere desteğe ilişkin karar (*ibid.*, § 859); 89. Parlamentolar Arası Konferans, Eski Yugoslavya'da acil eyleme ihtiyaç hakkında karar (*ibid.*, § 860); Bosna Hersek için Barışın Uygulanması Konferansı, Başkan'ın Sonuçları (*ibid.*, § 861); 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı International, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 862).
- 89 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 876 (*ibid.*, § 814), Karar 882 ve 898 (*ibid.*, § 815), Karar 1009 (*ibid.*, § 816), Karar 1034 (*ibid.*, § 817), Karar 1075 (*ibid.*, § 818), Karar 1088 (*ibid.*, § 819), Karar 1120 (*ibid.*, § 820), Karar 1124 (*ibid.*, § 821), Karar 1199 ve 1203 (*ibid.*, § 822) ve Karar 1272 (*ibid.*, § 823); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklamaları (*ibid.*, §§ 824-827); BM Genel Kurulu, Karar 46/136 (*ibid.*, § 828), Karar 48/116 (*ibid.*, § 829), Karar 49/206 (*ibid.*, § 830), Karar 50/193 (*ibid.*, § 831), Karar 53/164 (*ibid.*, § 832), Karar 54/183 (*ibid.*, § 833) ve Karar 55/116 (*ibid.*, § 834).
- 90 Örn. bkz., BM Genel Sekreteri, Kamboçya'ya dair rapor (*ibid.*, § 842), Tacikistan'daki duruma ilişkin rapor (*ibid.*, § 843) ve Abhazya, Gürcistan'daki durum hakkında rapor (*ibid.*, § 844); Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler Hakkında BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi, Mozambik ziyareti-ne dair rapor (*ibid.*, § 845).

Yerinden edilmiş kişilerin gönüllü ve güvenli biçimde geri dönüşlerini ve yeniden entegrasyonlarını kolaylaştırmak için alınacak tedbirlere şunlar örnektir: güvenli biçimde dönüşü güvence altına almak üzere tedbirler, özellikle mayınların temizlenmesi; temel ihtiyaçları (barınak, yiyecek, su ve tıbbi bakım) kapsayacak yardımın sağlanması; inşaat aletlerinin, ev eşyalarının ve tarım aletlerinin, tohum ve gübrenin tedarik edilmesi ve okulların, meslek edindirme programlarının ve eğitimin rehabilitasyonu. Yerinden edilmiş kişilerin (veya temsilcilerinin), geri dönmeden önce, güvenliğe ve maddi koşullara ilişkin durumu değerlendirmek üzere dönülecek bölgeyi ziyaret etmelerine izin verildiği birkaç vaka da bulunmaktadır.⁹¹ Uygulamalar, geri dönenlerin mecburi askerliğe alınmaktan kaçma veya askerlikten firar gibi eylemlerinden dolayı cezai takibata uğramayacaklarını güvence altına alacağından, savaş suçlarının ve insanlık aleyhine suçların işlenmesi durumlarını hariç tutan bir genel af çıkarılmasının (bkz. Kural 159) geri dönüşü kolaylaştırmaya uygun bir tedbir olduğuna işaret eder.⁹²

Aleyhte ayrımlara ilişkin yasak, yerinden edilmiş kişilere her halükarda uygulanacaksa da (bkz. Kural 88), aynı zamanda, geri dönenlere karşı ayrımcılık yapılmasının önemini altını çizen özel uygulamalar da vardır. Böylece, uluslararası insancıl hukukun sivillerin korunmasına ilişkin tüm kuralları, geri dönen yerinden edilmiş sivillere de aynı şekilde uygulanacaktır.⁹³ Bu ilke ayrıca, bazı antlaşmalar ve sair belgelerde,⁹⁴ ulusal mevzuat ve resmi beyanlarda⁹⁵ ve Birleşmiş Milletler'in ve

91 Örn. bkz., Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 10 (*ibid.*, § 867); BMMYK Yürütme Komitesi, Karar No. 18 (XXXI): Ülkeye Gönüllü Dönüş (*ibid.*, § 870); BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'nin 743 ve 762 sayılı kararları uyarınca ek raporlar (*ibid.*, § 871); BM İnsan Hakları Komisyonu, Eski Yugoslavya'daki İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Özel Raportör'ün raporu (*ibid.*, § 873); Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler Hakkında BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi, Mozambik ziyaretine dair rapor (*ibid.*, § 874); Bosna Hersek için Barışın Uygulanması Konferansı, Başkan'ın Sonuçları (*ibid.*, § 876).

92 Örn. bkz., Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 3(c) (*ibid.*, § 880); Dayton Anlaşmalarına Ekli, Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma (*ibid.*, § 881); Tacik Mültecilere İlişkin Protokol, para. 2 (*ibid.*, § 882); BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'nin 1019 sayılı kararı uyarınca, Hırvatistan'daki insan hakları durumuna dair ek rapor (1995) (*ibid.*, § 884); BM Mülteciler Yüksek Komiseri, BM İnsan Hakları Komisyonu'na beyan (*ibid.*, § 885); BM İnsan Hakları Komisyonu, Eski Yugoslavya'daki İnsan Haklarının durumuna ilişkin Özel Raportör'ün dönemsel raporu (*ibid.*, § 886); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 1385 (*ibid.*, §§ 887).

93 Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Sözleşme, madde 5 (*ibid.*, § 892); Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 29(1) (*ibid.*, § 899); BMMYK Yürütme Komitesi, Karar No. 18 (XXXI): Ülkeye Gönüllü Dönüş (*ibid.*, § 906).

94 Örn. bkz., Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 3(a) (*ibid.*, § 893); Liberya hakkında Cotonou Anlaşması, madde 18(2) (*ibid.*, § 898); Mozambik için Genel Barış Anlaşması (*ibid.*, § 897); Dayton Anlaşmalarına Ekli, Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde I ve II (*ibid.*, § 894); Geri Dönüşün Ameli Usullerine dair Ortak Çalışma Grubunun Anlaşması (*ibid.*, § 895); Yerinden Edilmiş Kişilere İnsancıl Muamele Hakkında Saraybosna Bildirgesi (*ibid.*, § 896).

95 Örn. bkz., Kolombiya, *Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun* (*ibid.*, § 901); Afganistan, BM Genel Sekreteri'ne ve BM Güvenlik Konseyi Başkanı'na hitaben mektuplar (*ibid.*, § 903).

diğer uluslararası konferansların⁹⁶ Orta Amerika, Afganistan, Kolombiya, Gürcistan, Liberya, Mozambik ve eski Yugoslavya'daki çatışmalara ilişkin uygulamalarında da tanınmıştır.

Kural 133. Yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarına saygı gösterilmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 38, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Yakın tarihli çatışmalarda, öncelikle eski Yugoslavya'daki, ama ayrıca da Afganistan, Kolombiya, Kıbrıs, Gürcistan ve Mozambik'teki çatışmalar bağlamında, yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet hakları özel bir ilgi görmüştür. Tüm vakalarda bu kural teyit edilmiş ve ihlali kınanmıştır.

Geride bıraktıkları mallara ilişkin olarak yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarına saygı, bazı anlaşmalarla desteklenmektedir.⁹⁷ Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler'e göre "ülke içinde yerlerinden edilmiş kişilerin geride bıraktıkları mal ve mülkler, yıkıma ve keyfi ve hukuka aykırı olarak el konmaya, işgale veya kullanıma karşı korunmalıdır."⁹⁸

Bölgesel üç insan hakları sözleşmesi, kamu yararına ve kanunla getirilecek kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla mülkiyet hakkını güvence altına alır.⁹⁹ Yerlerinden edil-

96 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklaması (*ibid.*, § 905); BM Genel Sekreteri, Hırvatistan'daki insan hakları durumuna dair ek rapor UN Secretary-General (*ibid.*, § 907); Orta Amerikalı Mülteciler Hakkında Uluslararası Konferans (CIREFCA), Uyumlu Eylem Planı (*ibid.*, § 910).

97 Mozambik için Genel Barış Anlaşması, Protokol III, Kısım IV, § (e) (*ibid.*, § 961); Afgan Barış Anlaşması, para. 6 (*ibid.*, § 962); Gürcü Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Dört Taraflı Anlaşma, para. 3(g) (*ibid.*, § 957); Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde I(1) (*ibid.*, § 958); Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasındaki İlişkilerin Normalleşmesine dair Anlaşma, madde 7 (*ibid.*, § 963).

98 Ülke İçinde Yerinden Edilmeye Dair Yol Gösterici İlkeler, İlke 21(3) (*ibid.*, § 918).

99 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Birinci Protokolü, madde 1 (*ibid.*, § 914); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 21(1) (*ibid.*, § 915); Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı, madde 14 (*ibid.*, § 906).

miş kişilerin mallarından keyfi olarak yoksun bırakılması bu hakkı ihlal eder. Örneğin, 1996'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce *Loizidou Türkiye'ye Karşı* davasında ve 2001'de Bosna Hersek İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Dairesi'nce *Turundžić Davası*'nda, yerinden edilmiş kişilerin mülklerini barışçıl şekilde kullanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmişti.¹⁰⁰

Eski Yugoslavya'daki çatışmalar bağlamında, antlaşmalar ve diğer belgelerde, mülkiyet haklarına ilişkin olarak baskı altında yapılan beyan ve taahhütlerin batıl olduğu belirtilmiştir.¹⁰¹ Bu ayrıca, BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu'nda kabul edilen kararlarda da onaylanmıştır.¹⁰² Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma'ya göre "tüm mültecilerin ve yerlerinden edilmiş kişilerin ... 1991'den beri muhasamat esnasında yoksun bırakıldıkları mülklerinin kendilerine iadesine ve iade edilemeyen her mülkün tazmin edilmesine hakları olacaktır."¹⁰³ Bu hükmün uygulanmamasının, özellikle 1996'da BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kınanmasını müteakiben, Bosna Hersek Federasyonu ve Republika Srpska, yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarını güvence altına alan yeni kanunlar çıkarmıştır.¹⁰⁴

Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma uyarınca, "1 Nisan 1992'den beri, malın rıza ile satılmadığı veya hakkın başka şekilde geçirilmediği ve hak talep eden kişinin hâlihazırda bu mala zilyet olmadığı halde, Bosna Hersek'te gayrimenkullere ilişkin her türlü başvuruyu kabul etmek ve karar vermek üzere" bağımsız bir Yerinden Edilmiş Kişilerin ve Mültecilerin Gayrimenkul Hak Taleplerine İlişkin Komisyon kurulmuştur.¹⁰⁵ Kosova'daki çatışmanın ardından da benzer bir komisyon kurulmuştur. Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma'nın Hırvatistan

100 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Loizidou v. Turkey*, Karar (Esas), 18 Aralık 1996, § 64; Bosna Hersek, İnsan Hakları Komisyonu (İnsan Hakları Dairesi), *T Turundžić Davası* (Cilt II, Alt-Bölüm 38, § 967'de aktarılmıştır).

101 Örn. bkz., Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde 12(3) (*ibid.*, § 936); Bosna Hersek'teki Sivillerin Trajik Durumu hakkında Tavsiye, para. 4(c) (*ibid.*, § 937); Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ve Hırvatistan Başkanlarının Ortak Açıklaması (Eylül 1992), para. 6 (*ibid.*, § 938).

102 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 779 ve 820 (*ibid.*, § 943), Karar 941 ve Karar 947 (*ibid.*, § 944); BM Genel Kurulu, Karar 48/153 ve 49/196 (*ibid.*, § 945), Karar 49/10 (*ibid.*, § 946), Karar 50/193 (*ibid.*, § 947) ve Karar 55/24 (*ibid.*, § 948); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1992/S-2/1, 1994/72, 1994/75 ve 1995/89 (*ibid.*, § 949).

103 Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde I(1) (*ibid.*, § 958).

104 Bkz., BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 979); Bosna Hersek, Federasyon, Üzerinde İşgal Hakkı Olan Apartman Dairelerinin Satışı Hakkında Kanun (*ibid.*, § 920), Vatandaşların Sahip Olduğu ve Geçici Olarak Terk Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanunun Uygulanmasının Durdurulmasına Dair Kanun (*ibid.*, § 920) ve Terk Edilmiş Apartman Daireleri Hakkında Kanunun Uygulanmasının Durdurulmasına Dair Kanun (*ibid.*, § 920); Bosna Hersek, Republika Srpska, Terk Edilmiş Mülkün Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulanmasının Durdurulmasına Dair Kanun (*ibid.*, § 921).

105 Dayton Anlaşmalarına Ekli Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Anlaşma, madde VII ve XI (*ibid.*, § 959).

tarafından uygulanışına dair eleştiriler de olmuştur. Özellikle, 1995'te aldığı bir kararında BM Güvenlik Konseyi, Hırvatistan'ı "mültecilerin mülklerini geri almak üzere Hırvatistan'a dönüşlerine getirdiği her türlü zaman kısıtlamasını kaldırmaya" teşvik etmişti.¹⁰⁶ Ardından bir mektupla Hırvatistan BM İnsan Hakları Komisyonu Başkanı'na, mültecilerin ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın tadil edildiği ve mülklerini terk etmiş olan kişilerin dönüşlerine getirilen zaman kısıtlamasının kaldırıldığı bilgisini vermiştir.¹⁰⁷

Kolombiya'nın Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun'u, yerlerinden edilmiş kişilerin terk ettikleri malların mülkiyetine ve zilyetliğine sahip olmaya devam etme hakkı olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁸ Kolombiya'nın Anayasal Mahkemesi de 1996'da bu yönde karar vermiştir.¹⁰⁹

Yerlerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarına saygı gösterilmesini güvenceye almaya yönelik özel kanun ve usullerin ötesinde, dünyadaki, tüm değilse de çoğu devletin mevzuatı, mala keyfi veya kanunsuz el koymaya karşı bir şekilde koruma sağlamaktadır ki bunun da hukukun genel bir ilkesini oluşturduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, mülkiyet haklarının korunması genellikle, ulusal hukuka dayanarak, mevcut ulusal mahkeme sistemi aracılığıyla icra edilecektir.

Bu kuralın ihlal edildiği iddiaların olduğu vakalar, özellikle Hırvatistan'a ilişkin olarak BM Güvenlik Konseyi tarafından ve Bosna Hersek'e ilişkin olarak BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kınanmıştır.¹¹⁰ İnsan Hakları Komisyonu yerlerinden edilmiş kişilerin mülkiyet haklarının ihlal edilmesini "dönüş hakkını sarstığı" için kınamıştır.¹¹¹ Mültecilerin ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin geri dönüşü bağlamında iskân ve mülk iadesi hakkında 1998'de kabul ettiği bir kararında BM İnsan Hakları Alt Komisyonu da aynı noktayı belirtmiştir.¹¹² Mülkiyet haklarının ihlallerinin geri dönüş hakkının uygulanmasına engel olabileceği gerçeği (bkz. Kural 132), bu kuralın teamül niteliğini daha da güçlendirir.

106 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1019 (*ibid.*, § 972).

107 Hırvatistan, BM İnsan Hakları Komisyonu Başkanı'na Mektup (*ibid.*, § 969).

108 Kolombiya, *Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilere Dair Kanun* (*ibid.*, § 922).

109 Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, *AnayasalDava No. C-092* (*ibid.*, § 923).

110 BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Açıklaması (*ibid.*, § 925); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 926) ve Karar 1998/26 (*ibid.*, § 927).

111 BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1996/71 (*ibid.*, § 926).

112 BM İnsan Hakları Alt Komisyonu, Karar 1998/26 (*ibid.*, § 927).

KENDİLERİNE ÖZGÜ KORUMADAN FAYDALANAN DİĞER KİŞİLER

Kural 134. Silahlı çatışmadan etkilenen kadınlara özgü koruma, sağlık ve yardım ihtiyaçlarına saygı gösterilmelidir.

Not: Uluslararası insancıl hukuk kadınlara da, çarpışan olsunlar, sivil olsunlar veya savaş dışı kalmış olsunlar, erkeklerle aynı korumayı sağlar. Bu mevcut çalışmada belirtilen tüm kurallar erkeklere de kadınlara da ayırım yapılmaksızın aynı şekilde uygulanır. Ancak, kadınların kendilerine özgü ihtiyaçlarının ve hassasiyetlerinin farkında olarak uluslararası insancıl hukuk, onlara özgü bazı ek koruma ve haklar tanır. Burada incelenen kural, bu ek koruma ve hakların bazılarını tanımlamaktadır.¹

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 39, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Cinsel şiddet yasağına (bkz. Kural 93) ve özgürlüklerinden mahrum bırakılan kadınların erkeklerden ayrılması yükümlülüğüne (bkz. Kural 119) ilişkin uygulamaların yanı sıra, kadın haklarının insan hakları hukuku içinde önde gelen yeri, kadınlara özgü ihtiyaçlara ilişkin olarak toplanıp incelenen bu uygulamaları takviye eder ve bunların da ışığında incelenmelidir.

¹ Silahlı çatışmanın kadınlara etkisi hakkında tüketici bir inceleme için bkz., Charlotte Lindsey, *Women Facing War*, ICRC, Genevre, 2001.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Silahlı çatışmadan etkilenen kadınlara özgü ihtiyaçlara saygı gösterilmesi kuralı, dört Cenevre Sözleşmesi'nin her birinde bulunan kurallardan çıkar.² Örneğin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi “kadınlar cinsiyetlerinin gerektirdiği bütün hususi ihtimamlarla muamele görecektir” hükmünü içerir. Ek I.Protokol ise “kadınlar[ın] özel saygıya konu olacağını” belirtir.³

Birçok askeri elkitabı, silahlı çatışmadan etkilenen kadınlara özgü ihtiyaçlara saygı gösterilmesi yükümlülüğünden bahseder.⁴ Bu yükümlülüğün ihlali bazı devletlerin mevzuatında suç olarak kabul edilir.⁵ Bu yükümlülük resmi açıklamalarda da desteklenir.⁶ Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I.Protokol'de kullanılan terminolojiden mühlhem olarak, bu uygulamadan çoğunlukla, kadınlara bahsedilen özel koruma veya özel saygı olarak veya “kadınlığa gösterilmesi gereken bütün saygı” ile veya “cinsiyetlerinin gerektirdiği bütün hususi ihtimam” ile muamele edilmeleri şeklinde bahsedilmektedir. Burada incelenen kuralda kullanılan tabir, yani kadınlara özgü ihtiyaçlarına saygı gösterilmesi, bu terimlerin anlamlarına dayanmaktadır.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve Ek I.Protokol kadınlara özgü ihtiyaçlara saygı gösterilmesini belirten genel bir kural içermemekle beraber, her bir kişinin şahsına ve şerefine saygıyı gerektirerek, canlarına, sağlıklarına, fiziksel veya manevi varlıklarına karşı şiddeti yasaklayarak, aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleler, tecavüz, fuhşa zorlama ve her çeşit hayâsız saldırı biçimleri dâhil olmak üzere onurlarına yönelik saldırıları yasaklayarak ve gözaltındaki kadınların ve erkeklerin ayrılmasını gerektirerek,⁷ bu kuralın belirli yönlerine değinirler. Bu özel kurallar, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kadınların kaderi hakkında benzer bir endişeye işaret eder.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan bazı askeri elkitapları, kadınlara özgü ihtiyaçlara saygı gösterme şartını içerir.⁸ Bu yüküm-

2 I.Cenevre Sözleşmesi, madde 12, dördüncü paragraf (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 1'de aktarılmıştır); II.Cenevre Sözleşmesi, madde 12, dördüncü paragraf (*ibid.*, § 1); III.Cenevre Sözleşmesi, madde 14, ikinci paragraf (*ibid.*, § 2); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 27, ikinci paragraf (*ibid.*, § 3).

3 Ek I.Protokol, madde 76(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 5).

4 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 15), Avustralya (*ibid.*, §§ 16–17), Benin (*ibid.*, § 18), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 38–40), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 37), Ekvator (*ibid.*, § 21), El Salvador (*ibid.*, §§ 22–23), Endonezya (*ibid.*, § 26), Fas (*ibid.*, § 28), Filipinler (*ibid.*, § 32), Fransa (*ibid.*, § 24), Hindistan (*ibid.*, § 25), Hollanda (*ibid.*, § 29), İspanya (*ibid.*, § 33), İsveç (*ibid.*, § 34), İsviçre (*ibid.*, § 35), Kanada (*ibid.*, § 20), Madagaskar (*ibid.*, § 27), Nijerya (*ibid.*, § 31), Togo (*ibid.*, § 36), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 30) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 41) askeri elkitapları.

5 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 43), Bangladeş (*ibid.*, § 44), İrlanda (*ibid.*, § 45), Norveç (*ibid.*, § 46) ve Venezuela'nın (*ibid.*, § 47) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 42).

6 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri'nin beyanı (*ibid.*, § 50).

7 Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 3; Ek I.Protokol, madde 4–5 (konsensusla kabul edilmiştir).

8 Örn. bkz., Avustralya (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 16'da aktarılmıştır), Benin (*ibid.*, § 18), Ekvator (*ibid.*, § 21), El Salvador (*ibid.*, §§ 22–23), Filipinler (*ibid.*, § 32), Hindistan (*ibid.*, § 25), Madagaskar (*ibid.*, § 27), Togo (*ibid.*, § 36) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 41) askeri elkitapları.

lülüğün herhangi bir silahlı çatışmada ihlali, bazı devletlerin mevzuatlarınca suç olarak kabul edilmektedir.⁹ Bunlara ek olarak, kadınlara özel saygı şartı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin diğer başka belgelerde de yer alır.¹⁰

BM Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve BM İnsan Hakları Komisyonu, kadınların silahlı çatışmalarda korunmalarına ilişkin olarak, uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalar arasında ayırım yapmamaktadır.¹¹ Örneğin BM Güvenlik Konseyi, kadınlara özgü ihtiyaçlara saygı çağrısını Afganistan gibi belirli çatışmalar bağlamında yaptığı gibi, genel olarak da yapmıştır.¹² Silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasına ilişkin olarak 2000’de kabul etti bir kararında BM Güvenlik Konseyi, “silahlı çatışmanın kadınlar üzerinde yaptığı özel etki” hakkındaki derin endişesini belirtmiş ve “kadınların özel korunma ve yardım ihtiyaçlarının kapsayıcı olarak ele alınmasının önemini” tekrarlamıştır.¹³ Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka riayetlerine ilişkin BM Genel Sekreterlik Bülteni “kadınlar[ın] herhangi bir saldırıdan özellikle korunacağını” belirtir.¹⁴ Kadınlara Karşı Şiddet, Bunun Sebepleri ve Sonuçları Hakkında BM Özel Raportörü ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kadınların haklarının ihlalleri hakkındaki endişelerini belirtmiştir.¹⁵ Komite 1992’de, cinsiyete dayalı şiddetin, “uluslararası veya iç silahlı çatışma zamanlarında insancıl normlar uyarınca eşit korunma Hakkı”nı zedelediğini veya yok ettiğini belirtmiştir.¹⁶

27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999’da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, “kadınlar ve kızlar için özel koruma tedbirleri” için çağrı yapmıştır.¹⁷

Yorum

Kadınlara özel ihtiyaçlar içinde buldukları duruma – evde, gözetiminde veya çatışma sonucunda yerlerinden edilmiş olmalarına – göre değişebilir ama bunlara

-
- 9 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 43) ve Venezuela’nın (*ibid.*, § 47) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin’in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 42).
- 10 Örneği bkz., Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 4 (*ibid.*, § 12); Bosna Hersek’teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3(2) (*ibid.*, § 13).
- 11 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1325 (*ibid.*, § 55); ECOSOC, Karar 1998/9 (*ibid.*, § 58); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1998/70 (*ibid.*, § 60).
- 12 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1076 (*ibid.*, § 51), Karar 1193 ve 1214 (*ibid.*, § 52), Karar 1261 (*ibid.*, § 53), Karar 1333 (*ibid.*, § 56) ve Başkan’ın Açıklaması (*ibid.*, § 57).
- 13 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1296 (*ibid.*, § 54).
- 14 BM Genel Sekreteri’nin Sirküleri, Kısım 7.3 (*ibid.*, § 14).
- 15 Örn. bkz., BM İnsan Hakları Komisyonu, Kadınlara Karşı Şiddet, Bunun Sebepleri ve Sonuçları Hakkında Özel Raportörün raporları (*ibid.*, §§ 61–62); Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, BM Genel Kurulu’na raporlar (*ibid.*, §§ 70–72).
- 16 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, Genel Tavsiye No. 19 (Kadınlara Karşı Şiddet) (*ibid.*, § 68).
- 17 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 67).

tüm durumlarda saygı gösterilmek zorundadır. Uygulamalar, özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları müddette erkeklerden ayrılmaları yoluyla dâhil olmak üzere (bkz. Kural 119) kadınların cinsel şiddetin her türlüsüne karşı korunmalarına ilişkin özel ihtiyaçlarına dair çok sayıda atıf içermektedir. Cinsel şiddet yasağı kadınlara ve erkeklere aynı şekilde uygulanırsa da, uygulamada kadınlar silahlı çatışmalar sırasında cinsel şiddetten çok daha fazla etkilenmektedir (ayrıca bkz. Kural 93'e ilişkin açıklama).

26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, “çatışmanın kadın mağdurlarının tıbbi, psikolojik ve sosyal yardım almalarını temin etmek için” tedbirler çağrısı yaparken diğer başka özel ihtiyaçlara işaret etmiştir.¹⁸ Aynı şekilde, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi BM Genel Kurulu'na 1999'da sunduğu bir raporda, devletlerin “silahlı çatışma durumunda sıkışmış olanlar gibi özellikle zor durumlardaki kadınlar için travma tedavisi ve danışmanlık dâhil olmak üzere uygun koruma ve sağlık hizmetlerinin sağlanmasını” güvenceye almalarını talep etmiştir.¹⁹

Hamile kadınlar ve küçük çocuklu kadınlar için özel ihtimam

Kadınlara özgü ihtiyaçlara saygının belirli bir örneği, hamile kadınlara ve özellikle süt veren, küçük çocuklu kadınlara özel bir ihtimamla muamele edilmesi gereğidir. Bu koşul Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin hükümlerinin yanı sıra Ek I.Protokol'de bulunmaktadır.²⁰ Bu hükümler, yiyecek tedariki, giyim, tıbbi yardım, tahliye ve taşıma açısından hamile kadınlar ve küçük çocuklu kadınlar için özel ihtimam gerektirir. Bu gerekler birçok askeri elkitabında belirtilmektedir.²¹ Ayrıca bazı devletlerin mevzuatlarında da bunlar bulunur.²²

Ek I.Protokol yaralıları ve hastalara gösterilecek koruma ve bakımın, doğum olaylarına ve “hamile kadınlar gibi acil tıbbi yardıma veya bakıma ihtiyaç duyabilecek diğer kişilere” de gösterileceğini belirtir.²³ Binaenaleyh bu kişiler, uygun tıbbi bakım ve tıbbi sebeplere dayalı tedavide öncelik dâhil olmak üzere (bkz. Kural 110), Alt-Bölüm 34'te tespit edilen haklara sahiptir.

18 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 66).

19 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, BM Genel Kurulu'na rapor (*ibid.*, § 71).

20 Bkz. IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 16–18, 21–23, 38, 50, 89, 91 ve 127 (*ibid.*, §§ 76–80); Ek I.Protokol, madde 70(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 81) ve madde 76(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 82).

21 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 94), Arjantin (*ibid.*, §§ 86–87), Avustralya (*ibid.*, § 88), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 105–106), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 103–104), Fransa (*ibid.*, §§ 92–93), Hollanda (*ibid.*, § 97), İspanya (*ibid.*, § 101), İsviçre (*ibid.*, § 102), Kanada (*ibid.*, § 90), Kenya (*ibid.*, § 95), Kolombiya (*ibid.*, § 91), Madagaskar (*ibid.*, § 96), Nijerya (*ibid.*, §§ 99–100) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 98) askeri elkitapları.

22 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 107), Bangladeş (*ibid.*, § 108), Filipinler (*ibid.*, § 111), İrlanda (*ibid.*, § 109), Norveç (*ibid.*, § 110) mevzuatları.

23 Ek I.Protokol, madde 8(a) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 83).

Hamile kadınlara ve küçük çocuklu kadınlara idam cezası

Ek I.Protokol, çatışma taraflarının, hamile kadınları ve kendisine bağımlı küçük çocukları olan kadınları silahlı çatışmayla ilişkili bir suç sebebiyle idam cezasına çarptırmaktan olabilecek azami ölçüde kaçınmalarını gerektirir. Dahası, bu tür suçlara ilişkin idam cezası bu kadınlar açısından infaz edilmeyecektir.²⁴ Ek I.Protokol hamile kadınların veya küçük çocuklu kadınların idam cezasına çarptırılmasını tamamen yasaklar.²⁵ Bu kurallar bazı askeri elkitablarında da yer alır.²⁶

Hamile kadınlara verilen idam cezasının icra edilmesi yasağı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de yer alır.²⁷

Kural 135. Silahlı çatışmadan etkilenen çocukların özel saygı ve korumaya hakları vardır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 39, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Çocuklar için özel koruma şartı Dördüncü Cenevre Sözleşmesi hükümlerinde ve Ek I.Protokol’de bulunur.²⁸ Bu hükümler yiyecek, giyecek ve kuvvet verici maddelerin tedarikine, öksüz kalmış veya ailelerinden ayrı düşmüş çocukların bakımına, özgürlükten mahrum bırakılma sırasında tedaviye ve yardım malzemelerinin dağıtımına ilişkindir. Ek I.Protokol de, daha genel olarak “çocuklar[ın] özel saygıya konu olacağını” belirtir.²⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’deki ve Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı’ndaki ilgili kurallara aşağıda değinilmiştir.

24 Ek I.Protokol, madde 76(3) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 120).

25 Ek I.Protokol, madde 6(4) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 121).

26 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 124), İspanya (*ibid.*, § 128), Kanada (*ibid.*, § 125), Nijerya (*ibid.*, § 127) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 126) askeri elkitabları.

27 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 6(5) (*ibid.*, § 118); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 4(5) (*ibid.*, § 119).

28 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 23–24, 38, 50, 76 ve 89 (*ibid.*, §§ 139–144); Ek I.Protokol, madde 70(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 146).

29 Ek I.Protokol, madde 77(1) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 147).

Çok sayıda askeri elkitabı çocuklar için özel saygı ve koruma şartı içerir.³⁰ Bu kural ayrıca bazı devletlerin mevzuatlarında da yer alır.³¹ Resmi beyanlar ve diğer başka uygulamalar da bunu desteklemektedir.³² Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerin, özel saygı ve korumaya dair genel şartta yaptıkları atıflar da bu uygulamalara dâhildir.³³

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek II.Protokol “çocuklara gerek duydukları yardım ve bakım sağlanacaktır” hükmünü içerir.³⁴ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uyarınca devletler, uluslararası insancıl hukukun çocuğa ilişkin kurallarına saygı göstermeli ve saygı gösterilmesini sağlamalıdır ve “silahlı çatışmadan etkilenen çocuklara koruma ve bakım sağlamak amacıyla mümkün olan her türlü önlemi” almalıdır.³⁵ Benzer tabirler Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı'nda da bulunur.³⁶ Çocuklar için özel saygı ve koruma şartı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da ilişkin olan diğer başka belgelerde de yer alır.³⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak veya uygulanmış olan birçok askeri elkitabı, silahlı çatışmada çocuklara saygı ve koruma şartını içerir.³⁸

30 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 174), Arjantin (*ibid.*, §§ 162–163), Avustralya (*ibid.*, § 165), Benin (*ibid.*, § 166), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 193–195), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 191–192), Ekvator (*ibid.*, § 169), El Salvador (*ibid.*, §§ 170–171), Endonezya (*ibid.*, § 177), Fas (*ibid.*, § 181), Filipinler (*ibid.*, § 186), Fransa (*ibid.*, §§ 172–173), Hindistan (*ibid.*, §§ 175–176), Hollanda (*ibid.*, § 182), İspanya (*ibid.*, § 187), İsveç (*ibid.*, § 188), İsviçre (*ibid.*, § 189), İtalya (*ibid.*, § 178), Kanada (*ibid.*, § 167), Kenya (*ibid.*, § 179), Kolombiya (*ibid.*, § 168), Madagaskar (*ibid.*, § 180), Nijerya (*ibid.*, § 185), Nikaragua (*ibid.*, § 184), Togo (*ibid.*, § 190) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 183) askeri elkitapları.

31 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 197), Bangladeş (*ibid.*, § 198), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 199), İrlanda (*ibid.*, § 200), Norveç (*ibid.*, § 201) ve Venezuela'nın (*ibid.*, § 202) mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin'in taslak mevzuatı (*ibid.*, § 196).

32 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §214) ve Fransa'nın (*ibid.*, § 205) beyanları ve Endonezya'nın uygulaması (*ibid.*, § 207).

33 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 195), Filipinler (*ibid.*, § 186), Hindistan (*ibid.*, § 175) ve Nijerya'nın (*ibid.*, § 185) askeri elkitapları ve Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 214) ve Endonezya'nın (*ibid.*, § 207) beyanları.

34 Ek II.Protokol, madde 4(3) (konsensüsle kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 148).

35 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38 (*ibid.*, § 149).

36 Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı, madde 22 (*ibid.*, § 151).

37 Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 4 (*ibid.*, § 156); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 2.3 (*ibid.*, § 157); Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, madde 2(24) (*ibid.*, § 158); BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 7.4 (*ibid.*, § 159); BM Milenyum Deklarasyonu, para. 26 (*ibid.*, § 160); AB Temel Haklar Şartı, madde 24 (*ibid.*, § 161).

38 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 174), Arjantin (*ibid.*, § 163), Avustralya (*ibid.*, § 165), Benin (*ibid.*, § 166), Ekvator (*ibid.*, § 169), El Salvador (*ibid.*, §§ 170–171), Filipinler (*ibid.*, § 186), Fransa (*ibid.*, § 173), Hindistan (*ibid.*, §§ 175–176), İspanya (*ibid.*, § 187), İtalya (*ibid.*, § 178) Kanada (*ibid.*, § 167), Kenya (*ibid.*, § 179), Kolombiya (*ibid.*, § 168), Madagaskar (*ibid.*, § 180), Nikaragua (*ibid.*, § 184), Nijerya (*ibid.*, § 185), Togo (*ibid.*, § 190) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 183) askeri elkitapları.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamındaki diğer uygulamalar da bunu destekler.³⁹

Bu kurala BM Güvenlik Konseyi'nin ve BM Genel Kurulu'nun, Sierra Leone ve Sudan gibi belirli çatışmalar bağlamında ve ayrıca genel olarak aldığı çeşitli kararlarında başvurulmuştur.⁴⁰ Silahlı çatışmalarda çocuklar hakkında 1999'da kabul ettiği bir kararında BM Güvenlik Konseyi, silahlı çatışmaların taraflarına "silahlı çatışmalar esnasında, çocukların uğradıkları zararların asgariye indirilmesi için mümkün olan önlemleri almaları" çağrısı yapmıştır.⁴¹

1986 ve 1995'teki Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansları silahlı çatışmada çocuklara saygı gösterilmesi ve çocukların korunmasının önemini vurgulayan kararlar kabul etmiştir.⁴² 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının, çocukların hakları olan "özel koruma, bakım ve yardımı almalarını" sağlamak için etkili önlemler almalarını gerektirmektedir.⁴³

Yorum

Uygulama, silahlı çatışmadan etkilenen çocukların görmesi gereken özel saygı ve korumanın özellikle şunları içerdiğine işaret eder:

- her türlü cinsel şiddette karşı koruma (ayrıca bkz. Kural 93);
- özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları müddetçe, aynı ailenin fertleri oldukları durumlar hariç olmak üzere yetişkinlerden ayrı tutulma (ayrıca bkz. Kural 120);
- eğitim, yiyecek ve sağlık hizmetleri erişim (ayrıca bkz. Kural 55, 118 ve 131);
- güvenlik nedenleriyle muharebe alanından tahliye (ayrıca bkz. Kural 129);
- refakatsiz çocukların aileleriyle yeniden bir araya getirilmesi (ayrıca bkz. Kural 105 ve 131).

BM Çocuk Hakları Komitesi, silahlı çatışmadan etkilenen çocukların haklarının yerine getirilmesi için elzem olan hükümlerin arasında şunların yer aldığını hatırlatmıştır: çocukların aile ortamında korunması; temel bakım ve yardımın tedarikinin sağlanması; yiyecek, sağlık hizmetleri ve eğitime erişim; işkence, suiistimal ve ihmal yasağı; idam cezası yasağı; çocuğun kültürel çevresinin korunması; özgürlüğünden mahrum bırakılma durumlarında korunma ve silahlı çatışmalarda insancıl yardımın ve insancıl amaçlarla çocuğa erişiminin sağlanması.⁴⁴

39 Örn. bkz., Filipinler (*ibid.*, § 209), Gana (*ibid.*, § 206), Kolombiya (*ibid.*, § 204), Sri Lanka (*ibid.*, § 210) ve Sudan'ın (*ibid.*, §§ 211–212) uygulamaları.

40 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1181 (*ibid.*, § 216), Karar 1296 (*ibid.*, § 218) ve Karar 1314 (*ibid.*, § 219); BM Genel Kurulu, Karar 48/157 (*ibid.*, § 223) ve Karar 55/116 (*ibid.*, § 224).

41 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1261 (*ibid.*, § 217).

42 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX (*ibid.*, § 237); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 238).

43 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 239).

44 BM Çocuk Hakları Komitesi, İkinci oturum hakkında rapor, UN Doc. CRC/C/10, 19 Ekim 1992, § 73.

Çocuğun tanımı

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uyarınca, “çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”.⁴⁵ Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri çocuklar için farklı koruma önlemleri için farklı yaş sınırları kullanmaktadır, ancak en yaygını 15 yaştır.⁴⁶

Çocuklara idam cezası

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi “cürüm sırasında en az on sekiz yaşında bulunmayan mazharı himaye bir şahıs hakkında hiçbir suretle ölüm cezası verilemez” hükmünü içerir.⁴⁷ Ek I.Protokol “silahlı çatışmaya ilişkin bir suçtan dolayı verilen idam cezası suçun işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında infaz edilmeyecektir” hükmünü içerir.⁴⁸ Ek I.Protokol on sekiz yaşın altındaki çocuklara idam cezası verilmesini yasaklar.⁴⁹ Bu kurallar ayrıca birçok askeri elkitabında da yer alır.⁵⁰

On sekiz yaşın altındaki çocuklara idam cezası verilmesi yaşağı ayrıca Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de de yer alır.⁵¹

45 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 1.

46 18 yaş: işgal altındaki toprakta çalışmaya zorlama (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 51), idam cezasına hükmedilmesi (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 68) (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 347’de aktarılmıştır), idam cezasının infazı (Ek I.Protokol, madde 77 (konsensusla kabul edilmiştir)) (*ibid.*, § 350), idam cezasına hükmedilmesi (Ek I.Protokol, madde 6 (konsensusla kabul edilmiştir)) (*ibid.*, § 351); 15 yaş: öksüz ve ailelerinden ayrı düşmüş çocukların kendi başlarına kalmamalarını temin etmek üzere önlemler (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 24) (*ibid.*, § 140), yabancılara vatandaşlarla aynı tercihli muamele (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 38) (*ibid.*, § 141), yiyecek, sağlık hizmetleri ve korumaya ilişkin olarak işgalden önce alınmış tercihli tedbirler (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 50) (*ibid.*, § 142), enterne edilmiş çocuklar için fizyolojik ihtiyaçlarıyla orantılı olarak ek yiyecek (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 89) (*ibid.*, § 144), muhasamata katılma ve silah altına alınma (Ek I.Protokol, madde 77 (konsensusla kabul edilmiştir), ve Ek I.Protokol, madde 4 (konsensusla kabul edilmiştir)) (*ibid.*, §§ 379–380); 12 yaş: tüm çocukların giysilerine kimlik bilgilerini içeren künye taşıyarak veya başka herhangi bir şekilde teşhis edilebilmeleri için düzenleme (IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 24).

47 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 68, dördüncü paragraf (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 347’de aktarılmıştır).

48 Ek I.Protokol, madde 77(5) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 350).

49 Ek I.Protokol, madde 6(4) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 351).

50 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, §§ 355–356), Avustralya (*ibid.*, § 357), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 364), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 363), Hollanda (*ibid.*, § 360), İsviçre (*ibid.*, § 362), Kanada (*ibid.*, § 358) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 361) askeri elkitapları.

51 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 6(5) (*ibid.*, § 348); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 4(5) (*ibid.*, § 349); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 37(a) (*ibid.*, § 352).

Kural 136. Çocuklar silahlı kuvvetlere veya silahlı gruplara alınmayacaktır.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 39, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek I. ve II. Protokol çocukların silâh altına alınmasını yasaklamaktadır.⁵² Bu yasak ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de, Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı’nda ve Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin Sözleşme’de de bulunur.⁵³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca silahlı kuvvetlere veya gruplara “çocukların yazdırılması veya silâh altına alınması” hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu teşkil eder.⁵⁴ Bu savaş suçu Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü’nde de yer alır.⁵⁵ Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına ilişkin raporunda BM Genel Sekreteri, Ek I. Protokol’ün 4. maddesinin hükümlerinin uzun zamandan beridir uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak görüldüğünü belirtmiştir.⁵⁶

Çocukların silâh altına alınması, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak olanlar⁵⁷ da dâhil olmak üzere pek çok askeri elkitabında yasaklanmıştır.⁵⁸ Ayrıca birçok devletin mevzuatında da bu yasaktır.⁵⁹

52 Ek I. Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 379); Ek II. Protokol, madde 4(3)(c) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 380).

53 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38(3) (*ibid.*, § 381); Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı, madde 22(2) (*ibid.*, § 386); Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin Sözleşme, madde 1 ve 3 (*ibid.*, § 388).

54 UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(xxvi) ve (e)(vii) (*ibid.*, § 387).

55 Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, madde 4 (*ibid.*, § 390).

56 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına ilişkin rapor (*ibid.*, § 582).

57 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 399), Arjantin (*ibid.*, § 394), Fransa (*ibid.*, § 398), İspanya (*ibid.*, § 404), Kamerun (*ibid.*, § 395), Kanada (*ibid.*, § 396), Kenya (*ibid.*, § 400), Kolombiya (*ibid.*, § 397), Nijerya (*ibid.*, § 403) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 402) askeri elkitapları.

58 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 399), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 405), Fransa (*ibid.*, § 398), Hollanda (*ibid.*, § 401), İspanya (*ibid.*, § 404), Kamerun (*ibid.*, § 395), Kenya (*ibid.*, § 400) ve Nijerya’nın (*ibid.*, § 403), askeri elkitapları.

59 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 419), Avustralya (*ibid.*, § 407), Azerbaycan (*ibid.*, § 408), Bangladeş (*ibid.*, § 409), Beyaz Rusya (*ibid.*, §§ 410–411), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 432), Filipinler (*ibid.*, § 428), Gürcistan (*ibid.*, § 418), Hollanda (*ibid.*, § 425), İrlanda (*ibid.*, § 420), İspanya (*ibid.*, § 429), Kanada (*ibid.*, § 413), Kolombiya (*ibid.*, §§ 414–415), Kongo (*ibid.*, § 416), Malavi (*ibid.*,

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Çocukların silâhına alındığına dair iddiaların olduğu, örneğin Burundi, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Liberya, Myanmar ve Uganda'daki uygulamalar, devletler ve uluslararası örgütler tarafından genellikle kınanmıştır.⁶⁰ Silahlı çatışmalarda çocuklara ilişkin olarak 1999'da kabul ettiği bir kararında BM Güvenlik Konseyi, uluslararası hukuka aykırı olarak çocukların silâhına alınmasını şiddetle kınamıştır.⁶¹ Silahlı çatışma durumlarında Afrikalı çocukların kötü durumuna ilişkin olarak 1996'da kabul ettiği bir kararında ABÖ Bakanlar Konseyi, tüm Afrika ülkelerine, özellikle de iç savaş içindeki ülkelerdeki savaşı taraflara, "çocukları silâhına almaktan kaçınma" uyarısı yapmıştır.⁶²

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansları 1986 ve 1995'te, çocukların silâhına alınmaları yaşağını vurgulayan kararlar kabul etmiştir.⁶³ 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının, çocukların silahlı kuvvetlerde veya silahlı gruplarca silâhına alınmalarına son vermek için, cezai tedbirler de dâhil olmak üzere bütün önlemlerin alınmasını sağlamalarını talep etmektedir.⁶⁴

Çocukların silâhına alınma yaş sınırı

Ek I. ve II. Protokol Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, aynı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin yaptığı gibi, silahlı kuvvetlerde veya silahlı gruplarda en erken silâhına alınma yaşını 15 olarak belirlemiştir.⁶⁵ Hollanda, İspanya, Kolombiya ve Uruguay, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi onaylarken, çocukların silâhına alınmasına ilişkin olarak Sözleşme'de belirtilen yaş sınırına (15) dair farklı bir görüşte olduklarını, 18 yaşı tercih ettiklerini ifade etmiştir.⁶⁶ 1999'daki 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda Danimarka, Finlandiya, Gine, Güney Afrika, İsveç, İsviçre, İzlanda, Kanada,

§ 422), Malezya (*ibid.*, § 423), Norveç (*ibid.*, § 427), Ukrayna (*ibid.*, § 431), Ürdün (*ibid.*, § 421) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 426), mevzuatları; ayrıca Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 406), Burundi (*ibid.*, § 412) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 430) taslak mevzuatları.

60 Örn. bkz., İtalya (*ibid.*, § 441) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 451) beyanları; BM Güvenlik Konseyi, Karar 1071 (*ibid.*, § 454) ve Karar 1083 (*ibid.*, § 454); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklaması (*ibid.*, § 458); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1998/63 (*ibid.*, § 460), Karar 1998/75 (*ibid.*, § 465) ve Karar 1998/82 (*ibid.*, § 467).

61 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1261 (*ibid.*, § 455).

62 ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1659 (LXIV) (*ibid.*, § 477).

63 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX (*ibid.*, § 481); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 482).

64 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 485).

65 Ek I. Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 502); Ek II. Protokol, madde 4(3)(c) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 503); UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(xxvi) ve (e)(vii) (*ibid.*, § 513); Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, madde 4 (*ibid.*, § 515); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38(3) (*ibid.*, § 381).

66 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf olurken Hollanda (*ibid.*, § 383), İspanya (*ibid.*, § 384), Kolombiya (*ibid.*, § 382) ve Uruguay (*ibid.*, § 385) tarafından yapılan beyan ve çekinceler.

Meksika, Mozambik, Norveç, Tayland ve Uruguay, silâh altına alınma yaş sınırının 18'e yükseltilmesi için destek vermiştir.⁶⁷ Aynı konferansta, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi de Silahlı Çatışmadan Etkilenen Çocuklar için Eylem Planı uyarınca 18 yaşından küçük çocukların silâh altına alınmaması ilkesini teşvik çabalarını devam ettireceğini belirtmiştir.⁶⁸ Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin Sözleşme'deki yaş sınırı on sekizdir.⁶⁹ Bu aynı zamanda, Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı'nda kullanılan ve ABÖ Bakanlar Konseyi tarafından 1996'da kabul edilen bir kararda desteklenen yaş sınırıdır.⁷⁰

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol uyarınca, devletler 18 yaşını doldurmamış kişilerin *mecburi* olarak silâh altına alınmalarını temin etmeliyken, bir devletin silahlı kuvvetlerinden ayrı silahlı gruplar ise hiçbir koşulda, 18 yaşın altındaki kişileri silâh altına almamalıdır.⁷¹ BM Genel Sekreterliği, BM barış gücü misyonlarında yer alacak askerler için asgari bir yaş koşulu duyurmuş ve devletlerin ulusal birliklerinde gönderdikleri askerlerin tercihen 21 yaşından, ama her halükarda 18 yaşından küçük olmasını istemiştir.⁷²

Silâh altına alınma için asgari yaş sınırına ilişkin yeknesak bir uygulama henüz olmasa da, bunun 15 yaşın altında olmaması gerektiği üzerinde mutabakat vardır. İlâveten, Ek I.Protokol ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 15 ile 18 yaş arasındaki kişiler silâh altına alınırken önceliğin daha büyük olanlara verilmesini gerektirir.⁷³

67 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda Danimarka (*ibid.*, § 437), Finlandiya (*ibid.*, § 438), Gine (*ibid.*, § 439), Güney Afrika (*ibid.*, § 446), İsveç (*ibid.*, § 447), İsviçre (*ibid.*, § 448), İzlanda (*ibid.*, § 440), Kanada (*ibid.*, § 435), Meksika (*ibid.*, § 442), Mozambik (*ibid.*, § 443), Norveç (*ibid.*, § 444), Tayland (*ibid.*, § 450) ve Uruguay (*ibid.*, § 453) tarafından yapılan taahhütler.

68 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 485).

69 Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin Sözleşme, madde 2 ve 3(a) (*ibid.*, § 388).

70 Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı, madde 2; ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1659 (LXIV) (*ibid.*, § 477).

71 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol, madde 2 ve 4 (*ibid.*, § 389).

72 BM Genel Sekreteri, Silahlı çatışmada sivillerin korunmasına ilişkin rapor (*ibid.*, § 472).

73 Ek I.Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 379); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38(3) (*ibid.*, § 381).

Kural 137. Çocukların muhasamata katılmalarına izin verilmemelidir.*Uygulama*

Cilt II, Alt Bölüm 39, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek I. ve II. Protokol çocukların muhasamata katılmasını yasaklar.⁷⁴ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı da bu kuralı içerir.⁷⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uyarınca çocukları “muhasamata faal olarak katılmaları amacıyla” kullanmak, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu teşkil eder.⁷⁶ Bu, ayrıca, Sierra Leone için Özel Mahkeme’nin Statüsü’nde de savaş suçu olarak yer alır.⁷⁷ Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına ilişkin raporunda BM Genel Sekreteri, Ek II.Protokol’ün 4. maddesinin hükümlerinin uzun zamandan beridir uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak görüldüğünü belirtmiştir.⁷⁸

Çocukların muhasamata katılmaları, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak olanlar⁷⁹ da dâhil olmak üzere pek çok askeri elkitabında yasaklanmıştır.⁸⁰ Ayrıca birçok devletin mevzuatında da bu yasaktır.⁸¹

74 Ek I.Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 502); Ek II.Protokol, madde 4(3)(c) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 503).

75 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38(2) (*ibid.*, § 504); Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı, madde 22(2) (*ibid.*, § 386).

76 UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(xxvi) ve (c)(vii) (*ibid.*, § 387).

77 Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, madde 4(c) (*ibid.*, § 515).

78 BM Genel Sekreteri, Sierra Leone için Özel Mahkeme kurulmasına ilişkin rapor (*ibid.*, § 341).

79 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 525), Arjantin (*ibid.*, § 520), Avustralya (*ibid.*, § 521), Fransa (*ibid.*, § 524), Kanada (*ibid.*, § 522), Kolombiya (*ibid.*, § 523), Nijerya (*ibid.*, § 528) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 527) askeri elkitapları.

80 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 525), Arjantin (*ibid.*, § 520), Avustralya (*ibid.*, § 521), Fransa (*ibid.*, § 524), Hollanda (*ibid.*, § 526) ve Nijerya’nın (*ibid.*, § 528) askeri elkitapları.

81 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 537), Avustralya (*ibid.*, § 529), Beyaz Rusya (*ibid.*, §§ 530–531), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 548), Filipinler (*ibid.*, § 546), Gürcistan (*ibid.*, § 538), Hollanda (*ibid.*, § 543), İrlanda (*ibid.*, § 539), Kanada (*ibid.*, § 533), Kolombiya (*ibid.*, §§ 534–535), Kongo (*ibid.*, § 536), Malezya (*ibid.*, § 541), Mali (*ibid.*, § 542), Norveç (*ibid.*, § 545), Ürdün (*ibid.*, § 540) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 544) mevzuatları; ayrıca Bkz. Burundi (*ibid.*, § 532) ile Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 547) taslak mevzuatları.

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. Örneğin Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Liberya ve Sudan'daki çatışmalarda, çocukların muhasamatta yer almak üzere kullanıldığına dair iddiaların olduğu uygulamalar, devletler ve uluslararası örgütler tarafından genellikle kınanmıştır.⁸² Silahlı çatışmalarda çocuklara ilişkin olarak 1999'da kabul ettiği bir kararında BM Güvenlik Konseyi, "uluslararası hukuka aykırı olarak çocukların silahlı çatışmada Kullanılması"nın şiddetle kınanmıştır.⁸³ Silahlı çatışma durumlarında Afrikalı çocukların kötü durumuna ilişkin olarak 1996'da kabul ettiği bir kararında ABÖ Bakanlar Konseyi, "çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmasının onların haklarını ihlal ettiğini ve savaş suçu olarak kabul edilmesi gerektiğini" teyit etmiştir.⁸⁴

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansları 1986 ve 1995'te, çocukların muhasamata katılmaları yaşağını vurgulayan kararlar kabul etmiştir.⁸⁵ 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının, "çocukların ... silahlı muhasamata katılmalarına son vermek için, cezai tedbirler de dâhil olmak üzere bütün önlemlerin alınmasını sağlamalarını" talep etmektedir.⁸⁶

İlaveten, BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu, silahlı çatışmada yer almış çocukların rehabilitasyonunu ve yeniden entegrasyonunu sık sık talep etmektedir.⁸⁷ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol, hükümetlerin sabık çocuk askerleri dağıtmak, rehabilite etmek ve topluma yeniden entegre etmek için tedbirler almalarını özellikle şart koşar.⁸⁸

Son olarak, Ek I.Protokol'ün, muhasamatta yer alıp da hasım tarafın eline düşen çocukların, savaş esiri olsunlar olmasınlar, hakları olan özel korumadan yararlanmaya devam edeceklerini öngördüğü de belirtilmelidir.⁸⁹ Cinsel şiddet yaşağı (bkz. Kural 93) ve gözaltındaki çocukları yetişkinlerden ayırma yükümlülüğü gibi (bkz. Kural 120), bu tür özel korumayı tanımlayan kuralların hiç biri, çocukların muhasamata katılmış olmaları hali için bir istisna içermemektedir. İlaveten, çocukların muhasamata katılma yaşağını destekleyen uygulamaların hiç biri, muhasamata katıldıkları takdirde özel korumalarından mahrum bırakılmasını icap ettirmektedir.

82 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 569) ve İtalya'nın (*ibid.*, § 559) beyanları; BM Güvenlik Konseyi, Karar 1071 (*ibid.*, § 572) ve Karar 1083 (*ibid.*, § 572); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklaması (*ibid.*, § 575); BM Genel Kurulu, Karar 51/112 (*ibid.*, § 576).

83 BM Güvenlik Konseyi, Karar 1261 (*ibid.*, § 573).

84 ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1659 (LXIV) (*ibid.*, § 584).

85 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX (*ibid.*, § 585); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar II (*ibid.*, § 586).

86 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 589).

87 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklaması (*ibid.*, § 574); BM Genel Kurulu, Karar 55/116 (*ibid.*, § 459); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1998/76 (*ibid.*, § 227).

88 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol, madde 6(3) ve 7(1) (*ibid.*, § 389).

89 Ek I.Protokol, madde 77(3) (konsensusla kabul edilmiştir).

Muhasamata katılmanın tanımı

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan “çocukları muhasamatta faal olarak katılmaları amacıyla kullanmak” savaş suçu çerçevesinde, “kullanmak” ve “katılmak” kelimelerinin kullanılmasının amacı: “hem çarpışmada doğrudan yer almalarını hem de keşif, casusluk, sabotaj ve çocukların kurye olarak, şaşırtmaca için veya askeri kontrol noktalarında kullanılmaları gibi muhasamata bağlı askeri faaliyetlere faal olarak katılmalarını kapsamaktır. Bir hava üssüne yiyecek teslimatları veya bir subayın aile evinde ev işleri gören hizmetli olarak kullanılmak gibi, muhasamatla açıkça ilgisi olmayan faaliyetleri kapsamaz. Ancak, çocukların, cephe hattına malzeme götüren ulaklar gibi doğrudan destek faaliyetlerinde veya cephe hattındaki faaliyetlerde kullanılmaları bu terimin içine girer.⁹⁰”

Filipinler'in Çocuk Koruma Kanunu, çocukların “çarpışmalarda yer almayacağını veya rehber, kurye veya casus olarak kullanılmayacağını” belirtir.⁹¹ Hollanda, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi onaylarken, “devletlerin çocukları muhasamata doğrudan veya dolaylı olarak karıştırmalarına izin verilmemesi gerektiğini” beyan etmiştir.⁹²

Muhasamata katılmanın yaş sınırı

Ek I. ve II. Protokol Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, aynı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin yaptığı gibi, muhasamata katılmak için en erken yaşı 15 olarak belirlemiştir.⁹³ Almanya ve Avusturya Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi onaylarken, 15 yaş sınırının çocuğun çıkarlarıyla bağdaşmadığını belirtmiştir.⁹⁴ İspanya, Kolombiya ve Uruguay da bu yaş sınırı hakkında aynı görüşte olmadıklarını ifade etmiştir.⁹⁵ 1999'daki 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda Belçika, Danimarka, Finlandiya, Gine, Güney Afrika, İsveç, İsviçre, İzlanda, Kanada, Meksika, Mozambik, Norveç, Tayland ve Uruguay, muhasamata katılma yaş sınırının 18'e yükseltilmesi için destek vermiştir.⁹⁶

90 Uluslararası Ceza Mahkemesi Taslak Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulması için Hazırlık Komitesi'nin Raporu, Addendum, Bölüm Bir, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 Nisan 1998, s. 21 (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 513'te aktarılmıştır).

91 Filipinler, *Çocuk Koruma Kanunu* (*ibid.*, § 546).

92 Hollanda, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin onaylanması sırasında yapılan beyan ve çekinceler (*ibid.*, § 509).

93 Ek I.Protokol, madde 77(2) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 379); Ek II.Protokol, madde 4(3)(c) (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 380); UCM Statüsü, madde 8(2)(b)(xxvi) ve (e)(vii) (*ibid.*, § 387); Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, madde 4(c) (*ibid.*, § 515); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 38(2) (*ibid.*, § 504).

94 Avustralya (*ibid.*, § 506) ve Almanya'nın (*ibid.*, § 508) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf olurken yaptıkları beyan ve çekinceler.

95 İspanya (*ibid.*, § 510), Kolombiya (*ibid.*, § 507) ve Uruguay'ın (*ibid.*, § 511) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf olurken yaptıkları beyanlar.

96 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda Belçika (*ibid.*, § 550), Danimarka (*ibid.*, § 553), Finlandiya (*ibid.*, § 554), Gine (*ibid.*, § 555), Güney Afrika (*ibid.*, § 564), İsveç (*ibid.*, § 565), İsviçre (*ibid.*, § 566), İzlanda (*ibid.*, § 556), Kanada (*ibid.*, § 551), Meksika (*ibid.*, § 560), Mozambik (*ibid.*, § 561), Norveç (*ibid.*, § 562) ve Uruguay (*ibid.*, § 571) tarafından yapılan taahhütler.

Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı'na göre muhasamata katılmanın yaş sınırı 18'dir.⁹⁷ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol uyarınca, devletler silahlı kuvvetlerinin 18 yaşını doldurmamış üyelerinin muhasamatta doğrudan yer almaları için mümkün olan her türlü önlemin alınmasını temin etmeliyken, bir devletin silahlı kuvvetlerinden ayrı silahlı gruplar ise 18 yaşın altındaki kişileri hiçbir koşulda muhasamatta kullanamaz.⁹⁸

Silâh altına alınma için asgari yaş sınırına ilişkin yeknesak bir uygulama henüz olmasa da, bunun 15 yaşın altında olmaması gerektiği üzerinde mutabakat vardır.

Kural 138. Silahlı çatışmadan etkilenen yaşlıların, engellilerin ve malullerin özel saygı ve korumaya hakları vardır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 39, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır.

Yaşlılar

Yaşlılara gösterilecek özel saygı ve korumanın tanınması, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nin tahliye ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilere yapılacak muameleye ilişkin hükümlerinde yer alır.⁹⁹ Bu hükümler uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak olanlar¹⁰⁰ da dâhil olmak üzere pek çok askeri elkitabında yer alır.¹⁰¹ Bazı devletlerin mevzuatı da bunu içerir.¹⁰²

97 Afrika Çocuk Hakları ve Sağlığı Şartı, madde 2.

98 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ekli Çocukların Silahlı Çatışmaya Karışmalarına dair İhtiyari Protokol, madde 1 ve 4 (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 514'te aktarılmıştır).

99 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 16, 44–45 ve 49 (*ibid.*, § 604); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 17, 27, 85 ve 119 (*ibid.*, §§ 603–604).

100 Örn. bkz., Avustralya (*ibid.*, § 607), El Salvador (*ibid.*, §§ 610–611), Filipinler (*ibid.*, § 617), Kenya (*ibid.*, § 614) ve Kolombiya'nın (*ibid.*, § 609) askeri elkitapları.

101 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 606), Avustralya (*ibid.*, § 607), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 623–624), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 621–622), El Salvador (*ibid.*, §§ 610–611), Fas (*ibid.*, § 615), Filipinler (*ibid.*, § 617), Fransa (*ibid.*, §§ 612–613), İspanya (*ibid.*, § 618), İsveç (*ibid.*, § 619), İsviçre (*ibid.*, § 620), Kanada (*ibid.*, § 608), Kenya (*ibid.*, § 614), Kolombiya (*ibid.*, § 609) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 616) askeri elkitapları.

102 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 625), Bangladeş (*ibid.*, § 626), İrlanda (*ibid.*, § 627), Norveç (*ibid.*, § 628) ve Venezuela'nın (*ibid.*, § 629) mevzuatları.

27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının muhasamatın yürütülmesinde, yaşlılar gibi özel hassasiyeti olan gruplar için bilhassa koruyucu önlemler ile sivil nüfusun hayatını bağışlamak, onları korumak ve onlara saygı göstermek için tüm çabanın gösterilmesini sağlamak üzere etkili önlemler almalarını gerektirir.¹⁰³ Dünya İnsan Hakları Konferansı tarafından 1993'te kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, sivil nüfusu, özellikle de yaşlıları etkileyen ihlallere dair endişeleri sebebiyle, devletlere ve silahlı çatışmaların taraflarına uluslararası insancıl hukuka sıkı sıkıya riayet etmeleri çağrısı yapmıştır.¹⁰⁴

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Engelliler ve maluller

Engellilere ve malullere gösterilecek özel saygı ve korumanın tanınması, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nin tahliye ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilere yapılacak muameleye ilişkin hükümlerinde yer alır.¹⁰⁵ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi malullerin "hususî bir himayeye ve saygıya mazhar olacağını" belirtir.¹⁰⁶ Engellilerin koruma ve bakım hakları uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin belgelerde de tanınmıştır.¹⁰⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak olanlar¹⁰⁸ da dâhil olmak üzere birçok askeri elkitabı engelliler ve maluller için özel saygı ve koruma icap ettirir.¹⁰⁹ Bu koşul bazı devletlerin mevzuatlarında da belirtilmiştir.¹¹⁰

27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından 1999'da kabul edilen 2002-2003 yılları için Eylem Planı, silahlı bir çatışmanın tüm taraflarının muhasamatın yürütülmesinde, engelliler gibi özel hassasiyeti olan gruplar için bilhassa koruyucu önlemler ile sivil nüfusun hayatını bağışlamak, onları korumak ve onlara saygı göstermek için tüm çabanın gösterilmesini sağlamak üzere etkili önlemler almalarını

103 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 635).

104 Dünya İnsan Hakları Konferansı, Vienna Deklarasyonu ve Eylem Planı (*ibid.*, § 634).

105 III.Cenevre Sözleşmesi, madde 16, 30, 44-45, 49 ve 110 (*ibid.*, §§ 639-640 ve 644); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 16-17, 21-22, 27, 85, 119 ve 127 (*ibid.*, §§ 641-644).

106 IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 16, ilk paragraf (*ibid.*, § 638).

107 Örn. bkz., Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygıya İlişkin Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, madde 2(24) (*ibid.*, § 646).

108 Örn. bkz., Avustralya (*ibid.*, § 648), El Salvador (*ibid.*, § 653), Kolombiya (*ibid.*, § 652), Madagaskar (*ibid.*, § 656) ve Nijerya'nın (*ibid.*, § 658) askeri elkitapları.

109 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, §§ 647-648), Avustralya (*ibid.*, §§ 648-649), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 662-663), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 661), El Salvador (*ibid.*, § 653), Fransa (*ibid.*, §§ 654-655), İspanya (*ibid.*, § 659), İsviçre (*ibid.*, § 660), Kanada (*ibid.*, § 651), Kolombiya (*ibid.*, § 652), Madagaskar (*ibid.*, § 656), Nijerya (*ibid.*, § 658) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 657) askeri elkitapları.

110 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 664), Bangladeş (*ibid.*, § 665), İrlanda (*ibid.*, § 666) ve Norveç'in (*ibid.*, § 667) mevzuatları.

gerektirir.¹¹¹ Dünya İnsan Hakları Konferansı tarafından kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, sivil nüfusu, özellikle de engellileri etkileyen ihlallere dair endişeleri sebebiyle, devletlere ve silahlı çatışmaların taraflarına uluslararası insancıl hukuka sıkı sıkıya riayet etmeleri çağrısı yapmıştır.¹¹²

Ne uluslararası ne de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.

Yorum

Yaşlıların ve engellilerin göreceği koruma içinde buldukları duruma göre değişik olabilecektir. Örneğin, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi bu yükümlülüğün yerine getirilmesi imkânları olarak, güvenlik bölgelerinin oluşturulmasını ve kuşatılmış veya çevrilmiş bir bölgeden yaşlıların, engellilerin ve malullerin tahliyesi için anlaşmaların yapılmasını gösterir.¹¹³ Gözaltındaki hasta ve yaralıların serbest bırakılma ve ülkelerine iadede öncelik de bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde başka bir yoldur.¹¹⁴ Engellilere ilişkin olarak, Ek I.Protokol, yaralı ve hastalara gösterilecek koruma ve bakımın engelli kişilere ve “... maluller gibi acil tıbbi yardıma ya da bakıma ihtiyaç duyabilecek ve herhangi bir muhasamat eyleminden kaçınan diğer kişiler[e]” de gösterilmesi gerektiğini değerlendirir.¹¹⁵ Bu nedenle, uygun tıbbi bakım ve tıbbi nedenler temelinde tedavide öncelik (bkz. Kural 110) de dâhil olmak üzere Alt-Bölüm 34’te tanımlanan haklara sahiptirler.

111 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 673).

112 Dünya İnsan Hakları Konferansı, Vienna Deklarasyonu ve Eylem Planı (*ibid.*, § 672).

113 IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 14 ve 17 (*ibid.*, §§ 603 ve 642).

114 III. Cenevre Sözleşmesi, madde 109–117; IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 132.

115 Ek I. Protokol, madde 8(a) (konsensusla kabul edilmiştir) (Cilt II, Alt-Bölüm 39, § 645’te aktarılmıştır).

BÖLÜM VI

UYGULAMA

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKA RİAYET

Kural 139. Çatışmanın her bir tarafı uluslararası insancıl hukuka saygı göstermeli ve silahlı kuvvetlerinin talimatı ile veya yönetimi ya da kontrolü altında hareket eden diğer kişi ve grupların da saygı göstermesini sağlamalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 40, Kısım A.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kuralın ifade edilmesinde kullanılan silahlı kuvvetler terimi genel anlamıyla anlaşılmalıdır.

Devletler

Devletlerin uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme yükümlülüğü, uluslararası hukuka saygı göstermeye ilişkin genel yükümlülüklerinin bir parçasıdır. Bu yükümlülük 1929 ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde dile getirilmiştir.¹ Ancak, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 1. maddeleri bu koşulun ifadesini, uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini *sağlama* yükümlülüğünü dâhil edecek şekilde genişletmiştir.² Bu saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü Ek I.Protokol'de de bulunur.³

Uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü çok sayıda askeri elkitabında bulunur.⁴ Bu, uluslararası örgütle-

1 1929 Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, madde 25 (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 1'de aktarılmıştır); 1929 Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi, madde 82 (*ibid.*, § 2); 1949 Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 1 (*ibid.*, § 3).

2 Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 1 (*ibid.*, § 3).

3 Ek I.Protokol, madde 1(1) (87 lehte, bir aleyhte ve 11 çekimser oyla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 4).

4 Bkz., Almanya (*ibid.*, § 35), Arjantin (*ibid.*, § 15), Avustralya (*ibid.*, §§ 16-17), Belçika (*ibid.*, §§ 18-20), Benin (*ibid.*, § 21), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 50-52), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 49), Ekvator (*ibid.*, § 30), El Salvador (*ibid.*, §§ 31-32), Filipinler (*ibid.*, §§ 43-44), Fransa (*ibid.*, §§

rin⁵ ve uluslararası konferansların⁶ uygulamalarıyla desteklenir. Bu kuralı destekleyen uluslararası içtihat da mevcuttur.⁷

Bir devletin bu kural uyarınca yükümlülüğü kendi silahlı kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka saygı göstermesini sağlamakla sınırlı olmayıp, esasında devletin talimatıyla veya onun yönetimi ya da kontrolü altında hareket eden diğer kişi ve silahlı grupların saygı göstermesini sağlamayı da kapsar. Bu, böyle kişilerin veya grupların eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğunun doğacağını öngören Kural 149'un doğal bir sonucudur ve bu yöndeki uluslararası içtihat ile de desteklenmektedir.⁸

İlaveten, bazı askeri elkitapları ve ulusal mevzuat, devletlerin sivillerin uluslararası insancıl hukuku ihlal etmemelerini sağlama yükümlülüğü altında olduklarını beyan eder.⁹ Bu yükümlülük BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararında da hatırlatılmıştır.¹⁰ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki içtihat da bu zaten kabul edilmişti.¹¹

33–34), Hırvatistan (*ibid.*, § 29), Hollanda (*ibid.*, § 40), İspanya (*ibid.*, § 46), İsrail (*ibid.*, § 36), İsviçre (*ibid.*, § 47), İtalya (*ibid.*, § 37), Kamerun (*ibid.*, §§ 22–23), Kanada (*ibid.*, §§ 24–25), Kenya (*ibid.*, § 38), Kolombiya (*ibid.*, §§ 26–27), Kongo (*ibid.*, § 28), Madagaskar (*ibid.*, § 39), Nijerya (*ibid.*, § 42), Rusya (*ibid.*, § 45), Togo (*ibid.*, § 48) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 41) askeri elkitapları.

5 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 822 (*ibid.*, § 70) ve Karar 853 (*ibid.*, § 73); BM Genel Kurulu, Karar 2674 (XXV) (*ibid.*, § 90), Karar 2677 (XXV) (*ibid.*, § 91), Karar 2852 (XXVI) (*ibid.*, § 92), Karar 2853 (XXVI) (*ibid.*, § 93), Karar 3032 (XXVII) (*ibid.*, § 94), Karar 3102 (XXVIII) (*ibid.*, § 95), Karar 3319 (XXIX) (*ibid.*, § 96), Karar 3500 (XXX) (*ibid.*, § 97), Karar 32/44 (*ibid.*, § 98), Karar 47/37 (*ibid.*, § 100) ve Karar 48/30 (*ibid.*, § 101); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1994/85 (*ibid.*, § 104), Karar 1995/72 (*ibid.*, § 105) ve Karar 1996/80 (*ibid.*, § 105); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Karar 1085 (*ibid.*, § 114); ADÖ, Genel Kurul, Karar 1408 (*ibid.*, § 116).

6 Örn. bkz., 24. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar VI (*ibid.*, § 119); 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar I (*ibid.*, § 120); AGIK, Budapeşte Devlet veya Hükümet Başkanları Zirvesi, Budapeşte Belgesi (*ibid.*, § 123); Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, Nihai Bildiri (*ibid.*, § 122); 93. Parlamentolar Arası Konferans, Silahlı Çatışmalardan ve Doğal veya İnsan Kaynaklı Afetlerden Doğan Felaketlerin Getirdiği Zorluklar Karşısında Uluslararası Toplum üzerine Karar: Politik ve İnsancıl Yardım ve Duruma Uygun Mekanizmalar Yoluyla Tutarlı ve Etkili Tepki İhtiyacı (*ibid.*, § 124); 102. Parlamentolar Arası Konferans, Cenevre Sözleşmeleri'nin 50. yıldönümü vesilesiyle parlamentoların uluslararası insancıl hukuku teşvik ve buna saygıyı sağlamaya katkılarına dair karar (*ibid.*, § 126); Çocukların Asker Olarak Kullanılmasına Dair Afrika Konferansı, Çocukların Asker Olarak Kullanılmasına Dair Maputo Bildirisi (*ibid.*, § 125); IV. Cenevre Sözleşmesi Yüksek Akid Taraflar Konferansı, Bildiri (*ibid.*, § 127); Silahlı Çatışma Sırasında Sivillerin Korunması için Uluslararası İnsancıl Hukuka dair Afrika Parlamenter Konferansı, Nihai Bildiri (*ibid.*, § 128).

7 Örn. bkz., UAD, *DKC Ülkesinde Silahlı Faaliyetler Davası (İhtiyati Tedbirler)* (*ibid.*, § 131).

8 UAD, *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası (İhtiyati Tedbirler)* (*ibid.*, § 130).

9 Örn. bkz., İsviçre (*ibid.*, § 47), Kenya (*ibid.*, § 38) ve Rusya'nın (*ibid.*, § 45) askeri elkitapları ve Azerbaycan'ın mevzuatı (*ibid.*, § 174).

10 BM Güvenlik Konseyi, Karar 904 (*ibid.*, § 75).

11 Örn. bkz., Birleşik Krallık, Essen'deki Askeri Mahkeme, *Essen Linç Davası*, Karar, 21–22 Aralık 1945, *WCR*, Cilt I, 1946, s. 88'de yayınlanmıştır.

Uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini sağlamak için emirler ve talimatlar

Devletlerin, silahlı kuvvetlerine, uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik emir ve talimatlar verme yükümlülüğü ilk olarak 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri'nde kodifiye edilmiş ve Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nde, Bazı Konvansiyonel Silahlara dair Sözleşme'ye Ek I.Protokol ve Tadil Edilmiş Protokol II'de tekrar edilmiştir.¹² Bu yükümlülük ayrıca birçok askeri elkitabında da belirtilir.¹³ Çoğu askeri elkitabı her askere uluslararası insancıl hukuka uyma talimatı verirken, birçoğu da komutanların emirleri altındaki birliklerin hukuka uymalarını ve buna yönelik emirlerin ve talimatların verilmesini sağlama-larını icap ettiren özel hükümler içerir. Bu yükümlülüğe riayet farklı yollarla, örneğin askeri elkitapları, emirler, düzenlemeler, talimatlar ve angajman kurallarıyla gerçekleştirilebilir.

Silahlı muhalif gruplar

Silahlı muhalif grupların asgari olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukukun bazı kurallarına saygı göstermesi koşulu, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinde belirtilmiştir.¹⁴ Bu koşul ayrıca Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi ile bunun İkinci Protokolü'nde ve Bazı Konvansiyonel Silahlara dair Sözleşme'nin Tadil Edilmiş Protokol II'sinde de belirtilmiştir.¹⁵ Ek I.Protokol çatışmanın tüm taraflarının Protokol'ün kurallarıyla bağlı olduğunu ifade etmekte, özellikle de "çatışmanın Tarafları"na yapılan tüm atıfların çıkarılması nedeniyle, daha az açık olsa da, Protokol, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesini geliştirir ve tamamlar ve hem devlet kuvvetlerini hem de silahlı muhalif grupları bağlar.¹⁶

Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler çeşitli vesilelerle, uluslararası olma-yan silahlı çatışmaların tüm taraflarının uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme ödevini hatırlatmıştır. Örneğin BM Güvenlik Konseyi, Afganistan, Angola, Bosna

12 Lahey Sözleşmesi (II), madde 1; Lahey Sözleşmesi (IV), madde 1; Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi, madde 7(1); Ek I.Protokol, madde 80(2); Bazı Konvansiyonel Silahlara dair Sözleşme'ye Ekli Tadil Edilmiş Protokol II, madde 14(3).

13 Örn. bkz., Almanya (Cilt II, Alt-Bölüm 40, §§ 164–165'te aktarılmıştır), Arjantin (*ibid.*, § 15), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 51–52), Benin (*ibid.*, § 21), Ekvator (*ibid.*, § 30), İsveç (*ibid.*, § 171), İsviçre (*ibid.*, § 47), Kamerun (*ibid.*, § 23), Macaristan (*ibid.*, § 166), Rusya (*ibid.*, § 45) ve Togo'nun (*ibid.*, § 48) askeri elkitapları.

14 *Inter alia* "beynelmilel bir mahiyet arzeten ve Yüksek Akid Taraflardan birinin ülkesinde zuhur eden silahlı bir ihtilaf halinde, ihtilafa karışan tarafların her biri en az aşağıdaki hükümleri tatbik ile mükellef" olduğunu belirten 1949 Cenevre Sözleşmesi, ortak madde 3.

15 Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi, madde 19(1); Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi İkinci Protokolü, madde 22; Bazı Konvansiyonel Silahlara dair Sözleşme'ye Ekli Tadil Edilmiş Protokol II, madde 1(3).

16 Ek II.Protokol, madde 1(1); ayrıca Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Cenevre, 1987, § 4442..

Hersek, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Liberya'daki çatışmalara ilişkin olarak bu yükümlülüğü vurgulamıştır.¹⁷ Aynı şekilde BM Genel Kurulu da, birçok vesileyle, herhangi bir silahlı çatışmanın tüm taraflarının uluslararası insancıl hukuka saygı göstermekle yükümlü olduğunu ilkesini teyit etmiştir.¹⁸ BM İnsan Hakları Komisyonu da Afganistan ve El Salvador ile ilgili kararlarında benzer beyanlarda bulunmuştur.¹⁹

Uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini *sağlama* yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin bazı belgelerde belirtilmiştir.²⁰ BM Güvenlik Konseyi de, Angola ve Liberya'daki çatışmalara ilişkin olarak bu yükümlülüğü hatırlatmıştır.²¹

ICRC çeşitli vesilelerle, örneğin Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Somali ve eski Yugoslavya'daki çatışmalara ilişkin olarak, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tüm taraflarına uluslararası insancıl hukuka saygı göstermeleri ve saygı gösterilmesini sağlamaları çağrısı yapmıştır.²²

Kural 140. Uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü karşılıklığa tabi değildir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 40, Kısım B.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kural, Alt-Bölüm 41'de ele alınan misillemeler kavramından farklıdır.

-
- 17 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 788 (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 69'da aktarılmıştır), Karar 834 (*ibid.*, § 71), Karar 851 (*ibid.*, § 72), Karar 864 (*ibid.*, § 74), Karar 985 ve 1001 (*ibid.*, § 76), Karar 1041 ve 1059 (*ibid.*, § 78), Karar 1071 (*ibid.*, § 79), Karar 1083 (*ibid.*, § 80), Karar 1193 (*ibid.*, § 81) ve Karar 1213 (*ibid.*, § 82); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklamaları (*ibid.*, §§ 84, 85, 87, 88 ve 89).
- 18 Örn. bkz., BM Genel Kurulu, Karar 2677 (XXV) (*ibid.*, § 91), Karar 2852 (XXVI) (*ibid.*, § 92), Karar 2853 (XXVI) (*ibid.*, § 93), Karar 3032 (XXVII) (*ibid.*, § 94), Karar 3102 (XXVIII) (*ibid.*, § 95), Karar 3319 (XXIX) (*ibid.*, § 96), Karar 3500 (XXX) (*ibid.*, § 97), Karar 32/44 (*ibid.*, § 98), Karar 40/137 (*ibid.*, § 99) ve Karar 50/193 (*ibid.*, § 102).
- 19 Örn. bkz., BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1991/75 (*ibid.*, § 103) ve Karar 1998/70 (*ibid.*, § 106).
- 20 İnsancıl İlkelerle Saygı Gösterilmesine Dair Lahey Beyanı (*ibid.*, § 7); Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 14 (*ibid.*, § 8); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 1 (*ibid.*, § 9).
- 21 BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın açıklamaları (*ibid.*, §§ 84 ve 85).
- 22 Örn. bkz., ICRC'nin Afganistan (*ibid.*, § 138), Angola (*ibid.*, § 141), Bosna Hersek (*ibid.*, § 137), Somali (*ibid.*, § 139) ve eski Yugoslavya'daki (*ibid.*, § 135) çatışmalara ilişkin uygulaması.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri'ne ortak 1. madde, Yüksek Akit Tarafların “bircümle hallerde” Sözleşmelere saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlamayı taahhüt ettiklerini vurgular.²³ Ortak 3. maddedeki kurallara da “bilumum hallerde” uyulacaktır.²⁴ “İnsancıl nitelikte” antlaşmalara riayetini öteki taraf devletlerin riayetini bağlı olmamasının genel olarak kabulü Viyana antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde bulunur.²⁵

Hasım uymasa bile uluslararası insancıl hukuka uymak gerektiği kuralı, bazıları uluslararası olmayan çatışmalarda da uygulanacak olan pek çok askeri elkitabında belirtilmiştir.²⁶ Bazı askeri elkitapları hukuka uymanın pratik faydasının, hasmın da uymasını teşvik etmesi olduğunu açıklar ama bununla hukuka uymanın karşılıklılığa tabi olduğu da ima edilmemektedir.²⁷ Hollanda'da Özel İstinaf Mahkemesi 1948 tarihli *Rauter Davası*'nda ve Nürnberg'deki ABD Askeri Mahkemesi 1947-1948 tarihli *Von Leeb (Yüksek Komuta Yargılaması) Davası*'nda, sanıkların, uluslararası insancıl hukuka uyma yükümlülüklerinden hasım da bunu ihlal ettiği için kurtuldukları yönündeki iddialarını reddetmiştir.²⁸ Resmi beyanlar da bu kuralı desteklemektedir.²⁹

Uluslararası Adalet Divanı 1971'de *Namibya Davası*'nda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1996'da *Martić Davası*'ndaki iddianameyi incelemesinde ve 2000'de *Kupreškic Davası*'ndaki kararında, insancıl nitelikteki hukuki yükümlülüklerin karşılıklılığa bağlı olamayacağını genel hukuk ilkesi olduğunu beyan etmiştir.³⁰ Bu beyanlar ve yapıldıkları bağlam, bu ilkenin, uluslararası silahlı çatışmalarda olsun uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda olsun, insancıl nitelikteki herhangi bir yükümlülük için geçerli olduğunu açıkça ortaya koyar.

23 Cenevre Sözleşmeleri, ortak madde 1 (*ibid.*, § 3).

24 *Inter alia* “beynelmül bir mahiyet arzmeyen ve Yüksek Akid Taraflardan birinin ülkesinde zuhur eden silahlı bir ihtilaf halinde, ihtilafa karışan tarafların her biri en az aşağıdaki hükümleri tatbik ile mükellef olacaktır: (1) muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terkedemeler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharabe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kistasa sayan be aleyhte görülen hiç bir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklendir” hükmünü belirten 1949 Cenevre Sözleşmesi, ortak madde 3.

25 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 60(5) (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 197'de aktarılmıştır).

26 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 206–207), Avustralya (*ibid.*, § 200), Belçika (*ibid.*, § 201), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 215–216), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 214), Ekvator (*ibid.*, § 205), Fransa (*ibid.*, §§ 208–209), Hollanda (*ibid.*, § 211), İspanya (*ibid.*, § 213), İsrail (*ibid.*, § 210), Kanada (*ibid.*, §§ 202–203), Kolombiya (*ibid.*, § 204) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 212) askeri elkitapları.

27 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 206–207), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 215–216), İsrail (*ibid.*, § 210) ve Kanada'nın (*ibid.*, § 202) askeri elkitapları.

28 Hollanda, Özel İstinaf Mahkemesi, *Rauter Davası* (*ibid.*, § 218); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Von Leeb (Yüksek Komuta Yargılaması) Davası* (*ibid.*, § 219).

29 Örn. bkz., Belçika (*ibid.*, § 220), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 226), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 225), Hindistan (*ibid.*, § 221), Irak (*ibid.*, § 222), Meksika (*ibid.*, § 223) ve Solomon Adaları'nın (*ibid.*, § 224) beyanları.

30 UAD, *Namibia Davası*, Danışma Görüşü (*ibid.*, § 231); ICTY, *Martić Davası*, İddianamenin Gözden Geçirilmesi (*ibid.*, § 232) ve *Kupreškic Davası*, Karar (*ibid.*, § 233).

Kural 141. Her devlet gerektiğinde uygun kademelerdeki askeri komutanlara uluslararası insancıl hukukun uygulanması konusunda danışmanlık yapması için hukuk danışmanlarını hazır bulundurmalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 40, Kısım C.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, devletin silahlı kuvvetleri için bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturur. bir araya getirilen uygulamalar, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukuka dair danışmanlık ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalardakine dair danışmanlık arasında herhangi bir fark gözetmemektedir.

Devletin silahlı kuvvetleri için hukuk danışmanları

Komutanlara hukuk danışmanlarının sağlanmasına yönelik özel bir koşul, komutanların aldıkları kararların uluslararası insancıl hukuka uygun olmasının ve silahlı kuvvetlere uygun eğitimin verilmesinin sağlanmasına yardımcı olmak amacıyla, ilk olarak Ek I.Protokol'ün 82. maddesiyle ortaya konmuştur.³¹ Protokol'le bağlanan devletler, hiç bir çekince veya yorum beyanı ileri sürmemiştir.

Bu kural pek çok askeri elkitabında yer alır.³² Resmi beyanlar ve raporlarda toplanan uygulamalar da bunu desteklemektedir.³³ Uygulama, Ek I.Protokol'e taraf olmayan birçok devletin, silahlı kuvvetleri için hukuki danışmanların hazır bulunduğunu göstermektedir.³⁴ Ek I.Protokol'e taraf olmayan Amerika Birleşik Devletleri, bu kuralı desteklediğini özel olarak açıklamıştır.³⁵

31 Ek I.Protokol, madde 82 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 238).

32 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 247), Avustralya (*ibid.*, §§ 240–242), Belçika (*ibid.*, § 243), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 256–257), Fransa (*ibid.*, § 246), Hollanda (*ibid.*, § 250), İspanya (*ibid.*, § 254), İsveç (*ibid.*, § 255), İtalya (*ibid.*, § 249), Kamerun (*ibid.*, § 244), Kanada (*ibid.*, § 245), Macaristan (*ibid.*, § 248), Nijerya (*ibid.*, § 252), Rusya (*ibid.*, § 253) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 251) askeri elkitapları.

33 Örn. bkz., Avusturya (*ibid.*, § 262), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 273–274), Burkina Faso (*ibid.*, § 264), Nijer (*ibid.*, § 271) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 276) beyanları ve Hindistan (*ibid.*, § 266), Hollanda (*ibid.*, § 270) ve İsrail'in (*ibid.*, § 267) rapor edilen uygulamaları.

34 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 272–275) uygulaması, Hindistan (*ibid.*, § 266) ve İsrail'in (*ibid.*, § 267) rapor edilen uygulamaları ve Afganistan, Azerbaycan, Endonezya, Fiji, Filipinler, Japonya, Malezya, Nepal, Pakistan, Papua Yeni Gine, Singapur, Sri Lanka, Sudan, Tayland ve Türkiye'nin uygulamaları (yazarların arşivindedir).

35 Bkz., Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulaması (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 273'te aktarılmıştır).

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir.³⁶

Bu kural, uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğününün (bkz. Kural 149) doğal bir sonucudur. Bu özellikle, komutanların uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesini sağlama sistemi içinde önemli sorumluluklarının olmasından ileri gelir: emirleri altındaki askeri kuvvetlere uluslararası insancıl hukuk eğitimi sağlamaktan onlar sorumludur (bkz. Kural 142 hakkında açıklama); uluslararası insancıl hukuka uyulmasını güvence altına alacak emir ve talimatlar vermek zorundadırlar (bkz. Kural 139 hakkında açıklama); ve emirleri doğrultusunda işlenmiş savaş suçları için ceza sorumlulukları olduğu gibi (bkz. Kural 152), astlarının işlediği ve bunu önlemek veya cezalandırmak yükümlülüğü altında oldukları halde öyle yapmadıkları savaş suçları için de ceza sorumlulukları bulunmaktadır (bkz. Kural 153).

Silahlı muhalif gruplar için hukuk danışmanları

Silahlı muhalif gruplar da uluslararası insancıl hukuka aynen saygı göstermek ve saygı gösterilmesini sağlamak zorunda olsalar da (bkz. Kural 139), bu grupların hukuk danışmanları bulundurmasını gerektiren bir uygulama bulunamamıştır. Ancak, hukuk danışmanlarının olmaması, uluslararası insancıl hukukun silahlı çatışmanın herhangi bir tarafınca ihlali için asla bir mazeret olamaz.

Kural 142. Devletler ve çatışma tarafları silahlı kuvvetlerine uluslararası insancıl hukuk eğitimi sağlamalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 40, Kısım D.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural, barış zamanında devletlere uygulanmasının yanı sıra, uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tarafları için de uygulanacak bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Bu kuralın ifade edilmesinde kullanılan silahlı kuvvetler terimi genel anlamıyla anlaşılmalıdır. Toplanan uygulamalar, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanacak

³⁶ Silahlı kuvvetlerine hukuk danışmanı hazır bulundurmadıklarını belirten dört devlet, bunu yapma yükümlülüğü altında olduklarını inkar etmemiştir. Herhalukarda, Ek I.Protokol'ün tarafları olarak bu devletler silahlı kuvvetlerine hukuk danışmanı sağlamak için ahdi yükümlülük altındadır, ve bu devletlerin ikisi 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda bu danışmanları almayı taahhüt etmiştir. Bkz., Burkina Faso (*ibid.*, §§ 263–264), Gambiya (*ibid.*, § 265), Malavi (*ibid.*, § 269) ve Nijer'in (*ibid.*, § 271) uygulamaları.

uluslararası insancıl hukuka dair eğitim veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalar-dakine dair eğitim arasında herhangi bir fark gözetmemektedir.

Devletin silahlı kuvvetlerindeki eğitim

Devletlerin silahlı kuvvetlerine uluslararası insancıl hukuku öğretmeleri yükümlülüğü ilk olarak 1906 ve 1929 Cenevre Sözleşmeleri'nde kodifiye edilmiştir.³⁷ Daha sonra, hepsi de silahlı kuvvetlere uluslararası insancıl hukuku öğretme yükümlülüğünün silahlı çatışma zamanında olduğu kadar barış zamanında da uygulanacağını belirten 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nde, Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nde ve Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme'de tekrar beyan edilmiştir.³⁸

Aralarında, bu yükümlülüğün barış zamanında dahi geçerli olduğunu belirtenlerin de olduğu çeşitli askeri elkitapları, uluslararası insancıl hukuku öğretme yükümlülüğünü getirmektedir.³⁹ Çeşitli devletlerin mevzuatı, çarpışanların uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan ödevleri hakkında eğitim almalarının gerektiğini belirtmekte veya bu tür eğitim programlarını koyarak bu koşulu doğrudan yerine getirmeyi amaçlayan hükümler içermektedir.⁴⁰ Bu kurala ilişkin uygulamanın çoğu, birçok devletin silahlı kuvvetlerine fiilen verdiği uluslararası insancıl hukuk eğitiminin ve bu eğitimin verilmesi yükümlülüğünü vurgulayan ya da vermeyi taahhüt eden çok sayıda resmi beyandan oluşmaktadır.⁴¹ Bu uygulamalar, silahlı kuvvetlerin

37 1906 Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, madde 26; 1929 Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, madde 27.

38 I.Cenevre Sözleşmesi, madde 47; II.Cenevre Sözleşmesi, madde 48; III.Cenevre Sözleşmesi, madde 127; IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 144; Ek I.Protokol, madde 83 (konsensüsle kabul edilmiştir); Ek I.Protokol, madde 19 (konsensüsle kabul edilmiştir); Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi, madde 25; Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi'ne Ekli İkinci Protokol, madde 30; Bazı Konvansiyonel Silahlara Dair Sözleşme, madde 6.

39 Örn. bkz., Arjantin (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 318'de aktarılmıştır), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 350), Hollanda (*ibid.*, § 337), Kamerun (*ibid.*, § 316), Kanada (*ibid.*, § 319), Kenya (*ibid.*, § 334), Kolombiya (*ibid.*, §§ 322–323) ve Rusya'nın (*ibid.*, § 342) askeri elkitapları.

40 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 362), Arjantin (*ibid.*, § 357), Azerbaycan (*ibid.*, § 358), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 359), Fildişi Sahili (*ibid.*, § 360), Hırvatistan (*ibid.*, § 361), İsveç (*ibid.*, § 366), Peru (*ibid.*, § 363), Rusya (*ibid.*, § 364) ve Uruguay'ın (*ibid.*, § 367) mevzuatları.

41 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, §§ 412–413), Arjantin (*ibid.*, § 371–373), Avustralya (*ibid.*, §§ 374–376), Avusturya (*ibid.*, § 377), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 378), Belçika (*ibid.*, § 379), Benin (*ibid.*, §§ 380–381), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 471–474), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 469), Bolivya (*ibid.*, § 382), Bosna Hersek (*ibid.*, § 383), Burkina Faso (*ibid.*, §§ 386–388), El Salvador (*ibid.*, § 403), Endonezya (*ibid.*, § 419), Estonya (*ibid.*, § 405), Etyopya (*ibid.*, § 406), Federal Almanya Cumhuriyeti (*ibid.*, §§ 410–411), Filipinler (*ibid.*, §§ 447–449), Fransa (*ibid.*, §§ 407–408), Gambiya (*ibid.*, § 409), Guatemala (*ibid.*, § 416), Güney Afrika (*ibid.*, §§ 455–460), Güney Kore (*ibid.*, § 426), Hırvatistan (*ibid.*, § 398), Hollanda (*ibid.*, §§ 436–437), Honduras (*ibid.*, § 418), İspanya (*ibid.*, § 461), İsrail (*ibid.*, § 422), İsveç (*ibid.*, § 463), İsviçre (*ibid.*, § 464), İtalya (*ibid.*, § 424), Kamerun (*ibid.*, § 389), Kanada (*ibid.*, §§ 390–391), Kolombiya (*ibid.*, § 396), Kongo (*ibid.*, § 397), Laos (*ibid.*, § 429), Lübnan (*ibid.*, § 430), Madagaskar (*ibid.*, § 431), Malavi (*ibid.*, § 432), Malezya (*ibid.*, § 433), Mali (*ibid.*, § 434), Mısır (*ibid.*, § 401), Mozambik

bütün üyelerinin uluslararası insancıl hukukun her ayrıntısına tamamen aşına olmalarının gerekmediğini, daha ziyade kendi fiili işlevleriyle ilgisi olan gerekli hukuk kurallarını bilmeleri gerektiğini göstermektedir.⁴²

Devletlerin silahlı kuvvetlerine uluslararası insancıl hukuk üzerine eğitim sağlaması yükümlülüğü BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından da çeşitli vesilelerle hatırlatılmıştır.⁴³ Buna ilaveten, devletler de birçok uluslararası konferansta bu yükümlülüğü teyit eden kararlar kabul etmiştir.⁴⁴

Toplanarak incelenen uygulamalar, çoğu durumda öğretimin esasen veya münhasıran yazılı eğitim veya sınıfta ders şeklinde olduğunu göstermektedir ki bu, çarpışmanın stresi altındayken etkili şekilde uygun davranmayı sağlamakta yeterli olmayabilecektir. Güney Afrika'nın SÇH Elkitabı'nda açıklandığı gibi, "muharebe koşullarında askerler çoğu zaman harekete geçmeden önce SÇH ilkelerini değerlendirmeye vakit bulamayabilecektir. Bu yüzden askerler sadece bu ilkeleri bilmekle kalmayıp, çeşitli durumlardaki uygun hareket tarzı insiyaki olacak şekilde eğitilmelidirler".⁴⁵

Uluslararası barışı koruma gücü ve barışı sağlama birliklerinin artarak kullanılması, bu birliklerin gönderilmeden önce uluslararası insancıl hukukun uygulanması konusunda eğitilmesi kaygılarını da beraberinde getirmiştir. Bazı devletlerin

(*ibid.*, § 435), Nijer (*ibid.*, §§ 439–440), Nijerya (*ibid.*, §§ 441–442), Norveç (*ibid.*, § 443), Peru (*ibid.*, § 445), Polonya (*ibid.*, § 450), Rusya (*ibid.*, § 451), Slovenya (*ibid.*, §§ 453–454), Şili (*ibid.*, §§ 392–394), Tayland (*ibid.*, § 466), Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 467), Türkiye (*ibid.*, § 468), Uruguay (*ibid.*, § 470), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 438), Yugoslavya (*ibid.*, § 475), Yunanistan (*ibid.*, §§ 414–415) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 477) uygulamaları ile, Brezilya (*ibid.*, § 385), Cezayir (*ibid.*, § 370), Çin (*ibid.*, § 395), El Salvador (*ibid.*, § 404), Endonezya (*ibid.*, § 420), Hırvatistan (*ibid.*, § 399), Hindistan (*ibid.*, § 418), Irak (*ibid.*, § 421), İspanya (*ibid.*, § 462), İsrail (*ibid.*, § 423), Kuveyt (*ibid.*, § 428), Küba (*ibid.*, § 400), Mısır (*ibid.*, § 402), Pakistan (*ibid.*, § 444), Peru (*ibid.*, § 446), Ruanda (*ibid.*, § 452), Suriye (*ibid.*, § 465), Ürdün (*ibid.*, § 425) ve Zaire'nin (*ibid.*, § 476) rapor edilen uygulamaları.

42 Örn. bkz., Kanada, *Davranış Kuralları* (*ibid.*, § 320).

43 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1265 (*ibid.*, § 485) ve Karar 1296 (*ibid.*, § 486); BM Genel Kurulu, Karar 2852 (XXVI) (*ibid.*, § 487), Karar 3032 (XXVII) (*ibid.*, § 488), Karar 3102 (XXVIII) (*ibid.*, § 489) ve Karar 47/37 (*ibid.*, § 492); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1994/85, 1995/72 ve 1996/80 (*ibid.*, § 496), Karar 1995/73 (*ibid.*, § 497) ve Karar 2000/58 (*ibid.*, § 498).

44 Örn. bkz., 4. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar VIII (*ibid.*, § 521); 20. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXI ve XXV (*ibid.*, §§ 522–523); 22. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XII (*ibid.*, § 525); Ek Protokoller'in kabul edilmesi ile sonuçlanan Diplomatik Konferans, Karar 21 (*ibid.*, § 526); AGİK, Helsinki Devlet veya Hükümet Başkanları Zirvesi, Helsinki Belgesi 1992 (*ibid.*, § 528); Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, Sonuç Bildirisi (*ibid.*, § 529); 90. Parlamentolar Arası Konferans, Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı ve Silahlı Çatışmalarda İnsancıl Eylem için Destek hakkında Karar (*ibid.*, § 530); AGİK, Budapeşte Devlet veya Hükümet Başkanları Zirvesi, Budapeşte Belgesi (*ibid.*, § 531); 26. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (*ibid.*, § 532); 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (*ibid.*, § 534); IV.Cenevre Sözleşmesi Yüksek Akid Taraflar Konferansı, Bildiri (*ibid.*, § 535); CCW Taraf Devletlerinin İkinci Gözden Geçirme Konferansı, Sonuç Bildirisi (*ibid.*, § 536).

45 Güney Afrika, *SÇH Elkitabı* (*ibid.*, § 343).

bu yönde resmi bir politikası bulunmaktadır.⁴⁶ Diğer bir kısım devlet bu eğitimi üstleneceklerini belirtmiştir.⁴⁷ 1965 gibi erken bir tarihte 20. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, devletlerin Birleşmiş Milletler'in hizmetine sundukları birliklerini, ülkelerinden ayrılmadan önce Cenevre Sözleşmeleri üzerine uygun bir eğitimden geçirmelerinin “fevkalade önemde” olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuk hukuka riyeti hakkında 1999'da yayınlanan BM Genel Sekreterlik Bülteni uyarınca Birleşmiş Milletler, bu kuvvetlerin askeri personelinin uluslararası insancıl hukukun kuralları ve ilkeleri hakkında “tamamen malumat sahibi olduklarını” güvence altına almayı üstlenmiştir.⁴⁹ Aynı şekilde, silahlı çatışmalarda sivillerin korunması hakkında 2000'de kabul ettiği bir kararında BM Güvenlik Konseyi, barış-yapma, barışı koruma ve barışı inşa etme faaliyetlerinde yer alan personele uluslararası insancıl hukuk hakkında uygun eğitim verilmesinin önemini tekrarlamıştır.⁵⁰

Komutanların, emirleri altındaki silahlı kuvvetlere eğitim verme yükümlülüğü

Komutanların emirleri altındaki silahlı kuvvetlerin uluslararası insancıl hukuk altındaki yükümlülükleri hakkında bilgilenmelerini sağlamaları yükümlülüğü Ek I.Protokol madde 87(2) hükmünde belirtilmiştir.⁵¹ Bu hüküm, devletlerin silahlı kuvvetlerini eğitime yükümlülüğüne riyeti sağlamanın en etkili yolunun, kumandanları emirleri altındaki silahlı kuvvetlerin eğitiminden sorumlu tutmak olduğu mantığından yola çıktığı anlaşılmaktadır.

Komutanların emirleri altındaki silahlı kuvvetlerin uluslararası insancıl hukuk altındaki yükümlülükleri hakkında bilgilenmelerini sağlama yükümlülüğü, pek çok askeri elkitabında belirtilmiştir.⁵² Bunların arasında, Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya o sırada taraf olmayan devletlerin elkitapları da vardır.⁵³ Bunların bazıları bu yükümlülüğü, komutanların birliklerinin uluslararası insancıl hukuka uymalarını

46 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 413), İspanya (*ibid.*, § 346), İtalya (*ibid.*, § 424), Malezya (*ibid.*, § 433) ve Ürdün'ün (*ibid.*, § 425) uygulamaları.

47 Bkz., Avusturya (*ibid.*, § 377), Belçika (*ibid.*, § 379), Güney Kore (*ibid.*, § 426), Nijer (*ibid.*, § 439), Rusya (*ibid.*, § 451), Trinidad and Tobago (*ibid.*, § 467) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, § 414) beyanları.

48 20. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXV (*ibid.*, § 523).

49 BM Genel Sekreteri'nin Sirküleri, Kısım 3 (*ibid.*, § 304).

50 Bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1296 (*ibid.*, § 486).

51 Ek I.Protokol, madde 87(2) (konsensuyla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 558).

52 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 576), Avustralya (*ibid.*, §§ 560-562), Belçika (*ibid.*, §§ 563-564), Benin (*ibid.*, § 565), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 590), Filipinler (*ibid.*, § 585), Fransa (*ibid.*, §§ 573-575), Güney Kore (*ibid.*, § 579), Hırvatistan (*ibid.*, § 572), Hollanda (*ibid.*, §§ 581-582), İspanya (*ibid.*, § 586), İsveç (*ibid.*, § 587), İsviçre (*ibid.*, § 588), İtalya (*ibid.*, § 578), Kamerun (*ibid.*, §§ 566-567), Kanada (*ibid.*, §§ 568-569), Kolombiya (*ibid.*, §§ 570-571), Macaristan (*ibid.*, § 577), Madagaskar (*ibid.*, § 580), Nijerya (*ibid.*, § 584), Togo (*ibid.*, § 589) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 583) askeri elkitapları.

53 Örn. bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 590), Filipinler (*ibid.*, § 585) ve Fransa'nın (*ibid.*, § 573) askeri elkitapları.

sağlama sorumluluğuyla aynı kalemde sayar.⁵⁴ Komutanların uluslararası insancıl hukuk hakkında bilgilendirmeyi sağlama yükümlülüğü, resmi açıklamalarda da desteklenmektedir.⁵⁵ Somali’de görev yapan Kanadalı barış gücü birliklerinin işlediği uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri hakkındaki Kanada Soruşturma Komisyonu, astlarının işlediği ihlaller hakkında, onları hukuki yükümlülükleri üzerine yeterince eğitmedikleri gerekçesiyle bazı subayları suçlamıştır.⁵⁶

Silahlı muhalif gruplarda eğitim

Ek I.Protokol madde 19, bu Protokol’ün “mümkün olduğu kadar yaygın bir şekilde duyurulacağını” belirtir⁵⁷ ve bu hüküm silahlı muhalif grupları bağlar.⁵⁸ Uluslararası insancıl hukukun uygulanması hakkında 1991 ve 1992’de yapılan anlaşmalarda, eski Yugoslavya’daki çatışmaların tarafları, özellikle çarpışanlar arasında uluslararası insancıl hukuk bilgisini yaymayı, buna saygıyı talep eden ICRC çağrılarının duyurulmasını kolaylaştırmayı ve ICRC yayınlarının dağıtılmasını üstlenmişlerdir.⁵⁹

Kolombiya’nın Temel Askeri Elkitabı, silahlı kuvvetleri eğitime yükümlülüğünün, silahlı muhalif grupları da bağladığını belirtir.⁶⁰ Silahlı çatışmalarda insan haklarına saygı hakkında 1972’de kabul ettiği bir kararında BM Genel Kurulu, silahlı çatışmaların tüm taraflarına “silahlı kuvvetlerine [uygulanacak uluslararası insancıl hukuk hakkında] eğitim sağlama” çağrısı yapmıştır.⁶¹

Silahlı muhalif gruplar uluslararası insancıl hukuka saygı göstermeli ve saygı gösterilmesini sağlamalıdır (bkz. Kural 139) ve bilgi yaymak bu bakımdan vazgeçilmez bir araç olarak görülmektedir. Uygulamada, silahlı muhalif gruplar ICRC’nin, üyeleri arasında uluslararası insancıl hukuk bilgisini yaymasına sıklıkla izin vermektedir. ICRC’nin kendisi de, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların taraflarına, birliklerine uluslararası insancıl hukuk bilgisini yaymaları veya ICRC’nin bunu yapma çabalarını kabul etmeleri veya kolaylaştırmaları çağrısını yapmaktadır.⁶²

54 Bkz., Benin (*ibid.*, § 565), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 590), Fransa (*ibid.*, §§ 573 ve 575), Hırvatistan (*ibid.*, § 572), İspanya (*ibid.*, § 586), İtalya (*ibid.*, § 578), Kamerun (*ibid.*, § 567), Kanada (*ibid.*, § 568), Madagaskar (*ibid.*, § 580), Togo (*ibid.*, § 589) ve Yeni Zelanda’nın (*ibid.*, § 583) askeri elkitapları.

55 Bkz., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 601), Hollanda (*ibid.*, § 599), Kanada (*ibid.*, § 596) ve Zimbabve’nin (*ibid.*, § 603) uygulamaları.

56 Kanada, Somali’ye Kanada Kuvvetlerinin Gönderilmesine ilişkin Soruşturma Komisyonu, Rapor (*ibid.*, § 596).

57 Ek I.Protokol, madde 19 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 287).

58 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Cenevre, 1987, § 4909.

59 Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 13 (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 296’da aktarılmıştır); Bosna Hersek’teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 4 (*ibid.*, § 297).

60 Bkz., Kolombiya, *Temel Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 322).

61 BM Genel Kurulu, Karar 3032 (XXVII) (103 lehte, 25 çekimser oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 488).

62 Örn. bkz., ICRC, Angola’da Uluslararası İnsancıl Hukuka Saygı Gösterilmesi Hakkında Memorandum (*ibid.*, § 549), Basın Açıklaması No. 1705 (*ibid.*, § 543), Afrika’nın Güneyinde Çatışma: ICRC Çağrısı (*ibid.*, § 539) ve Yugoslavya’daki sivilere adını çağrı (*ibid.*, § 542).

Kural 143. Devletler, sivil halka uluslararası insancıl hukukun öğretilmesini teşvik etmelidir.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 40, Kısım E.

Özet

Devletlerin uygulamalarına göre bu kural bir uluslararası teamül hukuku normu oluşturmaktadır. Toplanarak incelenen uygulamalar uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası insancıl hukukun öğretilmesiyle uluslararası olmayan silahlı çatışmalardakinin öğretilmesi arasında herhangi bir fark gözetmemektedir.

Devlet yetkilileri

1906 ve 1926 Cenevre Sözleşmeleri, bu sözleşmelerin genel olarak halka tanıtılması için devletlerin gerekli adımları atmalarını şart koşmuştu.⁶³ 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi devletlerin, uluslararası insancıl hukuk çalışmalarını sivil eğitim programlarına “mümkün ise” dâhil etmelerini gerektirir.⁶⁴ “Mümkün ise” nitelemesi sivil öğretimin ihtiyari olması için konmuş olmayıp, federal ülkelerde merkezi hükümetin eğitim işlerinde yetkisinin olmaması ihtimalini göz önüne almak üzere eklenmiştir.⁶⁵

Ek I.Protokol devletlerin, uluslararası insancıl hukuku mümkün olduğu kadar yaygın bir şekilde duyurmalarını ve özellikle “sivil halk tarafından çalışılmasını teşvik etmelerini” gerektirir.⁶⁶

Devletlerin, sivil halkın uluslararası insancıl hukuku çalışmasını teşvik etme veya uluslararası insancıl hukukun sivil halk tarafından bilinebilmesi için mümkün olduğu kadar yaygın şekilde duyurması yükümlülüğü, birçok asker elkitabında belirtilmiştir.⁶⁷ İlâveten, bazı devletlerin mevzuatı sivil halkın uluslararası insancıl hukuk

63 1906 Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, madde 26 (*ibid.*, § 611); 1929 Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, madde 27 (*ibid.*, § 612).

64 I.Cenevre Sözleşmesi, madde 47 (*ibid.*, § 613); II.Cenevre Sözleşmesi, madde 48 (*ibid.*, § 613); III.Cenevre Sözleşmesi, madde 127 (*ibid.*, § 613); IV.Cenevre Sözleşmesi, madde 144 (*ibid.*, § 613); Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi, madde 25 (*ibid.*, § 614).

65 Bkz., Birleşik Krallık, *Askeri Elkitabı* (*ibid.*, § 636); Jean. S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention* (*ibid.*, § 708).

66 Ek I.Protokol, madde 83 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 615).

67 Örn. bkz., Almanya (*ibid.*, § 627), Avustralya (*ibid.*, § 622), Belçika (*ibid.*, § 623), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 636–637), İspanya (*ibid.*, § 632), İsveç (*ibid.*, § 631), Kanada (*ibid.*, § 624), Kamerun (*ibid.*, § 625), Kolombiya (*ibid.*, § 626), Macaristan (*ibid.*, § 628), Nijerya (*ibid.*, § 630), Tacikistan (*ibid.*, §§ 633–634) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 629) askeri elkitapları.

eğitimi almasını gerektirmekte veya bu tür eğitim programlarını koyarak bu koşulu doğrudan yerine getirmeyi amaçlayan hükümler içermektedir.⁶⁸

Uygulamada birçok devlet uluslararası insancıl hukuk derslerinin verilmesini, Ulusal Kızılhaç veya Kızılay Derneği'ne fon sağlamak suretiyle kolaylaştırmaktadır. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzükleri'ne göre, Ulusal Dernekler uluslararası insancıl hukuk bilgisini yayacak ve hükümetlerine bunu yaymakta yardım edecektir; bu konuda girişimleri başlatacaktır".⁶⁹ İlâveten, altmış aşkın devlet, uluslararası insancıl hukuka ilişkin olarak görevleri arasında yayma ve teşvik olan ulusal komiteler kurmuştur.⁷⁰ Son yıllarda, giderek artan sayıda yüksek öğretim kurumu da uluslararası insancıl hukuk dersleri vermeye başlamıştır.⁷¹

İlâveten, BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu'nun yanı sıra Avrupa Konseyi ve Afrika Birliği Örgütü devletlere, uluslararası insancıl hukuk bilgisini yaymaya veya bunun sivil halka öğretilmesini teşvik etmeye çağırış veya davet etmiştir.⁷²

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı konsensüsle kabul ettiği çeşitli kararlarında, devletlerin uluslararası insancıl hukukun sivil halka öğretilmesini teşvik etmelerini talep etmiştir.⁷³ Aynı şekilde, 1993'teki Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans da tüm devletleri "uluslararası insancıl hukuku, kurallarını halka öğretmek suretiyle sistematik bir şekilde yaygınlaştırmaya" çağırıştır.⁷⁴

Aksi yönde hiçbir resmi uygulama tespit edilmemiştir. 1999'daki 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda, dünyanın farklı yerlerinden çok sayıda devlet eğitim kuruluşlarının ders programlarını, uluslararası insancıl hukuku derslerine almak veya genel olarak halka yaymayı yoğunlaştırmaya yönelik olarak gözden geçirmeyi taahhüt etmiştir.⁷⁵

68 Örn. bkz., Azerbaycan (*ibid.*, § 639), Hırvatistan (*ibid.*, § 640), Peru (*ibid.*, § 641), Rusya (*ibid.*, §§ 642-643) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 645) mevzuatları.

69 Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzükleri, madde 3(2) (*ibid.*, § 617).

70 ICRC, Danışma Servisi, Uluslararası İnsancıl Hukuka dair Ulusal Komiteler Tablosu, 30 Haziran 2002.

71 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 650), Belçika (*ibid.*, § 656), Cezayir (*ibid.*, § 647), Demokratik Kongo Cumhuriyeti (*ibid.*, § 660), Endonezya (*ibid.*, § 671), Hindistan (*ibid.*, § 669), Irak (*ibid.*, § 672), Kuveyt (*ibid.*, § 674), Küba (*ibid.*, § 662), Malezya (*ibid.*, § 675), Mısır (*ibid.*, § 663), Peru (*ibid.*, § 680) ve Uruguay'ın (*ibid.*, § 683) rapor edilen uygulamaları.

72 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1265 (*ibid.*, § 688); BM Genel Kurulu, Karar 3032 (XXVII) (*ibid.*, § 689) ve Karar 3102 (XXVIII) (*ibid.*, § 690); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1995/73 (*ibid.*, § 497); Avrupa Konseyi, Parlamenter Asamble, Tavsiye 945 (*ibid.*, § 691); ABÖ, Bakanlar Konseyi, Karar 1526 (LX) (*ibid.*, § 692).

73 Örn. bkz., 19. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXX (*ibid.*, § 697); 22. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XII (*ibid.*, § 699); 23. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar VII (*ibid.*, § 701); 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar VIII (*ibid.*, § 702).

74 Bkz., Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Uluslararası Konferans, Sonuç Bildirisi (*ibid.*, § 703).

75 Bkz. 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda Arjantin (*ibid.*, § 648), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 654), Belçika (*ibid.*, § 655), Çin (*ibid.*, § 658), Endonezya (*ibid.*, § 670), İzlanda (*ibid.*, § 668), Kolombiya (*ibid.*, § 659), Küba (*ibid.*, § 661), Mozambik (*ibid.*, § 677), Papalık (*ibid.*, § 667), Slovenya (*ibid.*, § 681), Şili (*ibid.*, § 657) ve Yunanistan (*ibid.*, § 665) tarafından yapılan taahhütler.

Bunun üstüne, Ek I.Protokol silahlı çatışma zamanında uluslararası insancıl hukukun uygulanması konusunda sorumluluk yüklenecek sivil otoritelerin, bunun hakkında tam bilgi sahibi olması yükümlülüğünü getirmiştir.⁷⁶ Devletlerin, uluslararası insancıl hukukun sivil halkın tümüne öğretilmesini teşvik etmesi gerekmele birlikte, birçok hükümet, devlet memurları ve özellikle de kanunların uygulanmasıyla görevli personel (yargı, polis, ceza infaz kurumu görevlileri) için eğitimi vurgulamaktadır.⁷⁷ BM Güvenlik Konseyi'nin ve BM İnsan Hakları Komisyonu'nun çeşitli kararları bu gerekliliği desteklemektedir.⁷⁸ Bu ayrıca Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nın kararlarında da hatırlanmıştır.⁷⁹ Diğer bazı devletler uluslararası insancıl hukukun, lise eğitiminde dâhil olmak üzere, gençlere öğretilmesinin önemini vurgulamaktadır.⁸⁰ Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nın ve Ek Protokoller'in kabul edilmesi ile sonuçlanan Diplomatik Konferans'ın kabul ettiği kararlar da bilgiyi yaymanın bu yönünü aynı şekilde vurgulamıştır.⁸¹

Silahlı muhalif gruplar

Ek I.Protokol'ün 19. maddesi Protokol'ün “mümkün olduğu kadar yaygın bir şekilde duyurulacağını” belirtir⁸² ve bu hüküm silahlı muhalif grupları da bağlar.⁸³ Bu kural, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da ilişkin diğer başka belgelerde de yer alır.⁸⁴

Silahlı çatışmalarda insan haklarına saygıya dair 1972'de kabul ettiği bir kararında BM Genel Kurulu, silahlı çatışmaların tüm taraflarına “sivil halka uygulanacak [uluslararası insancıl hukuk kurallarına] dair eğitim ... sağlamaları” çağrısı yapmıştır.⁸⁵

76 Ek I.Protokol, madde 83 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 615).

77 Bkz. Almanya (*ibid.*, §§ 627 ve 664), Belçika (*ibid.*, § 655), Filipinler (*ibid.*, § 341), İsveç (*ibid.*, § 631), İzlanda (*ibid.*, § 668), Kolombiya (*ibid.*, §§ 321–322 ve 396), Malavi (*ibid.*, §§ 432 ve 676), Mozambik (*ibid.*, § 435), Nijerya (*ibid.*, § 630), Peru (*ibid.*, § 363) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, §§ 665–666) uygulamaları.

78 Örn. bkz., BM Güvenlik Konseyi, Karar 1265 (*ibid.*, § 688); BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1994/85, 1995/72 ve 1996/80 (*ibid.*, § 496) ve Karar 1995/73 (*ibid.*, § 497).

79 Örn. bkz., 22. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XII (*ibid.*, § 699); 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, Karar I (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 705).

80 Örn. bkz., Arjantin (*ibid.*, § 648) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, § 665) beyanları ve Arjantin'in rapor edilen uygulaması (*ibid.*, § 650).

81 Örn. bkz., 15. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar IX (*ibid.*, § 695); 19. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar XXIX ve XXX (*ibid.*, §§ 696–697); 23. Uluslararası Kızılhaç Konferansı, Karar VII (*ibid.*, § 701); Ek Protokoller'in kabul edilmesi ile sonuçlanan Diplomatik Konferans, Karar 21 (63 lehte, 2 aleyhte ve 21 çekimsiz oyla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 700).

82 Ek I.Protokol, madde 19 (konsensusla kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 287).

83 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Cenevre, 1987, § 4909.

84 Hırvatistan ve YSFC Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Mutabakat Zaptı, para. 13 (Cilt II, Alt-Bölüm 40, § 618'de aktarılmıştır); Bosna Hersek'teki Çatışmanın Tarafları Arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Dair Anlaşma, para. 4 (*ibid.*, § 619).

85 BM Genel Kurulu, Karar 3032 (XXVII) (103 lehte, 25 çekimsiz oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 689).

Silahlı muhalif grupların, kontrolleri altındaki sivil halka uluslararası insancıl hukukun öğretilmesini teşvik etme yükümlülüğüne ilişkin uygulama kısıtlı olmakla birlikte, “her yerdeki sivillere, mutlak şekilde uyulmasını güvenceye almaya yönelik olarak [uluslararası insancıl hukukun kurallarına ilişkin] bilgi verilmesi” önemlidir.⁸⁶ Uygulamada, silahlı muhalif gruplar ICRC’nin kontrol ettikleri bölgelerde yaşayan sivillere uluslararası insancıl hukuku yaymasına sıklıkla izin vermektedir.

86 BM Genel Kurulu, Karar 3102 (XXVIII) (107 lehte, 6 çekimser oyla ve hiç aleyhte oy olmaksızın kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 690).

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN TATBİKİ

Kural 144. Devletler, bir silahlı çatışmanın taraflarını insancıl hukukun ihlallerine teşvik edemezler. İnsancıl hukukun ihlallerini durdurmak için mümkün olduğu ölçüde nüfuzlarını kullanmalıdırlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 41, Kısım A.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 1, taraf Devletlerin “işbu Sözleşmeye [...] riayet ettirmeyi” üstlendiklerini öngörmektedir.¹ Aynı hüküm Ek I.Protokol’de, o Protokol’ün hükümlerine riayet edilmesine ilişkin olarak tekrarlanmaktadır.² Ek I.Protokol buna ilaveten Protokol’ün ciddi ihlalleri durumunda Devletlerin, birlikte veya tek taraflı olarak, Birleşmiş Milletler’le işbirliği içinde ve Birleşmiş Milletler Şartı’na uygun şekilde, harekete geçmeyi üstlendiklerini öngörmektedir.³ Benzer bir hüküm Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi’nin İkinci Protokol’üne dâhil edilmiştir⁴.

ICRC, Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 1 hakkındaki yorumundan başlayarak, sürekli olarak “riayet ettirme” yükümlülüğünün bir çatışmaya tarafların

1 Cenevre Sözleşmeleri, ortak Madde 1 (Nakleden: C.II, Böl. 41, § 1).

2 Ek I.Protokol, Madde 1(1) (87 lehte, bir aleyhte ve 11 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 2).

3 Ek I.Protokol, Madde 89 (50 lehte, 3 aleyhte ve 40 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 3).

4 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol Madde 31 uyarınca “işbu Protokol’ün ağır ihlalleri durumunda, taraflar, Komite vasıtasıyla veya bireysel olarak, BMEBKÖ ve Birleşmiş Milletler ile işbirliği içerisinde ve Birleşmiş Milletleri Şartı’na uygun şekilde harekete geçmeyi taahhüt ederler”.

davranışlarıyla sınırlı kalmadığını, buna ilaveten uluslararası insancıl hukuka evrensel riayetin sağlanmasını temin etmek üzere Devletlerin bütün mevcut güçlerini kullanmaları koşulunu da içerdiğini beyan etmiştir.⁵

Sözleşme'nin ortak 1. Maddesine uygun şekilde İsrail'i yükümlülüklerine riayet ettirmeye yönelik Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf Devletlere bir çağrıda bulunan, 1990 tarihinde kabul edilen bir karar vasıtasıyla, Ortak Madde 1'in çatışmanın taraflarından de öte yükümlülükler içerdiğine ilişkin yorum, BM Güvenlik Konseyi tarafından desteklenmiştir.⁶ BM Genel Kurulu aynı çatışmaya ilişkin olarak ve benzer etkide çeşitli kararlar kabul etmiştir.⁷ Özellikle Avrupa Konseyi, KAAÖ, Afrika Birliği Örgütü ve Amerikan Devletleri Örgütü olmak üzere, başka uluslararası örgütler de benzer şekilde üye Devletlere uluslararası insancıl hukuka riayet etme ve ettirme çağrısında bulunmuşlardır.⁸

Uluslararası konferanslar da keza uluslararası insancıl hukuka riayet edilmesinin sağlanması için Devletlere çağrıda bulunmuştur. 1968 tarihinde Tahran'daki İnsan Hakları hakkındaki Uluslararası Konferans tarafından, Cenevre Sözleşmelerine taraf Devletlerin, "kendileri bir silahlı çatışma ile doğrudan ilgili olmasalar da, her şart altında bu insancıl kurallara başka Devletlerce riayet edilmesinin sağlanması için adımlar atmaya yönelik sorumluluklarını değerlendirmede" bazen başarısız olduklarını belirten bir karar kabul edilmiştir.⁹ 1993 tarihinde Savaş Mağdurlarının Korunması hakkındaki Uluslararası Konferans tarafından kabul edilen Nihai Bildiri ile katılımcılar "soykırım ve bu hukukun diğer ciddi ihlalleri halinde uluslararası insancıl hukuka tam riayeti sağlamak için BM ile işbirliği içerisinde hareket etmeyi ve BM Şartı'na uygun olarak davranmayı" üstelenmiş ve "Cenevre Sözleşmelerine ortak Madde 1 uyarınca, savaş mağdurlarının korunması için uluslararası insancıl hukuka riayet etme ve ettirme" sorumluluklarını teyit etmişlerdir. Buna ilaveten, "uluslararası insancıl hukukun etkinliğinin sağlanması ve ilgili ihlallerin sonlandırılması amacıyla uluslararası insancıl hukukun ihlali açısından sorumluluk taşıyan Devletlere karşı, bu hukuka uygun olarak, kararlı eylemde bulunulması" için bütün Devletlerin her tür gayreti gerçekleştirmeleri çağrısında bulunmuşlardır.¹⁰ Daha yakın bir tarihte, 2001'deki Dördüncü Cenevre Sözleşmesine Yüksek Akit

5 Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1960, s. 18; Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 45.

6 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 681 (Nakleden: C.II, Böl. 41, § 21).

7 Bkz. BM Genel Kurulu, Kar. 32/91 A (*ibid.*, § 22), Kar. 37/123 A (*ibid.*, § 23), Kar. 38/180 A (*ibid.*, § 24) ve Kar. 43/21 (*ibid.*, § 25).

8 Bkz., örn., Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi, Kar. 823 (*ibid.*, § 30), Kar. 881 (*ibid.*, § 31), Kar. 921 (*ibid.*, § 32) ve Kar. 948 (*ibid.*, § 33); Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, Eski Yugoslavya ülkesindeki kadın ve çocukların ırzına geçilmesi hakkındaki Bildiri (*ibid.*, § 34); KAAÖ, Parlamenterler Meclisi, Sivil İşleri Komitesi'nin Kararı (*ibid.*, § 35); OAU, Afrika Sağlık Bakanları Konferansı, Kar. 14 (V) (*ibid.*, § 36); ADÖ, Genel Kurul, Kar. 1408 (XXVI-O/96) (*ibid.*, § 37).

9 İnsan Haklarına ilişkin Uluslararası Konferans, Kar. XXIII (*ibid.*, § 38).

10 Savaş Mağdurlarının Korunması hakkındaki Uluslararası Konferans, Nihai Bildiri (*ibid.*, § 43).

Tarafların Konferansı, Sözleşmeye riayet ettirme amaçlı, bireysel ve kolektif, Devlet girişimlerini olumlu karşılamış ve bunları teşvik etmiştir.¹¹

Uygulama göstermektedir ki, üçüncü Devletlerin uluslararası insancıl hukuka riayet ettirme yükümlülüğü Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 1 ile Ek I.Protokol Madde 1(1)'de yer alan antlaşma hükümleriyle sınırlı değildir. Mesela, ICRC' nin 1979'de Rodezya/Zimbabve'deki çatışmaya ilişkin ve 1983 ve 1984'deki İran-İrak Savaşına yönelik yaptığı çağrılar, Dördüncü Cenevre Sözleşmesinde yer almayan ancak Ek Protokollerde bulunan kurallara (sivil bölgelerin bombalanması ve ayırım gözetmeyen saldırılar) ilişkindir ve bu ihlalleri işledikleri iddia edilen ülkeler işbu Protokollere taraf değildir.¹² Bu çağrıların uluslararası topluma yapılmış olması, hiçbir Devletin bunlara itiraz etmemesi ve Ek Protokollere taraf olmayan bazı Devletlerin bunları desteklemesi önem arz etmektedir.¹³

Uluslararası Adalet Divanı 1986'da *Nikaragua davasında (Esas)* riayet etme ve ettirme görevinin sadece Cenevre Sözleşmelerinden türemediğini, ayrıca "Sözleşmelerin sadece özel olarak ifade ettiği, uluslararası insancıl hukukun genel ilkelerinden" kaynaklandığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, ABD'nin "Nikaragua'daki çatışmayla alakalı kişi veya grupları dört 1949 Cenevre Sözleşmelerine ortak Madde 3'ün hükümlerini ihlal eder nitelikte hareket etmeye teşvik etmeme yükümlülüğü altında olduğu" sonucuna varmıştır.¹⁴ Keza, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelere göre, "Uluslararası haksız fiilin bir başka Devlet tarafından işlenmesine yardımcı olan veya destekleyen bir Devlet bundan ötürü uluslararası sorumludur"¹⁵. Çeşitli davalarda ileri sürülen, kişilerin Devletler tarafından Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesinin ihlallerinin sözde vukuu bulunduğu ülkelere sınır dışı edilmelerini bu kuralın engelleyeceğine yönelik iddialar ulusal mahkemeler tarafından reddedilmiştir.¹⁶

Uluslararası insancıl hukuka riayeti sağlama görevi bağlamında ihdas edilen herhangi bir pozitif yükümlülüğün varlığına ilişkin olarak, Devletlerin herhangi bir

11 IV.Cenevre Sözleşmesi'nin Yüksek Akit Tarafları Konferansı, Bildiri (*ibid.*, § 45).

12 Bkz. ICRC, Afrika'nın Güneyindeki Çatışma: ICRC çağrısı (*ibid.*, § 52), İran ve Irak arasındaki Çatışma: ICRC çağrısı (*ibid.*, § 53), İran ve Irak'taki Çatışma: İkinci ICRC çağrısı (*ibid.*, § 54) ve Basın Bildirisi No. 1498 (*ibid.*, § 55).

13 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 20) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 19) beyanları.

14 UAD, *Nikaragua davası (Esas)* (*ibid.*, § 46).

15 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 16 (*ibid.*, § 10).

16 Bkz., örn., Göç Başvuruları Kurulu tarafından uluslararası insancıl hukukun başka devletler tarafından ihlal edilmesine ilişkin olarak ortak Madde 1'in "eğer varsa, hangi yükümlülükleri" yüklemesinin arzu edildiğinin belirsiz olduğunu tespit ettiği *Medina davası*, Amerika Birleşik Devletleri, Göçmenlik Teftiş İcra Ofisi ve Göç Başvuruları Kurulu (*ibid.*, § 14); Mahkeme'nin "yargısal icra için herhangi anlaşılır rehber ilkeler öngörmemesi" sebebiyle ortak Madde 1'in kendi kendine icra edilebilir bir anlaşma hükmü olmadığına ve buna bağlı olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin El Salvador ve Guatemala'ya kişileri sınır dışı etmesini engellemediğine kanaat getirdiği *Baptist Kiliseleri davası*, Amerika Birleşik Devletleri, Kuzey Kaliforniya Bölgesi Bölge Mahkemesi (*ibid.*, § 15); Mahkeme'nin başarısız olan iltica başvuru sahiplerinin Kanada tarafından Sri Lanka'ya iade edilmelerini ortak Madde 1'in engellemediğine hükmettiği *Sinnappu davası*, Kanada, Federal Mahkeme, Duruşma Birimi (*ibid.*, § 13).

çatışmaya taraflardan uluslararası insancıl hukuka riayet edilmesini bekleme hakkı olduğu konusunda uzlaşma mevcuttur. Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1998 tarihindeki *Furundžija davası* ve 2000 tarihindeki *Kupreškić davasındaki* Dava Dairesi kararlarında, uluslararası insancıl hukuk normlarının *erga omnes* normlar teşkil ettiğini ve buna bağlı olarak onlara riayet edilmesinde bütün Devletlerin “hukuki menfaat” sahibi olduğunu ve bunun sonucunda onlara riayet edilmesini talep etmeye yönelik hukuki yetkileri olduğunu beyan etmiştir.¹⁷ Devlet uygulamaları uluslararası insancıl hukukun ihlallerini durdurmaya çalışmak için Devletlerin nüfuzlarını, mümkün olduğu ölçüde, (i) diplomatik protesto ve (ii) kolektif tedbirler yoluyla kullandığını baskın şekilde göstermektedir.¹⁸

(i) *Diplomatik protesto*. Özellikle son yirmi yıl içerisinde olmak üzere, uluslararası insancıl hukukun başka Devletlerce ihlal edilmesine yönelik Devletlerin itirazlarına dair geniş uygulama mevcuttur. Bu itirazlar hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmaları ilgilendirmektedir. Bunlar Cenevre Sözleşmelerinin ihlalleriyle sınırlı değildir ve çoğunlukla itirazı gerçekleştiren Devletlerin belirgin bir ilişki içerisinde bulunmadığı çatışmalara yöneliktir. Bu itirazlar ikili diplomatik protestolarla, uluslararası alanda veya uluslararası örgütlerin kararlarına başvurmak yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bunlar genellikle ihlal eden tarafları doğrudan hedef almaktadır. Bu tür protestolar bazı durumlarda Devletlerin Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 1 altındaki uluslararası insancıl hukuka riayet etme yükümlülüğüne özellikle doğrudan atıfta bulunmuştur. Buna ilişkin uygulamalar bu çalışma kapsamındaki çeşitli kurallar dâhilinde sayılmıştır.

(ii) *Kolektif tedbirler*. Uluslararası kuruluşlar tarafından alınan kararlardan ayrı olarak, Devletlerin “riayet ettirme” gayretleriyle başvurdukları kolektif tedbirler, *inter alia*, özel durumlar hakkında uluslararası konferanslar toplama, muhtemel ihlalleri araştırma, *ad hoc* ceza mahkemeleri kurma, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulması, uluslararası yaptırımlar dayatma ve barışı koruma veya barışı sağlama birlikleri yollama şeklinde tezahür etmiştir. Bu uygulamalar bu çalışma boyunca her kuralla ilgili olarak sayılmıştır.

Ayrıca, Devletlerin ağır ihlaller hakkında evrensel yargı yetkisi tayin edebilme (Bknz. Kural 157’ye yorum) ve yargı yetkilerine giren savaş suçlarını araştırma ve uygunsu şüphelileri yargılama yükümlülükleri (Bknz. Kural 158) üçüncü devletler tarafından uluslararası insancıl hukuka riayet edilmesinin nasıl yürütüleceğinin göstergesi olduğunu da belirtmek gerekir.

Son olarak ifade edilmelidir ki, kuvvet kullanma yoluna başvurmak için yegâne temel olarak uluslararası insancıl hukuka riayet ettirme yükümlülüğünün kullanılmasını ne Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 1’i tasarlayanların amaçları, ne de o zamandan beri sergilenen uygulamalar meşrulaştırmaktadır. Bu sebepten

17 ICTY, *Furundžija davası*, Karar (*ibid.*, § 47) ve *Kupreškić davası*, Karar (*ibid.*, § 48).

18 Uluslararası insancıl hukuka riayet ettirme yükümlülüğünün ifası amacıyla Devletlerin başvurabileceği tedbirlerin bir genel değerlendirmesi için, Bkz. *International Review of the Red Cross*, No. 298, 1994, s. 9.

ötürü, BM Güvenlik Konseyi tarafından kararlaştırılanlar haricinde, riayet ettirmeye yönelik tedbirlerin barışçıl olması beklenmektedir. Ek I.Protokol, taraf Devletlerin Protokol'ün ciddi ihlalleri durumunda, birlikte veya bireysel olarak, Birleşmiş Milletler'le işbirliği içerisinde ve Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun olarak davranmayı kabul ettiğini öngörmektedir.¹⁹ Protokol, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun tedbirlere atıfta bulunmak suretiyle Devletlerin uluslararası insancıl hukuka riayet ettirmeye yönelik, Şart tarafından izin verilmeyen şekilde, kuvvet kullanamayacaklarını açıkça ortaya koymuştur. Benzer hükümler içeren Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi'nin İkinci Protokolü'nün 31. Maddesine de aynı gereğe uygulanmaktadır.

Kural 145. Uluslararası hukuk tarafından yasaklanmadığı ölçüde, savaş misillemeleri sıkı şartlara bağlıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 41, Kısım B.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir. Bir savaş misillemesi, aksi durumda hukuka aykırı kabul edilecek olan, ancak istisnai durumlarda, hasmın hukuka aykırı eylemlerine tepki olarak bir zorlama tedbiri şeklinde kullanıldığı zaman uluslararası hukuk altında hukuka uygun kabul edilen bir fiilden ibarettir. Uluslararası insancıl hukukta savaş misillemelerini tamamıyla yasaklamaya yönelik bir eğilim mevcuttur. Halen hukuka uygun addedilebilecek olanlar aşağıda belirtilen sıkı şartlara tabidir.

Uluslararası Silahlı Çatışmalar

Çeşitli askeri el kitaplarında belirtildiği üzere, misillemeler, aşağıda sayılan sıkı şartlara tabi olmakla birlikte, uluslararası insancıl hukukun tatbikinin sağlanması için geleneksel olarak kullanılan bir yöntem olmuştur.²⁰ Son yüzyıl boyunca misilleme eylemine tabi tutulabilecek kişi ve mal sınıfları azaltılmıştır ve bazı kişiler ve mallara yönelik misilleme eylemi artık uluslararası teamül hukuku altında yasaktır (Bknz. Kurallar 146-147).

19 Ek I.Protokol, Madde 89 (50 lehte, 3 aleyhte ve 40 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (Nakleden: C.II, Böl. 41, § 3).

20 Bkz. Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 94-95), Benin (*ibid.*, § 70), Hollanda (*ibid.*, § 85), Kenya (*ibid.*, § 82) ve Togo'nun (*ibid.*, § 93) sahra talimnameleri.

Temel istisnayı teşkil eden ve BM Güvenlik Konseyi ve BM Genel Sekreteri tarafından bu tür tedbirlere başvurulmasının ciddi şekilde eleştirildiği İran-İrak savaşı dışında (Bknz. *infra*), son yirmi yılda görülen birçok silahlı çatışmalar sırasında uluslararası insancıl hukukun tatbikinin sağlanması için bir tedbir olarak savaş misillemelerine başvurulmamıştır. Cenevre Sözleşmeleri tarafından hâlihazırda yasak olanlar haricindeki misillemeleri yasaklama eğilimini, 1970 yılında kabul edilen, “sivil nüfus veya onun bireysel üyeleri, misillemelerin hedefi olmamalıdır” düzenlenmesini öngören, silahlı çatışmalar sırasında sivil nüfusun korunmasına ilişkin temel ilkeler hakkındaki BM Genel Kurul kararında görmek mümkündür.²¹

Devletlerin misillemelere başvurmadaki çekingenliği bir hukuka riayeti sağlama yöntemi olarak etkisizlikleri ve misillemelerin şiddetin tırmanması riskini özellikle barındırması gerçeğine bağlı olarak, açıklanabilir. Kenya'nın SÇH El kitabı tarafından belirtildiği üzere, “misillemeler hukukun uygulanmasını sağlamanın tatmin edici olmayan bir yöntemidir. Hukuka aykırı savaş yöntemlerine gerekçe olarak kullanılma eğilimindedirler ve tekrarlanan misilleme ve karşı misillemeler yoluyla [çatışmada] artış tehlikesini taşımaktadırlar.”²² Muhtelif askeri el kitapları, başka uygulamalarla birlikte, çatışmanın tırmanışı riski konusunda benzer uyarılarda bulunmaktadır.²³ Başka metinler ise yine de misillemelere başvuru yoluyla elde edilebilecek sınırlı askeri faydanın altını çizmektedir.²⁴

Ek I.Protokol'ün görüşmeleri sırasında birkaç Devlet bir bütün olarak misillemelere başvuruya izin verilmemesi görüşünü ileri sürmüştür.²⁵ Başkaları misillemelerin son derece şüpheli bir riayeti sağlama yöntemi olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Çeşitli Devletler misillemeleri tamamıyla yasaklamaktadır.²⁷ Başkaları misillemelere sadece savaşımlara ve askeri hedeflere karşı başvurulabileceğini beyan etmektedir.²⁸ Resmi beyanlara ek olarak misillemelerin insanlık dışı olmaması gerektiğine yönelik ulusal içtihat da mevcuttur.²⁹ Bu şart hâlihazırda Oxford Manüel'inde zaten ortaya kon-

21 Bkz. BM Genel Kurulu, Kar. 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 840).

22 Bkz. Kenya, SÇH El Kitabı (*ibid.*, § 82).

23 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 67–68), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 97–99), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 94–95) ve İsveç'in (*ibid.*, § 91) askeri manüelleri ve Arjantin (*ibid.*, § 115), Hollanda (*ibid.*, § 136), Kanada (*ibid.*, § 119), Macaristan (*ibid.*, § 129), Meksika (*ibid.*, § 134), Norveç (*ibid.*, § 137), Polonya (*ibid.*, § 139) ve Veneziella'nın (*ibid.*, § 148) uygulamaları.

24 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri, Donanma El Kitabı'nın Şerhli Eki (*ibid.*, § 100) (merhamet gösterilmeyeceği veya esir alınmayacağına dair verilen emirlere ilişkin olarak); Kanada, Savunma Bakanlığı, Ek I.Protokol'ün Onaylanması hakkındaki Andıç (*ibid.*, § 120).

25 Bkz. Beyaz Rusya (*ibid.*, § 118), Çekoslovakya (*ibid.*, § 122), Kolombiya (*ibid.*, § 121), Meksika (*ibid.*, § 134), Polonya (*ibid.*, § 139) ve SSCB'nin (*ibid.*, § 142) uygulamaları.

26 Bkz. Federal Almanya Cumhuriyeti (*ibid.*, § 126), Hollanda (*ibid.*, § 135), Kanada (*ibid.*, § 119), Macaristan (*ibid.*, § 129) ve Norveç'in (*ibid.*, § 137) uygulamaları.

27 Bkz. Burkina Faso (*ibid.*, § 802), Fas (*ibid.*, § 818), Kamerun (*ibid.*, § 803) ve Kongo'nun (*ibid.*, § 805) askeri manüelleri

28 Bkz. Benin (*ibid.*, § 801) ve Togo'nun (*ibid.*, § 824) askeri manüelleri.

29 Bkz., örn., İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Kappler davası* (*ibid.*, § 345), *Priebke davası* (*ibid.*, § 346) ve *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 347) ve Finlandiya (*ibid.*, § 348), Hindistan (*ibid.*, § 349) ve Malezya'nın (*ibid.*, § 352) resmi beyanları.

muş ve yakın zamanda, başka ifadelerle de olsa, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelerde yeniden ifade edilmiştir.³⁰

Savaş misillemelerine başvuruyu tasvip etmedeki çekingenlik resmi uygulamalarda yer alan sıkı şartlarla birlikte ele alındığında, uluslararası toplumun giderek hukuka uyulmasını sağlamaya çalışmak için uluslararası insancıl hukukun ihlal edilmesine karşı olduğunu göstermektedir. Ayrıca, bir zorlama yöntemi olarak savaş misillemeleri öğretisinin geliştiği 19. ve erken 20. Yüzyıla nazaran, günümüzde uluslararası insancıl hukuka riayet ettirmenin diplomatik yollarla gerçekleştirilmesine yönelik anlayışa çok daha fazla desteğin olması önemlidir. Misilleme eylemlerine bir son çare olarak, başka hiçbir ihtimalin kalmaması durumunda başvurulabilmesi şartını yorumlarken, Devletlerin ihlalleri engellemek için başka Devletlere ve uluslararası örgütlere çağrıda bulunabilme ihtimalini de dikkate almaları gerekir (ayrıca Bknz. Kural 144’a yorum)

Şartlar

İzin verilen sınıflarda yer alan kişiler ve mallara yönelik savaş misillemelerinin hukuka aykırı olmaması için beş şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu şartların çoğu sahra talimnamelerinde ortaya konmuş ve resmi beyanlarla desteklenmiştir. Bu şartlar şunlardır:

(i) *Misillemenin amacı.* Misillemelere sadece önceki bir ciddi insancıl hukuk ihlaline tepki olarak ve hasmı hukuka uymaya zorlamak amacıyla başvurulabilir. Bu şart, birçok n talimnamesine ek olarak, bazı Devletlerin yasalarında ortaya konmuştur.³¹ Bu şart ulusal içtihatla da teyit edilmiştir.³²

Misillemelerin uluslararası insancıl hukukun önceki bir ciddi ihlaline tepki olması sebebiyle, “önleyici” misillemeler veya “karşı misillemeler” kabul edilemez, savaş misillemeleri başka tür bir hukukun ihlaline karşı tepki teşkil edemez. Buna ek olarak, hasmı hukuka uymaya zorlama amaçlı olmasından ötürü, misillemeler intikam veya cezalandırma amaçlarıyla icra edilemezler.

30 Oxford El Kitabı, Madde 86 (*ibid.*, § 337); Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 50(1) (*ibid.*, § 338).

31 Bkz., örn., Almanya (*ibid.*, §§ 76–78), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 96–100), Avustralya (*ibid.*, §§ 67–68), Belçika (*ibid.*, § 69), Benin (*ibid.*, § 70), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 94–95), Endonezya (*ibid.*, § 80), Ekvator (*ibid.*, § 74), Fransa (*ibid.*, § 75), Güney Afrika (*ibid.*, § 89), Hırvatistan (*ibid.*, § 73), Hollanda (*ibid.*, § 85), İtalya (*ibid.*, § 81), İspanya (*ibid.*, § 90), İsveç (*ibid.*, § 91), İsviçre (*ibid.*, § 92), Kanada (*ibid.*, § 71), Kenya (*ibid.*, § 82), Macaristan (*ibid.*, § 79), Nijerya (*ibid.*, § 87), Togo (*ibid.*, § 93), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 86) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 101) askeri manüelleri ve İtalya’nın (*ibid.*, § 103) mevzuatları.

32 Bkz. İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Priebke davası* (*ibid.*, § 108); İtalya, Roma Askeri Mahkemesi (Askeri Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi tarafından onaylanan), *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 109); Hollanda, Lahey, Özel Mahkeme (Savaş Suçluları) ve Özel Yüksek Yargıtay Mahkemesi, *Rauter davası* (*ibid.*, § 110); Norveç, Eidsivating Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Bruns davası* (*ibid.*, § 111); Norveç, Frostating Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Flesch davası* (*ibid.*, § 112); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg’deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 113).

İhlali gerçekleştiren Devletin müttefiklerine karşı misillemeye başvuru konusunda sınırlı uygulama mevcuttur, ancak bu uygulama 1930 tarihli *Cysne davası* hakemliğine ve İkinci Dünya Savaşı'na kadar geriye gitmektedir.³³ Ondan sonraki uygulamalar bu tür misillemelere başvurunun artık geçerli olmadığına işaret eder niteliktedir. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelere göre karşı tedbirler sadece “uluslararası haksız fiil sebebiyle sorumlu olan Devlete karşı” meşrudur.³⁴ Sorumluluğun bu unsuru bazı sahra talimnamelerine de yansımıştır.³⁵ Her ne kadar çoğu sahra talimnamesi ihlali gerçekleştiren Devletin müttefiklerine karşı misillemeler konusunda sessiz kalsa da, İtalya'nın UIH Mantüeli misillemenin “genel bir kural olarak, sadece savaş hukukunu ihlal etmiş bulunan muharibe karşı [yönlendirilebileceği]”ni açıkça belirtmektedir.³⁶ Başka sahra talimnameleri misillemelerin bir başka Devlete karşı, uluslararası hukuk ihlalini durdurmak amacıyla *o Devleti zorlamak* için kullanıldığını açıklamaktadır.³⁷

Bazı sahra talimnameleri, özel amaçları dikkate alındığında, muhalifin hukuka uyma yükümlülüğüne vakıf olması için misillemelerin açıkça ilan edilmesi ve o şekilde tanıtılması gerekliliğini belirtmektedir.³⁸

(ii) *Son çare tedbiri*. Misillemeler, hasmı hukuka riayet ettirmeye yönelik başka herhangi bir yasal tedbir bulunmaması durumunda, bir son çare tedbiri olarak kullanılabilir. Bu şart birçok sahra talimnamesinde ortaya konmuştur.³⁹ Ulusal içtihatlarda teyit edilmiştir.⁴⁰ Bu husus Ek Protokollerin kabulüne ilişkin Diplomatik Konferans'ta Devletler tarafından yapılan bildirimler ve tekliflerde, Uluslararası Adalet

33 Bkz. Özel Hakemlik Mahkemesi, *Cysne davası* (*ibid.*, § 156) ve Birleşik Krallık'ın İkinci Dünya Savaşı sırasındaki bildiren uygulamaları (*ibid.*, § 159).

34 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 49 (*ibid.*, § 66).

35 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 97 ve 99), Ekvator (*ibid.*, § 74), Kanada (*ibid.*, § 71), ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 86) askeri manüelleri.

36 İtalya, *UIH El Kitabı* (*ibid.*, § 81).

37 Bkz., örn., Almanya'nın (*ibid.*, §§ 76 ve 78); Amerika Birleşik Devletleri'nin askeri manüelleri, *Sahra El Kitabı* (misillemelere “bir savaşan tarafından düşman personel veya mallarına karşı diğer savaşan tarafından işlenen harp fiilleri sebebiyle başvurulur”) (*ibid.*, § 96) ve *Hava Kuvvetleri Broşürü* (“ilave hukuk ihlallerini durdurmaya zorlamak için hasma karşı yönlendirilirler”) (*ibid.*, § 97); Bkz. ayrıca Kanada (“o savaşan savaş hukukunu ihlal ettikten sonra”) (*ibid.*, § 120) ve Hollanda'nın (“öbür Devleti, o Devletin işlediği ihlalleri durdurmaya zorlamak için”) (*ibid.*, § 136) uygulamaları.

38 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 97 ve 99–100), Ekvator (*ibid.*, § 74), Kanada (*ibid.*, § 71) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 86) askeri manüelleri.

39 Bkz. Almanya (*ibid.*, § 169), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 180–183), Avustralya (*ibid.*, § 162), Belçika (*ibid.*, § 163), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 178), Ekvator (*ibid.*, § 167), Hırvatistan (*ibid.*, § 166), Hollanda (*ibid.*, § 173), İspanya (*ibid.*, § 176), Kanada (*ibid.*, § 165), Macaristan (*ibid.*, § 170) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 184) askeri manüelleri. Diğer askeri manüeller ön uyarıda bulunulmasını: Bkz. Benin (*ibid.*, § 164), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 179), Endonezya (*ibid.*, § 171), Fransa (*ibid.*, § 168), Kenya (*ibid.*, § 172), Macaristan (*ibid.*, § 170) ve Togo'nun (*ibid.*, § 177) askeri manüelleri.

40 Bkz. İtalya, Roma Askeri Mahkemesi (Askeri Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi tarafından onaylanan), *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 186); Hollanda, Özel Mahkeme (Savaş Suçları), *Rauter davası* (*ibid.*, § 187); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması)davası* (*ibid.*, § 188).

Divanı önündeki *Nükleer Silahlar davasında* ve bazen ön uyarının verilmesinin ve/veya misillemelere başvurmadan önce diğer tedbirlerin başarısız olmasının gerektiğinin dile getirildiği, diğer bazı vesilelerde de yinelenmiştir. ⁴¹ Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında misillemelere ilişkin koyduğu çekincesinde Birleşik Krallık, “ancak ihlallerin sonlandırılması gerekliliğine ilişkin muhalif tarafa yönelik yapılan uyarının itibar edilmemesinden sonra” misilleme eyleminde bulunma hakkını saklı tutmuştur⁴².

Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler uyarınca, karşı önlemlere başvurmadan önce zarar gören Devletin sorumlu Devlete yükümlülüklerini yerine getirmesi çağrısında bulunması, herhangi bir karşı önleme başvurma kararını sorumlu Devlete bildirmesi ve o Devlet ile görüşmelerde bulunmayı teklif etmesi gerekir.⁴³ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškic davasında*, 1928 yılında Özel Hakemlik Mahkemesi tarafından *Naulilaa davasında* hâlihazırda ifade edilmiş olan hususu teyit etmiştir, şöyle ki, misillemelere ancak ihlallerin sonlandırılması gerekliliğine dair muhalif tarafa yapılan uyarının karşılıksız kalmış olması durumunda başvurulabilir.⁴⁴

(iii) *Orantılılık*. Misilleme eylemi durdurmayı amaçladığı ihlal ile orantılı olmalıdır. Bu şart 1880’de Oxford Manüeli’nde hâlihazırda ortaya konmuş ve yakın tarihte Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler ile teyit edilmiştir. ⁴⁵ Bu husus ayrıca birçok sahra talimnamesinde yer almaktadır.⁴⁶ Buna ek olarak, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen ihlallere ilişkin, sanıkların eylemlerinin yasal misillemeler teşkil ettiğine dair iddiaların, *inter alia*, ilk ihlalle orantsız olmaları sebebiyle kabul edilmediğine ilişkin içtihat mevcuttur. ⁴⁷

Misilleme tedbirlerinin ilk haksız fiil ile orantılı olması gerekliliği Ek Protokollerin kabulüne ilişkin Diplomatik Konferans’ta Devletler tarafından yapılan beyan ve tekliflerde, Uluslararası Adalet Divanı önünde *Nükleer Silahlar davasında*

41 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 196–197), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 195), Fransa (*ibid.*, §§ 190–191) ve Hollanda’nın (*ibid.*, §§ 192–194) uygulamaları.

42 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında konulan Çekince. (*ibid.*, § 160).

43 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 52 (*ibid.*, § 161).

44 Bkz. ICTY, *Kupre_ki_ davası*, Karar (*ibid.*, § 202); Özel Hakemlik Mahkemesi, *Naulilaa davası* (*ibid.*, § 203).

45 Oxford El Kitabı, Madde 86 (*ibid.*, § 208); Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 51 (*ibid.*, § 209).

46 Bkz. Almanya (*ibid.*, § 216), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 227–230), Avustralya (*ibid.*, § 210), Belçika (*ibid.*, § 211), Benin (*ibid.*, § 212), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 225–226), Ekvator (*ibid.*, § 215), İspanya (*ibid.*, § 223), İtalya (*ibid.*, § 218), Hırvatistan (*ibid.*, § 214), Hollanda (*ibid.*, § 220), Kanada (*ibid.*, § 213), Macaristan (*ibid.*, § 217), Kenya (*ibid.*, § 219), Togo (*ibid.*, § 224),Yeni Zelanda (*ibid.*, § 221) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 231) askeri manüelleri.

47 Bkz. İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Kappler davası* (*ibid.*, § 233), *Priebke davası* (*ibid.*, § 234), (Askeri Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi tarafından onaylanan) *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 235); Hollanda, Özel Mahkeme (Savaş Suçluları) ve Özel Yüksek Yargıtay Mahkemesi, *Rauter davası* (*ibid.*, § 236); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg’deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 237).

ve diğer başka vesileler ile yinelenmiştir.⁴⁸ Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında misillemelere ilişkin koyduğu çekincesinde Birleşik Krallık, “Birleşik Krallık tarafından bu şekilde alınmış herhangi bir tedbir, buna yol açan ihlalle orantısız olmayacaktır” düzenlemesini öngörmektedir.⁴⁹

Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli *Nükleer Silahlar davasında* verdiği danışma görüşünde ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškic davasında*, 1928 yılında Özel Hakemlik Mahkemesi tarafından *Naulilaa davasında* hâlihazırda ifade edilmiş olan hususu teyit etmiştir, şöyle ki, muhalif misillemeler orantılılık ilkesine tabidir.⁵⁰

Ele alınan uygulamaların birçoğu misilleme olarak işlenen eylemlerin esas ihlal ile orantılı olmasını gerektirmektedir. Maruz kalınan zarara ilişkin olarak orantılılığın gözetilmesi gerekliliğini sadece birkaç örnek uygulama belirtmektedir.⁵¹

(iv)*Hükümetin en üst kademesinde karar.* Misillemelere başvurma kararı hükümetin en üst seviyesinde alınmalıdır. Her ne kadar Oxford Manüeli ancak Başkumandanın misillemelere izin verme yetkisi olduğunu öngörmekteyse de⁵², daha yakın tarihli uygulamalar bu tür bir kararın en üst siyasi seviyede alınması gerekliliğine işaret etmektedir.⁵³ Bu şartı teyit eden Devlet uygulamaları, sahra talimnamelerine ek olarak, bazı ulusal yasalarda ve resmi beyanlarda görülmektedir.⁵⁴ Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında misillemelere ilişkin koyduğu çekincesinde Birleşik Krallık, “sadece hükümetin en üst seviyesinde alınacak bir kararın kabulü” sonrasında misillemelere başvurulacağını bildirmiştir.⁵⁵ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškic davasında* bir misillemeye başvurma kararının siyasi veya askeri kademelerde en üst seviyede alınmasının gerektiğine ve yerel komutanlar tarafından bunun kararlaştırılmayacağına hükmetmiştir.⁵⁶

48 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 249–250), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 248), Hindistan (*ibid.*, § 244), Hollanda (*ibid.*, §§ 246–247), Kanada (*ibid.*, § 239) ve Meksika'nın (*ibid.*, § 245) beyanları ve Almanya (*ibid.*, § 243), Çin (*ibid.*, § 240) ve Fransa'nın (*ibid.*, §§ 241–242) bildirilen uygulamaları.

49 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan Çekince (*ibid.*, § 207).

50 UAD, *Nükleer Silahlar davası*, Danışma Görüşü (*ibid.*, § 255); ICTY, *Kupreškic davası*, Karar (*ibid.*, § 256); Özel Hakemlik Mahkemesi, *Naulilaa davası* (*ibid.*, § 257).

51 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 211), Hollanda (*ibid.*, § 220) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 231) askeri manüelleri ve Hindistan'ın (*ibid.*, § 244) beyanı.

52 Oxford El Kitabı, Madde 86 (*ibid.*, § 262).

53 Bkz. Almanya (*ibid.*, §§ 274–275), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 290–294), Avustralya (*ibid.*, § 264), Birleşik Krallık (düşman sivil nüfusuna veya sivil mallarına karşı başvuru misillemelere ilişkin olarak) (*ibid.*, § 288), Ekvator (*ibid.*, § 272), Hırvatistan (*ibid.*, § 271), Hollanda (*ibid.*, § 280), İspanya (*ibid.*, § 283), İsveç (*ibid.*, § 284), İsviçre (*ibid.*, § 285), İtalya (*ibid.*, § 277), Macaristan (*ibid.*, § 276) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 281) askeri manüelleri.

54 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 263), Belçika (*ibid.*, § 265), Benin (*ibid.*, § 266), Kanada (*ibid.*, § 269), Kenya (*ibid.*, § 278), Güney Afrika (*ibid.*, § 282), Togo (*ibid.*, § 286), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 287) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 289) askeri manüelleri, Arjantin (*ibid.*, § 296) ve İtalya'nın (*ibid.*, § 297) mevzuatları ve Fransa'nın (*ibid.*, §§ 299–300) uygulamaları.

55 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan Çekince (*ibid.*, § 261).

56 ICTY, *Kupreškic davası*, Karar (*ibid.*, § 302).

(v) *Sonlandırma*. Misilleme eylemi hasmın hukuka riayet etmesiyle birlikte sonlanmalıdır. İlk haksız fiilin onarılması halinde gündeme gelen bir resmi yasak olarak şekillendirilen bu şart, 1880’de Oxford Manüeli’nde hâlihazırda ortaya konmuş ve yakın tarihte Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelerde teyit edilmiştir.⁵⁷ Bu husus çeşitli sahra talimnameleri, resmi beyanlar ve bildirilen uygulamalar içerisinde de ayrıca yer almaktadır.⁵⁸ Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında misillemelere ilişkin koyduğu çekincesinde Birleşik Krallık, “ihlallerin sonlanmasından sonra” misillemelere devam edilmeyeceğini beyan etmiştir.⁵⁹

Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškic davasında* misilleme eyleminin hukuka aykırı fiilin terk edilmesiyle birlikte durması gerektiğini teyit etmiştir.⁶⁰

Kural 146. Cenevre Sözleşmeleri tarafından korunan kişilere savaş misillemeleri yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 41, Kısım C.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Cenevre Sözleşmeleri tarafından korunan kişilere karşı misillemeler

Cenevre Sözleşmeleri, yaralıları, hastaları ve deniz kazazedeleri, sıhhi ve dini personel, yakalanan savaşanlar, işgal altındaki topraklardaki siviller ve çatışmada muhalif tarafın gücü altında yer alan diğer sivil sınıfları dâhil olmak üzere, çatışmaya taraflardan birinin gücü altında yer alan kişilere karşı savaş misillemelerini yasaklamaktadır.⁶¹

57 Oxford El Kitabı, Madde 85 (*ibid.*, § 306); Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 53 (*ibid.*, § 307).

58 Bkz., örn., Benin (*ibid.*, § 308), Kanada (*ibid.*, § 309), Hırvatistan (*ibid.*, § 310), Ekvator (*ibid.*, § 311), Macaristan (*ibid.*, § 312), İtalya (*ibid.*, § 313), Kenya (*ibid.*, § 314), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 315), İspanya (*ibid.*, § 317), Togo (*ibid.*, § 318), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 319–320), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 321–322) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 323) askeri manüelleri ve Fransa (*ibid.*, § 327) ve Hollanda’nın (*ibid.*, § 328) resmi beyanları; İran’ın (*ibid.*, § 326) bildirilen uygulamaları.

59 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında konulan Çekince (*ibid.*, § 305).

60 ICTY, *Kupreškic davası*, Karar (*ibid.*, § 333).

61 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 46 (*ibid.*, § 448); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 47 (*ibid.*, § 449); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 13, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 360); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 33, üçüncü paragraf (*ibid.*, § 590).

Bu yasak ayrıca birçok sahra talimnamesinde yer almaktadır.⁶² Çeşitli devletlerin yasaları altında da bu husus ortaya konmuştur.⁶³ Resmi beyanlar ve rapor edilen uygulamalar bu yasağı desteklemektedir.⁶⁴

- 62 Yakalanan savaşanlar ve savaş esirlerine ilişkin olarak, Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, §§ 364–365), Avustralya (*ibid.*, §§ 366–367), Belçika (*ibid.*, § 368), Benin (*ibid.*, § 369), Burkina Faso (*ibid.*, § 370), Kamerun (*ibid.*, § 371), Kanada (*ibid.*, §§ 372–373), Kolombiya (*ibid.*, § 374), Kongo (*ibid.*, § 375), Hırvatistan (*ibid.*, §§ 376–377), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 378), Ekvator (*ibid.*, § 379), Fransa (*ibid.*, §§ 380–382), Almanya (*ibid.*, §§ 383–385), Macaristan (*ibid.*, § 386), Endonezya (*ibid.*, § 387), İtalya (*ibid.*, § 388), Kenya (*ibid.*, § 389), Madagaskar (*ibid.*, § 390), Fas (*ibid.*, § 391), Hollanda (*ibid.*, §§ 392–393), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 394), Nikaragua (*ibid.*, § 395), Nijerya (*ibid.*, §§ 396–397), Güney Afrika (*ibid.*, § 398), İspanya (*ibid.*, § 399), İsveç (*ibid.*, § 400), İsviçre (*ibid.*, § 401), Togo (*ibid.*, § 402), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 403–404), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 405–411) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 412) askeri manüelleri. Yaralılar, hastalar ve deniz kazazedelerine ilişkin olarak, Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 458–459), Belçika (*ibid.*, § 460), Benin (*ibid.*, § 461), Burkina Faso (*ibid.*, § 462), Kamerun (*ibid.*, § 463), Kanada (*ibid.*, § 464), Kongo (*ibid.*, § 465), Hırvatistan (*ibid.*, § 466), Ekvador (*ibid.*, § 467), Fransa (*ibid.*, §§ 468–469), Almanya (*ibid.*, §§ 470–472), Macaristan (*ibid.*, § 473), Endonezya (*ibid.*, § 474), İtalya (*ibid.*, § 475), Kenya (*ibid.*, § 476), Madagaskar (*ibid.*, § 477), Fas (*ibid.*, § 478), Hollanda (*ibid.*, §§ 479–480), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 481), Nijerya (*ibid.*, § 482), Güney Afrika (*ibid.*, § 483), İspanya (*ibid.*, § 484), İsveç (*ibid.*, § 485), İsviçre (*ibid.*, § 486), Togo (*ibid.*, § 487), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 488–489), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 490–494) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 495) askeri manüelleri. Sıhhi ve dini personele ilişkin olarak, Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 527–528), Belçika (*ibid.*, § 529), Benin (*ibid.*, § 530), Burkina Faso (*ibid.*, § 531), Kamerun (*ibid.*, § 532), Kanada (*ibid.*, § 533), Kongo (*ibid.*, § 534), Hırvatistan (*ibid.*, § 535), Ekvator (*ibid.*, § 536), Fransa (*ibid.*, §§ 537–538), Almanya (*ibid.*, §§ 539–540), Macaristan (*ibid.*, § 541), Endonezya (*ibid.*, § 542), İtalya (*ibid.*, § 543), Kenya (*ibid.*, § 544), Madagaskar (*ibid.*, § 545), Fas (*ibid.*, § 546), Hollanda (*ibid.*, §§ 547–548), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 549), Nijerya (*ibid.*, §§ 550–551), İspanya (*ibid.*, § 552), İsveç (*ibid.*, § 553), İsviçre (*ibid.*, § 554), Togo (*ibid.*, § 555), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 556–557), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 558–561) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 562) askeri manüelleri. İşgal altındaki topraklardaki sivilere ve çatışmaya taraf düşmanın gücü altındaki diğer sivil sınıflarına ilişkin olarak, Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, §§ 594–596), Avustralya (*ibid.*, §§ 597–598), Belçika (*ibid.*, § 599), Benin (*ibid.*, § 600), Burkina Faso (*ibid.*, § 601), Kamerun (*ibid.*, § 602), Kanada (*ibid.*, § 603), Kolombiya (*ibid.*, § 604), Kongo (*ibid.*, § 605), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 606), Ekvator (*ibid.*, §§ 607–608), Fransa (*ibid.*, §§ 609–611), Almanya (*ibid.*, § 612), Macaristan (*ibid.*, § 613), Hindistan (*ibid.*, § 614), Endonezya (*ibid.*, § 615), İtalya (*ibid.*, § 616), Kenya (*ibid.*, § 617), Madagaskar (*ibid.*, § 618), Fas (*ibid.*, § 619), Hollanda (*ibid.*, § 620), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 621), Güney Afrika (*ibid.*, § 622), İspanya (*ibid.*, § 623), İsveç (*ibid.*, § 624), İsviçre (*ibid.*, § 625), Togo (*ibid.*, § 626), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 627–628), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 629–634) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 635) askeri manüelleri.
- 63 Bkz., örn., Azerbaycan (*ibid.*, §§ 563 ve 636), Kolombiya (*ibid.*, §§ 413, 496, 564 ve 637), ve İtalya'nın (*ibid.*, §§ 414, 497, 565 ve 638) mevzuatları.
- 64 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 567), Kanada (*ibid.*, §§ 418 ve 568), Kolombiya (*ibid.*, §§ 419, 499, 569 ve 642), Mısır (*ibid.*, §§ 420–421, 500–501, 570–571 ve 643), Fransa (*ibid.*, §§ 422, 502, 573 ve 644), Federal Almanya Cumhuriyeti (*ibid.*, §§ 423 ve 645), Irak (*ibid.*, §§ 424, 503 ve 574), Lübnan (*ibid.*, § 427), Polonya (*ibid.*, §§ 429, 507, 578 ve 649), Solomon Adaları (*ibid.*, §§ 508 ve 579), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 430, 509, 580 ve 650) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 431–433, 510, 581 ve 651–652) beyanları ve İsrail (*ibid.*, §§ 425, 504, 575 ve 646) ve Ürdün'ün (*ibid.*, §§ 426, 505, 576 ve 647) bildirilen uygulamaları.

Muhasamat sırasında sivillere yönelik misillemeler

Muhasamatın icrası sırasında sivillere yönelik misillemeleri yasaklama eğilimi “sivil nüfus veya onun bireysel üyeleri, misillemelerin hedefi olmamalıdır” ilkesini silahlı çatışmalarda sivil nüfusun korunması için bir temel ilke olarak teyit eden, 1970 tarihinde kabul edilen bir BM Genel Kurul kararı ile ortaya konmuştur.⁶⁵

Muhasamatın icrası sırasında sivillere karşı misillemeye bulunma yasağı Ek I.Protokol Madde 51(6)’da kodifiye edilmiştir.⁶⁶ Bu yasak mayınlar, bubi tuzakları ve başka aygıtları düzenleyen Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme II. Protokol’ün hem orijinal hem de değiştirilmiş şekillerinde bulunmaktadır.⁶⁷ Ek Protokollerin kabulü sırasında Madde 51(6) ile getirilen misilleme yasağı henüz yeni bir kural teşkil etmekteydi. Madde 51’in bütünü hakkında yapılan oylamada Fransa karşı oy kullanmış ve 16 Devlet çekimser kalmıştır.⁶⁸ Çekimser kalan 16 Devletten 10’u o zamandan itibaren herhangi bir çekince koymayarak Ek I.Protokol’e taraf olmuştur.⁶⁹ Endonezya, Malezya ve Fas olmak üzere, Ek I.Protokol’ü onaylamayan üç Devlet yine de sivillere yönelik misilleme yasağını genel olarak desteklemektedirler.⁷⁰

Sonuç olarak, Devletlerin büyük bir çoğunluğu sivillerin misillemelerin hedefi yapılmaması konusunda kendilerini bağlamışlardır. Sivillere karşı misillemeye başvuru yasağını özel olarak destekleyen uygulama yaygın ve temsil edici nitelikte olmakla birlikte, henüz yeknesak değildir. Ek I.Protokol’e taraf olmayan ancak Ek I.Protokol Madde 51’e olumlu oy kullanan ve Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme II. Protokolü, metinde yer alan sivillere karşı misilleme yasağına herhangi bir çekince koymadan onaylayan Amerika Birleşik Devletleri, muhtelif vesilelerde bir mutlak yasağı kabul etmediğini ifade etmiştir.⁷¹ Birleşik Krallık da Madde 51’e olumlu oy kullanmakla birlikte, Ek I.Protokol’e taraf olunca Madde 51’e, hasım sivillere yönelik misillemelere başvuru için aranacak sıkı şartları belirten bir listeyi içeren çekince koymuştur.⁷² Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme II. Protokolü ise, metinde yer alan sivillere yönelik misilleme

65 BM Genel Kurulu, Kar. 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 766). Oylamanın ad okuma suretiyle gerçekleştirilmemesi sebebiyle hangi Devletlerin lehte, hangilerinin çekimser oy kullandığını teyit etme imkânı yoktur.

66 Ek I.Protokol, Madde 51(6) (77 lehte, 1 aleyhte ve 16 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 662).

67 Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme Protokol II, Madde 3(2) (*ibid.*, § 670); Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme Değiştirilmiş Protokol II, Madde 3(7) (*ibid.*, § 671).

68 Çekimser kalan Devletler şunlardır: Afganistan, Cezayir, Kamerun, Kolombiya, Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya, Kenya, Güney Kore, Madagaskar, Mali, Monako, Fas, Senegal, Tayland, Türkiye ve Zaire (Bkz. CDDH, *Official Records*, C.VI, CDDH/SR.41, 26 May 1977, s. 163).

69 Cezayir, Kamerun, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kenya, Güney Kore, Madagaskar, Mali, Monako ve Senegal.

70 Bkz., örn., Endonezya (Nakleden: C.II, Böl. 41, § 695) ve Fas’ın (*ibid.*, § 619) askeri manüelleri ve Malezya’nın (*ibid.*, § 747) beyanı.

71 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 709, 711 ve 757-760) uygulamaları.

72 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol’ün onaylanması sırasında konulan Çekince (*ibid.*, § 669).

yasağına herhangi bir çekince koymamak suretiyle onaylamıştır. Mısır, Fransa, Almanya ve İtalya da Ek I.Protokol'ün onaylanmasıyla birlikte sivil nüfusun korunmasını düzenleyen maddeler hakkında birer bildiriye bulunmuştur, ancak bu bildiriler muğlaktır, zira Devletlerin ciddi ve tekrar eden ihlallere, ek ihlalleri engellemek amacıyla, uluslararası hukuk altında kabul edilebilir imkânlar ile karşılık vereceğini belirtmektedir.⁷³ Bu bildiriler tekrardan uluslararası hukuk altında hukuki olana atıfta bulunmak suretiyle, sivil nüfusa karşı misillemelerin hukuki olup olmadığı belirlemesini kanıtlanmış varsaymaktadır. Bu Devletlerin sonraki uygulamaları sivil nüfusa karşı misillemeler konusundaki mevcut duruşlarını tayin etmede yardımcı olmaktadır.

Ek I.Protokol'ün kabulü sırasında Mısır sivillere karşı misillemeler yasağını güçlü şekilde desteklemiş ve daha yakın tarihte, Uluslararası Adalet Divanı önündeki *Nükleer silahlar davasındaki* takdimlerinde yasaklamanın teamüle dayalı olduğunu kabul ettiğini bildirmiştir.⁷⁴ Fransa ve Almanya'nın yakın tarihli sahra talimnameleri Ek I.Protokol Madde 51(6)'ya atıfta bulunmak suretiyle sivillere karşı misillemeleri yasaklamaktadır.⁷⁵ İtalya'nın UİH manüeli, “misillemeler, mutlak gereklilik durumları haricinde, sivil nüfusa karşı yönlendirilemez” demek suretiyle, genel ifadeler ile yine de sivil nüfusa karşı misilleme imkânını dar bir şekilde kabul etmektedir.⁷⁶

Dikkate alınması gereken diğer bir uygulama ise Ek I.Protokol'e taraf olmayan İran ve Irak'ın birbirlerinin şehirlerine yönelen misilleme serileridir. ICRC 1983 ve 1984'deki basın bildirimlerinde sivillerin misillemelerin hedefi haline getirilmemesi gerektiğini beyan etmiş ve sivillerin bombalanmasının durdurulması konusunda İran ve Irak'a çağrıda bulunmuştur.⁷⁷ BM Genel Sekreteri 1984'de İran ve Irak'ın Başkanları'na yönelik bir mesajında, “sivil alanlara yönelik kasıtlı saldırılara uluslararası toplum tarafından göz yumulamaz” olduğu beyanında bulunmuştur. Bu beyana eklemeye bulunarak, misillemelerin ve karşı misillemelerin sivil nüfusta can kaybına ve ıstıraba yol açtığı ve “bunun acilen sonlandırılmasının mecburi[...]” olduğu beyanında bulunmuştur.⁷⁸

1986 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, Başkanı tarafından yapılan bir beyanla, “uluslararası insancıl hukukun ve diğer silahlı çatışmalar hukuklarının ihlalinin” esefle karşılanmış ve “salt sivil hedeflere yönelik saldırılardaki turmanış sebebiyle çatışmanın genişlemesine yönelik derinleşen endişeleri” dile getirmiştir.⁷⁹ 1987 tari-

73 Bkz. Mısır (*ibid.*, § 664), Fransa (*ibid.*, § 665), Almanya (*ibid.*, § 666) ve İtalya (*ibid.*, § 667) tarafından Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan çekinceler veya yapılan beyanlar.

74 Bkz. Mısır'ın (*ibid.*, §§ 729–730 ve 748) uygulamaları.

75 Bkz. Fransa (*ibid.*, § 689) ve Almanya'nın (*ibid.*, §§ 690–692) askeri manüelleri.

76 İtalya, *UİH El Kitabı* (*ibid.*, § 696).

77 Bkz. ICRC, Basın Bildirisi No. 1479 (*ibid.*, § 778) ve Basın Bildirisi No. 1489 (*ibid.*, § 779).

78 BM Genel Sekreteri, Irak Cumhuriyeti ve İran İslam Cumhuriyeti Başkanlarına 9 Haziran 1984 tarihli Mektup (*ibid.*, § 769).

79 BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanı (*ibid.*, § 763). Başkanlık Amerika Birleşik Devletleri'ndeydi. Güvenlik Konseyi'nin diğer üyeleri şunlardı: Avustralya, Bulgaristan, Çin, Kongo, Danimarka, Fransa, Gana, Madagaskar, Tayland, Trinidad ve Tobago, SSCB, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık ve Venezuela.

hinde BM Genel Sekreteri'ne iletilen mektuplarda hem İran hem de Irak, diğer tarafın şehirlerine yönelik saldırılarını hasımlarının benzer nitelikteki saldırılarını durdurmak amacıyla alınmış sınırlı karşılık tedbirler olarak gerekçelendirmişlerdir.⁸⁰ 1988 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, Başkanı tarafından yapılan başka bir beyanla, “muhasamatın tırmanışını... özellikle de sivil hedef ve şehirlere karşı saldırıları” esefle karşılamış ve “Güvenlik Konseyi'nin üyeleri İran ve Irak'ın bu tür saldırıları acilen durdurması ve bundan itibaren muhasamatın tırmanmasına sebep olan bütün davranışlardan vazgeçilmesi konusunda diretmektedir” beyanında bulunmuştur.⁸¹ Her ne kadar her iki BM Güvenlik Konseyi beyanı açıkça “misilleme” ifadesini kullanmasa da, sivillere yönelik saldırılardaki tırmanış kınamaları önem arz etmektedir. İkinci beyan İran ve Irak'ın gerçekleştirilmiş misillemeleri gerekçelendiren mektupların yollanmasından sonra yapılmıştır; bu da BM Güvenlik Konseyi'nin her iki tarafın iddialarını kabul etmediğini önermektedir.

Çeşitli sahra talimnamelerinde bahsi geçen bir olgu, tarihsel süreçte misilleme eyleminin sivillere yönelik saldırıları durdurmaktan ziyade tırmandırma etkisine sahip olma eğilimidir.⁸² Mesela, ABD Donanma El Kitabı'nda açıklandığı üzere, “[misillemelerin] Her zaman düşmanda karşılıklı tırmanmayı (karşı misilleme) tetikleme riski mevcuttur. İşte bu sebepten ötürü Amerika Birleşik Devletleri tarihi olarak misillemelere başvurmakta çekingen olmuştur.”⁸³

Muhasamata doğrudan katılmayan sivillere saldırı üzerine kurulmuş icra eylemleri ayrıca insan hakları hukukunun gelişmesi ve de yaşam hakkına verilen önem ile tam uyuşmamaktadır. Buna ek olarak, İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren, kendi hükümetlerinin uluslararası hukuk ihlallerinden ötürü muhasamata doğrudan katılmayan sivillerin sorumlu tutulamayacağı, hem insan hakları hukuku hem de uluslararası insancıl hukuk tarafından tanınmıştır ve bu sebepten ötürü de ne saldırının hedefi yapılabilirler (Bknz. Kural 1) ne de toplu cezalandırmaya tabi tutulabilirler (Bknz. Kural 103).

Çok sınırlı olsa da aksi uygulamanın varlığından ötürü sivillere karşı misillemeleri yasaklayan özel kuralın henüz bir teamül kuralı olarak billurlaştığı sonucuna varmak zordur. Yine de, bir kısmı muğlakta olan, sınırlı sayıda Devletlerin uygulamalarından güç alarak bu tür misillemelere başvurma hakkının var olmaya devam ettiğini ileri sürmek de güçtür. Bu nedenle en azından, bu tür misillemeleri yasaklamayı destekleyen bir eğilimin varlığı, görülmektedir. Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1996 tarihli *Martić davasındaki* iddianamenin

80 Bkz. İran (*ibid.*, §§ 737–740) ve Irak'ın (*ibid.*, § 743) uygulamaları.

81 BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanı (*ibid.*, § 764). Başkanlık Yugoslavya'daydı. Güvenlik Konseyi'nin diğer üyeleri şunlardı: Cezayir, Arjantin, Brezilya, Çin, Fransa, Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya, Japonya, Nepal, Senegal, SSCB, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Zambiya.

82 Bkz. Avustralya (*ibid.*, §§ 67–68), İsveç (*ibid.*, § 91), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 94–95) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 97–99) askeri manüelleri.

83 Amerika Birleşik Devletleri, *Donanma El Kitabı* (*ibid.*, § 99).

değerlendirilmesinde ve 2000 tarihli *Kupreškic davasındaki* kararında, çoğunlukla insanlığın veya kamu vicdanının gereklilikleri temeline dayanan, bu tür bir yasağın varlığını tespit etmiştir.⁸⁴ Bunlar, bu tür misillemeleri kınayan veya yasaklayan önemli uygulama bütünü ile tutarlı tespitlerdir.

Kural 147. Cenevre Sözleşmeleri ve Kültürel Malvarlığının Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi altında korunan mallara karşı misillemeler yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 41, Kısım D.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Cenevre Sözleşmeleri tarafından korunan kişilerin mallarına karşı misillemeler

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, muhalif tarafın gücü altında olan siviller gibi, korunan kişilerin mallarına yönelik misillemelerin yasak olduğunu öngörmektedir.⁸⁵ Birkaç sahra talimnamesi Dördüncü Cenevre Sözleşmesi tarafından korunan kişilerin mallarına karşı misillemeleri yasaklamaktayken,⁸⁶ başka bazı manüeller, genel olarak korunan kişilerin mallarına karşı misillemeleri yasaklamaktadır.⁸⁷ ABD Sahra Talimnamesi ve Uygulanan Hukuk El Kitabı bu yasağı, yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin ve savaş esirlerinin mallarını içerecek şekilde, Cenevre Sözleşmeleri tarafından korunan bütün kişilerin mallarına yönelik olarak genişletmektedir.⁸⁸

84 ICTY, *Martić davası*, İddianamenin Değerlendirilmesi (*ibid.*, § 776) ve *Kupreškic davası*, Karar (*ibid.*, § 777).

85 IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 33 (*ibid.*, § 783).

86 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, §§ 794–796), Belçika (*ibid.*, § 799), Benin (*ibid.*, § 801), Kanada (*ibid.*, § 804), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 807), Ekvator (*ibid.*, § 808), Almanya (*ibid.*, §§ 811–812), Kenya (*ibid.*, § 816), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 820), İspanya (*ibid.*, § 822), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 825–826) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 827–833) askeri manüelleri.

87 Bkz., örn., Benin (*ibid.*, § 801), Hırvatistan (*ibid.*, § 806), Macaristan (*ibid.*, § 813), Endonezya (*ibid.*, § 814), İtalya (*ibid.*, § 815), Kenya (*ibid.*, § 816), Güney Afrika (*ibid.*, § 821), Togo (*ibid.*, § 824) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 826) askeri manüelleri; Bkz. ayrıca Kolombiya'nın (*ibid.*, § 837) mevzuatları.

88 Amerika Birleşik Devletleri, Sahra El Kitabı (*ibid.*, § 827) ve *Uygulanan Hukuk El Kitabı* (*ibid.*, § 831).

Tıbbi mallara karşı misillemeler

Birinci ve İkinci Cenevre Sözleşmeleri sıhhi binalar, gemiler ve onların altında korunan teçhizata karşı misillemeleri yasaklamaktadır.⁸⁹ Bu yasaklar ayrıca birçok sahra talimnamesinde yer almaktadır.⁹⁰

Kültürel malvarlığına karşı misillemeler

Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, bir halkın kültürel mirası açısından büyük önem arz eden “kültürel malvarlığını misillemeler yoluyla hedefleyen her tür eylem”i yasaklamaktadır.⁹¹ Sözleşme 105 Devlet tarafından onaylanmıştır. Kültürel Malvarlığı hakkında Alt-Bölüm 12’de ifade edildiği üzere, BMEBKÖ Genel Konferansı⁹² ve Sözleşmeye taraf olmayan Devletler tarafından da teyit edildiği üzere⁹³, Sözleşme’de yer alan kültürel malvarlığının korunması ve saklanmasıyla ilişkin temel ilkeler geniş şekilde uluslararası teamül hukukunu yansıtır kabul edilmektedir. Ek I.Protokol Madde 53(c) halkların kültürel veya ruhani mirasını teşkil eden tarihi anıtlara, sanat eserlerine ve ibadet yerlerine karşı misillemeleri yasaklamaktadır.⁹⁴

Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmayan Devletler de dâhil olmak üzere, kültürel malvarlığına karşı misilleme yasağı birçok sahra talimnamesi ve ulusal yasalarda yer almaktadır.⁹⁵ İran’ın Uygulamaları hakkındaki Rapor’a göre, İran-İrak Savaşı sırasında, İran Irak’ın kutsal şehirlerini özellikle misilleme eylemlerinin dışında tutmuştur.⁹⁶ Birleşik Krallık’ın Ek I.Protokol’de misillemelere yönelik koyduğu çekincenin kültürel malvarlığına ilişkin Madde 53’ü de kapsamı sebebiyle bir ölçü karşı

89 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 46 (*ibid.*, § 880); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 47 (*ibid.*, § 881).

90 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 891–892), Benin (*ibid.*, § 893), Burkina Faso (*ibid.*, § 894), Kamerun (*ibid.*, § 895), Kanada (*ibid.*, § 896), Kongo (*ibid.*, § 898), Hırvatistan (*ibid.*, § 897), Ekvator (*ibid.*, § 899), Fransa (*ibid.*, §§ 900–901), Almanya (*ibid.*, §§ 902–903), Macaristan (*ibid.*, § 904), Endonezya (*ibid.*, § 905), İtalya (*ibid.*, § 906), Kenya (*ibid.*, § 907), Madagaskar (*ibid.*, § 908), Fas (*ibid.*, § 909), Hollanda (*ibid.*, § 910), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 911), Nijerya (*ibid.*, § 912), İspanya (*ibid.*, § 913), İsveç (*ibid.*, § 914), Togo (*ibid.*, § 915), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 916–917), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 918–922) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 923) askeri mantılları.

91 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 4(4) (*ibid.*, § 950).

92 Bkz. BMEBKÖ, Genel Konferans, Kar. 3.5 (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 419).

93 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri, *Donanma El Kitabı’nın Şerhli Eki* (*ibid.*, § 103).

94 Ek I.Protokol, Madde 53(c) (konsensüs ile kabul edilmiştir) (Nakleden: C.II, Böl. 41, § 951).

95 Bkz. Arjantin (*ibid.*, §§ 960 ve 991), Avustralya (*ibid.*, §§ 961–962), Azerbaycan (*ibid.*, § 992), Belçika (*ibid.*, § 963), Benin (*ibid.*, § 964), Burkina Faso (*ibid.*, § 965), Kamerun (*ibid.*, § 966), Kanada (*ibid.*, § 967), Kolombiya (*ibid.*, § 993), Kongo (*ibid.*, § 968), Hırvatistan (*ibid.*, § 969), Fransa (*ibid.*, §§ 970–971), Almanya (*ibid.*, §§ 972–974), Macaristan (*ibid.*, § 975), Endonezya (*ibid.*, § 976), İtalya (*ibid.*, §§ 977 ve 994), Kenya (*ibid.*, § 978), Hollanda (*ibid.*, §§ 979–980), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 981), İspanya (*ibid.*, §§ 982 ve 995), İsveç (*ibid.*, § 983), İsviçre (*ibid.*, §§ 984 ve 996), Togo (*ibid.*, § 985), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 987 ve 989) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 990) uygulamaları. Benin, Kenya, Togo ve Amerika Birleşik Devletleri Lahey Sözleşmesi’ne taraf değildir.

96 Bkz. İran’ın (*ibid.*, § 1004) Uygulamaları hakkındaki Rapor.

uygulama mevcuttur.⁹⁷ Bu aksi uygulamanın kültürel malvarlıklarına karşı misilleme saldırısını yasaklayan bu uluslararası teamül hukuku kuralının oluşmasını engellemek açısından son derece sınırlı olduğu görülmektedir.

Muhasamatın icrası sırasında sivil mallara karşı misillemeler

Cenevre Sözleşmeleri ve Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi'ne ek olarak, Ek I.Protokol muhasamatın icrası sırasında aşağıda yer alan mallara karşı misilleme yoluyla saldırıda bulunma yasakları getirmiştir: genel olarak sivil mallar (Madde 52); halkların kültürel veya ruhani mirasını teşkil eden tarihi anıtlar, sanat eserleri veya ibadet yerleri (Madde 53); sivil nüfusun yaşamını sürdürbilmesi için vazgeçilmez olan mallar (Madde 54); doğal çevre (Madde 55); ve başta barajlar, su kanalları ve nükleer elektrik üretim tesisleri olmak üzere, tehlikeli unsurlar barındıran yapı ve tesisler, (Madde 56).⁹⁸

Sivil mallara yönelen misillemelere ilişkin uygulama, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Madde 33 tarafından korunan sivillerin mallarına ilişkin olmadığı ölçüde, muhasamatın icrası sırasında sivillere yönelik misillemelere ilişkin olan uygulamaya benzer niteliktedir, ancak o derecede kapsamlı değildir. Devletlerin büyük bir çoğunluğu bu tür mallara karşı misilleme eyleminde bulunmama konusunda kendilerini özellikle bağlamış olmakla birlikte, sınırlı sayıda aksi uygulamanın varlığı sebebiyle⁹⁹, her durumda sivil mallara karşı misillemeleri yasaklayan özel bir teamül kuralının billurlaştığı sonucuna varmak güçtür. Yine de, bir kısmı muğlak olan, sınırlı sayıda Devletlerin uygulamalarından güç alarak bu tür misillemelere başvurma hakkının var olmaya devam ettiğini ileri sürmek de güçtür.

Yukarıda bahsi geçen mallara karşı misillemelere ilişkin hususi örnekler kaydedilmemiştir. Özellikle hem bu malları hem de sivil nüfusu etkilemeleri sebebiyle, bu tür herhangi bir misillemenin kınamaya yol açması muhtemeldir.

97 Birleşik Krallık, Ek I.Protokol'ün onaylanması sırasında konulan Çekince (*ibid.*, § 955).

98 Ek I.Protokol, Madde 52 (79 leyhte, 0 aleyhte ve 7 çekimsiz oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 784), Madde 53 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 951), Madde 54 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 1020), Madde 55 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 1075) ve Madde 56 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 1136).

99 Kültürel malvarlığına karşı misillemelere ilişkin, Bkz. Mısır (*ibid.*, § 952), Almanya (*ibid.*, § 953), İtalya (*ibid.*, § 954), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 955 ve 1009) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 988 ve 1010-1012) uygulamaları, ancak Bkz. Amerika Birleşik Devletleri'nin "dini veya kültürel yapılara" karşı misillemeleri yasaklayan uygulamaları (*ibid.*, § 989, Bkz. ayrıca *ibid.*, § 987). Sivil nüfusu yaşamı için zorunlu mallara karşı misillemelere ilişkin, Bkz. Mısır (*ibid.*, § 1021), Almanya (*ibid.*, § 1022), İtalya (*ibid.*, § 1023), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 1024 ve 1064) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 1065-1067) uygulamaları, ancak Bkz. Amerika Birleşik Devletleri'nin bu tür mallara karşı misillemeleri yasaklayan uygulamaları (*ibid.*, § 1052). Doğal çevreye karşı misillemelere ilişkin, Bkz. Mısır (*ibid.*, § 1076), Almanya (*ibid.*, § 1077), İtalya (*ibid.*, § 1078), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 1079 ve 1123) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 1106 ve 1124-1126) uygulamaları. Tehlikeli unsurlar içeren yapı veya tesislere karşı misillemelere ilişkin, Bkz. Mısır (*ibid.*, § 1137), Almanya (*ibid.*, § 1139), İtalya (*ibid.*, § 1140), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 1183) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 1184-1186) uygulamaları.

Kural 148. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda tarafların savaş misillemelerine başvuru hakkı yoktur. Muhasamata doğrudan katılmayan veya katılmaya son veren kişilere karşı diğer karşı tedbirler yasaktır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 41, Kısım E.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 3 cana ve vücuda şiddeti, rehin almaları, kişisel onura saldırıları, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleleri ve adil yargılanma hakkından mahrum bırakılmayı yasaklamaktadır. Bu yasaklar “nerede ve ne zaman olursa olsun” uygulanır ve uygulanabilir kalacaktır.¹⁰⁰ Buna bağlı olarak, bu eylemlerden birini beraberinde getiren herhangi bir misilleme yasaktır.¹⁰¹ Buna ek olarak, ortak Madde 3 muhasamata doğrudan katılmayan veya katılmaya son veren bütün kişilere “her şart altında” insanca muamele edilmesi gerekliliğini öngörmektedir.¹⁰² Dolayısıyla, insanca muamele gerekliliği ile örtüşmeyen herhangi bir misilleme de yasaktır.¹⁰³ İlaveten, Uluslararası Adalet Divanı tarafından da teyit edildiği üzere, ortak Madde 3’ün içerdiği kurallar, bütün silahlı çatışmalar için “asgari kıtas”ı teşkil etmekte ve “insanlığın temel tefekkürlerini” yansıtmaktadır.¹⁰⁴ Keza Ek II.Protokol Madde 4 de muhasamata doğrudan katılmayan veya katılmaya son veren kişilere karşı misillemelere yasaklamaktadır.¹⁰⁵

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda misilleme eylemleri uygulamada kınanmıştır. Mesela, Afganistan’daki çatışmaya ilişkin olarak kabul edilen kararlarda, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu sivillere karşı misilleme tedbir-

100 Cenevre Sözleşmeleri, ortak Madde 3.

101 Bkz. Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1952, s. 55.

102 Cenevre Sözleşmeleri, ortak Madde 3.

103 Bkz. Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1952, s. 55.

104 Cenevre Sözleşmeleri, ortak Madde 3; UAD, *Nikaragua’da ve ona karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler hakkındaki Dava (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)*, Esas, Karar, 27 Haziran 1986, *ICJ Reports 1986*, s. 114, § 218.

105 Bkz. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4530; Bkz. ayrıca Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, s. 637.

lerini kınamıştır.¹⁰⁶ BM İnsan Hakları Komisyonu'nun muhtelif Özel Raportörleri Çad, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Mali, Ruanda ve Türkiye'deki çatışmalara ilişkin olarak da "misilleme" öldürme ve tutuklamaları kınamıştır.¹⁰⁷

1970 tarihinde kabul edilen bir kararda BM Genel Kurulu, "sivil nüfus veya onun bireysel üyeleri, misillemelerin hedefi olmamalıdır" ilkesini silahlı çatışmada sivil nüfusun korunmasının bir temel ilkesi olarak teyit etmiştir.¹⁰⁸ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1995 tarihli *Tadić davasında*, kararın "her tür silahlı çatışmalarda sivil nüfusun ve malların korunmasına ilişkin uluslararası teamül hukuku ilkelerini beyan edici" nitelikte olduğunu kabul etmiştir.¹⁰⁹

1996 tarihli *Martić davasında*, Mahkeme, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillere yönelik bir misilleme yasağını Ek I.Protokol Madde 4(2) temelinden çıkarmıştır; zira bunlar "düzenlemede sıralanan mutlak ve sınırlanamayan yasaklara aykırıdır ve yasaklanan davranış "her zaman ve her yerde" yasak kalmalıdır. Mahkeme ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillere karşı misilleme yasağının, Protokol II Madde 4(2)(b)'ye "toplu cezalandırma" yasağının da dâhil edilmesi suretiyle güçlendiğini belirlemiştir.¹¹⁰ Toplu cezalandırmalar uluslararası teamül hukuku altında da yasaktır (Bknz. Kural 103). Bazı sahra talimnameleri her tür intikam eyleminin yasak olduğu gerçeğinin altını çizmektedir.¹¹¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hukuki misilleme kavramının kendisinin uluslararası hukukta billurlaştığına ilişkin yeterli delil mevcut değildir. Misillemelerin amacına ve onlara başvurmadaki şartlara ilişkin bütün uygulamalar Devletlerarası ilişkilere atfendir ve 19. ile erken 20. yüzyıllardaki uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin yakın tarihli uygulamalar hiç bir şekilde bu tür çatışmalarda hukukun tatbikinin misillemeler veya benzeri karşı tedbirler yoluyla sağlanması düşüncesini desteklememekte, zira buna mukabil, sivillerin ve muhasamat dışı kalmış kişilerin korunmasının, insan hakları hukukuna riayetinin ve ihlalleri diplomatik yöntemlerle durdurmanın önemini vurgulamaktadır. Bazı sahra talimnameleri savaş misillemelerini bir Devletin, başka bir Devlete karşı bir hukukun tatbikini sağlama yöntemi olarak tanımlamaktadır.¹¹²

106 Bkz., örn., BM Genel Kurulu, Kar. 48/152 ve 49/207 (*ibid.*, § 1248); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1993/66 ve 1994/84 (*ibid.*, § 1249) ve Kar. 1995/74 (*ibid.*, § 1250).

107 Bkz., örn., BM İnsan Hakları Komisyonu, Yargı Dışı, Yerinde veya Keyfi İnfazlar hakkındaki Özel Raportör, Raporlar (*ibid.*, §§ 1251–1253), Ruanda'daki İnsan Hakları Durumu hakkındaki Özel Raportör, Raporlar (*ibid.*, §§ 1254–1255), İşkence hakkındaki Özel Raportör ve Yargı Dışı, Yerinde veya Keyfi İnfazlar hakkındaki Özel Raportör, Birleşik Rapor (*ibid.*, § 1256), Zaire'deki İnsan Hakları Durumu hakkındaki Özel Raportör, Rapor (*ibid.*, § 1257); Bkz. ayrıca BM Guatemala'daki Teyit Misyonu, Direktör, Birinci Çeyrek Raporlar (*ibid.*, § 1258).

108 BM Genel Kurulu, Kar. 2675 (XXV) (109 lehte, 0 aleyhte ve 8 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 766).

109 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz (*ibid.*, § 1263).

110 ICTY, *Martić davası*, İddianamenin Değerlendirmesi (*ibid.*, § 1264).

111 Bkz., örn., Benin (*ibid.*, § 70), Fransa (*ibid.*, § 75), Filipinler (*ibid.*, § 88) ve Togo'nun (*ibid.*, § 93) askeri manüelleri.

112 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 67–68), Kanada (*ibid.*, § 71), Ekvator (*ibid.*, § 74), Almanya (*ibid.*, §§ 76 ve 78), Hollanda (*ibid.*, § 85), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 86), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 94) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 97 ve 99) askeri manüelleri.

Ek Protokollerin kabulüne ilişkin Diplomatik Konferans'ta sunulan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda misillemeler konusunun özel olarak yasaklara dâhil edilmesi teklifi reddedilmiştir. Konferans'ta ret için sunulan gerekçe önem arz etmektedir. Sadece Dört devlet uluslararası hukukta uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda misillemeler kavramının mümkün olabileceği kanaatinde olduklarını beyan etmiştir, şöyle ki, Kamerun, Finlandiya, Almanya ve Yugoslavya. Ancak Kamerun, bu tür misillemelerin “iyi tanımlanmış bazı durumlarla sınırlandırılmış, kısıtlayıcı şekilde sayılmış” olması gerektiği kanaatindeydi.¹¹³ Finlandiya kavramı kabul edilebilmekle birlikte “asla hiçbir şartta sivil nüfusa karşı kullanılmamaları” gerektiğini, zira “insanlık dışı nitelikteki misillemelerin kabul edilemez olduğuna dair evrensel mutabakatın Olduğu”nu ifade etmiştir.¹¹⁴ Yugoslavya'ya göre, hasmın gücü altındaki kişilere ve mallara karşı misillemelerin yasak olduğu aşikârdır; zira “uluslararası teamül hukukunun bu kuralı... 1949 Cenevre Sözleşmelerinde kodifiye edilmiştir”. Bu yasağın ötesinde, misillemelerin asla “muharip olmayanlar, kadınlar ve çocuklara karşı icra edilmemesi gerektiğini düşünmektedir.¹¹⁵ Hukuki bir açıdan “misilleme” teriminin kullanılmasına herhangi bir itirazının olmadığını değerlendiren Almanya, terimin kullanılmasının siyasi açıdan “bir çatışmaya Taraflara uluslararası hukuk altında ileri sürmeye hakları olmayan bir statü Verdiği”ne yönelik bir çıkarsamaya yol açabileceğini, buna karşılık “misillemelere benzer karşılık tedbirleri” biçimlendirmesinin ise aynı tür itirazlarla karşılaşmayabileceğini öne sürmüştür.¹¹⁶

Çeşitli Devletler misilleme kavramının kendisinin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar içerisinde yeri olmadığını düşünmeleri sebebiyle teklife karşı oy vermiştir.¹¹⁷ Bazıları ise, terimin yasak yoluyla olsa da ortaya konmasının, kavramın mümkün olabileceğine dair *a contrario* izlenim doğurabileceği yönündeki endişelerini dile getirmiştir.¹¹⁸

Kanada, İran, İtalya, Pakistan ve Filipinler, misillemeler kavramının metne dâhil edilmesinin önüne geçmek amacıyla (zira bu hatalı bir şekilde uluslararası hukukta uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda böyle bir imkânın olabileceği izlenimini yaratırdı), “misilleme” terimini kullanmaktan sakınarak, muhalif tarafın bir ihlaline cevap olarak tarafların herhangi bir karşı tedbir veya zararlar karşılık eyleminden memnu oldukları düşüncesini ortaya koyan çeşitli teklifler arz etmişlerdir.¹¹⁹

113 Bkz. Kamerun'un (*ibid.*, § 1208) beyanı.

114 Bkz. Finlandiya'nın (*ibid.*, § 1215) beyanı; Bkz. ayrıca Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 1233) beyanı.

115 Bkz. Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 1244) beyanı.

116 Bkz. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin (*ibid.*, § 1219) beyanı.

117 Bkz. Kanada (*ibid.*, § 1212), İran (*ibid.*, § 1226–1227), Irak (*ibid.*, § 1228), Meksika (*ibid.*, § 1231), Nijerya (*ibid.*, § 1234) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 1242) beyanları.

118 Bkz. Meksika (*ibid.*, § 1221), Polonya (*ibid.*, § 1238) ve Suriye'nin (*ibid.*, § 1240) beyanları.

119 Bkz. (CDDH) sırasında Kanada (*ibid.*, §§ 1210–1211) (“misillere kıyaslanabilecek zararlar karşılık fiilleri” ve “Protokol'ü ihlal eder nitelikteki tedbirler”), İran (*ibid.*, § 1225) (“intikam fiilleri”), İtalya (*ibid.*, § 1229) (“işbu Bölümün hükümlerine, her zaman ve her şart altında, çatışmanın diğer Tarafı işbu Protokol'ün hükümlerini ihlal etmekten dolayı suçlu olduğu durumlarda bile, riayet

Diplomatik Konferans'ta yer alan Belçika heyeti, Ek I.Protokol Madde 4'te yer alan temel garantiler uyarınca “misillemeler sorunu gündeme gelemmez, zira maddenin hükümleri uyarınca, muhasamata doğrudan katılmayan veya katılmaya son veren kişiler her şart altında insanca muameleye tabi tutulmalıdır” görüşünü beyan etmiştir.¹²⁰ Benzer bir yaklaşım İtalya, İsveç ve Birleşik Krallık tarafından da benimsenmiştir.¹²¹

edilmelidir”), Pakistan (*ibid.*, § 1236) (“bir tarafın istisnai olarak riayet etmemesi hali ...diğer tarafta, düşman tarafı yükümlülüklerine uydurma amacıyla olsa bile, hiçbir şart altında riayet etmeme yetkisini vermemektedir”) ve Filipinler (*ibid.*, § 1237) (“karşı tedbirler”), Bkz. Ayrıca Nijerya'nın beyanı (*ibid.*, § 1234) (“zararla karşılık” veya “intikam”)

120 Bkz. Belçika'nın (*ibid.*, § 1207) beyanı.

121 Bkz. İtalya (*ibid.*, § 1230), İsveç (*ibid.*, § 1239) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 1241) beyanları; Bkz. ayrıca Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 1244) beyanı.

SORUMLULUK VE ONARIM

Kural 149. Bir Devlet, aşağıdakiler dâhil olmak üzere, kendisine atfedilebilen uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden sorumludur:

- (a) Silahlı kuvvetleri dâhil olmak üzere, organları tarafından işlenen ihlaller;
- (b) Kamu kudretinin unsurlarını kullanmaya yetkilendirdiği kişi veya kuruluşlar tarafından işlenen ihlaller;
- (c) Talimatları uyarınca hareket eden kişilerin veya grupların işledikleri ihlaller veya
- (d) Tasdik ettiği ve kendi davranışı olarak benimsediği, özel kişiler veya gruplar tarafından işlenen ihlaller.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 42, Kısım A.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen ihlallere uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Silahlı kuvvetleri dâhil olmak üzere, organları tarafından işlenen ihlallerden ötürü Devlet sorumluluğu

Bir Devletin “silahlı kuvvetlerini oluşturan kişilerin işledikleri bütün eylemlerden” dolayı sorumlu olması, 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3 ile ortaya konan ve Ek I.Protokol Madde 91’de tekrarlanan, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır.¹ Bu kural, Devletin kendi organlarının davranışlarından ötürü sorumlu olacağına dair, uluslararası haksız fiilden ötürü Devlet sorumluluğuna ilişkin genel

¹ Lahey Sözleşmesi (IV), Madde 3 (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 1); Ek I.Protokol, Madde 91 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 3).

kuralın bir uygulamasıdır.² Hükümetin yürütme, yasama veya yargı erklerinin herhangi bir başka kuruluşu gibi, silahlı kuvvetler de Devletin organı sayılmaktadır. Sorumluluğun bu genel atfedilebilirlik kuralının uluslararası insancıl hukukta uygulanması, ağır ihlallerden ötürü bireylerin kovuşturulmasına ek olarak Devlet sorumluluğunun var olduğunu belirten, Dört Cenevre Sözleşmelerinde de aksedilmiştir.³ Bireysel cezai sorumluluğa ek olarak Devlet sorumluluğunun varlığına ilişkin ilke Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol'de de teyit edilmiştir.⁴

Birkaç sahra talimnamesi Devletin uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden ötürü sorumlu olacağını belirtmektedir. Bu manüellerin bazıları açıkça Devletin silahlı kuvvetlerinin mensupları tarafından işlenen eylemlere atıfta bulunurken, diğerleri, bu tür eylemlerin Devlete atfedilebilmesi için kimler tarafından işlenmesi gerektiğini belirtmeden, ağır ihlaller veya savaş suçları sebebiyle daha genel şekilde sorumluluğu ele almaktadır.⁵ Yinede, yukarıda bahsi geçen uluslararası hukukun genel ilkesi uyarınca, ister askeri ister sivil olsun, Devlet organlarının bütün eylemleri Devlete atfedilebilir.

Bu kuralı destekleyen ulusal içtihat ta mevcuttur. İsrail Kudüs Bölge Mahkemesi 1961 tarihli *Eichmann davasındaki* kararında, sanık tarafından işlenen haksız fiilleri Almanya'nın kendi "Devlet fiilleri" olarak atfetmiştir.⁶ Bundan başka, Almanya Federal Yüksek Mahkemesi 1963 tarihli *Onarım Ödemeleri davasında*, "bir çatışmaya taraf bir Devletin muhasamatın icrasına ilişkin, kendi vatandaşlarının işledikleri umumi uluslararası hukuka uygun *olmayan* fiillerden ötürü de sorumlu olacağı hakkındaki umumi uluslararası hukuk İlkesi"ne (vurgu özgün metindedir) atıfta bulunmuştur.⁷ 2003 tarihli *Distomo davasında*, aynı Alman mahkemesi muhasamat sırasında işlenen uluslararası haksız fiillerden ötürü Devletlerin sorumluluğunun "silahlı kuvvetlere mensup bütün kişilerin fiillerine ilişkin mesuli-

2 Bkz. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 4, 40 yılı aşkın bir çalışmadan sonra 2001'de kabul edilmiştir (*ibid.*, § 8). Bu Taslak Maddeler "Devletlerin uluslararası haksız fiillerinden dolayı sorumluluklarına ilişkin uluslararası hukukun temel kurallarını... düzenlemeyi amaçlamaktadır" (UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelere Yorum, Uluslararası Hukuk Komisyonunun Elli Üçüncü oturumdaki çalışmaları hakkındaki Raporu, UN Doc. A/56/10, New York, 2001, s. 59). Bunları hükümetlerin dikkatine sunan, Devletlerin uluslararası haksız fiilden dolayı sorumlulukları hakkındaki BM Genel Kurulu Kararı 56/83 tarafından dikkate alınmışlardır (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 51).

3 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 51 (*ibid.*, § 2); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 52 (*ibid.*, § 2); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 131 (*ibid.*, § 2); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 148 (*ibid.*, § 2).

4 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 38 (*ibid.*, § 4).

5 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 9), Kanada (*ibid.*, § 10), Kolombiya (*ibid.*, § 11), Almanya (*ibid.*, § 12), Hollanda (*ibid.*, § 13), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 14), Nijerya (*ibid.*, § 15), Rusya (*ibid.*, § 16), İspanya (*ibid.*, § 17), İsviçre (*ibid.*, § 18), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 19), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 20–21) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 22) askeri manüelleri.

6 İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi, *Eichmann davası* (*ibid.*, § 26).

7 Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Onarım Ödemeleri davası* (*ibid.*, § 24).

yeti kapsadığını” teyit etmiştir.⁸ Hollanda Lahey Bölge Mahkemesinin önündeki 1949 tarihli *J.T. davası*, İkinci Dünya Savaşı sırasında Hollanda direniş hareketi tarafından tutuklanan bir bireyin kaybolan ve daha sonra polis tarafından alındığı ortaya çıkan parasının iadesini ilgilendirmekteydi.⁹ Bu dava Devletlerin Devlet organları tarafından işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden ötürü sorumlu olduğuna dair kural açısından ek delil teşkil etmektedir. Resmi beyanlar ve bildirilen uygulamalar bu sonucu daha da desteklemektedir.¹⁰

1998 tarihli *Furundžija davasındaki* kararında ve de 1999 tarihli *Tadić davasındaki* temyiz hakkındaki kararında Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi Devletin silahlı kuvvetlerinin davranışından ötürü Devletin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.¹¹

İhmaller

Savaş suçlarını önleme ve cezalandırma sorumluluğu olan komutanlar ve diğer üstler örneğinde olduğu üzere (Bknz. Kural 153), bir Devlet, kendi organları harekete geçme görevi altındayken oluşacak ihmallerinden ötürü de sorumludurlar. Bu ilke, uluslararası haksız fiillerin “bir fiilden veya ihmalden” kaynaklanabileceğini belirten Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 2 ile aksettirilmiştir.¹² Hakem Max Huber, 1925 tarihli *Fas’taki İspanyol Bölgesindeki İngiliz Alacakları davasında* silahlı grupların hukuka aykırı hareketlerini engellemeyerek veya onları cezalandırmayarak gerekli özeni göstermede başarısız olan bir Devletin, bu başarısızlık sebebiyle sorumlu tutulabileceğini beyan etmiştir.¹³ Essen’deki BK Askeri Mahkemesi önünde görülen *Essen Linç davasında* bir Alman askeri refakat birliğinin mensupları, kalabalık tarafından saldırı altında bulunan müttefik savaş esirlerini korumakta başarısız oldukları gerekçesiyle hüküm giymişlerdir.¹⁴ *Velásquez Rodríguez davasında* Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi silahlı grupların bireysel hakları ihlal eden fiillerini Devletin ciddi şekilde araştırmaması halinde bu Devletin bu hareketlerden ötürü sorumlu olacağını beyan etmiştir.¹⁵ Aynı husus

8 Almanya, Federal Yüksek Mahkemesi, *Distomo davası* (*ibid.*, § 25).

9 Hollanda, Lahey Bölge Mahkemesi, *J. T. davası* (*ibid.*, § 28).

10 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 29), Avusturya (*ibid.*, § 30), Çin (*ibid.*, § 31), Endonezya (*ibid.*, § 32), İran (*ibid.*, § 33), İsrail (*ibid.*, § 34), Meksika (*ibid.*, § 36), Norveç (*ibid.*, § 37), Pakistan (*ibid.*, § 38), Peru (*ibid.*, § 39), Solomon Adaları (*ibid.*, § 40), Türkiye (*ibid.*, § 42), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 43), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 44) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 46) beyanları ve İsrail (*ibid.*, § 35) ve İspanya’nın (*ibid.*, § 41) bildirilen uygulamaları.

11 ICTY, *Furundžija davası*, Karar (*ibid.*, § 62) ve *Tadić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 63).

12 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 2 (*ibid.*, § 8).

13 Hakemlik Mahkemesi, *Fas’taki İspanyol Bölgesindeki İngiliz Alacakları davası* (*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*), Hakemlik Kararı, 1 Mayıs 1925, yeniden baskı *Reports of International Arbitral Awards*, C.II, United Nations, New York, 1949, Kısım III(II), ss. 642-646, §§ 3-6.

14 Birleşik Krallık, Essen’deki Askeri Mahkeme, *Essen Linç davası*, Karar, 21-22 Aralık 1945, *WCR*, C.I, 1946, p. 88.

15 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velásquez Rodríguez davası* (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 69).

Çad'daki silahlı çatışma sırasındaki öldürmelere ve kötü muamelelere ilişkin olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu tarafından da dile getirilmiştir.¹⁶

Kamu kudretinin unsurlarını kullanmaya yetkili kişi veya kuruluşlar tarafından işlenen ihlallerden ötürü Devlet sorumluluğu

Devletler, ulusal hukukları altında kamu kudretinin unsurlarını kullanmaya yetkilendirdikleri başka kişiler veya kuruluşlar tarafından işlenen fiillerden ötürü de sorumludur.¹⁷ Bu kural, Devletlerin, bazı faaliyetlerin Devlet organları tarafından icra edilmesi yerine icrası için yarı-kamusal kuruluşlara başvurma yoluna gidebilecekleri, ancak bu şekilde sorumluluktan kaçınamayacakları düşüncesi üzerine temellenmiştir.

Tipik olarak silahlı kuvvetlere ait olan görevlerin yerine getirilmesinde silahlı kuvvetler tarafından kullanılan özel şirketler veya bireylerin fiillerinden ötürü Devletler sorumludur. Bu tür bireyler veya şirketlerin örnekleri arasında paralı askerler veya özel askeri şirketler yer almaktadır.

Yetki aşımı veya talimatlara aykırı şekilde işlenen fiillerden dolayı Devlet sorumluluğu

Bir Devlet, kendi organları veya adına hareket etmeye yetkilendirilmiş kişiler veya kurumların, bu organ veya kişilerin kendi yetkilerini aşmaları veya talimatlara aykırı davranışları durumunda dahi, işledikleri bütün fiillerden dolayı sorumludur.¹⁸

Devletin silahlı kuvvetlerine ilişkin olarak bu ilke, çatışmaya tarafın silahlı kuvvetlerini oluşturan kişiler tarafından işlenen “bütün fiillerden dolayı o tarafın sorumlu olduğuna hükmeden, 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3 ve Ek I.Protokol Madde 91’de yer almaktadır.¹⁹ Alman Yüksek Federal Mahkemesi 2003 tarihli *Distomo davasında*, Devlet sorumluluğu “silahlı kuvvetlere mensup bütün kişilerin davranışından dolayı mesuliyeti kapsar ve bu sadece kişilerin kendi yetki alanları içirisine giren fiilleri işlemeleri durumunda değil, ayrıca talimat olmadan veya ona karşı davrandıkları durumlarda da geçerlidir” tespitinde bulunmuştur.²⁰

16 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Medeni Özgürlükler Örgütü Çad’a karşı* (*ibid.*, § 67).

17 Bkz. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 5 (*ibid.*, § 8) (Bu tür kişi veya kurumlar için Devlet sorumluluğu kendilerine tanınan yetkiler dahilinde gerçekleştirdikleri davranışları ile sınırlıdır)

18 Bkz. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 7 (*ibid.*, § 8).

19 1907 Lahey Sözleşmesi (IV), Madde 3 (*ibid.*, § 1); Ek I.Protokol, Madde 91 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 3).

20 Almanya, Federal Yüksek Mahkemesi, *Distomo davası* (*ibid.*, § 25).

Açıkça aksi uygulama, Rusya hükümetinin bir pilot tarafından yok edilen bir eve ilişkin olarak, “verilen emrin sınırlarını aşmış olması” gerekçesiyle tazminat mesuliyetinin olmadığını ileri sürdüğü 2001 tarihli *Khamzaev davasında* bulunabilir. Rusya, Basmany Bölge Mahkemesi, *Khamzaev davası* (*ibid.*, § 201). Ancak, bu dava Rusya’nın uluslararası hukuk altında başka bir Devlete karşı olan

Oysa ABD'nin Uygulaması hakkındaki Rapor, Amerika Birleşik Devletleri'nin sahip olduğu *opinio juris* uyarınca, bir Devletin kendi silahlı kuvvetlerinin “özel” fiillerinden dolayı sorumlu olmayacağını beyan etmektedir.²¹ ABD Hava Kuvvetleri Broşürü, yetersiz denetim veya eğitim gibi bir kusur gösterilemediği müddetçe, genel sorumluluk alanı dışında bireylerin silahlı çatışmalar hukuku ihlallerinden ötürü Devletin herhangi bir yükümlülüğünün doğmayacağını beyan etmektedir.²² Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler hakkındaki yorum, benzer şekilde, Devlete atfedilebilen “her ne kadar hukuka aykırı veya talimatlara aykırı şekilde olsa da, yetkililerin kendi yetkileri içerisinde davrandıkları durumlar” ile Devlete atfedilemeyen “davranışın kapsam olarak özel kişilerininkine benzetilmesini gerektirecek derecede resmi işlevlerinden uzaklaştığı durumlar” ayırımını yapmaktadır.²³

Bir Devletin bilfiil talimatları, ya da yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket eden kişiler veya grupların işledikleri ihlallerden dolayı Devlet sorumluluğu

Bir Devlet, ne kendi organı, ne de ulusal hukuku altında kamu kudreti kullanmaya yetkili olan kişiler veya grupların hareketlerinden dolayı da, bu kişi ve grupların bilfiil o Devletin talimatları, ya da yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket etmesi halinde, sorumlu tutulabilir.²⁴

1986 tarihli *Nikaragua davasında* (Esas) Uluslararası Adalet Divanı *Contras*'ların Nikaragua'da işledikleri uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden dolayı Amerika Birleşik Devletleri'nin sorumlu tutulabilmesi için, “gerçekleştirildiği sırada ihlallerin meydana geldiği askeri veya Paramiliter operasyonlar üzerinde etkin denetim” sahibi olmasının gerekliliğini beyan etmiştir.²⁵ 1999 tarihli *Tadić davasının* temyiz kararında Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi “aranan Devlet denetiminin kapsamı değişebilir” tespitinde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre tek bir özel bireyin veya askeri olarak örgütlenmemiş bir grubun davranışının Devlete atfedilebilmesi ancak o davranışa ilişkin belirgin talimatın verilmesi durumunda mümkündür. Ancak, bağlı askeri kuvvetler, milisler veya yarı-askeri birliklerin davranışları “genel nitelikte” denetim sahibi olan bir Devlete atfedilebilir.²⁶

sorumluluğunu değil, bir Devlet görevlisinin bir özel kişiye verdiği zarardan dolayı ulusal hukuk altında sorumluluğunu ilgilendirmektedir.

21 ABD Uygulamaları hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 45).

22 Amerika Birleşik Devletleri, Hava Kuvvetleri Broşürü (*ibid.*, § 21).

23 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 7 hakkındaki Yorum (*ibid.*, § 58). Bu kapsam içerisinde yorum, Devlete atfedilebilen davranışın “Devletin organı veya ajanı olan kişilerin özel fiillerinden ve ihmallerinden değil, sadece sözde veya açıkça resmi işlevlerini yerine getiren organların fiillerinden veya ihmallerinden oluştuğu” sonucuna ulaşmıştır. “kısaca mesele, açıkça yetkiyle hareket edip etmedikleridir.”

24 Bkz. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 8 (*ibid.*, § 8).

25 UAD, *Nikaragua davası* (Esas) (*ibid.*, § 61).

26 ICTY, *Tadić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 63); Bkz. ayrıca *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, § 64), *Aleksovski davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 65) ve *Delalić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 66).

Mahkeme'ye göre böyle bir kontrol, Devletin “askeri grubun finansmanı, eğitimi ve donatımı veya gruba harekât desteğinin sağlanmasına ek olarak, o grubun örgütlenmesi, eşgüdümü veya askeri faaliyetlerin planlanması üzerinde bir rolünün olması” halinde var olur. Ancak “genel denetim” şartı “Devlet tarafından özel talimatların verilmesi veya her bireysel operasyonu yönlendirmesi” durumlarını içerecek derecede ileri gitmemektedir. Mahkeme, silahlı grubun başka bir Devletin toprakları içerisinde faaliyet göstermesi halinde “Devletin sadece finanse ederek ve donatarak değil, ayrıca daha genelde yönlendirerek veya hareketlerinin planlanmasına yardımcı olarak birlikler veya gruplar üzerinde hakiki denetim sahibi olduğunu gösteren kapsamlı ve zorlayıcı deliller gereklidir” sonucuna varmıştır.²⁷

Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelerin yorumunda ifade edildiği üzere, yukarıda bahsi geçen Uluslararası Adalet Divanı ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki davalardaki “hukuki meseleler ve olgusal durumlar” birbirinden farklıdır ve “denetlenen davranışın atfedilebilirliği kapsamında, belirli bir davranışın Devletin denetimi altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği her davada ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur”²⁸.

Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, Kolombiya Riofrío'da 1991 tarihinde gerçekleştirildiği iddia edilen öldürmelere ilişkin 2001 tarihli bir Raporda, yarı-askeri kuvvetlerin hareketlerinden dolayı Devletin sorumlu olduğunu tespit etmiştir, zira Devlet ajanlarının (askeriyenin unsurları başta olmak üzere) katliamı koordine etme, uygulama ve de üstünü örtmede yardımcı olduklarını gösteren deliller mevcuttur.²⁹

Askeri olarak örgütlenmemiş özel kişiler veya gruplara ilişkin olarak ise, Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1999 tarihli *Tadić davasında* ilgili fiillerin işlenmesine dair kişi veya gruba belirgin talimatların verilmesi halinde bir Devletin *de facto* organı sayılabileceklerini ve böylece fiillerinin o Devlete atfedilebileceğini beyan etmiştir.³⁰

Tasdik ettiği ve kendi davranışı olarak benimsediği, özel kişiler veya gruplar tarafından işlenen ihlallerden ötürü Devlet Sorumluluğu

Devlet uygulamaları, özel kişilerin veya grupların işledikleri fiillerden ötürü Devlet sorumluluğunun, bu kişi ve grupların fiillerinin sonradan tanınması ve benimsenmesi durumunda da ayrıca gündeme gelebileceğine delalet etmektedir.³¹ İşlendiği sırada fiili gerçekleştiren kişi veya kuruluşun Devletin bir organı ve Devlet adına hareket etmeye yetkilendirilmiş olmamasına rağmen, bu tür fiiller Devletin fiili haline gelir.

27 ICTY, *Tadić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 63).

28 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 8 hakkındaki Yorum (*ibid.*, § 58).

29 Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu, *Riofrío katliamı davası* (Kolombiya) (*ibid.*, § 70).

30 ICTY, *Tadić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 63).

31 Bkz. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 11 (*ibid.*, § 8).

Mesela, Roma Askeri Mahkemesi 1996 tarihli *Priebke davasında* İkinci Dünya Savaşı sırasında İtalyan partizanların davranışlarından dolayı sorumluluğu, hareketleri teşvik etmesi ve çatışmadan sonra resmi olarak onları tanımamasına dayanmak suretiyle İtalya'ya atfetmiştir.³² Lahey Bölge Mahkemesi 1949 tarihli *J.T. davasında*, ülkesi işgal altında bulunan bir Devletin sürgündeki hükümeti tarafından örgütlenen direniş hareketinin işlediği fiillerden dolayı, kurtuluştan sonra ne derecede sorumlu tutulabileceği sorusunu gündeme getirmiştir.³³ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1999 tarihli *Tadić davasının* temyiz kararında, hukuka aykırı fiilin Devlet tarafından alenen benimsenmesi veya *ex post facto* onaylanması durumunda askeri olarak örgütlenmemiş kişi veya kuruluşların *de facto* Devlet organları olarak ele alınabilecekleri ve fiillerinden ötürü Devletin sorumlu olabileceği sonucuna varmak suretiyle, aynı hususu vurgulamıştır.³⁴

Muhalif silahlı grupların sorumluluğu

Muhalif silahlı gruplar uluslararası insancıl hukuka riayet etmeli (Bknz. Kural 139) ve “sorumlu komuta” altında faaliyet göstermelidir.³⁵ Bu tür bir grubu oluşturan kişilerin işledikleri fiillerden dolayı sorumluluğa tabi oldukları tartışılabilmele birlikte, bu tür bir sorumluluğun sonuçları net değildir.

1996 tarihindeki ilk okumada geçici olarak kabul edildiği şekliyle Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 14(3), bir ayaklanma hareketinin bir unsurunun davranışının Devletin bir fiili sayılmaması “uluslararası hukuk altında bu tür bir atfin yapılabildiği herhangi bir durumda, ayaklanma hareketinin unsurunun davranışının o harekete atfedilebilirliğine hanel getirmez” hükmünü öngörmekteydi.³⁶ Konunun kapsamı dışında değerlendirildiği için bu Madde sonradan metinden silinmiş, ancak Özel Raportör “bu tür hareketlerin sorumluluğu[nun], örnek olarak, uluslararası insancıl hukukun ihlalleri için kesinlikle öngörülebi[leceğini]” kaydetmiştir.³⁷ Konunun Taslak Maddelerden çıkarılması sebebiyle Madde 10 sadece yeni hükümet olan ayaklanma hareketlerinin davranışlarının uluslararası hukuk altında o Devletin fiili olarak değerlendirilmesi gerektiğini beyan etmektedir.³⁸

Muhalif silahlı grupların uluslararası insancıl hukuka riayet etme yükümlülüklerine işaret eden uygulamalara ek olarak (Bknz. Kural 139'a yorum), muhalif silahlı gruplara sorumluluğun atfedildiği bazı örnekler de mevcuttur. Örnek olarak, Sudan'daki insan hakları durumuna ilişkin bir raporda, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Özel Raportörü Sudanlı Halkın Kurtuluş Ordusu'nun, “kendi saf-

32 İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Priebke davası* (*ibid.*, § 27).

33 Hollanda, Lahey Bölge Mahkemesi, *J. T. davası* (*ibid.*, § 28).

34 ICTY, *Tadić davası*, Temyiz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 63).

35 Ek I.Protokol, Madde 1(1).

36 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler 1996 tarihli nüshası, Madde 14(3), birinci okumada geçici olarak kabul edilmiştir (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 57).

37 UHK, Özel Raportör tarafından Devlet Sorumluluğu hakkındaki İlk Rapor, Ek (*ibid.*, § 57).

38 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 10 (*ibid.*, § 8).

larındaki yerel komutanlar” tarafından işlenen sivilleri öldürme ve kaçırma, yağmalama ve yardım görevlilerini rehin alma fiillerinden dolayı sorumlu olduğunu ifade etmiştir.³⁹

Kural 150. Uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden dolayı sorumlu bir Devlet sebep olunan kayıp veya zarar için tam onarımda bulunmak zorundadır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 42, Kısım B.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Uluslararası hukukun ihlallerinden ötürü onarımda bulunma gerekliliği uluslararası hukukun temel bir kuralıdır. 1928 tarihli *Chorzów Fabrikası davasında*, Daimi Uluslararası Adalet Divanı şu saptamada bulunmuştur:

Herhangi bir taahhüdün ihlalinin onarımda bulunma yükümlülüğünü beraberinde getirdiği uluslararası hukukun ve hatta genel olarak hukuk kavramının kendisinin bir ilkesidir... Onarım bir sözleşmeyi uygulamadaki başarısızlığın zorunlu tamamlayıcısıdır ve bunun sözleşmenin kendisinde belirtilmesinde hiçbir zorunluluk yoktur.⁴⁰

Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler “sorumlu Devlet uluslararası haksız fiilin sebebiyet verdiği zarar için tam onarımda bulunma yükümlülüğü altındadır” hükmüne yer vermektedir.⁴¹

Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden dolayı onarımda bulunma görevine

39 BM İnsan Hakları Komisyonu, Sudan’daki İnsan Hakları Durumu hakkındaki Özel Raportör, Ara Rapor (*ibid.*, § 53).

40 UAD, *Chorzów Factory davası (Esas)* (*ibid.*, § 102); Bkz. ayrıca “İş bu Statü’ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan’ın yargı yetkisini *ipso facto* ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirebilirler:... (d) uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar gideriminin niteliği ya da kapsamı” beyanında bulunan DUAD Statüsü, Madde 36. UAD Statüsü Madde 36 benzer ifadeleri kullanmaktadır.

41 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 31 (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 86).

açıkça atıfta bulunmaktadır.⁴² Cenevre Sözleşmelerinde yer alan, Devletler kendilerini veya başka bir Yüksek Akit Tarafı ağır ihlallere ilişkin olarak maruz kalınan herhangi bir mesuliyetten ibra edemezler kuralında da bu husus ima edilmektedir.⁴³

Devletler tarafından talep edilen onarımlar

Uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden dolayı Devletlerin talep ettikleri onarımlara ilişkin çok sayıda örnek vardır. Onarım şekillerine ilişkin olarak Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler “uluslararası haksız fiilin sebebiyet verdiği zarar için tam onarım, tek başına veya birlikte, eski hale iade, tazminat veya tatmin şeklinde tezahür edecektir” hükmüne yer vermektedir.⁴⁴

(i) *Eski hale iade*. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 35’te açıklandığı üzere, eski hale iadenin amacı haksız fiilin işlenmesinden önce var olan durumu yeniden oluşturmaktır. Madde, “maddi olarak imkânsız olmadığı” ve “tazminat yerine eski hale iadeye başvurmadan çıkarılacak yarar ile her tür orantıdan uzak bir yükümlülüğü ilgilendirmediği müddetçe”, bir uluslararası haksız fiilden sorumlu bir Devletin eski hale iade yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Taslak Maddeler hakkındaki yorum eski hale iadenin, en basit haliyle, hatalı şekilde tutuklanan kişilerin serbest bırakılması veya hatalı şekilde el konulan malların iadesi gibi davranışları ihtiva edebileceği gibi, daha karışık fiillerden de oluşabileceğini ve onarım şekilleri arasında eski hale iadenin ilk sırada geldiğini açıklamaktadır.⁴⁵

Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi Birinci Protokol Paragraf 1, Devletlerin işgal altındaki ülkelerden kültürel malvarlığının ihraç edilmesini engellemeleri gerektiğini belirtmektedir. Paragraf 3 işgal eden Devleti (diğer Devletleri de) muhasamatın sona ermesiyle birlikte Paragraf 1’in ihlali sonucunda ihraç edilen kültürel malvarlığının evvelce işgal edilen ülkeye iade edilmesiyle yükümlü kılmaktadır (Bknz. Kural 41).⁴⁶

İkinci Dünya Savaşı’na ilişkin bazı anlaşmalar çalınan, el konulan veya müsadere edilen malvarlığının iadesine hükmetmiştir.⁴⁷ 1970 tarihinde BM Genel Kurulu’nun Özel Siyasi Komite’sinde İsrail tarafından işgal altındaki topraklarda uygulanan tedbirlere ilişkin bir tartışmada Polonya, İsrail’in Filistinlilerin malvarlığının iadesi mesuliyetini haiz olduğunu beyan etmiştir.⁴⁸ Macaristan’ın

42 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 38 (*ibid.*, § 80).

43 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 51 (*ibid.*, § 2); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 52 (*ibid.*, § 2); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 131 (*ibid.*, § 2); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 148 (*ibid.*, § 2).

44 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 34 (*ibid.*, § 157).

45 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 35 hakkındaki Yorum (*ibid.*, § 351).

46 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi Birinci Protokol, para. 1 ve 3 (*ibid.*, § 310).

47 Almanya’dan Onarım hakkındaki Paris Anlaşması (*ibid.*, §§ 301–302); Savaş ve İşgal sebebiyle Baş gösteren Meselelerin Çözülmesi hakkındaki Sözleşme (*ibid.*, §§ 304–309).

48 Polonya, BM Genel Kurulu Özel Siyasi Komite önündeki Beyan (*ibid.*, § 230).

Sahra talimnamesi, bir çatışmadan sonra kültürel ve talep edilen malların iade edilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁴⁹

1991 tarihinde Almanya, kültürel malvarlığının iadesinin gerekliliği kuralını kabul ettiğini beyan etmiş ve kültürel malların bulunabildiği ve tanımlanabildiği bütün durumlarda da, bu kültürel malvarlığını iade ettiğini bildirmiştir. Diğer durumlarda ise, Almanya ilgili esas malikin Devletine tazminat ödemiştir.⁵⁰

1999 tarihinde BM Genel Kurulu'ndaki bir tartışmada, Birleşik Arap Emirlikleri Irak'a Kuveyt kültürel malvarlığını iade etmesi çağrısında bulunmuştur.⁵¹ Kuveyt de Irak tarafından kültürel malvarlığının iadesinde ısrarcı olmuş ve Irak bu yönde hazır olduğunu açıklamıştır.⁵² Keza, BM Güvenlik Konseyi çeşitli vesilelerle Irak'a Kuveyt'te el konulan bütün malvarlığının iade edilmesi konusunda kuvvetli çağrıda bulunmuştur.⁵³ BM Genel Sekreteri, çeşitli BM Güvenlik Konseyi kararları ile Irak'ın kendisine yüklenen bu yükümlülükleri riayet ettiğini raporlarmış ve 2000 tarihinde, Körfez Savaşı'nın sonlanmasından itibaren önemli miktarda malvarlığının iade edildiğini, ancak birçok parçanın henüz iade edilmemiş olduğunu da belirtmiştir. "Öncelik Irak tarafından Kuveyt'e arşivlerin... ve müze parçalarının iadesine verilmelidir" vurgusunda bulunmuştur.⁵⁴

2001 tarihinde, Rusya ve Belçika İkinci Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından çalınan ve sonradan Sovyet kuvvetleri tarafından Moskova'ya götürülen askeri arşivlerin Belçika'ya iadesi konusunda bir anlaşmaya varmıştır. Rusya, onları muhafaza etmiş olmanın masraflarının karşılanması şartıyla, iadelerini kabul etmiştir.⁵⁵

(ii) *Tazminat*. 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) ile ortaya konan ve Ek I.Protokol'de tekrarlanan, uluslararası insancıl hukuku ihlal eden bir devlet, durumun gerektirmesi halinde tazminat ödemelidir kuralı, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır.⁵⁶ Bu yükümlülük birçok çatışma sonrası uzlaşma yoluyla uygulamaya konmuştur.⁵⁷ Bu husus, bir Devleti "zarar eski hale iade ile olabildiğince giderilemedik-

49 Macaristan, *Askeri Manüel* (*ibid.*, § 326).

50 Bkz. Almanya'nın (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 460) beyanı.

51 Bkz. Birleşik Arap Emirlikleri'nin (*ibid.*, § 471) beyanı.

52 Bkz. Irak (*ibid.*, §§ 463-464 and 466) ve Kuveyt'in (*ibid.*, §§ 467-468) uygulamaları ve Kuveyt'in (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 335) bildirilen uygulaması.

53 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 686 (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 472) ve Kar. 1284 (*ibid.*, § 473); Bkz. ayrıca Kar. 687 (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 345).

54 Bkz. BM Genel Sekreteri, Irak ve Kuveyt arasındaki duruma ilişkin olarak belirli Güvenlik Konseyi kararları altında kendisine yüklenen yükümlülükler Irak'ın riayetinin durumu hakkındaki ilave rapor (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 476) ve karar 1284 (1999) paragraf 14 uyarınca hazırlanan İkinci rapor (*ibid.*, § 477).

55 Bkz. Belçika (*ibid.*, § 470) ve Rusya'nın (*ibid.*, § 470) bildirilen uygulamaları.

56 1907 Lahey Sözleşmesi (IV), Madde 3 (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 110); Ek I.Protokol, Madde 91 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 125).

57 Bkz., örn., Japonya hakkındaki Barış Andlaşması (*ibid.*, §§ 113-114); Japonya ve Hollanda arasında Yoshida-Stikker Protokolü (*ibid.*, § 115); Savaş ve İşgal sebebiyle Baş gösteren Meselelerin Çözümlemesi hakkındaki Sözleşme (*ibid.*, §§ 116-118); Almanya ve İsrail arasında Lüksemburg Andlaşması (*ibid.*, §§ 119-120); Almanya ve YMTK Lüksemburg Anlaşma (*ibid.*, §§ 148-149);

çe... sebebiyet olunan zararı tazmin etme” ile zorunlu kılan, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelerde ayrıca belirtilmiştir.⁵⁸ Taslak Maddelerin yorumu, “yasal bir ilke olarak önceliğine rağmen, eski hale iade, çoğunlukla mümkün değildir veya yetersizdir... Tazminatın işlevi uğranan zararın tam onarımını temin etmek için boşluğu doldurmaktır” açıklamasını getirmektedir.⁵⁹

Uluslararası insancıl hukukun ihlalleri suretiyle sebebiyet verilen zararı tazmin etme yükümlülüğü bazı resmi beyanlarla teyit edilmektedir.⁶⁰ BM Güvenlik Konseyi ve BM Genel Kurulu tarafından benimsenen bazı kararlar tarafından da bu husus anımsatılmıştır.⁶¹

(iii) *Tatmin*. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler şunu öngörmektedir:

1. Uluslararası haksız fiilden sorumlu Devlet yükümlülüğünü eski hale iade veya tazminat yoluyla giderilemediği ölçüde fiil ile sebebiyet verilen zarar için tatmin etme yükümlülüğü altındadır.

2. Tatmin ihlalin tanınması, pişmanlığın ifade edilmesi, resmi bir özür veya başka uygun bir yöntemden oluşabilir.

Avusturya Devlet Andlaşması (*ibid.*, § 121); Nasyonel Sosyalist Zulüm tarafından Mağdur Edilen Norveç Uyruklular adına Ödemeler hakkındaki Anlaşma (*ibid.*, § 123); Alman Birleşme Andlaşması Uygulama Anlaşması (*ibid.*, § 127); Nasyonel Sosyalist Zulüm Tedbirlerinin Mağduru olan Bazı ABD Uyrukluların Nihai Haklarına ilişkin ABD-Almanya Anlaşması (“Princz Anlaşması” olarak da bilinmektedir) (*ibid.*, §§ 128–129); Dayton Andlaşması’na ek Mülteciler ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma (*ibid.*, §§ 130–132); Belgrad’taki Çin Büyükelçiliğinin Bombalanması sebebiyle Çin Taleplerinin Çözümlemesi hakkındaki ABD-Çin Anlaşması ve Belgrad’daki Çin Büyükelçiliğinin Bombalanması sebebiyle ABD Taleplerinin Çözümlemesi hakkındaki ABD-Çin Mutabakat Zaptı (*ibid.*, §§ 133–134); Almanya ve Amerika Birleşik Devleti arasında akdedilen “Hatırlama, Sorumluluk ve Gelecek” Kuruluşu hakkındaki Andlaşma (*ibid.*, §§ 135–137); Avusturya Uzlaşma Fonu hakkındaki Avusturya–ABD Yürütme Anlaşması (*ibid.*, § 138); Avusturya ve Altı Merkez ve Doğu Avrupa Devletleri arasındaki Çift Taraflı Anlaşmalar (*ibid.*, § 139); Eritrea ve Etiyopya arasında Barış Andlaşması (*ibid.*, § 140); Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki Washington Anlaşması (*ibid.*, §§ 141–142); Avusturya Genel Uzlaşma Fonu hakkındaki Avusturya-ABD Anlaşması Ek A (*ibid.*, §§ 143–144).

58 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 36 (*ibid.*, § 158).

59 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 36 hakkındaki Yorum (*ibid.*, § 263). Yorumla göre zararın tazmin edilebilmesi anlamında mali olarak tespit edilebilirliğine ilişkin olarak, “tazmin edilebilir kişisel zarar, sadece kazanç ve kazanç kapasitesi kaybı, Paris Asliye Mahkemesi giderler ve benzeri şeyler gibi, ilişkili maddi kayıpları değil, aynı zamanda birey tarafından uğranılan maddi olmayan zararları da kapsamaktadır (evrensel olmamakla birlikte, bazen, ulusal hukuk sistemleri altında “manevi zarar” olarak da ifade edilir). Maddi olmayan zarar genelde sevilen kişilerin kaybını, acı ve ıstıraba ek olarak, kişinin, meskenin veya özel hayatın ihlal edilmesiyle ilintili hassasiyetleri kapsar nitelikte anlaşılır.”

60 Bkz., örn., Kanada (*ibid.*, § 211), Çin (*ibid.*, § 214), Irak (*ibid.*, § 220), Kuveyt (*ibid.*, § 224), Arap Devletleri Grubu adına konuşan Lübnan, (*ibid.*, § 226), Meksika (*ibid.*, § 227), Suriye (*ibid.*, § 235), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 237) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 238) uygulamaları.

61 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, Kar. 387 (*ibid.*, § 242), Kar. 455 (*ibid.*, § 243), Kar. 471 (*ibid.*, § 244), Kar. 527 (*ibid.*, § 245), Kar. 571 (*ibid.*, § 246), Kar. 687 (*ibid.*, § 247), Kar. 692 (*ibid.*, § 248) ve Kar. 827 (*ibid.*, § 249); BM Genel Kurulu, Kar. 50/22 C (*ibid.*, § 250), Kar. 51/233 (*ibid.*, § 251) ve Kar. 56/83 (*ibid.*, § 252).

3. Tatmin zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu Devleti küçük düşürücü bir şekil alamaz.⁶²

“Hasar veya zarar ile sonuçlanan bir kazanın sebeplerini soruşturma”yı ve “uluslararası haksız fiile sebebiyet veren davranışları sergileyen kişilere karşı disiplinli veya cezai tedbirde bulunmayı olası tatmin yöntemleri arasında sayan Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 37’nin yorumunda, araştırma yoluyla gerçeğin ortaya çıkarılması ve faillerin adalet önüne getirilmesi zorunluluğu dile getirilmektedir.⁶³ ABD Sahra Talimnamesi, somut olguların ilanı ve yakalanan faillerin savaş suçlusu olarak cezalandırılmalarını uluslararası insancıl hukukun ihlallerinin karşılanmasının yöntemlerinden biri olarak öngörmektedir.⁶⁴ Uygun onarımda bulunma yükümlülüğünden bağımsız olarak, Devletlerin üzerinde yargı yetkisine haiz oldukları savaş suçlarını araştırma ve gerekirse şüphelileri yargılama yükümlülüğü altında olduğu da belirtilmelidir (Bknz. Kural 158).

Uluslararası haksız fiilden sorumlu bir Devletin ihlali sonlandırmasını ve şartların gerektirmesi halinde, tekerrürün gerçekleşmeyeceğine dair uygun güvence ve teminatları göstermesini gerektiren tekerrür etmeme teminatları, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddelerde atıfta bulunulan olası tatmin türlerindedir.⁶⁵

Doğrudan bireyler tarafından talep edilen onarım

Uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin bireysel mağdurlarına doğrudan sorumlu Devlettten onarımda bulunma imkânının tanınmasına yönelik artan oranda bir eğilim mevcuttur. Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 33(2)’ye göre, Taslak Maddeler Bölüm II (“Devletin uluslararası sorumluluğunun içeriği”) “bir devletin uluslararası sorumluluğundan doğan ve bir Devlet dışında doğrudan herhangi kişi veya kuruluşa hâsıl olan hiçbir hakka hâlel getirmez”.⁶⁶ Madde 33’ün yorumu ilaveten şunu belirtmektedir:

Bir devlete yönelik bir onarım yükümlülüğü var olduğunda, onarım mecburi olarak o Devletin menfaatine hâsıl değildir. Mesela, insan haklarının korunmasına ilişkin bir antlaşma altındaki bir yükümlülüğün ihlalinde bir Devletin sorumluluğu

62 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 37 (*ibid.*, § 325). Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 36 hakkındaki Yorumun (*ibid.*, § 352) açıklamasına göre tatmin “özellikle maddi karşılığın sadece yüksek oranda yaklaşık ve kavramsal olarak ortaya konabildiği, Devletlere yönelik maddi olmayan zararlar olmak üzere, maddi olmayan zararlara ilişkindir”. Madde 37 hakkındaki yorum “tatmin... mali olarak tespit edilemeyen ve [Devlete karşı] hakaret teşkil eden zararların onarımıdır” açıklamasında bulunmaktadır (*ibid.*, § 353).

63 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 37 hakkındaki Yorum (*ibid.*, § 353).

64 Amerika Birleşik Devletleri, *Sahra Mantüeli* (*ibid.*, § 328).

65 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 30.

66 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler, Madde 33(2).

diğer bütün antlaşmaya taraflar açısından mevcut olabilir, ancak ilgili bireyler nihai lehtar ve bu anlamda ilgili hakların sahibi olarak görülmelidir.⁶⁷

Hırvatistan, o zaman ki ismiyle İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlallerinin Mağdurlarına Onarım Hakkı hakkındaki İlkeler Temel ve Rehber İlkeler Taslağı'nın 1997 şekline ilişkin görüş ve yorumunda ve Amerika Birleşik Devletleri de 2001 tarihinde sözde "konfor Kadınları"na⁶⁸ karşı Japonya tarafından işlenen ihlallere ilişkin bir Temsilciler Meclisi Ortak Kararında, mağdurların doğrudan onarım alma haklarına atıfta bulunmuştur.⁶⁹ BM Genel Kurulu Eski Yugoslavya'ya ilişkin iki kararında, "etnik temizliğin" mağdurlarının kayıpları sebebiyle adil onarım alma haklarını" tanımış ve bütün tarafları "bu amaç uğruna anlaşmalarını yerine getirmeye" davet etmiştir.⁷⁰

Bireylere doğrudan onarım, başta Devletlerarası anlaşmalar ile oluşturulan mekanizmalar, ulusal yasalar gibi tek taraflı Devlet işlemleri veya ulusal mahkemeler önünde bireyler tarafından aranan onarımlar olmak üzere, değişik usuller vasıtasıyla yerine getirilmiştir.

(i) *Devletlerarası veya başka anlaşmalar temelinde sağlanan onarım.* Almanya İkinci Dünya Savaşı ertesinde akdedilen bazı anlaşmalar altında çalınmış mücevherler, değerli ev eşyaları ve ev idaresine ilişkin diğer eşyalar ve kültürel malvarlığı gibi malları mağdurlara iade etmekle yükümlü kılınmıştır.⁷¹

Bosna Hersek'te Yerinden Edilmiş Kişiler ve Mültecilerin Gayri Menkul Taleplerine ilişkin Komisyonu kuran ve Komisyon'a gayrimenkullerin iadesine ilişkin taleplere⁷² ek olarak, *inter alia*, 1991'den itibaren muhasamat sebebiyetiyle yoksun kılınan ve kendilerine iade edilemeyen mülkiyet için tazminata karar verme yetkisini de veren⁷³, Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma, Devletlerarası bir anlaşma yoluyla bireylere iadede bulunmaya ilişkin daha yakın tarihli bir örneği teşkil etmektedir.

Kanada Hükümeti ve Japonyalı Kanadalılar Ulusal Derneği arasında 1988'de

67 UHK, Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 33 hakkındaki Yorum (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 350).

68 Çevirmenin notu: Konfor kadınları ifadesi, özellikle II. Dünya Savaşı sırasında Japonya tarafından başta askeri kuvvetlere hizmet etmek üzere kurulu genel evlerde zorunlu fuhuşa tabi tutulan kadınları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

69 Bkz. Hırvatistan (*ibid.*, § 90) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 93) uygulamaları.

70 BM Genel Kurulu, Kar. 48/153 (*ibid.*, § 94) ve Kar. 49/196 (*ibid.*, § 95); Bkz. ayrıca BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1998/70 (*ibid.*, § 98).

71 Bkz. Savaş ve İşgal sebebiyle Baş gösteren Meselelerin Çözümlemesi hakkındaki Sözleşme, Bölüm 3, Madde 2 (*ibid.*, § 304); Almanya ve Almanya'ya karşı Yahudi Maddi Talepleri hakkındaki Konferans arasındaki Lüksemburg Anlaşması Protokol No. 1 (*ibid.*, § 315); Bkz. ayrıca Almanya'nın mevzuatları (*ibid.*, § 330).

72 Bkz. Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma, Maddeler VII ve XI (*ibid.*, § 317).

73 Bkz. Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma, Maddeler I ve XII(2) (*ibid.*, §§ 130-132).

kabul edilen anlaşma(Japon-Kanada Onarım Anlaşması) uluslararası insancıl hukukun ihlalleri için özür ve tanıma sunmaktadır.⁷⁴

Başka bir örnek, BM Güvenlik konseyi kararı ile kurulan, Devletlerin, uluslararası örgütlerin, şirketlerin ve bireylerin doğrudan “[Irak’ın] Kuveyt’i hukuka aykırı işgali sebebiyle” doğan kayıp ve zararlarının tazmin taleplerini gözden geçiren, Birleşmiş Milletler Tazminat Komisyonu’dur (BMTK). BMTK esas olarak Irak’ın hukuka aykırı kuvvet kullanımı sebebiyle doğan kayıplar ile ilgilenmekle birlikte, kararları bireylerin uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden doğan zararlarını da kapsamıştır.⁷⁵ Mesela BMTK, Irak tarafından tutulan ve Üçüncü Cenevre Sözleşmesi’ni ihlal eder şekilde kötü muameleye tabi tutulan eski savaş esirlerine tazminat kararı vermiştir.⁷⁶

Başka bir örnek, 2000 tarihinde Eritre ve Etiyopya arasındaki Barış Antlaşması ile kurulan ve “bir tarafın vatandaşlarının (gerçek ve tüzel kişilerin her ikisini de içerecek şekilde) diğer tarafın Hükümetine veya diğer tarafın sahip olduğu veya denetimi altında bulundurduğu kuruluşlara karşı... her tür kayıp, hasar veya zarar talebi konusunda bağlayıcı hakemlik yoluyla karar alma” yetkisini taşıyan, Eritre-Etiyopya Talepler Komisyonu’dur.⁷⁷

Bireylere tazminat kararı verme yetkisi taşıyan çeşitli vakıflar yakın tarihte oluşturulmuştur. Her ikisi de ulusal yasalar altında Avusturya ve Almanya’nın Amerika Birleşik Devletleri ile kabul ettiği anlaşmalar temelinde kurulan, Avusturya Uzlaşma Fonu ve Alman “Hatırlama, Sorumluluk ve Gelecek” Vakfı bu örnekler içerisinde yer alır. Avusturya Uzlaşma Fonu “bugünkü Avusturya Cumhuriyeti’nin ülkesi üzerinde Nasyonal Sosyalist rejim tarafından köle işçi veya zorunlu işçi olmaya zorlanan gerçek kişilerle, Avusturya Cumhuriyeti’nin gönüllü bir jesti çerçevesinde uzlaşma, barış ve işbirliğine yönelik katkıda bulunmak” için kurulmuştur. Alman Vakfı “eski zorunlu işçilere ve Nasyonal Sosyalist dönemdeki başka adaletsizliklerden etkilenenlere... maddi tazminatı mümkün kılmak” amacıyla kurulmuştur.⁷⁸ Başka bir örnek Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Madde 79 uyarınca kurulan Mağdurlar Giderim Fonu’dur. Fon, Mahkeme tarafından failere dayatılan para cezaları ve müsadere yoluyla toplanan paraları ve diğer toplanacak malları içerecektir. Ayrıca, Devletlerin, şirketlerin, örgütlerin ve bireylerin gönüllü katkılarından da sermaye elde edilmesi beklenmektedir.⁷⁹

74 Bkz. Kanada’nın (*ibid.*, § 333) uygulamaları.

75 Bkz., örn., BMTK, Yönetim Konseyi, Karar 3 (*ibid.*, §§ 248 and 272) ve Karar 11 (*ibid.*, §§ 248 ve 274).

76 BMTK, Ciddi Kişisel Yaralanma veya Ölüme İlişkin Taleplerin Tahsilinin Birinci Kısımına İlişkin Komisyoner Paneli tarafından hazırlanan Rapor ve Tavsiyeler (*ibid.*, § 276).

77 Bugüne kadar vatandaşları adına karşılıklı olarak Eritrea ve Etiyopya tarafından getirilen talep konusunda karar veren Komisyon, eski savaş esirlerinin uğradığı muameleye ilişkin olarak her iki Devlet tarafından da tazminat verilmesine hükmetmiştir. Eritrea – Etiyopya Talepler Komisyonu, Savaş Esirleri, Eritrea’nın ve Etiyopya’nın Talepleri, Kısmi Hükümler (*ibid.*, § 281).

78 Bkz. Avusturya (*ibid.*, § 179) ve Almanya’nın (*ibid.*, § 183) mevzuatları.

79 “(1) Mahkeme’nin yargı yetkisine giren suçlarla ilgili olarak Taraf Devletler Kurulu kararıyla mağdur ve mağdur ailelerinin yararına bir Giderim Fonu kurulur. (2) Mahkeme, mahkeme kararı uyarınca para cezaları veya el koymalardan toplanan malların veya paranın Giderim Fonu’na aktarılmasına

(ii) *Tek taraflı Devlet işlemleri temelinde sağlanan onarım.* Almanya tarafından İkinci Dünya Savaşı sırasındaki toplama kampları mahkûmlarına ve Paris Asliye Mahkemesi deney mağdurlarına ve Norveç tarafından da Yahudi karşıtı tedbirlerden zarar görmüş kişilere doğrudan tazminatta bulunulduğuna dair raporlar vardır.⁸⁰ Japonya İkinci Dünya Savaşı sırasında “konfor kadınlarına” yapılan muameleden ötürü ve Norveç ise Yahudi karşıtı tedbirler sebebiyle özürde bulunmuştur.⁸¹

2 nci Dünya Savaşı, Japonyalı Amerikalıların ve Aleut’ların Enterne Edilmesi sebebiyle İade hakkındaki Kanunu çıkarma yoluna başvuran Amerika Birleşik Devletleri gibi, Avusturya ve Almanya da mağdurların mallarının iadesine ilişkin kanunlar kabul etmiştir.⁸²

1997 tarihinde İkinci Dünya Savaşı sırasında Fransız Yahudilerine yönelik muhtelif yağma çeşitlerini ve savaş sonrası iade gayretlerinin etkilerini araştırmakla görevlendirilen Fransa’daki Yahudilerin Yağmalanması hakkındaki Çalışma Misyonunun (“Mattéoli Misyonu” olarak da bilinmektedir) Fransa’da kurulması, aynı yöndeki bir girişime işaret etmektedir.⁸³

(iii) *Ulusal mahkemeler önünde aranan onarım.* Lahey Sözleşmesi (IV) ve Ek I.Protokol tazminat verilmesini gerektirmekle birlikte, ne alacaklıların sadece Devletlerden mi ibaret olacağını, yoksa bireylerin de ayrıca alacaklı olup olamayacağını, ne de tazminat taleplerini değerlendirme mekanizmalarını belirtmektedir.⁸⁴

Hiç bir mahkeme böyle bir ihtimalin varlığını güncel uluslararası hukuk altında açıkça reddetmemekle birlikte, Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3 temelinde ulusal mahkemeler önünde bireysel talepte bulunanlar tazminata erişme gayretlerinde çeşitli engellerle karşılaşmışlardır.⁸⁵ Mesela, 1963’deki *Shimoda davasında*, Tokyo

karar verebilir. (3) Giderim Fonu, Taraf Devletler Kurulu tarafından belirlenen kriterlere göre idare edilir” beyanında bulunan UCM Statüsü, Madde 79.

80 Bkz. Almanya (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 219) ve Norveç’in (*ibid.*, § 229) uygulamaları; “On behalf of victims of pseudo-medical experiments: Red Cross action”, *International Review of the Red Cross*, No. 142, 1973, ss. 3–21.

81 Bkz. Japonya (Nakleden: C.II, Böl. 42, §§ 336–339) ve Norveç’in (*ibid.*, § 229) uygulamaları.

82 Bkz. Avusturya (*ibid.*, § 329), Almanya (*ibid.*, § 330) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 331) mevzuatları.

83 Bkz. Fransa’nın (*ibid.*, § 334) uygulamaları.

84 Lahey Sözleşmesi (IV), Madde 3 (*ibid.*, § 110); Ek I.Protokol, Madde 91 (*ibid.*, § 125).

85 Bkz., örn., Almanya, Münster İdari Temyiz Mahkemesi, *Kişisel Zararlar davası* (*ibid.*, § 190); Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Onarım Ödemeleri davası* (*ibid.*, § 191); Almanya, Anayasa Mahkemesi İkinci Daire, *Zorla Çalıştırma davası* (*ibid.*, § 192); Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Distomo davası*, (*ibid.*, 193); Yunanistan, Leivadie Birinci Derece Mahkemesi, *Prefecture of Voiotia Vilayeti davası* (*ibid.*, § 194); Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, *Shimoda davası* (*ibid.*, § 195); Japonya, Tokyo Yüksek Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, *Sibiryalı Tutuklular davası* (*ibid.*, § 196); Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi ve Tokyo Yüksek Mahkemesi, *Kamishisuka Korelilerin Kırımı için Özür davası* (*ibid.*, § 197); Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, *Eski Müttefiklerin Uyrukluların Talepleri davası*, *Hollanda Uyrukluların Talepleri davası* ve *Filipinli “Konfor Kadınları” Talepleri davası* (*ibid.*, § 198); Japonya, Fukuoka Bölge Mahkemesi, *Zhang Baoheng ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 199); Japonya, Yamaguchi Alt Derece Mahkemesi ve Hiroshima Yüksek Mahkemesi, *Ko Otsu Hei Hadiseleri davası* (*ibid.*, § 200); Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi (Dördüncü Bölge), *Goldstar davası* (*ibid.*, § 203); Amerika Birleşik Devletleri, District

Bölge Mahkemesi uluslararası hukuk altında bireylerin doğrudan tazminat hakkına sahip olmadığına karar vermiştir ve devlet dokunulmazlığı gerekçesi Japon mahkemeleri önünde başka Devletler aleyhine dava getirilmesini engellemiştir.⁸⁶

1990'lara kadar Alman mahkemeleri, genel olarak 1953 Alman Dış Borçları hakkındaki Londra Anlaşması'nın bireylerin tazmin edilmesi konusunu ertelediği kanaatine sahip olmakla birlikte, Devletlere yönelik onarım meselesinin sonuçlanması sonrasında bireylere tazminat verilmesi ihtimalini dışlamamaktaydılar.⁸⁷ Bunun sonucunda, 1990 Almanya'ya ilişkin olarak Nihai Düzenlemeler Anlaşması'nın ("İki-Artı-Dört-Antlaşması")⁸⁸ yürürlüğe girmesinden sonra, Alman mahkemeleri artık bireylere tazmin konusuyla ilgilenmek hususunda herhangi bir genel engelin olmadığı kararına varmıştır.⁸⁹ Buna bağlı olarak, Alman Anayasa Mahkemesi, 1996'daki *Zorla Çalıştırma davasında*, uluslararası hukukun ihlallerinden ötürü bireylere tazminat ödenmesi konusuna engel teşkil eden herhangi bir genel uluslararası hukuk kuralının olmadığını belirtmiştir.⁹⁰ Ancak, 2003 tarihli *Distomo davasında*, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı sırasında var olduğu haliyle savaş kavramının "Devletlerarası bir ilişki" olması sebebiyle, o tarihte bir suç işleyen devletin sadece başka bir Devlete karşı tazminat ödeme mesuliyetine sahip olduğunu ve bireysel mağdurlara karşı bunun geçerli olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, uluslararası hukuk Devletlere vatandaşlarının korunması için diplomatik himaye hakkını kullanma imkânını vermektedir ve "en azından bahsi geçen dönem için", yani İkinci Dünya Savaşı sırasında, tazminat talep etme hakkı Devletin bu nitelikteki bir hakkıdır.⁹¹

Bir ABD Temyiz Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri'nin Panama'ya müdahalesine ilişkin 1992 tarihli *Goldstar davasında* 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3'ün kendi kendine icra edilebilir nitelikte olmadığına, zira özel dava hakkının tesisine yönelik bir iradeye ilişkin delillerin bulunmadığına hükmetmiştir.⁹² Başka bir ABD Temyiz Mahkemesi ise 1992 tarihindeki *Princz davasında* İkinci Dünya Savaşı sırasındaki muamelelerden doğan zararlara ilişkin Almanya'ya karşı talepleri, Devlet dokunulmazlığına bağlı olarak yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir.⁹³

of Columbia Bölge Mahkemesi ve District of Columbia Temyiz Mahkemesi, *Princz davası* (*ibid.*, § 204); Amerika Birleşik Devletleri, District of Columbia Bölge Mahkemesi, *Konfor Kadınları davası* (*ibid.*, § 209).

86 Japonya, Tokyo Bölge Mahkemesi, *Shimoda davası* (*ibid.*, § 195).

87 Bkz. Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Anarım Ödemeleri davası* (*ibid.*, § 191).

88 Federal Almanya Cumhuriyeti, Demokratik Alman Cumhuriyeti, Fransa, SSCB, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki Almanya'ya ilişkin Nihai Düzenlemeler Andlaşması'nın ("İki-Artı-Dört-Andlaşması"), 12 Eylül 1990.

89 Bkz., örn., Almanya, Anayasa Mahkemesi, *Zorla Çalıştırma davası* (Nakleden: C.II. Böl. 42, § 192); Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Distomo davası* (*ibid.*, § 193).

90 Almanya, Anayasa Mahkemesi, *Zorla Çalıştırma davası* (*ibid.*, § 192).

91 Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, *Distomo davası* (*ibid.*, § 193).

92 Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi, *Goldstar davası* (*ibid.*, § 203).

93 Amerika Birleşik Devletleri, District of Columbia Temyiz Mahkemesi, *Princz davası* (*ibid.*, § 204).

İkinci Dünya Savaşı sırasında uğranılan zarardan dolayı bireysel davacılara tazminat ödenmesine ilişkin bir örnek ise 1997 tarihinde Yunanistan'ın Leivadia İlk Derece Mahkemesi tarafından *Voiotia Vilayeti davasında* varılan ve 2000 yılında Yüksek Mahkeme'nin de onayladığı karardır. Bu davada mahkemeler 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3 ve Lahey Düzenlemeleri Madde 46'yı uygulamış ve Distomo Katliamı'nın mağdurlarının doğrudan Almanya'ya karşı tazminat talebinde bulunabileceklerine ve egemen dokunulmazlığın *jus cogens* kuralların (*inter alia* kasti adam öldürme) ihlalleriyle bağlantılı olarak ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir. Ancak, aynı dava ile bağlantılı olarak, Devlet dokunulmazlığı gerekçesiyle Yunanistan Almanya'ya karşı hükmün icrası için gerekli rızayı vermeyi reddetmiştir.⁹⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerine de uygulandığına delalet eden, dünyanın her köşesinde giderek artan Devlet uygulamaları mevcuttur. Bu gelişme, kendisine atfedilebilen ihlallerden dolayı Devletin sorumluluğuna ek olarak (Bknz. Kural 149), doğrudan bir hukukun ihlali onarma da bulunma yükümlülüğünü beraberinde getirir temel hukuk ilkesinden⁹⁵ kaynaklanmaktadır. Ancak uygulama ise farklılaşmaktadır, şöyle ki, bazı durumlarda genel olarak onarımda bulunma yükümlülüğüne atıfta bulunulmakta ve başka durumlarda ise eski hale iade, tazminat ve tatmin (Bknz. *infra*) dâhil olmak üzere, belirli onarım türlerine atıfta bulunulmaktadır.⁹⁶ Bazen onarımlar hükümetin bu tür onarımları sağlama sorumluluğunu tanıması, bazen ise bu tür onarımlarda bulunması gerektiğinin tanınması temelinde yapılmıştır.

Ancak, uluslararası silahlı çatışmalar için onarımda bulunmaya yönelik mevcut usullerin doğrudan doğruya uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de uygun görülmesinin zorunlu olmayışı, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların doğasından kaynaklanmaktadır. Bilhassa, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda mağdurlar

94 Yunanistan, Leivadia Birinci Derece Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Voiotia Vilayeti davası* (*ibid.*, § 194); Yunanistan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde *Kalogeropoulou ve Diğerleri davasında* Beyan (*ibid.*, § 194).

95 Bkz., örn., UAD, *Chorzów Fabrikası davası (Esas)* (*ibid.*, § 102); Bkz. ayrıca "İş bu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini *ipso facto* ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirebilirler:... (d) uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar gideriminin niteliği ya da kapsamı" beyanında bulunan UAD Statüsü, Madde 36. Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü Madde 36 benzer ifadeleri kullanmaktadır.

96 Devlet Sorumluluğu hakkındaki Taslak Maddeler Madde 34 uyarınca "uluslararası haksız fiilin sebebiyet verdiği zarar için tam onarım, tek başına veya birlikte, geri iade, tazminat veya tatmin şeklinde tezahür edecektir" (*ibid.*, §§ 157 and 323). Buna ek olarak belirtilmelidir ki "Mağdurlara Onarım" hakkında UCM Statüsü Madde 75(2) Mahkemeye "mağdurlara yönelik iade, tazminat ve tedavi içeren uygun zarar giderimi konusunda sanığa doğrudan talimat ver[me]" yetkisini vermektedir.

kendi Devletleri içerisinde ihlallere maruz kalmaktadırlar ve genelde ulusal mahkemeler önünde ulusal yasaları uyarınca onarım talep etme imkânına sahiptirler.⁹⁷ Üç bölgesel insan hakları sözleşmesine ek olarak, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Devletlerin ihlallere yönelik kanun yollarının oluşturmasını gerektirmektedir.⁹⁸ BM İnsan Hakları Komitesi ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi bu yükümlülükten sapılamayacağını beyan etmiştir.⁹⁹

Devletten talep edilen onarım

Bir uluslararası insancıl hukuk ihlalinin bireysel mağdurunun bir Devletten onarım talep edebilme imkânı, “bu maddede yer alan hiçbir şey mağdurun ulusal veya uluslararası hukuk altındaki haklarına hanel getirir şekilde yorumlanamaz” hükmünü içeren, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü Madde 75(6)’dan da anlaşılabilir.¹⁰⁰ Devletlerin onarımda bulunma yükümlülüğüne açıkça atıfta bulunan Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol Madde 38, herhangi bir silahlı çatışmada uygulanabilir.¹⁰¹

Meşru güvenlik ve polis operasyonlarında özel mülkiyete zarar gelmesi durumunda “tatbik edilebilir olduğu her zaman... sebebiyet olunan zararın tamiri için... tedbirler alınacaktır” hükmünü içeren, Filipinler Uluslararası İnsancıl Hukuka ve İnsan Haklarına Bağlılık Ek Genelgesi uygulamadan bir örnek teşkil eder.¹⁰² Keza, BM Genel Kurulu, 1996 tarihinde kabul edilen bir kararda, Afganistan yetkililerine uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin mağdurlarına “elverişli ve etkin çareler” sağlama çağrısında bulunmuştur.¹⁰³

Uygulamaya yönelik diğer örnekler eski hale iade, tazminat ve tatmin dâhil olmak üzere, özel onarım türlerine ilişkindir:

(i) *Eski hale iade.* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Akdivar ve diğerleri Türkiye’ye karşı davasında* ihlal eden Devlet için ihlali sona erdirmeye ve “olabildiğince ihlal öncesinde var olan durumu iade edebilecek şekilde [ihlalin] sonuçları için onarımda bulunma (restitutio in integrum)” hukuki yükümlülüğünün

97 Bkz., örn., Kolombiya, *Temel Askeri Manüel* (*ibid.*, § 162); Amerikan Hukuk Enstitüsü, Amerika Birleşik Devletleri’nin Dış İlişkilerinin Yeniden İfadesi (Üçüncü) *ibid.*, §§ 107, 292 ve 362). Yabancı sakinlerin ve ziyaretçilerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından zarar görmesi durumunda diplomatik himayenin yine mümkün olabileceğini belirtmek gerekir.

98 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Madde 2(3); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 13; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Maddeler 10 ve 25; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Madde 7(1)(a) (zımni).

99 Bkz., örn., BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 29 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi Madde 4), 24 Temmuz 2001, § 14; Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Yargısal Teminatlar davası*, Danışma Görüşü, §§ 24–26.

100 UCM Statüsü, Madde 75(6) (Nakleden: C.II, Böl. 42, § 79).

101 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 38 (*ibid.*, § 80).

102 Filipinler, UİH ve İnsan Haklarına Bağlılık Ek Genelgesi (*ibid.*, § 87).

103 BM Genel Kurulu, Kar. 51/108 (*ibid.*, § 96).

var olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, uygulamada bunun mümkün olamaması durumunda, onarımda bulunması gereken Devletin karara uymak için başka bir yöntem seçmesi gerektiği beyanında bulunmuştur.¹⁰⁴

Bosna Hersek'te Yerinden Edilmiş Kişiler ve Mültecilerin Gayri Menkul Taleplerine ilişkin Komisyonu kuran, mültecilerin ve yerinden edilmiş kişilerin 1991'den itibaren süren muhasamat sebebiyle yoksun bırakıldıkları mülkiyetin iadesine hakları olduğunu beyan eden, Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma bu durumun başka bir örneğini teşkil eder.¹⁰⁵

Benzer şekilde, Kosova'daki İskân ve Mülkiyet Talepleri Komisyonu'na, mültecilere ve yerinden edilmiş kişilere ek olarak, mülkiyet haklarını ayrımcılık sebebiyle kaybedenler de dâhil olmak üzere belirli kategorideki kişilerin getirecekleri mülkiyetin eski hale iadesi, ona yeniden sahip olma ve geri iade talepleri konusunda karar verme yetkisi verilmiştir.¹⁰⁶

Başka bir örnek eski hale iadeyi bir onarım türü olarak öngören, 1998 Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma'dır.¹⁰⁷

(ii) *Tazminat*. Devletlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin kurbanlarına tazminatta bulunma gayretlerine ilişkin yaygın ve temsil edici uygulama bulunmaktadır. Örnekler şunları içermektedir: Guatemala'da İnsan Hakları hakkındaki Kapsamlı Anlaşma ki bu metin uyarınca taraflar “insan hakları ihlallerinin mağdurlarına tazminatta bulunma ve/veya onlara yardımcı olmayı insancıl bir görev olarak tanırlar”; Filipinler'de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma ki bu metin uyarınca taraflar “uygun tazminat veya zarar giderim” dâhil olmak üzere, mağdurların ve ailelerinin insan hakları ihlalleri için adalete başvurma hakkını tanırlar ve Rusya'nın Çeçenistan'daki Krizin Sonuçlandırılması Sebebiyle Zarar Gören ve Çeçenistan'ı Geri Dönüş Olmaksızın Terk Eden Vatandaşların Mülkiyet Kaybı için Tazminat hakkındaki Kararı.¹⁰⁸

104 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Akdivar ve Diğerleri Türkiye'ye karşı* (*ibid.*, § 356). Mahkeme'nin “adil tatmin” sağlama yetkisi İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi Madde 41'e dayanmaktadır (*ibid.*, § 303). Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 63(1) altında benzer nitelikte “adil tazminat” sağlama yetkileri vardır (*ibid.*, § 312). Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin Kurulması hakkındaki Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Protokol Madde 27 uyarınca “adil tazminat veya onarım ödenmesi” hükmünü verme yetkisine sahip olacaktır (*ibid.*, § 314).

105 Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma, Madde I(1) (*ibid.*, § 316).

106 BMKGYM Tüzük No. 2000/60, Kısım 2(2), (5) ve (6) (*ibid.*, § 156). İskân ve Mülkiyet Talepleri Komisyonu BMKGYM Tüzük No. 1999/23 ile kurulmuştur (*ibid.*, § 319).

107 Filipinler'de İnsan Hakları ve UİH'ya Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, Madde 2(3) (*ibid.*, § 318).

108 Bkz. Guatemala'da İnsan Hakları hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Madde VIII (*ibid.*, § 152); Filipinler'de İnsan Hakları ve UİH'ya Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, Madde 2(3) (*ibid.*, § 154); Rusya'nın (*ibid.*, § 184) mevzuatları.

Ayrıca, Şili'nin Hakikat ve Uzlaşma için Ulusal Komisyon'u, El Salvador'un kaybettirilmiş kişilerin akıbetlerini araştıran özel komisyonu ve Sri Lanka'nın belirli bölgelerdeki İstek Dışı Nakledilme veya Kişilerin Kaybettirilmesi hakkındaki Soruşturma Komisyonu mağdurlara veya onların akrabalarına tazminat verilmesini önermiştir.¹⁰⁹

Şili, o zaman ki ismiyle, İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukukun [Ağır] İhlallerinin Mağdurlarına Onarım Hakkı hakkındaki İlkeler Temel ve Rehber İlkeler Taslağı'nın 1997 şekline ilişkin görüş ve yorumunda, "Devletin tazminat için yakın ve doğrudan Mesuliyeti"ni ortaya koyan bir özel hükmün metne dâhil edilmesi çağrısında bulunmuştur.¹¹⁰ Keza, sırasıyla, Ruanda'da işlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar fiilleri 1996'da Ruanda ve de 1980'lerin başında Zimbabwe'deki silahlı çatışma sırasında meydana gelen öldürmeler için 1999'da Zimbabwe, mağdurlara tazminatta bulunma iradelerini beyan etmişlerdir.¹¹¹

Mağdurların tazminat haklarını uygulamaya koyan diğer bir araç ise, Bosna Hersek'te Yerinden Edilmiş Kişiler ve Mültecilerin Gayri Menkul Taleplerine ilişkin Komisyon'u kuran ve 1991'den itibaren süren muhasamat sırasında mülkiyetlerinden mahrum bırakılan mültecilerin ve yerinden edilmiş kişilerin mülkiyetlerinin iade edilememesi durumunda tazmin edilmesi gerekliliğini belirten, Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma'dır.¹¹² Kosova'daki İskân ve Mülkiyet Talepleri Komisyonu'nun Usul ve Delil Kurallarını içeren BMKGİM Tüzük No. 2000/60, ayrımcılık sonucu mülkiyet haklarını kaybeden kişilerin tazmin edilmesini öngörmektedir.¹¹³

Ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun ihlallerinin kurbanları için tazminat çağrısı veya tavsiyesinde bulunan uluslararası örgütlerin uygulamaları da mevcuttur.¹¹⁴

(iii) *Tatmin*. İslah, özür, tekrar etmeme teminatı ve hakikate ulaşma dâhil olmak üzere, bir onarım türü olarak tatminin öngörüldüğü uygulamaların örnekleri mevcuttur. Mesela, İspanyol İç Savaşı kadar erken bir tarihten itibaren, özür, tekrar etmeme teminatı ve belirli ihlallerden sorumlu kişileri cezalandırma konusunda sözler verilmiştir.¹¹⁵

109 Bkz. Şili (*ibid.*, § 212), El Salvador (*ibid.*, § 215) ve Sri Lanka'nın (*ibid.*, §§ 233–234) uygulamaları.

110 Bkz. Şili'nin (*ibid.*, § 213) uygulamaları.

111 Bkz. Ruanda (*ibid.*, § 232) ve Zimbabwe'nin (*ibid.*, § 241) uygulamaları.

112 Dayton Anlaşması'na ek Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma, Madde XI (*ibid.*, § 153).

113 BMKGİM Tüzük No. 2000/60, Kısım 2(2) (*ibid.*, § 156).

114 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1995/77 (*ibid.*, § 253); BM İnsan Hakları Alt-Komisyonu, Kar. 1993/23 (*ibid.*, § 254) ve Kar. 1995/5 (*ibid.*, § 255); BM Genel Sekreteri, Afrika'da çatışmanın sebepleri ve sürekli barış ve sürdürülebilir kalkınmanın teşviki hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 258); BM El Salvador için Hakikat Komisyonu, Rapor (*ibid.*, § 262).

115 İspanya, İspanyol Ulusal Savunma Cuntasının Başkanı Notu (*ibid.*, § 360).

Daha yakın bir tarihte, Filipinler’de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, “İslah”ı onarımın bir şekli olarak öngörmektedir.¹¹⁶ Araştırma yoluyla hakikate ulaşılmasının ve failerin adalet önüne getirilmesinin gerekliliği, 1980’de El Salvador’da Başpiskopos Romero’nun ölüm timleri tarafından öldürülmesine ilişkin bir davada Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu tarafından vurgulanmıştır. Komisyon El Salvador’un, *inter alia*, şunlardan sorumlu olduğunu ortaya koymuştur:

[Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi] tarafından tanınan hakların ihlalini ciddi ve iyi niyetli araştırma görevini ifade; bu ihlalden sorumlu kişileri belirlemede, yargılamada, cezalandırmada ve insan hakları ihlallerinden ötürü onarımda bulunmada başarısız olmak.

BM İnsan Hakları Komitesi’nin kararlarına atıfta bulunmak suretiyle, “verilen zarar için onarımda bulunma görevi sadece mağdurun en yakın akrabasına bir meblağ para önermek suretiyle ifa edilemez. İlk olarak, onların belirsizliklerine ve bilgisizliklerine son verilmelidir, diğer bir ifadeyle onlara hakikat konusunda tam ve açık bilgi verilmelidir” eklemesinde de bulunmuştur. Komisyon’a göre, bu hakikati tam, eksiksiz ve açık bilme hakkı, “tatmin ve tekrar etmeme teminatlarına ilişkin olarak, insan hakları ihlalleri için onarım hakkının bir bölümünü oluşturmaktadır”.¹¹⁷ İnsan hakları ihlallerinden sorumlu kişilerin araştırılması ve yargılanmasına ek olarak, onarımın hakikate ulaşma hakkını da içerdiğine dair ilke, 2001 tarihinde *Sokak Çocukları Guatemala’ya karşı* davasında İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi tarafından teyit edilmiştir.¹¹⁸

Muhalif silahlı gruplardan talep edilen onarım

Muhalif silahlı grupların uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden kaynaklanan zarardan dolayı uygun onarımda bulunması gerektiğine dair bazı uygulamalar mevcuttur.

Bir örnek, “silahlı çatışmaya Taraflar uluslararası insancıl hukukun genel kabul görmüş ilke ve standartlarına razı ve bağlı olacaklardır” hükmünü içeren ve uluslararası insancıl hukukun ihlallerinin mağdurlarına tazminatı öngören, Filipinler’de İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma’dır.¹¹⁹ 2001’de Kolombiya’da ELN’nin bir kırsal kanadı, bir silahlı saldırıdan dolayı ölen üç çocuk için ve “bir savaş eylemi” sırasında sivillerin evleri-

116 Filipinler’de İnsan Hakları ve UİH’a Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, Madde 2(3) (*ibid.*, § 154).

117 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, *Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador)* (*ibid.*, § 357).

118 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Sokak Çocukları Guatemala’ya karşı davası* (*ibid.*, § 358).

119 Filipinler’de İnsan Hakları ve UİH’a Riayet Edilmesi hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Bölüm III, Madde 2(3) ve Part IV, Maddeler 1 ve 6 (*ibid.*, § 318).

nin zarar görmesinden dolayı umumi özürde bulunmuş ve geriye kalan malların zararını telafi etmek için işbirliğinde bulunma niyetini ifade etmiştir.¹²⁰

Birleşmiş Milletler nezdinde de muhalif silahlı grupların uygun onarımda bulunma yükümlülüklerini destekleyen bazı uygulamalar bulunmaktadır. BM Güvenlik Konseyi 1996'da Liberya hakkında kabul edilen bir kararda yağmalanan malların iadesini temin etmek amacıyla “grupların liderlerine” çağrıda bulunmuştur.¹²¹ BM İnsan Hakları Komisyonu 1998'de Afganistan hakkında kabul edilen bir kararda, “bütün Afgan taraflara” insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin mağdurlarına etkin çareler sağlama çağrısında bulunmuştur.¹²² BM Genel Sekreteri 1998'de Afrika'da çatışmanın sebepleri ve sürekli barış ve sürdürülebilir kalkınmanın teşviki hakkındaki raporunda, “savaşan tarafların fiillerinden ötürü daha çok sorumlu tutulabilmeleri için... [hukuku] çiğneyen tarafların ve onların liderlerinin varlıklarını bulma, haczetme ve el koyma gayretlerini kolaylaştıracak uluslararası hukuki mekanizmaların Geliştirilmesi”ni tavsiye etmiştir.¹²³

Muhalif silahlı grupların, bu grupları oluşturan kişilerin işledikleri fiillerden dolayı sorumlu tutulacakları tartışılabilirle birlikte (Bknz. Kural 149'a yorum), bu nitelikteki bir sorumluluğun sonuçları açık değildir. Bilhassa, birçok ülkede mağdurlar faille karşı hukuk davası yoluna başvurabilmektedir (Bknz. Kural 151'e yorum), ancak silahlı muhalif grupların ne derecede tam onarımda bulunma yükümlülüğü altında oldukları belirsizdir.

120 Bkz. Ulusal Kurtuluş Ordusu'nun (Kolombiya) uygulamaları (*ibid.*, § 365).

121 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 1071 (*ibid.*, § 346).

122 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1998/70 (*ibid.*, § 348).

123 BM Genel Sekreteri, Afrika'da çatışmanın sebepleri ve sürekli barış ve sürdürülebilir kalkınmanın teşviki hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 258).

BİREYSEL SORUMLULUK

Kural 151. Bireyler işledikleri savaş suçlarından dolayı cezai sorumluluk sahibidirler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 43, Kısım A.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Savaş suçlarından dolayı bireysel cezai sorumluluk ilkesi önceden Lieber Kodu ve Oxford Manüeli, sonradan da uluslararası insancıl hukuka ilişkin birçok antlaşma tarafından tanınmış, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır.¹ Uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından dolayı bireysel cezai sorumluluk, Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde yer almakla birlikte, Nürnberg ve Tokyo'daki Uluslararası Askeri Mahkemelerinin Şartları altında yürütülen yargılamaların da temelini teşkil etmiştir.²

1 Bkz. Lieber Kodu, Maddeler 44 ve 47 (Nakleden: C.II, Böl. 43, *ibid.*, §§ 27–28); Oxford Manüeli, Madde 84 (*ibid.*, § 29); I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 49 (*ibid.*, § 7); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 50 (*ibid.*, § 7); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 129 (*ibid.*, § 7); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 146 (*ibid.*, § 7); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 28 (*ibid.*, § 8); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 15 (*ibid.*, § 22); Ek I.Protokol, Madde 85 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 10); Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme Değiştirilmiş Protokol II, Madde 14 (*ibid.*, § 14); Ottawa Sözleşmesi, Madde 9 (*ibid.*, § 15); Çocukların Silahlı Çatışmalara Karışması hakkındaki Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Tercihe Bağlı Protokolü, Madde 4 (*ibid.*, § 23).

2 UAM Şart (Nürnberg), Madde 6 (*ibid.*, § 4); UAM Şart (Tokyo), Madde 5 (*ibid.*, § 33); ICTY Statü, Maddeler 2–3 (*ibid.*, § 46); UCM Statüsü, Maddeler 5 ve 25 (*ibid.*, §§ 18 ve 20).

Birçok sahra talimnamesi bireylerin savaş suçlarından dolayı cezai sorumluluğa tabi olduklarını belirtmektedir.³ Savaş suçlarından dolayı bireysel cezai sorumluluk ilkesi birçok Devletin yasalarında uygulamaya konmuştur.⁴ Çok sayıda savaş suçu şüphelisi bu ilke temelinde yargılanmıştır.⁵ Bu kural ayrıca resmi beyanlar ve rapor edilen uygulamalar ile desteklenmektedir.⁶

Keza, BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu'nun birçok kararlarında bu ilke tekrarlanmıştır.⁷ Benzer şekilde birçok vesilede başka uluslararası örgütler tarafından da anımsatılmıştır.⁸

3 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 64), Avustralya (*ibid.*, §§ 65–66), Benin (*ibid.*, § 67), Kamerun (*ibid.*, § 68), Kanada (*ibid.*, § 69), Kolombiya (*ibid.*, § 70), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 71), Ekvador (*ibid.*, § 72), El Salvador (*ibid.*, § 73), Fransa (*ibid.*, § 74), Almanya (*ibid.*, § 75), İtalya (*ibid.*, § 76), Hollanda (*ibid.*, § 77), Peru (*ibid.*, § 78), Güney Afrika (*ibid.*, § 79), İspanya (*ibid.*, § 80), İsveç (*ibid.*, § 81), İsviçre (*ibid.*, § 82), Togo (*ibid.*, § 83), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 84), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 85–88) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 89) askeri manüelleri.

4 Bkz., örn., yasalar (*ibid.*, §§ 90–217).

5 Bkz., örn., Danimarka, Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi, *Sarić davası* (*ibid.*, § 221); Almanya, Bavarya Yüksek Mahkemesi, *Djajić davası* (*ibid.*, § 224); Almanya, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, Federal Yüksek Mahkeme ve Federal Anayasa Mahkemesi, *Jorgić davası* (*ibid.*, § 225); Almanya Bavarya Yüksek Mahkemesi ve Federal Yüksek Mahkeme, *Kusljic davası* (*ibid.*, § 226); Almanya, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi ve Federal Yüksek Mahkeme, *Sokolović davası* (*ibid.*, § 227); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Eichmann davası* (*ibid.*, §§ 228–229); İtalya, Askeri Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi, *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 231); İsviçre, Lozan'daki Askeri Mahkeme, *Grabež davası* (*ibid.*, § 233); Bkz. ayrıca Denetim Konseyi Kanunu No. 10'a dayanan davalar, şunlar dahil olmak üzere, örn., Birleşik Krallık, Lüneberg'deki Askeri Mahkeme, *Auschwitz ve Belsen davası* (*ibid.*, § 235); Birleşik Krallık, Essen'deki Askeri Mahkeme, *Essen Linç davası* (*ibid.*, § 236); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Alstötter (Adalet Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 239), *Flick davası* (*ibid.*, § 240), *Krauch (I. G. Farben Yargılaması) davası* ve *Von Leeb davası (Yüksek Komuta Yargılaması)* (*ibid.*, § 241).

6 Bkz., örn., Afghanistan (*ibid.*, § 246), Avustralya (*ibid.*, §§ 247–248), Avusturya (*ibid.*, § 249), Şili (*ibid.*, § 250), Çin (*ibid.*, § 252), Etiyopya (*ibid.*, §§ 253–255), Fransa (*ibid.*, §§ 256–258), Almanya (*ibid.*, §§ 259–260), Macaristan (*ibid.*, §§ 261–262), Endonezya (*ibid.*, § 263), İsrail (*ibid.*, § 264), Hollanda (*ibid.*, § 265), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 266), Pakistan (*ibid.*, § 268), Ruanda (*ibid.*, § 269), Güney Afrika (*ibid.*, § 270), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 271–281), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 282–286) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 287–288) beyanları ve Çin'in rapor edilen uygulamaları (*ibid.*, § 251).

7 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, Kar. 670 (*ibid.*, § 290), Kar. 771 (*ibid.*, § 291), Kar. 780 (*ibid.*, § 292) ve Kar. 808 (*ibid.*, § 294); BM Genel Kurulu, Kar. 3074 (XXVIII) (*ibid.*, § 333), Kar. 47/121 (*ibid.*, § 335), Kar. 48/143 (*ibid.*, § 336), Kar. 48/153 (*ibid.*, § 337), Kar. 49/10 (*ibid.*, § 338), Kar. 49/196 (*ibid.*, § 339), Kar. 49/205 (*ibid.*, § 340), Kar. 50/192 (*ibid.*, § 342), Kar. 50/193 (*ibid.*, § 343) ve Kar. 51/115 (*ibid.*, § 345); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1993/7 (*ibid.*, § 347), Kar. 1993/8 (*ibid.*, § 348); 1994/72 (*ibid.*, § 349), Kar. 1994/77 (*ibid.*, § 350), Kar. 1995/89 (*ibid.*, § 351), Kar. 1996/71 (*ibid.*, § 352) ve Kar. 2002/79 (*ibid.*, § 356).

8 Bkz., örn., Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi, Kar. 954 (*ibid.*, § 373), Tav. 1189 (*ibid.*, § 374), Tav. 1218 ve Kar. 1066 (*ibid.*, § 375); AT, Yugoslavya hakkında Beyan (*ibid.*, § 376); AB, Konsey, Karar 94/697/CFSP (*ibid.*, § 377); Körfez İşbirliği Konseyi, Yüksek Konsey, 13. Oturum, Nihai Bildiri (*ibid.*, § 378); Arab Devletleri Birliği, Konsey, Kar. No. 4238 (*ibid.*, § 379); ABÖ, Bakanlar Konseyi, Kar. 1650 (LXIV) (*ibid.*, § 380).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak önemli gelişmeler 1990'lerden itibaren vukuu bulmuştur. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından dolayı bireysel cezai sorumluluk üç adet yakın tarihli uluslararası insancil hukuk sözleşmesine açıkça dâhil edilmiştir; şöyle ki, Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme'nin Değiştirilmiş II. Protokol'ü, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü ve Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokolü.⁹

İki yeni antlaşmada ise dolaylı olarak tanınmıştır; şöyle ki, anti-personel mayınlarını yasaklayan Ottawa Sözleşmesi ve uluslararası olmayan silahlı çatışma durumları da dâhil olmak üzere, yasaklanan davranışları Devletlerin suç olarak ihdas etmelerini gerektiren Çocukların Silahlı Çatışmalara Karışması hakkındaki Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Tercihe Bağlı Protokolü.¹⁰

Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenmiş savaş suçlarından dolayı bireylerin cezai sorumluluğa sahip olduğunu açıkça düzenlemektedir.¹¹

Büyük bir kısmı son on yıl içerisinde olmak üzere, birçok Devlet, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarını suç olarak öngören yasalar kabul etmiştir.¹²

9 Belirli Konvansiyonel Silahlar Hakkındaki Sözleşme Değiştirilmiş Protokol II, Madde 14 (*ibid.*, § 14); UCM Statüsü, Maddeler 8 ve 25 (*ibid.*, §§ 19–20); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Maddeler 15 ve 22 (*ibid.*, § 22).

10 Ottawa Sözleşmesi, Madde 9 (*ibid.*, § 15); Çocukların Silahlı Çatışmalara Karışması hakkındaki Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Tercihe Bağlı Protokolü, Madde 4 (*ibid.*, § 23).

11 ICTR Statüsü, Maddeler 4–5 (*ibid.*, §§ 51–52); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüsü, Madde 1 (*ibid.*, § 24).

12 Bkz., örn., Ermenistan (*ibid.*, § 93), Avustralya (*ibid.*, §§ 94 ve 96), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 98–99), Bangladeş (*ibid.*, § 100), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 102), Belçika (*ibid.*, § 103), Bosna Hersek (*ibid.*, § 104), Kamboçya (*ibid.*, § 108), Kanada (*ibid.*, § 110), Kolombiya (*ibid.*, § 113), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 114), Kongo (*ibid.*, § 115), Kosta Rika (*ibid.*, § 117), Hırvatistan (*ibid.*, § 119), Küba (*ibid.*, § 120), El Salvador (*ibid.*, §§ 125–126), Estonya (*ibid.*, § 128), Etiyopya (*ibid.*, § 129), Finlandiya (*ibid.*, § 131), Fransa (*ibid.*, § 135), Gürcistan (*ibid.*, § 136), Almanya (*ibid.*, § 137), Gine (*ibid.*, § 139), İrlanda (*ibid.*, § 142), İtalya (*ibid.*, § 144), Kazakistan (*ibid.*, § 146), Kırgızistan (*ibid.*, § 148), Latviya (*ibid.*, § 149), Litvanya (*ibid.*, § 151), Moldova (*ibid.*, § 161), Hollanda (*ibid.*, §§ 163–164), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 166), Nikaragua (*ibid.*, §§ 168–169), Nijer (*ibid.*, § 171), Norveç (*ibid.*, § 173), Paraguay (*ibid.*, § 176), Polonya (*ibid.*, § 179), Portekiz (*ibid.*, § 180), Rusya (*ibid.*, § 184), Ruanda (*ibid.*, § 185), Slovenya (*ibid.*, § 189), İspanya (*ibid.*, §§ 191–192), İsveç (*ibid.*, § 194), İsviçre (*ibid.*, § 195), Tacikistan (*ibid.*, § 196), Tayland (*ibid.*, § 197), Ukrayna (*ibid.*, § 200), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 202 ve 204), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 207), Özbekistan (*ibid.*, § 209), Venezuelilla (*ibid.*, §§ 211–212), Vietnam (*ibid.*, § 213), Yemen (*ibid.*, § 214) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 216) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 92), Burundi (*ibid.*, § 107), El Salvador (*ibid.*, § 127), Ürdün (*ibid.*, § 145), Nikaragua (*ibid.*, § 170), Sri Lanka (*ibid.*, § 193) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 198) taslak mevzuatları; Bkz. ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Avusturya (*ibid.*, § 97), Bulgaristan (*ibid.*, § 106), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 123), Guatemala (*ibid.*, § 138), Macaristan (*ibid.*, § 140), İtalya (*ibid.*, § 144), Mozambik (*ibid.*, § 162), Nikaragua (*ibid.*, § 167), Paraguay (*ibid.*, § 175), Peru (*ibid.*, § 177), Romanya (*ibid.*, § 182), Slovakya (*ibid.*, § 188) ve Uruguay'ın (*ibid.*, § 208) mevzuatları.

Özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünün onaylanması için yasal düzenlemeleri kabul eden ve benimseyen ve tamamlayıcılık ilkesinden faydalanmak niyetinde olan Devletler olmak üzere, daha fazla Devletin bu gelişmeyi takip etmesi muhtemeldir. Bazı kişiler uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenmiş savaş suçlarından dolayı ulusal mahkemeler tarafından yargılanmıştır.¹³ 1990'ların başlarından itibaren ulusal ve uluslararası platformlarda yapılmış, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bireysel cezai sorumluluğa ilişkin, birçok resmi beyan da mevcuttur.¹⁴

1990'ların başlarından itibaren uluslararası örgütlerin uygulamaları uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin de suç olma niteliğini teyit etmektedir. BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından dolayı bireysel cezai sorumluluk ilkesini, örnek olarak, Afganistan, Angola, Bosna Hersek, Burundi, Ruanda, Sierra Leone, Somali ve Eski Yugoslavya'ya ilişkin durumlarda hatırlatmıştır.¹⁵ Keza, 1994'te Ruanda için Avrupa Birliği ve 1996'da Liberya'ya ilişkin olarak Afrika Birliği Örgütü tarafından benzer beyanlarda bulunulmuştur.¹⁶

Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri tarafından uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından dolayı suçlanan kişilerin yargılanması, bu tür suçlardan ötürü kişilerin cezai sorumluluk sahibi olduğunu teyit etmektedir. Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi'nin, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından ötürü bireysel cezai sorumluluğun mevcudiyetine kanaat getirdiği 1995 tarihli *Tadić davasındaki* analizi, bu konuya ilişkin olarak özel bir önem taşımaktadır.¹⁷

13 Bkz., örn., Belçika, Cour d'Assises de Bruxelles ve Yargıtay Mahkemesi, *Butare'li Dörtlü davası* (*ibid.*, § 219); İsviçre, Lozan'daki Askeri Mahkeme, *Grabež davası* (*ibid.*, § 233); İsviçre, Lozan'daki Askeri Mahkeme, *Niyonteze davası* (*ibid.*, § 234); Yugoslavya, Mitrovica Kommün Mahkemesi, *Ademi davası* (*ibid.*, § 243).

14 Bkz., örn., Çin (*ibid.*, § 251), Etiyopya (*ibid.*, §§ 254–255), Fransa (*ibid.*, §§ 256–257), Macaristan (*ibid.*, § 261), Endonezya (*ibid.*, § 263), Ruanda (*ibid.*, § 269), Güney Afrika (*ibid.*, § 270), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 278–281), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 284–285) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 288) uygulamaları.

15 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, Kar. 771 (*ibid.*, § 291), Kar. 780 (*ibid.*, § 292), Kar. 794 (*ibid.*, § 293), Kar. 808 (*ibid.*, § 294), Kar. 814 (*ibid.*, § 295), Kar. 820 (*ibid.*, § 296), Kar. 827 (*ibid.*, § 297), Kar. 859 (*ibid.*, § 298), Kar. 913 (*ibid.*, § 299), Kar. 935 (*ibid.*, § 300), Kar. 955 (*ibid.*, § 301), Kar. 1009 (*ibid.*, § 302), Kar. 1012 (*ibid.*, § 303), Kar. 1034 (*ibid.*, § 304), Kar. 1072 (*ibid.*, § 305) ve Kar. 1087 (*ibid.*, § 306), Kar. 1193 (*ibid.*, § 307) ve Kar. 1315 (*ibid.*, § 310); BM Genel Kurulu, Kar. 47/121 (*ibid.*, § 335), Kar. 48/143 (*ibid.*, § 336), Kar. 48/153 (*ibid.*, § 337), Kar. 49/10 (*ibid.*, § 338), Kar. 49/196 (*ibid.*, § 339), Kar. 49/205 (*ibid.*, § 340), Kar. 49/206 (*ibid.*, § 341), Kar. 50/192 (*ibid.*, § 342), Kar. 50/193 (*ibid.*, § 343), Kar. 51/108 (*ibid.*, § 344) ve Kar. 51/115 (*ibid.*, § 345); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1993/7 (*ibid.*, § 347), Kar. 1993/8 (*ibid.*, § 348), Kar. 1994/72 (*ibid.*, § 349), Kar. 1994/77 (*ibid.*, § 350), Kar. 1995/89 (*ibid.*, § 351), Kar. 1996/71 (*ibid.*, § 352), Kar. 1995/91 (*ibid.*, § 353) ve Kar. 1999/1 (*ibid.*, § 355).

16 AB, Konsey, Karar 94/697/CFSP (*ibid.*, § 377); ABÖ, Bakanlar Konseyi, Kar. 1650 (LXIV) (*ibid.*, § 380).

17 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz (*ibid.*, § 391).

Bireysel cezai sorumluluğun şekilleri

Bireyler sadece savaş suçu işlemekten ötürü değil, aynı zamanda savaş suçu işlemeye teşebbüs dâhil olmak üzere, desteklemek, kolaylaştırmak, yardım veya teşvik etmekten dolayı da cezai sorumluluk sahibidir. Keza, bir savaş suçunun işlenmesini planlamak veya kışkırtmaktan dolayı da sorumludurlar.¹⁸

Bireysel hukuki mesuliyet

Yakın tarihli uygulamaların savaş suçu mağdurlarına onarımda bulunulmasını desteklediği belirtilmelidir. Bu durum en çok Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde, Mahkeme'ye “mağdurlara yönelik iade, tazminat ve iyileştirme içeren uygun zarar giderimi konusunda sanığa doğrudan talimat ver[me]” yetkisi veren, “Mağdurlara yönelik onarımlar” hakkındaki Madde 75(2) ile belli olmaktadır.¹⁹ Doğu Timor hakkındaki BMDTİY Tüzük No. 2000/30 Mahkeme'ye, yani, Dili'deki Bölge Mahkemesi ve Dili'deki Temyiz Mahkemesi'ne, “kararlarının sanığın mağdura tazminat ödemesi veya onarımda bulunmasını gerektiren bir hüküm içerebilmesi” yetkisini vermektedir.²⁰ Bu durum Statüleri tarafından sadece “ikrah dâhil olmak üzere, suç teşkil eden davranışlarla ele geçirilmiş herhangi mal ve kazançların haklı sahiplerine iadesine hükmetmek” yetkisi öngörülen Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemelerinin yetkilerinden daha da ileri gitmektedir.²¹ Ne var ki, yine de Mahkemelerin Usul ve Delil Kuralları'na göre, “mağdur veya mağdur adına talepte bulunan kişiler, ilgili ulusal yasalar uyarınca, tazminat elde etmek amacıyla bir ulusal mahkeme önüne dava getirebilirler.”²²

BM Genel Sekreteri Afrika'da çatışmanın sebepleri ve sürekli barış ve sürdürülebilir kalkınmanın teşviki hakkındaki bir raporda, savaşan tarafların fiillerinden dolayı daha çok sorumlu tutulabilmeleri için “sivillerin saldırının kasti hedefi haline getirildiği durumlarda savaşanların mağdurlara karşı mali olarak mesul Tutulabilmeleri”ni tavsiye etmiştir.²³ BM İnsan Hakları Komisyonu Ruanda için Özel Temsilcisi Ruanda'daki insan hakları hakkındaki bir raporda, soykırım şüphelilerini yargılamak için kurulan *gacaca* mahkemelerinde “mala karşı suç işlemekten hüküm giyenlerin

18 Bkz., örn., UCM Statüsü, Madde 25 (*ibid.*, § 20); ICTY Statüsü, Madde 7 (*ibid.*, § 48); ICTR Statüsü, Madde 6 (*ibid.*, 53); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6 (*ibid.*, § 26); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 14 (*ibid.*, § 62).

19 UCM Statüsü, Madde 75(2) (*ibid.*, § 416).

20 BMDTİY Tüzük No. 2000/30, Kısım 49(2) (*ibid.*, § 417).

21 ICTY Statüsü, Madde 24(3) (*ibid.*, § 411); ICTR Statüsü, Madde 23(3) (*ibid.*, § 412); Bkz. ayrıca Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Usul ve Delil Kuralları (*ibid.*, §§ 413 ve 418).

22 Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Usul ve Delil Kuralları, Kural 106(B) (*ibid.*, §§ 414 ve 419).

23 BM Genel Sekreteri, Afrika'da çatışmanın sebepleri ve sürekli barış ve sürdürülebilir kalkınmanın teşviki hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 450).

sebebiyet verdikleri zarar için zarar giderim ödemesi beklenecektir” tespitinde bulunmuştur.²⁴

Birçok Devletin ulusal yasaları altında mağdurlar hukuk mahkemeleri önüne de dava getirebilmektedir ve bu tür davaların başarılı şekilde getirildiğine dair bazı örnekler mevcuttur.²⁵ Buna ek olarak, bazı Devletler ulusal yasalarıyla ceza mahkemelerine, savaş suçlarının mağdurları için, mülkiyetin iadesi dâhil olmak üzere, onarıma hükmetme imkânı tanımaktadır.²⁶

Kural 152. Komutanlar ve diğer üstler emirleri uyarınca işlenen savaş suçlarından dolayı cezai sorumluluğa sahiptirler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 43, Kısım B.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Emirleri uyarınca işlenen savaş suçlarından dolayı kişilerin sorumlu olduğuna ilişkin kural, Devletlerin sadece ağır ihlalleri veya ihlalleri ayrı ayrı işleyenleri değil, aynı zamanda bunların işlenmesini emredenleri de yargılamasını gerektiren kural Cenevre Sözleşmelerinde, Kültürel Malvarlığının Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinde ve bunun İkinci Protokolünde yer almaktadır.²⁷ Keza, hepsi uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza

24 BM İnsan Hakları Komisyonu, Ruanda için Özel Temsilci (*ibid.*, § 451).

25 Bkz., örn., İtalya, Livorno'daki Mahkeme ve Floransa Temyiz Mahkemesi, *Ercole davası* (*ibid.*, § 437); Amerika Birleşik Devletleri, İkinci Bölge için Temyiz Mahkemesi ve New York Güney Bölgesi Bölge Mahkemesi, *Karadžić davası* (*ibid.*, §§ 438–439).

26 Bkz., örn., Fransa (*ibid.*, §§ 423 ve 426), Almanya (*ibid.*, § 427), Lüksemburg (*ibid.*, § 428) (el konulan malların ve eşyaların geri iadesi), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 431) (para veya malların iadesi), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 432) ve Yemen'nin (*ibid.*, § 436) (geri iade) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi'nin yasa taslağı (*ibid.*, § 425).

27 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 49 (*ibid.*, § 457); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 50 (*ibid.*, § 457); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 129 (*ibid.*, § 457); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 146 (*ibid.*, § 457); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 28 (*ibid.*, § 458); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 15 (*ibid.*, § 461).

Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri ve Doğu Timor'a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/15 bu kuralı içermektedir.²⁸

Birçok sahra talimnamesi komutanların ve diğer üstlerin emirleri uyarınca işlenen savaş suçlarından dolayı sorumlu olduğunu düzenlemektedir.²⁹ Bu kural ayrıca birçok Devletin yasalarında öngörülmüştür.³⁰ Komutanların emirleri uyarınca işlenen savaş suçlarından dolayı sorumluluğuna ilişkin kuralı teyit eden, Birinci Dünya Savaşı'ndan günümüze kadar gelen ulusal içtihat mevcuttur.³¹ Ek uygulamalar ve resmi beyanlar da mevcuttur.³²

BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu, BM Genel Sekreteri ve Güvenlik Konseyi Kararı 780 (1992) ve 935 (1994) uyarınca Kurulan Uzmanlar Komisyonu bu kuralı hatırlatmıştır.³³

Bu kural Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri önündeki muhtelif davalarda tekrar teyit edilmiştir.³⁴

28 UCM Statüsü, Madde 25(3) (*ibid.*, § 460); ICTY Statüsü, Madde 7(1) (*ibid.*, § 467); ICTR Statüsü, Madde 6(1) (*ibid.*, § 468); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6 (*ibid.*, § 463); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 14(3) (*ibid.*, § 472).

29 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 473), Avustralya (*ibid.*, § 474), Belçika (*ibid.*, § 475), Kamerun (*ibid.*, § 476), Kanada (*ibid.*, §§ 477–478), Kongo (*ibid.*, § 479), Fransa (*ibid.*, §§ 480–481), Almanya (*ibid.*, § 482), İtalya (*ibid.*, § 483), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 4843), Nijerya (*ibid.*, § 485), Güney Afrika (*ibid.*, § 486), İspanya (*ibid.*, § 487), İsviçre (*ibid.*, § 488), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 489–490), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 491–492) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 493) askeri manüelleri.

30 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 494), Ermenistan (*ibid.*, § 496), Azerbaycan (*ibid.*, § 497), Bangladeş (*ibid.*, § 498), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 499), Belçika (*ibid.*, §§ 500–501), Kamboçya (*ibid.*, § 503), Costa Rica (*ibid.*, § 504), Etiyopya (*ibid.*, § 505), Almanya (*ibid.*, §§ 506–507), Irak (*ibid.*, § 508), Lüksemburg (*ibid.*, § 511), Meksika (*ibid.*, § 512), Hollanda (*ibid.*, §§ 513–514), Rusya (*ibid.*, § 516), İsviçre (*ibid.*, § 517) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 518) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 495), Burundi (*ibid.*, § 502), Ürdün (*ibid.*, § 509), Lübnan (*ibid.*, § 510) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 515) taslak mevzuatları.

31 Bkz., örn., Arjantin, Ulusal Temyiz Mahkemesi, *Askeri Cunta davası* (*ibid.*, § 519); Kanada, Aurich'deki Askeri Mahkeme, *Abbaye Ardenne davası*, Askeri Hukuk Danışmanı'nın Beyanı (*ibid.*, § 520); Kanada, Askeri Temyiz Mahkemesi, *Seward davası* (*ibid.*, § 521); Hırvatistan, Zader Bölge Mahkemesi, *Perišić ve Diğerleri* (*ibid.*, § 522); Almanya, Reichsgericht, *Dover Castle davası* (*ibid.*, § 523); Amerika Birleşik Devletleri, Roma'daki Askeri Komisyon, *Dostler davası* (*ibid.*, § 524); Amerika Birleşik Devletleri, Florida Askeri Mahkemesi, *Ford v. García davası* (*ibid.*, § 526).

32 Bkz., örn., Slovenya (*ibid.*, § 531), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 532–533) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 534–535) uygulamaları.

33 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, Kar. 670 (*ibid.*, § 536), Kar. 771 (*ibid.*, § 537), Kar. 780 (*ibid.*, § 538), Kar. 794 (*ibid.*, § 539), Kar. 808 (*ibid.*, § 540), Kar. 820 (*ibid.*, § 541) ve Kar. 1193 (*ibid.*, § 542); BM Güvenlik Konseyi, Başkanın Beyanları (*ibid.*, §§ 543–546); BM Genel Kurulu Kar. 50/193 (*ibid.*, § 547); BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi Kararı 808 Paragraf 2 uyarınca hazırlanan Rapor (1993) (*ibid.*, § 548); Güvenlik Konseyi Karar 780 (1992) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Nihai rapor (*ibid.*, § 549); Güvenlik Konseyi Karar 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Nihai rapor (*ibid.*, § 550).

34 Bkz., örn., ICTR, *AKayesu davası*, Karar (*ibid.*, § 553) ve *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 554); ICTY, *Martić davası*, İddianamenin Değerlendirmesi (*ibid.*, § 556), *Karadžić ve Mladić davası*, İddianamenin Değerlendirmesi (*ibid.*, § 557), *Rajić davası*, İddianamenin Değerlendirilmesi (*ibid.*, § 558), *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 559), *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, § 560), *Kordić ve Čerkez davası*, Karar (*ibid.*, § 561) ve *Krstić davası*, Karar (*ibid.*, § 562).

Bazı uygulamalar belirgin şekilde komutanlar³⁵ veya üstler,³⁶ tarafından verilen emirlere atıfta bulunmakta ise de, başka uygulamalar daha genel olarak herhangi bir kişi tarafından verilen emirlere atıfta bulunmaktadır.³⁷ Uluslararası içtihat, her ne kadar resmi bir ast-üst ilişkisi gerektirmese de, “emir vermenin en azından *de facto* bir ast-üst ilişkisine delalet ettiğine hükmetmiştir.”³⁸

Yorum

Savaş suçu işlemeye yönelik bir emir uyarınca astlar tarafından gerçekleştirilen fiillere ilişkin olarak üç durum ayırt edilmelidir. İlk olarak, savaş suçlarının gerçekten *işlenmesi* durumunda, Devlet uygulamaları kural tarafından belirtildiği üzere, üstün sorumluluğunun mevcudiyeti konusunda açıktır. İkinci olarak, savaş suçlarının gerçekten işlenmediği ancak sadece *teşebbüs* edildiği durumlarda, Devlet uygulamaları üstün sorumluluğunun yine var olduğuna işaret eder niteliktedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü ve Doğu Timor’a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/15, savaş suçu işlemeye yönelik emir vermekten dolayı, suçun fiili olarak işlenmesi veya ona teşebbüs edilmesi durumlarında, üstün sorumluluğunu belirtmektedir.³⁹ Bazı ulusal yasalar, astın sadece suçu işlemeye teşebbüs etmesi halinde de, bir suç işlemeye yönelik emir veren komutanın suçlu olduğunu belirt-

-
- 35 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 474), Kamerun (*ibid.*, § 476), Kongo (*ibid.*, § 479), Fransa (*ibid.*, §§ 480–481), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 484), Nijerya (*ibid.*, § 485), İsviçre (*ibid.*, § 488), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 489) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 491) askeri manüelleri; Arjantin, Ulusal Temyiz Mahkemesi, *Military Junta davası* (*ibid.*, § 519); Amerika Birleşik Devletleri, Roma Askeri Komisyonu, *Dostler davası* (*ibid.*, § 524); Amerika Birleşik Devletleri, Florida Federal Mahkemesi, *Ford García’ya karşı davası* (*ibid.*, § 526); Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 534–535) uygulamaları; Pakistan’ının (*ibid.*, § 530) rapor edilen uygulamaları; ICTY, *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 559)
- 36 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 475), Almanya (*ibid.*, § 482) ve İsviçre’nin (*ibid.*, § 488) askeri manüelleri; Almanya, Reichsgericht, *Dover Castle davası* (*ibid.*, § 523); ICTY, *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 559).
- 37 Bkz., örn., I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 49, ikinci paragraf (*ibid.*, § 457); II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 50, ikinci paragraf (*ibid.*, § 457); III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 129, ikinci paragraf (*ibid.*, § 457); IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 146, ikinci paragraf (*ibid.*, § 457); Kültürel Malvarlığının Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 28 (*ibid.*, § 458); UCM Statüsü, Madde 25(3) (*ibid.*, § 460); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(1) (*ibid.*, § 463); ICTY Statüsü, Madde 7(1) (*ibid.*, § 467); ICTR Statüsü, Madde 6(1) (*ibid.*, 468); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 14(3) (*ibid.*, § 472); Arjantin (*ibid.*, § 473), Kanada (*ibid.*, § 477), İtalya (*ibid.*, § 483), Güney Afrika (*ibid.*, § 486), İspanya (*ibid.*, § 487), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 490) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 493) askeri manüelleri; Slovenya’nın (*ibid.*, § 531) beyanı; BM Güvenlik Konseyi, Kar. 670 (*ibid.*, § 536), Kar. 771 (*ibid.*, § 537), Kar. 780 (*ibid.*, § 538), Kar. 794 (*ibid.*, § 539), Kar. 808 (*ibid.*, § 540), Kar. 820 (*ibid.*, § 541) ve Kar. 1193 (*ibid.*, § 542).
- 38 Bkz., örn., ICTR, *Akayesu davası*, Karar (*ibid.*, § 553) ve *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 554); ICTY, *Kordić ve Čerkez davası*, Karar (*ibid.*, § 561); Bkz. ayrıca Hırvatistan, Zadar Bölge Mahkemesi, *Perišić ve Diğerleri davası* (“muhasamat için emir verebilecek olan mevkide bulunan kişiler”) (*ibid.*, § 522); ICTY, *Martić davası*, İddianamenin Değerlendirilmesi (“siyasi veya askeri mevkileri itibarıyla suç işlenmesi emrini verebilecek olan kişiler”) (*ibid.*, § 556).
- 39 UCM Statüsü, Madde 25(3)(b) (*ibid.*, § 460); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 14(3) (*ibid.*, § 472).

mektedir.⁴⁰ Üçüncü olarak, savaş suçlarının ne işlenmesi ne de onlara teşebbüs edilmesi durumlarında, birkaç Devlet sadece bir savaş suçu işlemeye yönelik emir vermekten dolayı bir komutana cezai sorumluluk atfetmektedir.⁴¹ Ancak çoğu uygulamalar bu gibi durumlarda üstün sorumluluğunun mevcut olmadığına işaret etmektedir. Yine de, açıktır ki, eğer kuralın kendisi bir emrin verilmesinin yasaklanmasından ibaretse, mesela kurtulan kimsenin olmayacağına dair emir vermenin yasaklanması gibi (Bknz. Kural 46), o zaman emir yerine getirilmediyse bile emri veren komutan suçludur.

Kural 153. Komutanlar ve diğer üstler astları tarafından işlenen savaş suçlarından dolayı, astlarının bu tür suçları işlemek üzere olduklarını veya işlediklerini bilmeleri veya bilmeleri gerekmesi halinde ve işlenmelerini engellemek için veya bu tür suçların işlenmesi halinde, sorumlu kişileri cezalandırmak için güçleri dâhilindeki gerekli ve makul her tür tedbiri almamaları durumunda, cezai sorumluluk taşırlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 43, Kısım C.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası silahlı çatışmalar

Astların işlediği savaş suçlarından dolayı komutanların cezai sorumluluğu, komutanların bu tür suçların işlenmesini engellemek veya cezalandırmak için gerekli tedbirleri almadaki başarısızlıklarına dayanan, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır. Bu temele dayanmak suretiyle, İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden muhtelif davalarda bazı komutanlar astları tarafından işlenen savaş suçlarından dolayı suçlu bulunmuşlardır.⁴²

Bu kural, Ek I.Protokol'e ilaveten, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statülerinde de yer almak-

40 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 501), Almanya (*ibid.*, § 507), Lüksemburg (*ibid.*, § 511) ve Hollanda'nın (*ibid.*, § 513) mevzuatları.

41 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 501), Lüksemburg (*ibid.*, § 511) ve Hollanda (*ibid.*, § 513) mevzuatları.

42 Bkz., örn., Birleşik Krallık, Wuppertal'daki Askeri Mahkeme, *Rauer davası* (*ibid.*, § 656); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Von Leeb (Yüksek Komuta Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 657) ve *List (Rehinler Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 658); Amerika Birleşik Devletleri, Yüksek Mahkeme, *Yamashita davası* (*ibid.*, § 659); UAM (Tokyo), *Başlıca Savaş Suçluları Davası* (*ibid.*, §§ 693-700) ve *Toyoda davası* (*ibid.*, § 701).

tadır.⁴³ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki muhtelif davalarda da ayrıca teyit edilmiştir.⁴⁴

Henüz Ek I.Protokol'e taraf olmayan Devletler de dâhil olmak üzere, bazı Devletlerin sahra talimnameleri, askeri talimnameleri ve yasaları astların suçlarından ötürü komutanların sorumluluğunu belirtmektedir.⁴⁵

Bu kural BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından Eski Yugoslavya'daki çatışma hakkındaki kararlarda yeniden anımsatılmıştır.⁴⁶

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uygulamalar daha az kapsamlı ve daha yakın tarihe dayalıdır. Yine de, mevcut olan uygulamalar bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına da uygulandığını tartışmasız şekilde belirtmektedir. Özellikle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri ve Doğu Timor'a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/15 açıkça bu kuralı uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında ele almaktadır.⁴⁷ Bu kuralın ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak olması, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü hakkındaki görüşmeler sırasında herhangi bir tartışmaya sebebiyet vermemiştir.

Hadžihasanović ve Diğerleri davasında Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olarak, üstün sorumluluğu öğretisinin uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak da uygulanabileceğine hükmetmiştir.⁴⁸ Bu kural ayrıca Ruanda hakkındaki

43 Ek I.Protokol, Madde 86(2) (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 569); UCM Statüsü, Madde 28 (*ibid.*, § 574); ICTY Statüsü, Madde 7(3) (*ibid.*, § 581).

44 Bkz., örn., ICTY, *Martić davası*, İddianamenin Değerlendirilmesi (*ibid.*, § 705), *Karadžić ve Mladić davası*, İddianamelerin Değerlendirilmesi (*ibid.*, § 706), *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 707), *Aleksovski davası*, Karar (*ibid.*, § 708), *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, § 709), *Kunarac davası*, Karar (*ibid.*, § 711), *Kordić ve Čerkez davası*, Karar (*ibid.*, § 712), *Krstić davası*, Karar (*ibid.*, § 713) and *Kvočka davası*, Karar (*ibid.*, § 714).

45 Bkz., örn., Birleşik Krallık (*ibid.*, § 613) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 614–618) askeri manüelleri; Bkz. ayrıca İtalya'nın (*ibid.*, § 669) uygulamaları ve Azerbaycan (*ibid.*, § 623), Bangladeş (*ibid.*, § 625), Fransa (*ibid.*, § 633), İtalya (*ibid.*, § 635), Lüksemburg (*ibid.*, § 638), Hollanda (*ibid.*, § 640), İspanya (*ibid.*, § 643), İsveç (*ibid.*, § 645) ve Filipinler'in (*ibid.*, §§ 604–606) mevzuatları.

46 Bkz., örn., BM Genel Kurulu, Kar. 48/143, 50/192 ve 51/115 (*ibid.*, § 680) ve Kar. 49/205 (*ibid.*, § 681); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1994/77 (*ibid.*, § 683).

47 UCM Statüsü, Madde 28 (*ibid.*, § 574); ICTY Statüsü, Madde 7(3) (*ibid.*, § 581); ICTR Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 582); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 577); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 16 (*ibid.*, § 585).

48 ICTY, *Hadžihasanović ve Diğerleri davası*, Birleşik Yetkiye İtiraz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 716). Buna ilişkin olarak, sanıkların ara temyiz başvurusu İstinaf Dairesi tarafından oybirliğiyle reddedilmiştir. Bkz. ICTY, *Hadžihasanović ve Diğerleri davası*, Üstün Sorumluluğuna İlişkin Yetkiye İtiraz eden Ara Temyiz hakkındaki Karar, 16 Haziran 2003, Dava No. IT-01-47-AR72, § 57 (İlk Temyiz Gerekçesi hakkındaki Tasarruf).

Uluslararası Ceza Mahkemesi önüne getirilen çeşitli davalarda da teyit edilmiştir.⁴⁹

Bu kuralı uluslararası silahlı çatışmalar dışındaki durumlara uygulayan ulusal içtihat mevcuttur. 2000 tarihinde Florida'daki bir ABD Federal Mahkemesi, El Salvador'da işlenen yargısız infaz ve işkence fiilleriyle alakalı bir hukuk davası olan *Ford Garcia'ya karşı davasında* bu kuralı uygulamıştır.⁵⁰ Doğu Timor'a ilişkin Ad Hoc İnsan Hakları Mahkemesi, Doğu Timor'daki çatışmayı Cenevre Sözleşmelerine ortak Madde 3 anlamında bir iç çatışma olarak değerlendirdiği 2002 tarihli *Abilio Soares* davasında bu kuralı uygulamıştır.⁵¹ 1995 tarihli *Boland davasında*, bir mahkûmun hayatının bir ast tarafından tehlikeye atılabileceğine dair endişe duymak için gerekli unsurların mevcut olmasına rağmen mahkûmun ölümünü engellemeyi ihmal ettiği gerekçesiyle üst Kanada'nın Askeri Temyiz Mahkemesi tarafından suçlu bulunmuştur.⁵² *Askeri Cunta davasında*, Arjantin'in Temyiz Mahkemesi kararını komutanların işkence ve yargısız infaz faillerini cezalandırmadaki başarısızlıkları üzerine temellendirmiştir.⁵³

Bu etkideki diğer uygulamalar arasında keyfi öldürmelerden suçlu kişilerin üstlerinin cezai sorumluluğunu tespit etmede yargı organlarının başarısızlığına dikkat çeken 1993 tarihinde BM El Salvador için Hakikat Komisyonu'nun raporu yer almaktadır.⁵⁴

Yorum

Bu kural İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden içtihatla ve de Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin içtihatlarında yorumlanmıştır.

Bu kurala, sınırlayıcı olmamakla birlikte, aşağıdaki noktalar dâhildir:

(i) *Sivil komuta otoritesi*. Sadece askeri personel değil, aynı zamanda siviller de savaş suçlarından dolayı, üstün sorumluluğu temelinde mesuliyet sahibidirler. Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1998 tarihli *Akayesu davasında* ve 1999 tarihli *Kayishema ve Ruzindana davasında* ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası ceza Mahkemesi 1998 tarihli *Delalić davasında* bu ilkeyi benimsemiştir.⁵⁵ Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde de bu ilke yer almak-

49 Bkz. ICTR, *Akayesu davası*, Karar (Nakleden: C.II, Böl. 43, § 702) ve *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 703).

50 Amerika Birleşik Devletleri, Florida Federal Mahkemesi, *Ford Garcia'ya karşı davası* (*ibid.*, § 661).

51 Endonezya, Doğu Timor hakkındaki İnsan Hakları Ad Hoc Mahkemesi, *Abilio Soares davası* (*ibid.*, § 654).

52 Kanada, Askeri Temyiz Mahkemesi, *Boland davası* (*ibid.*, § 650).

53 Arjantin, Ulusal Temyiz Mahkemesi, *Askeri Cunta davası* (*ibid.*, § 649).

54 UN El Salvador için Hakikat Komisyon, Rapor (*ibid.*, § 690).

55 ICTR, *Akayesu davası*, Karar (*ibid.*, § 702) ve *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 703); ICTY, *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 707).

tadır.⁵⁶ Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkında Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone hakkında Özel Mahkeme'nin Statüleri, diğer birçok sahra talimnamesi ve ulusal yasalarda olduğu üzere⁵⁷, “üst”⁵⁸ terimine genel olarak atıfta bulunmaktadır.

(ii) *Komutan/ast ilişkisi*. Komutan ile astı arasındaki ilişki mecburen, doğrudan bir *de jure* ilişki olmak durumunda değildir. *De facto* üstün sorumluluğu komutana mesuliyet bağlamak için yeterlidir. Bu husus Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin muhtelif kararlarında tanınmış bir ilkedir.⁵⁹ Mahkemeler suç işlenmesini engelleme ve cezalandırmadaki maddi imkân anlamında temel kıstas olarak, astların fiilleri üzerinde hakiki denetim sahibi olmayı belirlemiştir.⁶⁰ Aynı düşünce Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü Madde 25'e yansıtılmıştır.⁶¹

(iii) *Komutan/üst biliyordu veya bilmesi gerekirdi*. Üstün sorumluluğunun, sadece komutanın/üstün astları tarafından işlenen veya işlenmek üzere olan suçlar hakkında fiili bilgi sahibi olduğu durumlar ile sınırlı olmadığı, fakat yapısal bilginin yeterli olduğu uygulama tarafından teyit edilmiştir. Bu düşünce muhtelif kaynaklarda hafif farklı şekillerde ifade edilmiştir: “bilmesi gerekirdi”⁶², “mevcut şartlar altında [komutanın/üstün] sonuca varmasını sağlayacak bilgiler vardı”,⁶³ komutan/üst “(mevcut şartlar itibarıyla) bilmeliydi”,⁶⁴ komutan/üst “bu bilgileri edin-

56 UCM Statüsü, Madde 28 (*ibid.*, § 574).

57 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 588), Hollanda (*ibid.*, § 599), İsveç (*ibid.*, § 610), Uruguay (*ibid.*, § 619) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 620) askeri manüelleri ve Beyaz Rusya (*ibid.*, § 626), Kamboçya (*ibid.*, § 628), Kanada (*ibid.*, § 629), Estonya (*ibid.*, § 622), Fransa (*ibid.*, § 633), Almanya (*ibid.*, § 634), Hollanda (*ibid.*, § 641), Ruanda (*ibid.*, § 642) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 647) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 621), El Salvador (*ibid.*, § 631) ve Lübnan'ın (*ibid.*, § 637) taslak mevzuatları.

58 ICTY Statüsü, Madde 7(3) (*ibid.*, § 581); ICTR Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 582); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 577).

59 Bkz., örn., ICTR, *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 703); ICTY, *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 707), *Aleksovski davası*, Karar (*ibid.*, § 708), *Bla_ki_ davası*, Karar (*ibid.*, § 709), *Kunarac davası*, Karar (*ibid.*, § 711) ve *Kvočka davası*, Karar (*ibid.*, § 714).

60 Bkz., örn., ICTY, *Delali_ davası*, Karar (*ibid.*, § 707), *Aleksovski davası*, Karar (*ibid.*, § 708) ve *Kvočka davası*, Karar (*ibid.*, § 714).

61 UCM Statüsü, Madde 28 (*ibid.*, § 574).

62 Bkz., örn., ICTY Statüsü, Madde 7(3) (*ibid.*, § 581); ICTR Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 582) ve ilgili içtihat (*ibid.*, §§ 702–716); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(3) (*ibid.*, § 577); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 16 (*ibid.*, § 585); Kanada, *SÇH Manüeli* (*ibid.*, § 591); Kamboçya, *Kızıl Khimer hakkındaki Kanun* (*ibid.*, § 628); BM Genel Sekreteri, taslak ICTY Statüsü hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 685).

63 Bkz., örn., Ek I.Protokol, Madde 86(2) (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 569); Kanada (*ibid.*, § 591), Hollanda (*ibid.*, § 599), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 601), İsveç (*ibid.*, § 610), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 613) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 614–615 ve 617–618) askeri manüelleri; Endonezya, Doğu Timor hakkındaki İnsan Hakları Mahkemesi, *Abilio Soares davası*, İddianame ve Karar (*ibid.*, § 654).

64 Bkz., örn., UCM Statüsü, Madde 28 (*ibid.*, § 574); Avustralya (*ibid.*, § 587), Belçika (*ibid.*, § 588), Kanada (*ibid.*, § 591) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 601) askeri manüelleri; Amerika Birleşik Devletleri, Florida Federal Mahkemesi, *Ford García'ya karşı davası*, Karar (*ibid.*, § 661); Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 676–677) uygulamaları.

mede başarısız olmak suretiyle kusurlu” idi⁶⁵ ve komutan/üst “bilmeyerek cezai anlamda ihmalkâr”dı.⁶⁶ Bu şekiller temel olarak yapısal bilgi kavramını kapsamaktadır.

Askeri komutanlar haricindeki üstler için, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü şu ifadeleri kullanmaktadır: “yolundaki açık bilgileri... bilerek görmezden geldiği”.⁶⁷ Bu standart 1999 tarihli *Kayishema ve Ruzindana davasında* Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından, “bilgisi olması gerekirdi” ifadesini, askeri olmayan komutanlar açısından tanımlamak için kullanılmıştır.⁶⁸

(iv) *Araştırma ve rapor etme*. Savaş suçu işleyen astları cezalandırmadaki ihmal muhtemel suçları *araştırma* ve/veya savaş suçu iddialarını üstlere *rapor etmedeki* başarısızlıklardan kaynaklanabilir. Bu husus Ek I.Protokol ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü’nde düzenlenmiştir.⁶⁹ Bu husus ayrıca birçok sahra talimnamesi, ulusal yasalar, ulusal içtihatlar ve başka uygulamalar açısından standardı teşkil etmektedir.⁷⁰ Güvenlik Konseyi Kararı 780 (1992) uyarınca kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Eski Yugoslavya’da işlenen Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri hakkındaki nihai raporunda üstün sorumluluğunun bu unsurunu hatırlatmıştır.⁷¹

Ne var ki, Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin 2000 tarihli *Blaškić davasındaki* belirlemesine göre; Komutanın, astlarının suç işlemek üzere olduklarını bilmesi halinde veya bilmesi gerektiği durumlarda, önceliği bu suçların işlenmesinin engellenmesine vermesi gerekmektedir ve “sonradan astları cezalandırmak suretiyle harekete geçmedeki ihmali telafi edemeyecektir”.⁷²

(v) *Gerekli ve makul tedbirler*. 1998 tarihli *Delalić davasında* “gerekli ve makul tedbirler” ifadesi Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi

65 Bkz., örn., UAM (Tokyo), *Başlıca Savaş Suçları Davası* (*ibid.*, § 693).

66 Bkz., örn., Kanada, *İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu* (*ibid.*, § 629).

67 UCM Statüsü, Madde 28(b)(i) (*ibid.*, § 574).

68 ICTR, *Kayishema ve Ruzindana davası*, Karar (*ibid.*, § 703).

69 Ek I.Protokol, Madde 87(1) (*ibid.*, § 570); UCM Statüsü, Madde 28(a)(ii) ve (b)(iii) (*ibid.*, § 574).

70 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 724), Avustralya (*ibid.*, §§ 725–726), Benin (*ibid.*, § 727), Kanada (*ibid.*, §§ 728–729), Kolombiya (*ibid.*, § 730), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 731), El Salvador (*ibid.*, § 732), Almanya (*ibid.*, § 733), Hollanda (*ibid.*, §§ 734–735), Nijerya (*ibid.*, § 736), Peru (*ibid.*, § 737), Filipinler (*ibid.*, § 738), Güney Afrika (*ibid.*, §§ 739–740), İsveç (*ibid.*, §§ 610 ve 741), Togo (*ibid.*, § 742) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 743–744) askeri manüelleri, Arjantin (*ibid.*, § 621), Kanada (*ibid.*, 729), Mısır (*ibid.*, § 630), Almanya (*ibid.*, § 745), Hindistan (*ibid.*, § 746), Ukrayna (*ibid.*, § 646), Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 647) mevzuatları ve Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 750–752) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 753) uygulamaları.

71 Güven Konseyi Kararı 780 (1992) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Nihai rapor (*ibid.*, §§ 689 ve 754).

72 ICTY, *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, § 709).

tarafından kişinin gücü zarfındaki tedbirler ile sınırlı şekilde yorumlanmıştır, zira kimse imkânsız yerine getirmekle mecbur bırakılamaz.⁷³

2001 tarihli *Kvočka davasında* Mahkeme, savaş suçu şüphelilerinin cezalandırılmasını sağlamaya yönelik gerekli ve makul tedbirler bağlamında üstün zorunlu olarak cezaı infaz etmek durumunda olmadığı, ancak “disiplin sürecinde önemli adımlar atması gerek[tiği]” hükmüne varmıştır.⁷⁴ 2000 tarihli *Blaškić davasında* Mahkeme, “komutan, belirli şartlar altında, bir suçu önleme veya cezalandırma yükümlülüğünü meseleyi yetkili makama rapor etmek suretiyle ifa edebilir” sonucuna varmıştır.⁷⁵

Kural 154. Her savaşın açıkça hukuka aykırı bir emre uymama görevi vardır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 43, Kısım D.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda verilen emirlere uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Açıkça hukuka aykırı emir

Bu kural uluslararası insancıl hukuka riayet etme görevinden (Bknz. Kural 139) doğmaktadır ve fiilin açıkça hukuka aykırı niteliği sebebiyle astın emredilen fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerektiği durumlarda, savaş suçları açısından üstün emirlerine uymanın bir savunma teşkil etmeyeceğine dair kuralın (Bknz. Kural 155) bir sonucudur. Üstün emirlerinin açıkça hukuka aykırı olması halinde savunma teşkil edemeyeceğine hükmetmek suretiyle, muhtelif mahkemeler kararlarını bu emirlere uyulmaması gerektiği gerçeği üzerine kurmuşlardır.⁷⁶

Üstün emri savunmasına ilişkin uygulamaya ek olarak, açıkça hukuka aykırı bir emre uymama görevini ve aksinin bir savaş suçu teşkil edeceğini belirten uygulama-

73 ICTY, *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 707).

74 ICTY, *Kvočka davası*, Karar (*ibid.*, § 714).

75 ICTY, *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, §§ 709 ve 757).

76 Bkz., örn., Belçika, Brüksel Askeri Mahkeme, *Çavuş W. davası* (*ibid.*, § 820); İsrail, Merkez Yargı Bölgesi Askeri Bölge Mahkemesi ve Askeri Temyiz Mahkemesi, *Ofır, Malinki ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 825); Hollanda, Amsterdam Özel Mahkemesi, *Zühlke davası* (*ibid.*, § 827); Amerika Birleşik Devletleri, Ordu Askeri Temyiz Mahkemesi, *Calley davası* (*ibid.*, § 829).

lar, birçok Devletin sahra talimnamelerinde, yasalarında ve resmi beyanlarında mevcuttur.⁷⁷ Bu kural ulusal içtihat ile teyit edilmiştir.⁷⁸

Bu uygulamalar, açıkça hukuka aykırı bir emir uyarınca savaş suçu işleyen bir astın bu emri bir savunma olarak sunamayacağı ve o suçtan dolayı suçlu olmaya devam edeceği gerçeğiyle birlikte ele alındığında (Bknz. Kural 155), bu tür bir emre uymama görevinin de olduğu anlamına gelir.

Hukuka aykırı emirler

Açıkça olmamakla birlikte, hukuka aykırı bir emre uymayan bir savaşının durumuna ilişkin olarak uygulama belirsizdir. Birçok ülke askeri hukuklarında “yasal” veya “meşru” emirlere uymanın bütün astların görevi olduğunu ve uymamanın cezalandırılabilir bir suç teşkil ettiğini belirtmektedir.⁷⁹ Bu husus astların hukuka aykırı emirlere uymamaları gerektiğini ima eder şekilde yorumlanabilmekle birlikte, bu tür bir yükümlülüğü belirten herhangi bir uygulama bulunamamıştır. Hukuka aykırı bir emre uymama hakkını öngören bazı uygulamalar tespit edilmiştir.⁸⁰ Hukuka aykırı bir emre uymamak, ulusal hukuk altında, cezai sorumluluk doğurmamalıdır, zira astların sadece hukuka uygun emirlere uyma görevleri vardır.⁸¹

77 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 766), Belçika (*ibid.*, § 767), Kamerun (*ibid.*, §§ 769–770), Kanada (*ibid.*, § 771), Kongo (*ibid.*, § 772), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 773), El Salvador (*ibid.*, § 774), Fransa (*ibid.*, § 775), Almanya (*ibid.*, §§ 776 and 916), İtalya (*ibid.*, § 777), Hollanda (*ibid.*, § 778), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 779), Ruanda (*ibid.*, § 782), Güney Afrika (*ibid.*, §§ 783–784 and 886), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 785) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 788) askeri manüelleri, Belçika (*ibid.*, § 796), Almanya (*ibid.*, § 803), Güney Afrika (*ibid.*, § 814), İspanya’nın (*ibid.*, §§ 816 and 932) mevzuatları, Hindistan (*ibid.*, § 981), Filipinler (*ibid.*, § 843), İspanya’nın (*ibid.*, § 845) rapor edilen uygulamaları, İsrail (*ibid.*, § 984), İtalya (*ibid.*, § 838) ve Ürdün’ün (*ibid.*, § 839) beyanları ve Kuveyt’in (*ibid.*, §§ 840 and 987) uygulamaları.

78 Bkz., örn., Belçika, Brüksel Askeri Mahkemesi, *Çavuş W. davası* (*ibid.*, § 820); Şili, Santiago Divanı Harp, *Guzmán ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 822); Kolombiya, Anayasa Mahkemesi, *Anayasal Dava No. T-409* ve *Anayasal Dava No. C-578* (*ibid.*, § 823); İsrail, Merkez Yargı Bölgesi Askeri Bölge Mahkemesi ve Askeri Temyiz Mahkemesi, *Ofet, Malinki ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 825); İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, Askeri Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi, *Hass ve Priebke davası* (*ibid.*, § 826); Hollanda, Amsterdam’daki Özel Mahkeme, *Zühke davası* (*ibid.*, § 827); Amerika Birleşik Devletleri, Ordu Askeri Temyiz Mahkemesi, *Calley davası* (*ibid.*, § 829).

79 Bkz., örn., Ermenistan (*ibid.*, § 792), Avustralya (*ibid.*, § 793), Brezilyaya (*ibid.*, § 797), Şili (*ibid.*, § 798), Hırvatistan (*ibid.*, § 799), Mısır (*ibid.*, § 801), Hindistan (*ibid.*, § 804), Ürdün (*ibid.*, § 805), Kenya (*ibid.*, § 806), Malezya (*ibid.*, § 807), Nijerya (*ibid.*, § 808), Pakistan (*ibid.*, § 809), Peru (*ibid.*, § 811) ve Filipinler’in (*ibid.*, § 781) mevzuatları ve Mısır (*ibid.*, § 834), Hindistan (*ibid.*, § 835) ve Pakistan’ın (*ibid.*, § 842) rapor edilen uygulamaları.

80 Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 830), Küba (*ibid.*, § 833) ve Mısır’ın (*ibid.*, § 834) uygulamaları.

81 Bkz., örn., Ermenistan (*ibid.*, § 792), Avusturya (*ibid.*, § 794), Polonya (*ibid.*, § 812), İspanya (*ibid.*, § 816) ve Tacikistan’ın (*ibid.*, § 818) mevzuatları. Bir emri, hukuka uygun ve aykırı bir emir ayrımı yapmadan, icra etmemeyi cezalandırılabilir bir suç olarak düzenleyen uygulamalar belirgin değildir. Bkz., örn., Beyaz Rusya (*ibid.*, § 795, ancak Bkz. § 904), Küba (*ibid.*, § 800, ancak Bkz. § 833) ve Rusya’nın (*ibid.*, § 813, ancak Bkz. § 844) mevzuatları.

Muhalif silahlı gruplar

Yukarıda bahsedildiği üzere, bu kural uluslararası insancıl hukuka riayet etme görevinden (Bknz. Kural 139) doğmaktadır ve fiilin açıkça hukuka aykırı niteliği sebebiyle emredilen fiilin hukuka aykırı olduğunu astın bilmesi gerektiği durumlarda, üstün emirlerine uymanın savaş suçları açısından bir savunma teşkil etmeyeceğine dair kuralın da (Bknz. Kural 155) bir sonucudur ki her iki kural da Devlet silahlı kuvvetlerine ve muhalif silahlı gruplara eşit şekilde uygulanmaktadır. Yine de, bu sonucu teyit edecek herhangi belirgin bir uygulamaya rastlanmamıştır, zira bu kurala atıfta bulunan sahra talimnameleri, ulusal yasalar ve içtihat esas olarak Devlet silahlı kuvvetlerinin mensuplarına ilişkindir.

Kural 155. Verilen emrin hukuka aykırı olduğunu astın bilmesi veya emredilen fiilin açıkça hukuka aykırı doğası gereği bilmesinin gerekmesi durumunda, üstün emirlerine uymak astı cezai sorumluluktan kurtarmaz,

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 43, Kısım E.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına ilişkin olarak uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir. Bu kural, bu çalışma tarafından ele alınmayan, ikrah gibi, diğer savunmaların varlığına halel getirmemektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Üstün emirlerinin bir savunma teşkil etmeyeceğine dair kural Nürnberg ve Tokyo'daki Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartlarında ortaya konmuştur.⁸²

ICRC, Ek I.Protokol'ün görüşmeleri sırasında kişinin "Sözleşmelerin veya işbu Protokol'ün ağır bir ihlalini işlediğini makul şekilde bilmesi gerektiği" hallerde üstün emirleri savunmasını yasaklayan bir taslak madde sunmuştur. Bu teklif kabul edilmemiş, ancak Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartlarında dile getirilen ilkeye karşı da çıkmamıştır.⁸³

Taslağın kabul edilmemesinin sebepleri farklılaşmaktadır, ancak esas olarak Devletler, taslak kuralın fazla dar şekilde ağır ihlallerle sınırlı kalmasından ve astların itaat görevi altında olduğu gerçeği karşısında taslağın mesuliyeti açıkça hukuka

82 UAM Şartı (Nürnberg), Madde 8 (*ibid.*, § 855); UAM Şartı (Tokyo), Madde 6 (*ibid.*, § 863).

83 Bkz. YMTK'nın uygulamaları (*ibid.*, § 856).

aykırı fiillerle sınırlandırmamasından doğan problemleri dile getirmişlerdir.⁸⁴ Aşağıda belirtildiği üzere, Ek Protokollerin kabul edildiği Diplomatik Konferans'tan beri görülen uygulamalar, üstün emrinin bir savunma teşkil etmeyeceğine dair kuralın teamül niteliğini teyit etmektedir.

Üstün emrinin savunma teşkil etmeyeceğine dair kural Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin, Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statülerinde ve Doğu Timor'a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/15'de yeniden belirtilmiştir.⁸⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde bu hususa ilişkin şartlar belirli ölçüde belirtilmiştir: Emrin hukuka aykırı olduğunu kişinin bildiği veya emrin açıkça hukuka aykırı olduğu durumlarda emre uymak bir savunma teşkil etmez.⁸⁶ İşkence'ye karşı Sözleşme ve Kişilerin Zorla Kaybettirilmesine ilişkin Amerikalılar arası Sözleşmesi de üstün emirlerinin bir savunma teşkil etmeyeceğini bildirmektedir.⁸⁷

Muhtelif sahra talimnameleri ve birçok Devletin yasaları, failin emredilen fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya bilmesi gerektiği durumlarda üstün emrinin bir savunma teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir.⁸⁸ Başka sahra talimnameleri ve ulusal yasalar açıkça hukuka aykırı olan fiillere ilişkin durumlarda belirgin bir manevi unsur dile getirilmeden bu savunmayı dışlamaktadır.⁸⁹ Yine de, fiilin açıkça hukuka aykırı olduğu durumlarda, gerçekten bilmesede, en azından emredilen fiilin hukuka aykırı olduğunu astın bilmesi gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Bazıları uluslararası olmayan silahlı çatışmaları ilgilendiren, yakın tarihli davalardaki muhtelif kararlar temelde bu aynı sonuca ulaşmıştır.⁹⁰ Açıkça hukuka aykırı fiillere

84 Bkz., örn., Arjantin (*ibid.*, § 974), Kanada (*ibid.*, § 977), İsrail (*ibid.*, § 984), Meksika (*ibid.*, § 988), Norveç (*ibid.*, § 991), Polonya (*ibid.*, § 992), İspanya (*ibid.*, § 995), Syria (*ibid.*, § 997), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 999), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 1002), Uruguay (*ibid.*, § 1004) ve Yemen'in (*ibid.*, § 1006) beyanları.

85 UCM Statüsü, Madde 33 (*ibid.*, § 860); ICTY Statüsü, Madde 7(4) (*ibid.*, § 869); ICTR Statüsü, Madde 6(4) (*ibid.*, 870); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(4) (*ibid.*, 861); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 21 (*ibid.*, 873).

86 UCM Statüsü, Madde 33 (*ibid.*, § 860).

87 İşkence Sözleşmesi, Madde 2 (*ibid.*, § 857); Kişilerin Zorla Kaybettirilmesine ilişkin İnter-Amerikan Sözleşmesi, Madde VIII (*ibid.*, § 858).

88 Bkz., örn., Almanya (*ibid.*, § 881), Güney Afrika (*ibid.*, § 886), İsviçre (*ibid.*, § 889), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 892–893 and 895) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 897) askeri manüelleri Beyaz Rusya (*ibid.*, § 904), Mısır (*ibid.*, § 910), Etiyopya (*ibid.*, § 913), Almanya (*ibid.*, §§ 916–918), Irak (*ibid.*, § 919), Lüksemburg (*ibid.*, § 923), Hollanda (*ibid.*, § 924), Polonya (*ibid.*, § 929), Slovenya (*ibid.*, § 931), İsviçre (*ibid.*, § 936), Yemen (*ibid.*, § 940) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 941) mevzuatları.

89 Bkz., örn., Kamerun (*ibid.*, § 875), Kanada (*ibid.*, §§ 876–877), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 879), Peru (*ibid.*, § 885) ve Güney Afrika (*ibid.*, § 887) askeri manüelleri ve Arnavutluk (*ibid.*, § 898), Brezilyaya (*ibid.*, § 906), Fransa (*ibid.*, § 914), İsrail (*ibid.*, § 920), Hollanda (*ibid.*, § 925), Peru (*ibid.*, § 927), Ruanda (*ibid.*, § 930) ve İspanya'nın (*ibid.*, §§ 932–934) mevzuatları.

90 Bkz., örn., Arjantin Ulusal Temyiz Mahkemesi, *Askeri Junta davası* (*ibid.*, § 942); Avusturya, Yüksek Mahkeme, *Leopold davası* (*ibid.*, § 944); Belçika, Brüksel Askeri Mahkeme, *Çavuş W. davası* (*ibid.*, § 945); Belçika Yargıtay Mahkemesi, *V. C. davası* (*ibid.*, § 946); Belçika, Askeri Mahkeme, *Kalid davası* (*ibid.*, § 947); Bosna Hersek, Sırp Cumhuriyeti, Modrića Yerel Mahkeme,

ilişkin olarak herhangi bir karşı uygulama mevcut değildir. Ancak, sadece emredilen fiilin hukuka aykırılığına atıfta bulunup, bu hukuka aykırılığı bilme zorunluluğunu içermeyen uygulamalar uluslararası teamül hukukunun bir kuralını oluşturabilecek derecede yaygın ve yeknesak değildir.

Cezanın hafifletilmesi

Mahkeme tarafından adaletin bunu gerektirdiğine kanaat getirilmesi durumunda, savaş suçunu işlemeye yönelik bir emre uymanın cezalandırmada hafifletici bir sebep olarak dikkate alındığına dair kapsamlı uygulama mevcuttur. Bu uygulamalara Nürnberg ve Tokyo'daki Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartları, Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri ve Doğu Timor'a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/15 dâhildir.⁹¹

Buna ek olarak, sahra talimnamelerinde, ulusal yasalarda ve resmi beyanlarda yer alan, bu etkiye sahip, kapsamlı Devlet uygulamaları da mevcuttur.⁹² Yine de, bu hususta bazı Devletler cezanın hafifletilmesini açıkça hukuka aykırı emirler uyarınca işlenen ihlaller durumunda hariç tutmaktadırlar.⁹³

BM Genel Sekreteri, BM Güvenlik Konseyi'ne yönelik 1993 tarihli Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin taslak Statüsü hakkındaki

Halilović davası (ibid., § 948); Kanada, Yüksek Mahkeme, Finta davası (ibid., § 949); Almanya, Reichsgericht, Llandovery Castle davası (ibid., § 954); Almanya, Federal Yüksek Mahkeme, Astin Sorumluluğu davası (ibid., § 955); İsrail, Merkez Yargı Bölgesi Askeri Bölge Mahkemesi ve Askeri Temyiz Mahkemesi, Ofer, Malinki ve Diğerleri davası (ibid., §§ 956–957); İsrail, Yüksek Mahkeme, Eichmann davası (ibid., § 958); İtalya, Verona'daki Askeri Mahkeme, Schintlholzer davası (ibid., § 959); İtalya, Roma Askeri Mahkemesi ve Yüksek Yargıtay Mahkemesi, Priebke davası (ibid., § 960); Hollanda, Amsterdam'daki Özel Mahkeme, Zühlke davası (ibid., § 961); Nijerya, Yüksek Mahkeme, Nwaoga davası (ibid., § 963); Filipinler, Yüksek Mahkeme, Margen davası (ibid., § 964); Güney Afrika, Temyiz Birimi, Werner davası (ibid., § 965); Birleşik Krallık, Lüneberg'deki Askeri Mahkeme, Auschwitz ve Belsen davası (ibid., § 966); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, Krupp davası (ibid., § 967), Krauch (I.G. Farben Trial) davası (ibid., § 968) ve Von Leeb davası (Yüksek Komuta Yargılaması) (ibid., § 969); Amerika Birleşik Devletleri, Wiesbaden'deki Askeri Komisyon, Hadamar Sanatorium davası (ibid., § 970); Amerika Birleşik Devletleri, Ordu Disiplin Kurulu, Griffen davası (ibid., § 971); Amerika Birleşik Devletleri, Ordu Temyiz Mahkemesi, Calley davası (ibid., § 972).

91 UAM Şartı (Nürnberg), Madde 8 (ibid., § 855); UAM Şartı (Tokyo), Madde 6 (ibid., 863); ICTY Statüsü, Madde 7(4) (ibid., § 869); ICTR Statüsü, Madde 6(4) (ibid., § 870); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 6(4) (ibid., § 861); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 21 (ibid., 873).

92 Bkz., örn., Kanada (ibid., § 876), Yeni Zelanda (ibid., § 883), Nijerya (ibid., § 884), İsviçre (ibid., § 889), Birleşik Krallık (ibid., § 890) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ibid., §§ 892–893 ve 895) askeri manüelleri, Avustralya (ibid., § 901), Bangladeş (ibid., § 903), Şili (ibid., § 908), Kongo (ibid., § 909), Etiyopya (ibid., § 913), Fransa (ibid., §§ 914–915), Almanya (ibid., § 916), Nijer (ibid., § 926) ve İsviçre (ibid., § 936) mevzuatları ve Kanada (ibid., § 977), İsrail (ibid., § 983) ve Polonya'nın (ibid., § 992) beyanları.

93 Bkz., örn., Kanada (ibid., § 876) ve Yeni Zelanda (ibid., § 883) askeri manüelleri ve İspanya'nın (ibid., § 932) mevzuatları.

raporunda, üstün emirlerine uyma hallerinde cezanın hafifletilmesi imkânına atıfta bulunmuştur.⁹⁴ Benzer bir nokta, Ruanda'da işlenen uluslararası insancıl hukukun ihlallerini incelemek için Güvenlik Konseyi 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu'nun nihai raporunda da mevcuttur.⁹⁵

94 BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi Kararı 808 (1993) Paragraf 2 uyarınca hazırlanan Rapor (*ibid.*, § 1009).

95 Güvenlik Konseyi Karar 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Nihai rapor (*ibid.*, § 1012).

SAVAŞ SUÇLARI

Kural 156. Uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri savaş suçu teşkil eder.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım A.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü savaş suçlarını, *inter alia*, “uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukuk ve teamüllerin ciddi ihlalleri” ve “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukuk ve teamüllerin ciddi ihlalleri” olarak tanımlamaktadır.¹

Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri ve Doğu Timor'a ilişkin BMDTİY Tüzük No. 2000/18 de uluslararası insancıl hukukun “ciddi” ihlalleri üzerinde yargı yetkisi öngörmektedir.² Eski Yugoslavya Hakkındaki Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi 2001 tarihli *Delalić davasında*, Mahkeme'nin üzerinde yargı yetkisine haiz olduğu savaşın hukuk ve teamüllerinin ihlallerini sıralayan Statününün 3. Maddesini yorumlarken, “savaşın hukuku ve teamülleri” ifadesinin, Maddede yazılı olanlara ek olarak, savaşın *bütün* hukuk ve teamüllerini içerdiğini

1 UCM Statüsü, Madde 8 (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 3).

2 ICTY Statüsü, Madde 1 (*ibid.*, § 11); ICTR Statüsü, Madde 1 (*ibid.*, § 14); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 1(1) (*ibid.*, § 5); BMDTİY Tüzük No. 2000/15, Kısım 6(1) (*ibid.*, § 16).

belirtmiştir.³ “İhlal” ile birlikte kullanılan “ciddi” sıfatı muhtelif Devletlerin sahra talimnameleri ve yasalarında bulunmaktadır.⁴

İhlallere yönelik “ciddi” sıfatını içermeyen ve savaş suçlarını savaşın hukuku ve teamüllerinin herhangi bir ihlali olarak tanımlayan uygulamalar da mevcuttur.⁵ Keza, bazı Devletlerin sahra talimnameleri ve yasaları uluslararası insancıl hukukun ihlallerinin savaş suçu teşkil edebilmesi için ciddi olmasını gerektirmemektedir.⁶ Ancak, bu uygulamaların çoğunun tipik olarak hırsızlık, sebepsiz yok etme ve kötü muamele gibi fiillere atıfta bulunan savaş suçu listeleri şeklinde tezahür etmesi, aslında bu Devletlerin de savaş suçlarını uluslararası insancıl hukukun daha ciddi ihlalleri ile sınırlı tuttuğuna delalet etmektedir.

İhlalin ciddi niteliği

Ulusal yasalar ve içtihatlarla ek olarak, çeşitli antlaşmalar ve diğer uluslararası metinlerde bulunan güncel savaş suçları listelerinin çıkarımsal bir analizi, uygulamada ihlallerin korunan kişileri veya malları tehlikeye atmaları ya da önemli değerleri ihlal etmeleri durumunda ağır, böylece savaş suçu olarak ele alındığını göstermektedir.

(i) *Davranış korunan kişi veya malları tehlikeye atmaktadır.* Savaş suçlarının çoğunluğu ölüm, yaralama, yok etme ya da mülkiyetin hukuk dışı alımını içermektedir. Ancak, savaş suçu oluşturması için davranışların hepsinin korunan kişi veya mallara fiili zarar ile sonuçlanması gerekmemektedir. Bu husus Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları'nın taslağının hazırlanması sırasında belirginleşmiştir. Mesela, saldırının ölüm veya ciddi yaralanma ile sonuçlanmasına beklenmedik bir şeyin engel olması durumunda bile sivillere veya sivil mallara saldırı başlatmanın yeterli olduğuna karar verilmiştir. Bu durum mesela, silah sisteminin başarısızlığa uğraması sebebiyle hedefin vurulamaması halinde, sivil nüfusa veya sivil bireylere karşı saldırı başlatma olabilir. Aynı şey korunan kişilerin tıbbi deneylere tabi tutulması durumu için de geçerlidir –fiilin savaş suçu teşekkül etmesi için bilfiil yaralama gerekmemektedir; bu nitelikte bir davranış ile kişinin hayat veya sağlığını tehlikeye atmak yeterlidir.⁷

3 ICTY, *Delalić davası*, Karar, (*ibid.*, § 111).

4 Bkz., örn., Kolombiya (*ibid.*, § 21), Hırvatistan (*ibid.*, § 22), Fransa (*ibid.*, §§ 24–25), İtalya (*ibid.*, § 30) ve İspanya'nın (*ibid.*, § 36) askeri manüelleri ve Kongo (*ibid.*, § 56), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 70) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 71) mevzuatları; Bkz. ayrıca Hollanda'nın bildirilen uygulamaları (*ibid.*, § 93).

5 Birinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Sorumluluk hakkındaki Komisyon'un Raporu (*ibid.*, § 6); UAM Şartı (Nürnberg), Madde 6(b) (*ibid.*, § 1); UAM Şartı (Tokyo), Madde 5(b) (*ibid.*, § 8); Müttefik Denetim Konseyi Kanunu No. 10, Madde II (*ibid.*, § 7).

6 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 18), Kanada (*ibid.*, § 20), İsrail (*ibid.*, § 29), Hollanda (*ibid.*, § 32), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 33), Nijerya (*ibid.*, § 34), Güney Afrika (*ibid.*, § 35), İsviçre (*ibid.*, § 38), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 39) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 40 ve 43) askeri manüelleri ve Bangladeş (*ibid.*, § 48), Hollanda (*ibid.*, § 69), İspanya (*ibid.*, § 73) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 74) mevzuatları; Bkz. ayrıca İran'ın bildirilen uygulamaları (*ibid.*, § 91).

7 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 130 ve 233.

(ii) *Davranış önemli değerleri ihlal etmektedir.* Doğrudan kişi veya malları fiziki tehlikeye atmadan da, önemli değerleri ihlal etmeleri sebebiyle fiiller savaş suçu teşkil edebilir. Bu durumlara örnek olarak, cesetlerin istismar edilmesi;⁸ kişileri aşağılayıcı muameleye tabi tutmak;⁹ kişileri düşmanın askeri faaliyetlerine doğrudan yardımcı olan işlerde çalışmak durumunda bırakmak;¹⁰ adil yargılanma hakkının ihlali¹¹ ve 15 yaşından küçük çocukların silahlı kuvvetlere alınması¹² dâhildir.

Eski Yugoslavya hakkındaki Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi 1995 tarihli *Tadić davasındaki* ara temyizde bir suçun Mahkeme önünde kovuşturmaya konu olabilmesi için “ihlalin ciddi olması, diğer bir ifadeyle, önemli değerleri koruyan bir kuralın ihlalini oluşturması ve ihlalin mağdur açısından ağır sonuçlar doğurması gerektiğini” beyan etmiştir. Bu çözümlmeyi açıklamak için, işgal altındaki topraklarda özel kişiye ait bir parça ekmeğin bir savaşan tarafından alınmasının Lahey Düzenlemeleri Madde 46 (1)'yi ihlal edeceğini, ancak bunun uluslararası insancıl hukukun bir “ciddi” ihlalini oluşturmayacağını belirtmek suretiyle eklemeye bulunmuştur.¹³ Yukarıda atıfta bulunulan savaş suçları örneklerinden de görülebileceği üzere, önemli değerleri koruyan kuralların ihlalleri ekseriyette mağdurda ıstırap ve endişe ile sonuçlanmakla birlikte, bu husus, ihlalin ölüm veya fiziki yaralanma ile sonuçlanması, hatta böyle bir riskin varlığının gerektiği anlamına gelmemektedir.

Uluslararası hukuk altında bireysel cezai sorumluluk doğuran ihlaller. Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi 1995 tarihli *Tadić davasındaki* ara temyizde, “teamül ve antlaşma hukuku altında, bir [ulusla-

-
- 8 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri, Dachau'daki Genel Askeri Hükümet Mahkemesi, *Schmid davası* (Nakleden: C.II, Böl. 35, § 111) (bir savaş esirinin cesedinin götürüm edilmesi ve şereflice gömülmenin reddi savaş suçu teşkil ettiğine dair); Bkz. ayrıca Avustralya, Wewak'daki Askeri Mahkeme, *Takehiko davası* (*ibid.*, § 106); Avustralya, Rabaul'daki Askeri Mahkeme, *Tisato davası* (*ibid.*, § 107); Amerika Birleşik Devletleri, Yokohama'daki Askeri Komisyon, *Kikuchi ve Mahuchi davası* (*ibid.*, § 109); Amerika Birleşik Devletleri, Mariana Adalarındaki Askeri Komisyon, *Yochio ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 110).
- 9 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri, Floransa'daki Askeri Komisyon, *Maelzer davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 297) (eski bir zafer alayında olduğu üzere savaş esirlerinin Roma'nın sokaklarında yürümeye zorlanmasına ilişkin olarak); Avustralya, Rabaul'daki Askeri Mahkeme, *Tanaka Chuichi davası* (*ibid.*, § 3883) (Sikh savaş esirlerinin, dinlerine aykırı şekilde, saçlarının ve sakallarının zorla kesilmesi ve bir seferinde sigara içmeye zorlanmasına ilişkin olarak); Bkz. ayrıca UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xxi).
- 10 Bkz. Fransa, Almanya'daki Fransız İşgal Bölgesi için Askeri Hükümetin Rastadt'daki Genel Mahkemesi, *Roechling davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1861); Hollanda, Makkasar Geçici Askeri Mahkemesi, *Koshiro davası* (*ibid.*, § 1863); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Krauch (I. G. Farben Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 1870); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Von Leeb (Yüksek Komuta Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 1872); Bkz. also UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xv).
- 11 Bkz. Avustralya, Rabaul'daki Askeri Mahkeme, *Ohashi davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2957); Amerika Birleşik Devletleri, Shanghai'daki Askeri Komisyon, *Sawada davası* (*ibid.*, § 2961); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Altstötter (Adalet Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 2964); Bkz. ayrıca UCM Statüsü, Madde 8(2)(a)(vi) ve (c)(iv).
- 12 Bkz. UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xxvi) ve (e)(vii).
- 13 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 106).

rarası insancıl hukuk] kuralının ihlali, kuralı ihlal eden kişi açısından bireysel cezai sorumluluk gerektirir” beyanında bulunmuştur.¹⁴ Bu yaklaşım, Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemeleri tarafından, Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri haricindeki uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri hakkındaki içtihatlarında istikrarlı şekilde benimsenmiştir.¹⁵ Mesela, Ek I.Protokol’ün ağır ihlalleri haricindeki ciddi ihlallere ilişkin olarak, Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi ilgili ihlalin ağır ihlal olarak sayılıp sayılmadığına bakmaksızın, bu tür bir ihlalin uluslararası teamül hukuku altında bireysel cezai sorumluluk doğurup doğurmadığı veya Ek I.Protokol’ün bireysel cezai sorumluluk öngörüp öngörmediği incelemesini gerektirmiştir.¹⁶

Bu uygulama bir Devletin kendi ulusal hukuku altında uluslararası insancıl hukukun başka ihlallerini savaş suçu olarak tanıması ihtimalini dışlamamaktadır. Ancak, bu yola başvurma sonuçları ulusal kalmakta ve bu suçları bastırma yükümlülüğünün uluslararasılaşması ve bunlar açısından evrensel yargı yetkisinin tesisi söz konusu olmamaktadır

Evvel ki uygulamalar bir mahkeme tarafından belirli bir fiilin savaş suçu teşkil ettiğine karar verilebilmesi için o fiilin uluslararası toplum tarafından açıkça savaş suçu olarak tanınmış olmasının aranmadığına işaret eder niteliktedir. Bu durum Nürnberg’deki ve Tokyo’daki Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartları’nda yer almayan, adil yargılamanın eksikliği;¹⁷ cesetlerin istismarı;¹⁸ savaş esirlerinin dini hassasiyetlerine saldırı¹⁹ ve Kızılhaç ambleminin istismarı²⁰ gibi savaş suçları sebebiyle sanıkların suçlu bulunduğu ulusal mahkemelerin kararları tarafından ortaya konmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki ulusal uygulamalar göstermiştir ki, örf adet hukuku geleneğini benimseyen Devletler kişileri uluslararası hukuk temelinde

14 Bkz. ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz(*ibid.*, § 106).

15 Bkz. ICTY, *Tadić davası*, Karar (*ibid.*, § 107), *Blaškić davası*, Karar (*ibid.*, § 112), *Kordić ve Čerkez davası*, Karar (*ibid.*, § 120), *Furundžija davası*, Karar (*ibid.*, § 110), *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 109), *Kunarac davası*, Karar (*ibid.*, § 113), *Kvočka davası*, Karar (*ibid.*, § 114), *Krnojelac davası*, Karar (*ibid.*, § 115), *Vasiljević davası*, Karar (*ibid.*, § 116), *Naletilić davası*, Karar (*ibid.*, § 117), *Stakić davası*, Karar (*ibid.*, § 118), *Galić davası*, Karar (*ibid.*, § 119); ICTR, *Akayesu davası*, Karar (*ibid.*, § 103), *Musema davası*, Karar (*ibid.*, § 105) ve *Rutaganda davası*, Karar (*ibid.*, § 104).

16 Bkz., örn., ICTY, *Galić davası*, Dava No. IT-98-29-T, Karar ve Görüş, 5 Aralık 2003, §§ 113–129.

17 Bkz., örn., Avustralya, Rabaul’daki Askeri Mahkeme, *Ohashi davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2957); Birleşik Krallık, Wuppertal’daki Askeri Mahkeme, *Rhode davası* (*ibid.*, § 2963); Amerika Birleşik Devletleri, Roma’daki Askeri Komisyon, *Dostler davası* (*ibid.*, § 2960); Amerika Birleşik Devletleri, Shanghai’daki Askeri Komisyon, *Sawada davası* (*ibid.*, § 2961) ve *Isayama davası* (*ibid.*, § 2962); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg’deki Askeri Mahkeme, *Altstötter (Adalet Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 2964).

18 Bkz. Avustralya, Wewak’daki Askeri Mahkeme, *Takehiko davası* (Nakleden: C.II, Böl. 35, § 106); Avustralya, Rabaul’daki Askeri Mahkeme, *Tisato davası* (*ibid.*, § 107); Amerika Birleşik Devletleri, Yokohama’daki Askeri Komisyon, *Kikuchi ve Mahuchi davası* (*ibid.*, § 109); Amerika Birleşik Devletleri, Mariana Adalarındaki Askeri Komisyon, *Yochio ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 110); Amerika Birleşik Devletleri, Dachau’daki Genel Askeri Mahkeme, *Schmid davası* (*ibid.*, § 111).

19 Bkz. Avustralya, Rabaul’daki Askeri Mahkeme, *Tanaka Chuichi davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 3883).

yargılama eğilimindeyken, kıta Avrupa hukuku geleneğinden gelen Devletlerin çoğu – savaş suçlarına ilişkin özel kanunların mevcut olmaması halinde – aynı suçları genel ceza yasaları temelinde yargılamışlardır.²¹ Bu sebepten ötürü, ikinci grupta yer alanlar için, fiilin barış zamanında suç teşkil etmesi durumunda ve savaşın hukuk ve teamülleri tarafından da yasak olarak öngörülmesine bağlı olarak, silahlı çatışma sırasında işlenmesi halinde de bir savaş suçu olarak ele alınabilecektir. Yakın tarihli benzer nitelikte etki doğuran bazı uygulamalar da mevcuttur.²²

Uluslararası teamül hukukunun veya antlaşma hukukunun ihlalleri. Nürnberg'deki Uluslararası Askeri Mahkeme, Lahey Düzenlemeleri'nin ihlallerinin, bu kuralların İkinci Dünya Savaşı'na kadar geçen süre zarfında uluslararası teamül hukukuna dönüşmüş olmaları sebebiyle, savaş suçu teşkil ettiklerini belirlemiştir. Keza, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün görüşmeleri, bir davranışın Statü'ye dâhil edilecek bir savaş suçu teşkil edebilmesi için uluslararası hukukun bir teamül kuralını ihlal eder nitelikte olması gerekliliği üzerine kurulmuştur. Uluslararası teamül hukukunun ihlallerinin savaş suçunun dayanağı olarak kullanıldığı diğer bir örnek ise BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından konsensüs ile benimsenen ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin ve Ek I.Protokol'ün “devam eden [İsrail'in] ağır ihlallerinin” savaş suçu teşkil ettiğini beyan eden kararıdır.²³ Sonuçta, İsrail'in ve Komisyon üyelerinin çoğunun o esnada Ek I.Protokol'ü onaylamamış olduğu gerçeği karşısında, bu beyanın ilgili ihlallerin uluslararası teamül hukuku altında savaş suçu teşkil ettiğine yönelik anlayışa dayanıyor olması gerekmektedir.

Ancak, uygulamanın çok büyük bir çoğunluğu savaş suçları kavramını uluslararası teamül hukukunun ihlalleri ile sınırlandırmamaktadır. Sahra talimnamelerinin ve ceza yasalarının neredeyse tamamı hem uluslararası teamül hukukunun hem de uygulanabilir antlaşma hukukunun ihlallerine atıfta bulunmaktadır.²⁴ antlaşma hükümlerini savaş suçu olarak belirten ek uygulamalara, Fransa, Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bu etkideki beyanları da dâhildir.²⁵ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi 1995 tarihli *Tadić*

20 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri, Dachau'daki Geçici Askeri Hükümet Mahkemesi, *Hagendorf davası* (Nakleden: C.II, Böl. 18, § 1313).

21 Bkz., örn., Fransa (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 60), Hollanda (*ibid.*, § 67) ve Norveç'in (*ibid.*, § 72) mevzuatları ve Belçika'nın bildirilen uygulamaları (*ibid.*, § 83).

22 Bkz., örn., Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nin (*ibid.*, § 55) mevzuatları ve Almanya'nın uygulamaları (*ibid.*, §§ 521–524).

23 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1982/1 (*ibid.*, § 98).

24 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 18), Belçika (*ibid.*, § 19), Kanada (*ibid.*, § 20), Ekvator (*ibid.*, § 23), Fransa (*ibid.*, § 26), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 33), İsviçre (*ibid.*, § 38), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 39) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 40 ve 43) askeri manüelleri ve Bangladeş (*ibid.*, § 48), Kanada (*ibid.*, §§ 51–52), Kongo (*ibid.*, § 56), Finlandiya (*ibid.*, § 59), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 70) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 75) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi'nin mevzuatları (*ibid.*, § 50).

25 Bkz. Fransa (*ibid.*, § 87), Almanya (*ibid.*, § 90) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 95) beyanları.

davasındaki ara-temyiz’de, savaş suçlarının uluslararası teamül hukukunun ve de uygulanabilir antlaşma hükümlerinin ciddi ihlallerini içerebileceğini ifade etmiştir; diğer bir ifadeyle bunlar, “iddia edilen suçun meydana geldiği zamanda [silahlı çatışmanın] taraflarını tartışmasız şekilde bağlayanlardır.²⁶

Yorum

Uygulamalar savaş suçu teşkil eden bir davranışın doğasına, faillerine ve faillerin manevi durumuna ilişkin ilave şartlar öngörmektedir.

(i) *Fiiller veya ihmaller*. Savaş suçları fiiller veya ihmallerden oluşabilir. İkincisinin örnekleri arasında adil yargılama sağlamada başarısızlık ve hasmın gücü altındaki kişilere yiyecek ve gerekli tıbbi yardımı sağlamada başarısızlık sayılabilir.²⁷ Yasaklanan fiillerin “yaygın ve sistematik” şekilde işlenmesinden oluşan insanlığa karşı suçlardan farklı olarak, uluslararası insancıl hukukun herhangi bir ciddi ihlali savaş suçu teşkil etmektedir. Bu durum Birinci Dünya Savaşı’ndan bugüne kadar ki kapsamlı ve istikrarlı içtihat sayesinde açıktır.

(ii) *Failler*. Yasalar, sahra talimnameleri ve içtihat şeklinde tezahür eden uygulamalar göstermektedir ki, savaş suçları ya silahlı kuvvetler mensupları ya da siviller tarafından, düşman tarafın silahlı kuvvetler mensuplarına, sivillerine veya korunan mallarına karşı işlenen ihlallerinden oluşmaktadır.²⁸ Ulusal yasalar tipik olarak savaş suçlarının işlenmesini silahlı kuvvetlerin mensupları ile sınırlanmamakta, bilakis bunları herhangi bir kişi tarafından işlenmesi halinde suç teşkil eden davranışlar olarak belirtmektedir.²⁹ Birkaç sahra talimnamesi aynı yaklaşıma sahiptir.³⁰ Bazı yasalara ek olarak, bazı sahra talimnameleri savaş suçu işleyebilecek kişiler arasında “sivilleri açıkça saymaktadır.³¹

26 ICTY, *Tadić davası*, Dava No. IT-94-1-AR72, Yetki konusunda Savunmanın Temyiz Başvurusu hakkındaki Karar, İstinaf Dairesi, 2 Ekim 1995, §§ 94 ve 143.

27 Adil yargılanma hakkı sağlamada başarısızlık konusunda, Bkz. dipnotlar 11 ve 17’de örnekler. Savaş esirlerine yiyecek ve gerekli Paris Asliye Mahkemesi yardımı sağlamadaki başarısızlık konusunda, Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 37, § 60), Avustralya (*ibid.*, § 61), Bangladeş (*ibid.*, § 63), Şili (*ibid.*, § 64), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 65), İrlanda (*ibid.*, § 66), Meksika (*ibid.*, § 67), Nikaragua (*ibid.*, § 68), Norveç (*ibid.*, § 69), Peru (*ibid.*, § 70), İspanya (*ibid.*, § 72) ve Uruguay’ın (*ibid.*, § 73) mevzuatları.

28 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 34–37 ve 391–393; Bkz. İkinci Dünya Savaşı yargılamaları (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 78) ve Amerika Birleşik Devletleri, Kaliforniya Merkez Bölgesi Bölge Mahkemesi, *Leo Handel davası* (*ibid.*, § 79).

29 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 18), Ekvator (*ibid.*, § 23), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 33), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 39) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 40 ve 43) askeri manüelleri ve Moldova’nın (*ibid.*, § 66) mevzuatları.

30 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 18), Kanada (*ibid.*, § 20) ve İsviçre’nin (*ibid.*, § 38) askeri manüelleri.

31 Bkz., örn., Ekvator (*ibid.*, § 23), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 33), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 39) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 40 ve 43) askeri manüelleri ve Moldova’nın (*ibid.*, § 66) mevzuatları; Bkz. ayrıca Ürdün, *Taslak Askeri Ceza Kanunu* (*ibid.*, § 62).

(iii) *Manevi unsur*. Uluslararası içtihat savaş suçlarının isteyerek, diğer bir ifadeyle, ya kasti olarak (*dolus directus*) ya da dolaylı kast ile (*dolus eventualis*) işlendiğini belirtmektedir.³² Kesin manevi unsur, ilgili suça göre değişmektedir.³³

Savaş suçları listesi

Savaş suçları aşağıda yer alan uluslararası insanlı hukukun ciddi ihlallerini içermektedir:

(i) **Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri:**

Uluslararası silahlı çatışma durumunda, ilgili Cenevre Sözleşmesi'nin hükümleri uyarınca korunan kişi veya mallara karşı aşağıda yer alan fiilleri işlemek:

- kasten öldürme;
- biyolojik deneyler dâhil olmak üzere, işkence veya insanlık dışı muamele;
- vücut veya sağlığa isteyerek aşırı acı ya da ciddi zarar verme;
- askeri gereklilik olmadan, mülkiyetin yaygın şekilde hukuka aykırı ve keyfi tahribatı veya sahiplenilmesi;
- bir savaş esirinin ya da korunan diğer bir kişinin düşman Güçlerden birinin kuvvetleri altında hizmet görmeye zorlanması;
- bir savaş esirinin ya da diğer korunan kişilerin adil ve olağan yargılanma haklarından kasten alıkonulması;
- hukuka aykırı tehcir veya nakletme;
- hukuka aykırı hürriyetin tahdidini;
- rehin alınması.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Ağır ihlaller listesi çoğunlukla İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nürnberg ve Tokyo'daki Uluslararası Askeri Mahkemeler tarafından yargılanan suçlar temelinde Cenevre Sözleşmelerine dâhil edilmiştir. Bu liste Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüleri tarafından tekrarlanmaktadır.³⁴ Ayrıca bunlar birçok Devletin yasalarında yansıma bulmuştur.³⁵ Bu tür ihlallerin savaş suçu teşkil ettiği görüşü tartışmasızdır.

32 Bkz., örn., ICTY, *Delalić davası*, Dava No. IT-96-21-T, Karar, Dava Dairesi II, 16 Kasım 1998, §§ 437 ve 439.

33 Bkz. örf ve adet hukuku ile Kıta Avrupa hukukunda manevi unsur ve ulusal hukuk ile uluslararası hukukta maddi vasıfta hata ve hukuki vasıfta hata kavramlarına ilişkin ICRC tarafından hazırlanan, çeşitli Devletlerin talebi üzerine, Uluslararası Ceza Mahkemesi için Hazırlık Komisyonu'nda dağıtılan çalışma, Doc. PCNICC/1999/WGEC/INF2/Add.4, 15 Aralık 1999, Ek; Bkz. ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları.

34 ICTY Statüsü, Madde 2; UCM Statüsü, Madde 8(2)(a).

35 Kasten öldürmeye ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 89'a yorumda atıfta bulunulan yasalar yorumda atıfta bulunulan yasalar. İşkence ve insanlık dışı muameleye ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 90'a yorumda atıfta bulunulan yasalar. Biyolojik deneylere ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 92'ye yorum-

(ii) Bir uluslararası silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlalleri:

- özellikle küçük düşürücü ve aşağılayıcı muamele ve ölümlerin tahkiri olmak üzere, kişisel onura yönelik zulüm;
- zorla kısırlaştırma;
- düşmanın vatandaşlarını, kendi tarafları aleyhinde askeri harekâtlara katılmaya zorlama;
- teslim olmuş veya başka şekilde çatışma dışı kalmış savaşı öldürme veya yaralama;
- Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme;
- ölüm veya ciddi kişisel yaralanma ile sonuçlanan, koruyucu statüyü belirten ayırt edici işaretlerin uygunsuz kullanımı
- ölüm veya ciddi kişisel yaralanma ile sonuçlanan, düşmanın bayrak, askeri rütbe veya üniformalarının uygunsuz kullanımı;
- hainlik yoluyla bir hasmı öldürmek veya yaralamak;
- sıhhi veya dini personeli, sıhhi birimleri veya sıhhi taşıtları saldırının hedefi haline getirmek;
- uluslararası insancıl hukuka aykırı şekilde malların yağmalanması veya başka el koymalar;
- askeri gerekliliğin zorunlu kılmadığı hallerde malların tahribatı.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bu ihlaller İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki savaş suçları yargılamalarının konusunu oluşturmuşlardır.³⁶ Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne dâhil edilmişlerdir veya aynı ifadelerle tekrarlanmamakla birlikte, ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Suçun Unsurları tarafından ortaya konduğu üzere, özünde kapsamı dâhilindedir.³⁷ “Sıhhi veya dini personeli, sıhhi birimleri veya sıhhi taşıtları saldırının hedefi haline getirmek” savaş suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü Madde 8(2)(b)(ix) ve (xxiv)'de yer alan savaş suçunun unsurlarını kapsamaktadır.³⁸ Bu

da atıfta bulunulan yasalar. Askeri gereklilik olmadan hukuka aykırı ve kasti şekilde malların aşırı yok edilişi veya sahiplenilmesine ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 50'ye yorumda atıfta bulunulan yasalar. Savaş esirlerini ve diğer korunan kişileri düşman gücün kuvvetleri altında hizmet etmeye zorlamaya ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 95'e yorumda atıfta bulunulan yasalar. Savaş esirlerini veya diğer korunan kişileri adil ve olağan yargılanma haklarından mahrum bırakmaya ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 100'e yorumda atıfta bulunulan yasalar. Hukuka aykırı hapse ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 99'a yorumda atıfta bulunulan yasalar. Rehin alınmasına ilişkin olarak, Bkz., örn., Kural 96'ya yorumda atıfta bulunulan yasalar.

36 Bkz. genel olarak Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

37 Bkz., örn., ölümlerin istismarına ilişkin olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları, UCM Statüsü Madde 8(2)(b)(xxi) hakkında Dipnot 49.

38 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(ix) ve (xxiv).

ihlallerin savaş suçu olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde tanımlanması tartışmalı olmamıştır. Çatışma dışı kalmış kişilere saldırı ve koruyucu amblem veya işaretlerin haince kullanılması Ek I.Protokol'de ağır ihlal olarak sayılmıştır.³⁹ Ayrıca, bu savaş suçunun kapsamını koruyucu *sinyallerin* haince kullanımını içerecek şekilde genişleten uygulama da mevcuttur.⁴⁰

(ii) **Bir uluslararası silahlı çatışmada işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri (devam):**

- muhasamata doğrudan katılmayan sivil nüfus veya bireysel sivilleri saldırının hedefi haline getirmek;
- elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı kabul edilecek miktarda sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine arızı şekilde sebep olunacağını bilmek suretiyle saldırı gerçekleştirmek;
- savunulmayan meskenleri ve askerden arındırılmış bölgeleri saldırının hedefi haline getirmek;
- düşman tarafın gücü altında yer alan kişileri, ilgili kişinin tıp, diş veya hastane tedavisinin gerektirmediği ve de onun menfaatlerine aykırı şekilde, bu kişi veya kişilerin ölmesiyle sonuçlanan veya sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atan, her tür fiziksel sakatlama veya tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutmak;
- işgalci gücün kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara nakletmesi veya işgal ettiği toprağın nüfusunun tamamını veya bir kısmını bu toprağın içerisinde veya dışarıya sürmesi veya nakletmesi;
- askeri hedef olmamaları koşuluyla, dine, eğitime, sanata, bilime veya hayır işlerine adanmış binaları veya tarihi abideleri saldırının hedefi yapmak.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Uluslararası teamül hukukunun bu ihlalleri Ek I.Protokol'de ağır ihlaller ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde savaş suçları olarak öngörülmüştür.⁴¹ Her iki metindeki ifadelerde hafif farklılık mevcuttur, ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları'nda belirtildiği üzere, aynı ihlalleri teşkil etmektedirler.

(i) *Muhasamata doğrudan katılmayan sivil nüfus veya bireysel sivilleri saldırının hedefi haline getirmek.* Yukarıda bahsi geçen uygulamalara ek olarak, Ek I.Protokol'e taraf olmayan veya hâlihazırda taraf olmayan Devletlerin yasaları da dâhil olmak üzere, sivillere karşı doğrudan saldırıları bir suç olarak düzenleyen çok

39 Ek I.Protokol, Madde 85(3)(e) ve (f).

40 Bkz., örn., Kolombiya (Nakleden: C.II, Böl. 18, § 1235), Kosta Rika (*ibid.*, § 282), Fransa (*ibid.*, §§ 1065, 1150, 1241, 1339 ve 1407), Gürcistan (*ibid.*, §§ 1105, 1190, 1368 ve 1428), İspanya (*ibid.*, §§ 381, 608, 1302 ve 1436) ve Tacikistan'ın (*ibid.*, §§ 387, 1115, 1204, 1382 ve 1439) uygulamaları; Bkz. ayrıca Amerika Birleşik Devletleri, *Donanma El Kitabı*, § 6.2.5.

41 Ek I.Protokol, Madde 85(3) ve (4); UCM Statüsü, Madde 8(2)(b).

sayıda ulusal yasa örneği mevcuttur.⁴² Daha fazla uygulamalara atıf Kural 1'e yorumda bulunabilir

(ii) *Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı kabul edilecek miktarda, sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine arızı şekilde sebep olunacağını bilmek suretiyle saldırı gerçekleştirmek.* Yukarıda bahsi geçen uygulamalara ek olarak, çok sayıda Devlet orantılılık ilkesini ihlal eden saldırıların gerçekleştirilmesini suç olarak düzenleyen yasalar kabul etmiştir.⁴³ Daha fazla uygulamalara atıf Kural 14'e yorumda bulunabilir.

“Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı kabul edilecek miktarda, sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine arızı şekilde sebep olunacağını bilmek suretiyle saldırı gerçekleştirmek” savaş suçunun tanımı daha ziyade Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde yer alan terminolojiyi takip etmektedir.⁴⁴ “Bütün olarak” kelimesi ne Ek I.Protokol Madde 51 ve 85'de, ne de uluslararası teamül hukukunun müstakil kuralında yer almaktadır (Bknz. Kural 14). Belirli bir hedefin, uzun bir süre zarfında hissedilen ve hedefin civarı haricinde başka yerlerde askeri harekâtı etkileyebilecek önemli bir askeri avantaj sağlayabileceğini vurgulamak amacıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne bu eklemenin yapıldığı görünmektedir. Hâlihazırda Ek I.Protokol'ün ve de uluslararası teamül hukukunun müstakil kuralında kullanılan ifade bu anlamın yer alması sebebiyle, “bütün olarak” teriminin ek olarak getirilmesi suça yeni bir unsur eklememektedir.⁴⁵

(iii) *Savunulmayan meskenleri ve askerden arındırılmış bölgeleri saldırının hedefi haline getirmek.* Yukarıda bahsi geçen uygulamalara ek olarak, savunulmayan meskenlere saldırmak birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.⁴⁶ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 37'ye yorumda bulunabilir.

42 Bkz. yasalar (Nakleden: C.II, Böl. 1, §§ 217–269), özellikle Azerbaycan (*ibid.*, §§ 221–222), Endonezya (*ibid.*, § 243) ve İtalya'nın (*ibid.*, § 245) mevzuatları.

43 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 4, § 50), Avustralya (*ibid.*, §§ 51–52), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 53), Belçika (*ibid.*, § 54), Kanada (*ibid.*, §§ 57–58), Kolombiya (*ibid.*, § 59), Kongo (*ibid.*, § 60), Cook Adaları (*ibid.*, § 61), Kıbrıs (*ibid.*, § 62), Gürcistan (*ibid.*, § 64), Almanya (*ibid.*, § 65), İrlanda (*ibid.*, § 66), Mali (*ibid.*, § 68), Hollanda (*ibid.*, § 69), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 70–71), Nijer (*ibid.*, § 73), Norveç (*ibid.*, § 74), İspanya (*ibid.*, § 75), İsveç (*ibid.*, § 76), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 78–79) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 80) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 49), Burundi (*ibid.*, § 56), El Salvador (*ibid.*, § 63), Lübnan (*ibid.*, § 67), Nikaragua (*ibid.*, § 72) ve Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 77) taslak mevzuatları.

44 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(iv).

45 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 169–173, özellikle ss. 169–170.

46 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 11, § 279), Avustralya (*ibid.*, §§ 280–282), Azerbaycan (*ibid.*, § 283), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 284), Belçika (*ibid.*, § 285), Bosna Hersek (*ibid.*, § 286), Kanada (*ibid.*, §§ 288–289), Çin (*ibid.*, § 290), Kongo (*ibid.*, § 291), Cook Adaları (*ibid.*, § 292), Hırvatistan (*ibid.*, § 293), Kıbrıs (*ibid.*, § 294), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 295), Estonya (*ibid.*, § 297), Gürcistan (*ibid.*, § 298), Almanya (*ibid.*, § 299), Macaristan (*ibid.*, § 300), İrlanda (*ibid.*, § 301), Litvanya (*ibid.*, § 304), Mali (*ibid.*, § 305), Hollanda (*ibid.*, § 306–307), Yeni

“Askerden arındırılmış bölgeleri saldırının hedefi haline getirmek” Ek I.Protokol altında bir ağır ihlal teşkil etmekle birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsünde bu şekilde ele alınmamıştır. Mamafih, askerden arındırılmış bölgelere saldırı birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.⁴⁷ Bu açıdan, bu tür saldırıların Statüde yer alan “Askeri olmayan, yani askeri amaçlı olmayan sivil malları saldırının hedefi haline getirmek” savaş suçunu veya “muhasamata doğrudan katılmayan sivil nüfus veya bireysel sivilleri saldırının hedefi haline getirmek” savaş suçunu oluşturabileceği tartışılabilir.⁴⁸ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 36’ya yorumda bulunabilir.

(iv) *Düşman tarafın gücü altında yer alan kişileri, bu kişi veya kişilerin ölmesiyle sonuçlanan veya sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atan, ilgili kişinin sıhhi, dişsel veya hastane tedavisi tarafından meşrulaştırılmayan ve de onun menfaatleri uğrunda gerçekleştirilmeyen, her tür bedeni sakatlama veya tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutmak.* Yukarıda bahsi geçen uygulamalara ek olarak çok sayıda sahra talimnamesi, hastanın sağlık durumunun gerektirmediği ve genel kabul görmüş tıbbi standartlarla uyumlu olmayan, bedeni sakatlama, tıbbi veya bilimsel deneyler veya her tür tıbbi prosedür yasağını belirtmektedir.⁴⁹ Bu yasak ayrıca, ulusal yasalarda geniş bir şekilde yer almaktadır.⁵⁰ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 92’ye yorumda bulunabilir.

Zelanda (*ibid.*, §§ 308–309), Nijer (*ibid.*, § 311), Norveç (*ibid.*, § 312), Polonya (*ibid.*, § 313), Slovakya (*ibid.*, § 314), Slovenya (*ibid.*, § 315), İspanya (*ibid.*, § 316), Tacikistan (*ibid.*, § 317), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 319–320), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 321), Venezuella (*ibid.*, § 322), Yugoslavya (*ibid.*, § 323) ve Zimbabve’nin (*ibid.*, § 324) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 278), Burundi (*ibid.*, § 287), El Salvador (*ibid.*, § 296), Ürdün (*ibid.*, § 302), Lübnan (*ibid.*, § 303), Nikaragua (*ibid.*, § 310) ve Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 318) taslak mevzuatları.

47 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 11, § 133), Avustralya (*ibid.*, §§ 134–135), Azerbaycan (*ibid.*, § 136), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 137), Belçika (*ibid.*, § 138), Bosna Hersek (*ibid.*, § 139), Kanada (*ibid.*, § 140), Cook Adaları (*ibid.*, § 141), Hırvatistan (*ibid.*, § 142), Kıbrıs (*ibid.*, § 143), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 144), Estonya (*ibid.*, § 146), Gürcistan (*ibid.*, § 147), Almanya (*ibid.*, § 148), Macaristan (*ibid.*, § 149), İrlanda (*ibid.*, § 150), Litvanya (*ibid.*, § 153), Hollanda (*ibid.*, § 154), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 155), Nijer (*ibid.*, § 157), Norveç (*ibid.*, § 158), Slovakya (*ibid.*, § 159), Slovenya (*ibid.*, § 160), İspanya (*ibid.*, § 161), Tacikistan (*ibid.*, § 162), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 163), Yemen (*ibid.*, § 164), Yugoslavya (*ibid.*, § 165) ve Zimbabve’nin (*ibid.*, § 166) mevzuatları; Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 132), El Salvador (*ibid.*, § 145), Ürdün (*ibid.*, § 151), Lübnan (*ibid.*, § 152) ve Nikaragua’nın (*ibid.*, § 156) taslak mevzuatları.

48 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(i) ve (ii).

49 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 32, §§ 1432–1433), Avustralya (*ibid.*, §§ 1434–1435), Belçika (*ibid.*, § 1436), Bosna Hersek (*ibid.*, § 1437), Burkina Faso (*ibid.*, § 1438), Kanada (*ibid.*, § 1439), Ekvator (*ibid.*, § 1440), Fransa (*ibid.*, §§ 1441–1443), Almanya (*ibid.*, § 1444), İsrail (*ibid.*, § 1445), İtalya (*ibid.*, § 1446), Fas (*ibid.*, § 1447), Hollanda (*ibid.*, § 1448), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 1449), Nijerya (*ibid.*, §§ 1450–1451), Rusya (*ibid.*, § 1452), Senegal (*ibid.*, §§ 1453–1454), Güney Afrika (*ibid.*, § 1455), İspanya (*ibid.*, § 1456), İsveç, (*ibid.*, § 1457), İsviçre (*ibid.*, § 1458), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 1459–1460) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 1461–1464) askeri manüelleri.

50 Bkz., örn., yasalar (Nakleden: C.II, Böl. 32, §§ 1465–1533).

(v) *İşgalci gücün kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara nakletmesi veya işgal ettiği toprağın nüfusunun tamamı veya bir kısmını bu toprağın içerisinde veya dışarıya, sürmesi veya nakletmesi.* Yukarıda bahsi geçen uygulamalara ek olarak, çok sayıda sahra talimnamesi bir çatışmaya tarafın işgal ettiği topraklara kendi sivil nüfusunun bir kısmını sürmesini veya nakletmesini yasaklamaktadır.⁵¹ Bu kural çok sayıda Devletin yasalarında yer almaktadır.⁵²

Buna ek olarak, çok sayıda sahra talimnamesi işgal altındaki topraklarda sivillerin hukuka aykırı sürülmesi veya nakledilmesi yasağını belirtmektedir.⁵³ Bu nitelikteki tehcirleri veya nakilleri hayata geçirmek birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.⁵⁴ İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin olarak bu yasağı destekleyen içtihat mevcuttur.⁵⁵

Daha fazla uygulamalara atıf Kural 129-130'a yorumda bulunabilir.

(vi) *Askeri hedef olmamaları koşuluyla, dine, eğitime, sanata, bilime veya hayır işlerine adanmış binaları veya tarihi abideleri saldırının hedefi yapmak.* Yukarıda

-
- 51 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 38, §§ 346–347), Avustralya (*ibid.*, § 348), Kanada (*ibid.*, § 349), Hırvatistan (*ibid.*, § 350), Macaristan (*ibid.*, § 351), İtalya (*ibid.*, § 352), Hollanda (*ibid.*, § 353), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 354), İspanya (*ibid.*, § 355), İsveç (*ibid.*, § 357), İsviçre (*ibid.*, § 357), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 358) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 359) askeri manüelleri.
- 52 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 38, § 361), Avustralya (*ibid.*, §§ 362–363), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 364–365), Bangladeş (*ibid.*, § 366), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 367), Belçika (*ibid.*, § 368), Bosna Hersek (*ibid.*, § 369), Kanada (*ibid.*, §§ 371–372), Kongo (*ibid.*, § 373), Cook Adaları (*ibid.*, § 374), Hırvatistan (*ibid.*, § 375), Kıbrıs (*ibid.*, § 376), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 377), Almanya (*ibid.*, § 379), Gürcistan (*ibid.*, § 380), İrlanda (*ibid.*, § 381), Mali (*ibid.*, § 384), Moldova (*ibid.*, § 385), Hollanda (*ibid.*, § 386), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 387–388), Nijer (*ibid.*, § 390), Norveç (*ibid.*, § 391), Slovakya (*ibid.*, § 392), Slovenya (*ibid.*, § 393), İspanya (*ibid.*, § 394), Tacikistan (*ibid.*, § 395), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 397–398), Yugoslavya (*ibid.*, § 399) ve Zimbabve (*ibid.*, § 400); Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 360), Burundi (*ibid.*, § 370), Ürdün (*ibid.*, § 382), Lübnan (*ibid.*, § 383) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 396) taslak mevzuatları.
- 53 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 38, §§ 39–40), Avustralya (*ibid.*, §§ 41–42), Kanada (*ibid.*, § 43), Kolombiya (*ibid.*, § 44), Hırvatistan (*ibid.*, § 45), Ekvator (*ibid.*, § 46), Fransa (*ibid.*, §§ 47–49), Almanya (*ibid.*, § 50), Macaristan (*ibid.*, § 51), İtalya (*ibid.*, § 52), Hollanda (*ibid.*, § 53), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 54), Nijerya (*ibid.*, § 55), Filipinler (*ibid.*, § 56), Güney Afrika (*ibid.*, § 57), İspanya (*ibid.*, § 58), İsveç (*ibid.*, § 59), İsviçre (*ibid.*, § 60), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 61) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 62–64) askeri manüelleri.
- 54 Bkz., örn., yasalar (Nakleden: C.II, Böl. 38, §§ 65–156).
- 55 Bkz., örn., Çin, Milli Savunma Bakanlığı Savaş Suçları Askeri Mahkemesi, *Takashi Sakai davası* (Nakleden: C.II, Böl. 38, § 159); Fransa, Almanya'daki Fransız İşgal Bölgesi için Askeri Hükümetin Rastadt'daki Genel Mahkemesi, *Roechling davası* (*ibid.*, § 157); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi, *Eichmann davası* (*ibid.*, § 161); Hollanda, Özel Yargıtay Mahkemesi, *Zimmermann davası* (*ibid.*, § 166); Polonya, Poznan'daki Yüksek Milli Mahkeme, *Greiser davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Krauch (I.G. Farben Trial) davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Krupp davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Milch davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 157); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Von Leeb (Yüksek Komuta Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 157).

bahsi geçen uygulamalara ek olarak, bu tür mallara saldırı çok sayıda Devletin yasaları altında cezalandırılabilir bir suç teşkil etmektedir.⁵⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, dini ve kültürel mallara saldırıya ilişkin bu savaş suçunun temeli olarak, bu tür bir saldırının uluslararası teamül hukukunun ihlalini teşkil ettiği ve bilhassa bahsi geçen malların sivil mallar olduğu ve bu yasağın Lahey Düzenlemeleri'nde yer aldığı gerçeğini kullanmaktadır.⁵⁷ Ek I.Protokol, bu tür mallara özel korumanın öngörülmesi halinde, dini veya kültürel mallara saldırının ağır ihlal teşkil ettiğini öngörmektedir.⁵⁸ Uygulamada ise bu husus Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi tarafından oluşturulan özel koruma rejimine atıfta bulunmaktadır.⁵⁹ Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol de bu tür özel korunan kültürel malları ("yüksek koruma altına alınan") ağır ihlal rejimine tabi tutmaktadır, şöyle ki, bu tür mallara saldırılmasının veya bu tür malların askeri amaçlar için kullanılması, evrensel yargı yetkisi temelinde, yargıla veya iade et yükümlülüğüne tabi olduğunu öngörmektedir.⁶⁰ Dini veya kültürel mallara saldırı uluslararası teamül hukuku altında bir savaş suçu teşkil etmekle birlikte, Ek I.Protokol ve Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol bağlamında tanımlanan ağır ihlaller için evrensel yargı yetkisi temelinde yargıla veya iade et yükümlülüğü sadece bu antlaşmaların tarafları için bağlayıcıdır. Bu durum, burada sayılan ve Ek I.Protokol'ün ağır ihlallerini teşkil eden bütün savaş suçları için geçerlidir. (Bknz. Kural 157'ye yorum).

Daha fazla uygulamaya atıf Kural 38'e yorumda bulunabilir.

56 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 105), Ermenistan (*ibid.*, § 107), Avustralya (*ibid.*, §§ 108–109), Azerbaycan (*ibid.*, § 110), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 111), Belçika (*ibid.*, § 112), Bosna Hersek (*ibid.*, § 113), Bulgaristan (*ibid.*, § 114), Kanada (*ibid.*, §§ 116–117), Şili (*ibid.*, § 118), Çin (*ibid.*, § 119), Kolombiya (*ibid.*, §§ 120–121), Kongo (*ibid.*, § 122), Cook Adaları (*ibid.*, § 123), Hırvatistan (*ibid.*, § 124), Küba (*ibid.*, § 125), Kıbrıs (*ibid.*, § 126), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 127), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 128), Estonya (*ibid.*, § 130), Gürcistan (*ibid.*, § 131), Almanya (*ibid.*, § 132), Macaristan (*ibid.*, § 133), İrlanda (*ibid.*, § 134), İtalya (*ibid.*, § 135), Ürdün (*ibid.*, § 136), Kırgızistan (*ibid.*, § 138), Letonya (*ibid.*, § 139), Litvanya (*ibid.*, § 141), Mali (*ibid.*, § 142), Meksika (*ibid.*, § 143), Hollanda (*ibid.*, §§ 144–145), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 146–147), Nikaragua (*ibid.*, § 148), Nijer (*ibid.*, § 150), Norveç (*ibid.*, § 151), Paraguay (*ibid.*, § 152), Peru (*ibid.*, § 153), Polonya (*ibid.*, § 154), Romanya (*ibid.*, § 155), Rusya (*ibid.*, § 156), Slovakya (*ibid.*, § 157), Slovenya (*ibid.*, § 158), İspanya (*ibid.*, §§ 159–160), İsveç (*ibid.*, § 161), İsviçre (*ibid.*, §§ 162–163), Tacikistan (*ibid.*, § 164), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 166–167), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 168), Uruguay (*ibid.*, § 169), Venezüella (*ibid.*, § 170), Yugoslavya (*ibid.*, § 171) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 172) mevzuatları; Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 106), Burundi (*ibid.*, § 115), El Salvador (*ibid.*, § 129), Ürdün (*ibid.*, § 137), Lübnan (*ibid.*, § 140), Nikaragua (*ibid.*, § 149) ve Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 165) taslak mevzuatları.

57 Lahey Düzenlemeleri, Madde 27.

58 Ek I.Protokol, Madde 85(4)(d).

59 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 8.

60 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 15.

(ii) Bir uluslararası silahlı çatışmada işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri (devam):

- sivil malları, yani askeri hedef olmayan malları, saldırının hedefi yapmak;
- yardım malzemelerini engellemek dâhil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasını bir harp yöntemi olarak kullanmak;
- uluslararası insancıl hukuka göre sivillere ve sivil mallara sağlanan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun bir şekilde insani yardım veya barış gücü görevinde bulunan kişileri ve malları saldırının hedefi haline getirmek;
- elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı kabul edilecek miktarda, doğal çevrede yaygın, uzun süreli ve ciddi zarara sebep olunacağını bilmek suretiyle saldırı gerçekleştirmek;
- yasak silahları kullanmak;
- düşman tarafın vatandaşlarının, mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etmek;
- canlı kalkan kullanmak;
- 15 yaşından küçük çocukları silahlı kuvvetlere almak veya kaydetmek veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanmak;
- cinsel şiddet uygulama, özellikle ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama ve hamileliğe zorlama.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bu gruptaki savaş suçları Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde sayılmaktadır.⁶¹ “Düşman tarafın vatandaşlarının, mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etmek” savaş suçu dışında, bu suçlar 1977'de Ek I.Protokol'ün kabulünden itibaren uluslararası teamül hukukunun gelişimini yansıtmaktadırlar.

(i) *Sivil malları, yani askeri hedef olmayan malları, saldırının hedefi yapmak.* Sivil malları askeri hedef haline getirme savaş suçunun teamül niteliği Eski Yugoslavya hakkındaki Ceza Mahkemesi'nin muhtelif kararlarında tanınmıştır.⁶² Birçok Devlet silahlı çatışma sırasında sivil mallara saldırmayı bir suç olarak düzenleyen yasalar kabul etmiştir.⁶³ Bu savaş suçu aslında savaşın gereklilikleri tarafından baskın şekilde gerekli kılınmadıkça düşman mallarını yok etmeyi yasaklayan Lahey

61 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b).

62 Bkz., örn., ICTY, *Blaškić davası*, Karar (Nakleden: C.II, Böl. 2, § 181) ve *Kordić ve Čerkez davası*, Karar (*ibid.*, § 182).

63 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 2, § 119), Azerbaycan (*ibid.*, § 120), Kanada (*ibid.*, § 122), Kongo (*ibid.*, § 123), Hırvatistan (*ibid.*, § 124), Estonya (*ibid.*, § 126), Gürcistan (*ibid.*, § 127), Almanya (*ibid.*, § 128), Macaristan (*ibid.*, § 129), İrlanda (*ibid.*, § 130), İtalya (*ibid.*, § 131), Mali (*ibid.*, § 132), Hollanda (*ibid.*, § 133), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 134), Norveç (*ibid.*, § 136),

Düzenlemeleri'nin kuralına dayanan, bu kuralın çağdaş bir şeklini teşkil eder.⁶⁴ Bu kural doğal çevrenin kasıtlı imha edilmesini de kapsamaktadır. Daha fazla uygulamaya atıf Kural 7 ve 50'ye yorumda bulunabilir.

(ii) *Yardım malzemelerini engellemek dâhil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasını bir harp yöntemi olarak kullanmak.* Sivillerin aç bırakılmasını bir harp yöntemi olarak kullanmayı yasaklamak Ek I.Protokol'ün kabulü zamanında yeni bir kural olarak değerlendirilmekteydi. O zamandan beri uygulamalar bunu sadece bir teamül kuralı haline getirmekle kalmamıştır. Nitekim uluslararası bir silahlı çatışmada işlenmesi halinde bunun bir savaş suçu olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne dâhil edilmesi tartışmalı olmamıştır.

Sivil nüfusun yaşamı için vazgeçilmez maddeleri yok etmek ayrıca bir teamül yaşağını yansıtmaktadır. Nitekim İkinci Dünya Savaşı sırasında yanmış toprak harekâtıyla yok edilen mahsullere ilişkin bir yargılama gerçekleştirilmiş, ancak yargılamanın temelini askeri gereklilik olmadan malların yok edilmesi oluşturmuştur.⁶⁵ Aç bırakma yasağı birçok sahra talimnamesi tarafından öngörülmüştür.⁶⁶ Birçok Devlet bir harp yöntemi olarak sivillerin aç bırakılmasını suç olarak düzenleyen yasalar kabul etmiştir.⁶⁷ Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 53-55'de bulunabilir.

(iii) *Uluslararası insancıl hukuka göre sivillere ve sivil mallara sağlanan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun bir şekilde insani yardım veya barış gücü görevinde bulunan kişiler ve malları saldırının hedefi haline getirmek.* Barış gücü birliklerine saldırı yasağı, son birkaç on yıldır bu tür kuvvetlere daha sık başvurulmasıyla birlikte gelişmiştir. Bu tür bir davranışın

Slovakya (*ibid.*, § 137), İspanya (*ibid.*, § 138), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 140) ve Yemen'in (*ibid.*, § 141) mevzuatları; Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 118), Burundi (*ibid.*, § 121), El Salvador (*ibid.*, § 125), Nikaragua (*ibid.*, § 135) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 139) taslak mevzuatları.

64 Lahey Düzenlemeleri, Madde 23(g).

65 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması) davası* (Nakleden: C.II, Böl. 16, § 225) ve *Von Leeb(Yüksek Komuta Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 226).

66 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 17, § 9), Avustralya (*ibid.*, §§ 10–11), Belçika (*ibid.*, § 12), Benin (*ibid.*, § 13), Kanada (*ibid.*, § 14), Kolombiya (*ibid.*, § 15), Hırvatistan (*ibid.*, § 16), Fransa (*ibid.*, §§ 17–18), Almanya (*ibid.*, § 19), Macaristan (*ibid.*, § 20), Endonezya (*ibid.*, § 21), İsrail (*ibid.*, § 22), Kenya (*ibid.*, § 23), Güney Kore (*ibid.*, § 24), Madagaskar (*ibid.*, § 25), Hollanda (*ibid.*, § 26), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 27), Nijerya (*ibid.*, § 28), Rusya (*ibid.*, § 29), İspanya (*ibid.*, § 30), İsveç (*ibid.*, § 31), İsviçre (*ibid.*, § 32), Togo (*ibid.*, § 33), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 34), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 35) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 36) askeri manüelleri.

67 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 17, §§ 37–38), Azerbaycan (*ibid.*, § 39), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 40), Bosna Hersek (*ibid.*, § 41), Kanada (*ibid.*, § 43), Çin (*ibid.*, § 44), Kongo (*ibid.*, § 45), Fil Dişi Sahilleri(*ibid.*, § 46), Hırvatistan (*ibid.*, § 47), Etiyopya (*ibid.*, § 48), Gürcistan (*ibid.*, § 49), Almanya (*ibid.*, § 50), İrlanda (*ibid.*, § 51), Litvanya (*ibid.*, § 52), Mali (*ibid.*, § 53), Hollanda (*ibid.*, §§ 54–55), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 56), Norveç (*ibid.*, § 57), Slovenya (*ibid.*, § 58), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 60) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 61–62) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 42) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 59) taslak mevzuatları.

cezalandırılması ilk olarak BM ve Bağlı Personelin Güvenliği hakkındaki Sözleşme ile öngörülmüştür.⁶⁸ Bu Sözleşme henüz geniş şekilde onaylanmış olmasa da, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nün görüşmeleri sırasında bu nitelikteki personele veya onlara ait mallara saldırıyı savaş suçu nitelmesi fazla sorunla karşılaşmadan kabul edilmiştir. Birçok Devletin yasaları altında barış gücüyle alakalı personel ve mallara saldırmak suç teşkil etmektedir.⁶⁹

“Uluslararası insancıl hukuka göre sivillere ve sivil mallara sağlanan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla” şekli ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde görüldüğü üzere,⁷⁰ bu savaş suçu sivil nüfusu veya sivil kişileri saldırının hedefi haline getirmek ve sivil malları saldırının hedefi haline getirmek savaş suçlarının özel bir uygulamasını teşkil etmektedir. Bu birliklere saldırı fiili sadece, bu birliklerin saldırı zamanında muhasamata karışmamış olmaları ve böylece uluslararası insancıl hukukun sivillere tanıdığı korumayı kaybetmemiş olmaları (Bknz. Kural 6) durumunda suç teşkil eder. İnsani yardıma yapılan atıf ya barış gücü harekâtları kapsamındaki birliklere veya siviller tarafından yürütülen bu tür yardımlara, ya da başka kapsamda siviller tarafından yürütülenlere atıfta bulunmaya yöneliktir. Daha fazla uygulamaya atıf Kural 31 ve 33'e yorumda bulunabilir.

(iv) *Eldede edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı kabul edilecek miktarda, doğal çevrede yaygın, uzun süreli ve ciddi zarara sebep oluncasını bilmek suretiyle saldırı gerçekleştirmek.* Doğal çevrenin korunması Ek I.Protokol'ün kabulünden sonra oldukça gelişen bir değerdir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde yer alan çevreye ilişkin savaş suçu, yüksek zarar eşiği ve orantılılık ilkesi eksikliğini bünyesinde birleştirmek suretiyle,⁷¹ çevreye ilişkin teamül yasağına kıyasen daha sınırlayıcıdır (Bknz. Kurallar 43 ve 45). Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünün görüşmelerinde bu savaş suçunun metne dâhil edilmesi tartışmalı olmamıştır. Ayrıca, askeri gerekliliğin zorunlu kılmadığı kasıtlı bir çevreye saldırı, bir sivil mala saldırı teşkil etmesi sebebiyle de bir savaş suçu oluşturur (Bknz. Kural 7).

(v) *Yasak silahları kullanmak.* Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünü görüşen Devletler, bu görüşmeleri, kullanımı Mahkeme'nin yetkisine tabi olacak olan silahlar listesi de dâhil olmak üzere, Statüde yer alan savaş suçları listesinin teamül hukuku kurallarını yansıtmaması temelinde yürüttüler. Statü Madde 8(2)(b)(xvii)-(xix)'te sıralanan belirli silahlara ek olarak, doğası gereği aşırı zarar veya gereksiz acı veren veya özü itibarıyla ayırım gözetmeyen silahlar Madde 8(2)(b)(xx)'de sayılmış

68 BM ve Bağlı Personelin Güvenliği hakkındaki Sözleşme, Madde 9.

69 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 9, § 15), Azerbaycan (*ibid.*, § 16), Kanada (*ibid.*, § 18), Kongo (*ibid.*, § 19), Gürcistan (*ibid.*, § 20), Almanya (*ibid.*, § 21), Mali (*ibid.*, § 22), Hollanda (*ibid.*, § 23), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 24–25) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, §§ 27–28) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 17) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 26) taslak mevzuatları.

70 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(iii).

71 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(iv).

ve bunların “kapsamlı bir yasağa” tabi tutulması ve Statü’ye bir ek ile sayılmaları gerekliliği belirtilmiştir.⁷²

Bazı sahra talimnameleri yasak silahların kullanımının savaş suçu teşkil ettiğini öngörmektedir.⁷³ İlaveten, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış silahların kullanılması çok sayıda Devletin yasaları altında suç olarak düzenlenmiştir.⁷⁴ Bu uygulama yaygın ve temsil edici niteliktedir.

(vi) *Düşman tarafın vatandaşlarının, mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etmek.* Bu yasak Lahey Düzenlemeleri’ne dayanmaktadır.⁷⁵ Uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğu düşünüldüğünden, herhangi bir tartışma olmaksızın Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsüne dâhil edilmiştir.⁷⁶

(vi) *Canlı kalkan kullanmak.* Canlı kalkan kullanmak uluslararası teamül hukuku altında yasaktır (Bknz. Kural 97), nitekim Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da, insanlık dışı veya kötü muamele⁷⁷ ya da kişisel onura zulüm niteliğiyle, ⁷⁸ bir savaş suçu olarak tanınmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsüne dâhil edilmesi tartışmasız olmuştur.⁷⁹ Canlı kalkan kullanmak birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.⁸⁰ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 97’ye yorumda bulunabilir.

72 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xx) (Nakleden: C.II, Böl. 20, § 405).

73 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, §§ 408–409), Ekvator (*ibid.*, § 411), Almanya (*ibid.*, § 412), Güney Kore (*ibid.*, § 413), Nijerya (*ibid.*, § 414), Güney Afrika (*ibid.*, § 415), İsviçre (*ibid.*, § 416), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 417) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 418–420) askeri mantüelleri.

74 Bkz., örn., Beyaz Rusya (*ibid.*, § 422), Bosna Hersek (*ibid.*, § 423), Bulgaristan (*ibid.*, § 424), Kolombiya (*ibid.*, § 425), Hırvatistan (*ibid.*, § 427), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 428), Danimarka (*ibid.*, § 429), El Salvador (*ibid.*, § 430), Estonya (*ibid.*, § 431), Etiyopya (*ibid.*, § 432), Finlandiya (*ibid.*, § 433), Macaristan (*ibid.*, § 434), İtalya (*ibid.*, § 435), Kazakistan (*ibid.*, § 436), Litvanya (*ibid.*, § 437), Moldova (*ibid.*, § 438), Mozambik (*ibid.*, § 439), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 440), Nikaragua (*ibid.*, §§ 441–442), Norveç (*ibid.*, § 443), Polonya (*ibid.*, § 444), Rusya (*ibid.*, § 445), Slovakya (*ibid.*, § 446), Slovenya (*ibid.*, § 447), İspanya (*ibid.*, §§ 448–449), İsveç (*ibid.*, § 450), Tacikistan (*ibid.*, § 451), Özbekistan (*ibid.*, § 452), Vietnam (*ibid.*, § 453) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 454) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin’in taslak mevzuatları (*ibid.*, § 421).

75 Lahey Düzenlemeleri, Madde 23(h).

76 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xiv).

77 Bkz., örn., ICTY, *Blaškić davası*, Dava No. IT-95-14-T, Karar, Dava Dairesi I, 3 Mart 2000, § 716; *Kordić ve Čerkez davası*, Dava No. IT-95-14/2-T, Karar, Dava Dairesi III, 26 Şubat 2001, § 256; Bkz. ayrıca *Kupreškić ve Mladić davası*, İddianamelerin Değerlendirilmesi (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2364).

78 Bkz., örn., ICTY, *Aleksovski davası*, Dava No. IT-95-14/1-T, Karar, Dava Dairesi I, 25 Haziran 1999, § 229.

79 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xxiii).

80 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2285), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 2286–2287), Bangladeş (*ibid.*, § 2288), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 2289), Kanada (*ibid.*, § 2291), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 2292), Kongo (*ibid.*, § 2293), Almanya (*ibid.*, § 2294), Gürcistan (*ibid.*, § 2295), İrlanda (*ibid.*, § 2296), Litvanya (*ibid.*, § 2297), Mali (*ibid.*, § 2298), Hollanda (*ibid.*, § 2299), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 2300), Norveç (*ibid.*, § 2301), Peru (*ibid.*, § 2302), Polonya (*ibid.*, § 2303), Tacikistan (*ibid.*, § 2304), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 2306) ve Yemen’in (*ibid.*, § 2307) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 2290) ve Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 2305) taslak mevzuatları.

(vii) 15 yaşından küçük çocukları silahlı kuvvetlere almak veya kaydetmek veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanmak. 15 yaşından küçük çocukları silahlı kuvvetlere kaydetme veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanma yasağı Ek I.Protokol ile ortaya konmuştur.⁸¹ Oldukça yakın tarihli bir yasak olmakla birlikte, bu tür fiillerin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne bir savaş suçu olarak dâhil edilmesi tartışmasız gerçekleşmiştir. Çocukların askere alınması birçok Devletin yasaları altında yasaktır.⁸² Muhasamata aktif olarak katılmaları için çocukları kullanmak da birçok Devletin yasaları altında yasaklanmıştır.⁸³ Daha fazla uygulamalara atıf Kurallar 136-137'ye yorumda bulunabilir.

(viii) Cinsel şiddet uygulama, özellikle ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama ve hamileliğe zorlama.

Muhtelif şekillerde cinsel şiddetin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde savaş suçu olarak açıkça sayılması, bilhassa kadınlara yönelik daha fazla saygı ve tanıma talebinin yansması olarak, toplumdaki yakın tarihli değişimin bir yansımasıdır. Her ne kadar ırza geçme Cenevre Sözleşmeleri tarafından yasaklanmış olsa da, ne Sözleşmelerde ne de Ek I.Protokol'de bir ağır ihlal olarak açıkça sayılmamıştır, lakin insanlık dışı muamele veya vücut veya sağlığa isteyerek aşırı acı ya da ciddi zarar vermeye tekabül etmesi temelinde ağır ihlal olarak değerlendirilmelidir. Cinsel şiddetin yaygın olarak görülmesine rağmen bunlar İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki savaş suçu davalarının konusunu oluşturmamıştır. Ancak, o günden beri, birçok Devletin yasaları tarafından silahlı çatışmalarda salt ırza geçmenin veya cinsel saldırının suç olma niteliği tanınmakla kalmamıştır;⁸⁴ ayrıca Eski

81 Ek I.Protokol, Madde 77(2).

82 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 39, § 407), Azerbaycan (*ibid.*, § 408), Bangladeş (*ibid.*, § 409), Beyaz Rusya (*ibid.*, §§ 410–411), Kanada (*ibid.*, § 413), Kolombiya (*ibid.*, §§ 414–415), Kongo (*ibid.*, § 416), Gürcistan (*ibid.*, § 418), Almanya (*ibid.*, § 419), İrlanda (*ibid.*, § 420), Ürdün (*ibid.*, § 421), Malavi (*ibid.*, § 422), Malezya (*ibid.*, § 423), Hollanda (*ibid.*, § 425), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 426), Norveç (*ibid.*, § 427), Filipinler (*ibid.*, § 428), İspanya (*ibid.*, § 429), Ukrayna (*ibid.*, § 431) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 432) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 406), Burundi (*ibid.*, § 412) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 430) taslak mevzuatları.

83 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 39, § 529), Beyaz Rusya (*ibid.*, §§ 530–531), Kanada (*ibid.*, § 533), Kolombiya (*ibid.*, §§ 534–535), Kongo (*ibid.*, § 536), Almanya (*ibid.*, § 537), Gürcistan (*ibid.*, § 538), İrlanda (*ibid.*, § 539), Ürdün (*ibid.*, § 540), Malezya (*ibid.*, § 541), Mali (*ibid.*, § 542), Hollanda (*ibid.*, § 543), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 544), Norveç (*ibid.*, § 545), Filipinler (*ibid.*, § 546) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 548) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 532) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 547) taslak mevzuatları.

84 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1618), Avustralya (*ibid.*, §§ 1619–1621), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 1622–1623), Bangladeş (*ibid.*, § 1624), Belçika (*ibid.*, § 1625), Bosna Hersek (*ibid.*, § 1626), Kanada (*ibid.*, § 1628), Çin (*ibid.*, § 1629), Kolombiya (*ibid.*, § 1630), Kongo (*ibid.*, § 1631), Hırvatistan (*ibid.*, § 1632), Estonya (*ibid.*, § 1634), Etiyopya (*ibid.*, § 1635), Gürcistan (*ibid.*, § 1636), Almanya (*ibid.*, § 1637), Güney Kore (*ibid.*, § 1641), Litvanya (*ibid.*, § 1642), Mali (*ibid.*, § 1643), Mozambik (*ibid.*, § 1644), Hollanda (*ibid.*, §§ 1646–1647), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 1648), Paraguay (*ibid.*, § 1651), Slovenya (*ibid.*, § 1652), İspanya (*ibid.*, § 1654), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 1656) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 1657–1658) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 1617), Burundi (*ibid.*, § 1627) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 1655) taslak mevzuatları.

Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemelerinde bu temelde görülmüş muhtelif davalar ve verilmiş mahkûmiyetler de mevcuttur.⁸⁵

Cinsel şiddet suçlarının kendisinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne dâhil edilmesi tartışmalı olmamıştır. Ancak, cinsel şiddet suçlarından iki tanesi, şöyle ki “hamileliğe zorlama” ve “başka her tür cinsel şiddet şekli”, konusunda biraz ihtilaf doğmuştur.

“Hamileliğe zorlama” bir savaş suçu olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne, kendi yaşadıkları silahlı çatışma sırasında bu tür fiillerin vukuu bulmasına bağlı olarak Bosna Hersek ve başkaları tarafından yapılan öneriler sonrasında dâhil edilmiştir.⁸⁶ Ancak bazı delegasyonlar bu suçun Devlete hamileliğe zorlanmış kadınlara kürtaj imkânı sağlama görevini yükleyecek şekilde yorumlanabilmesinden endişe duymuşlardır.⁸⁷ Bu suçun, ırza geçme ve hukuka aykırı hürriyetin tahdidi olmak üzere iki ayrı savaş suçunu da ilgilendirmesine bağlı olarak, davranışın suç olma vasfının teamül niteliği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Kavramın biraz muallâk olduğunu düşünmeleri sebebiyle bazı delegeler için “Başka her tür cinsel şiddet şekli”ni bir savaş suçu olarak nitelemek sıkıntı doğurmuştur. Sorun “Cenevre Sözleşmeleri'nin bir ağır ihlalini teşkil eden” ifadesinin eklenmesiyle çözülmüştür. Her ne kadar bu suçun metne dâhil edilmesi için baskıda bulunan bazı grupların amacı her tür cinsel şiddet şeklinin ağır ihlal teşkil etmesini vurgulamak idiye de, Devletler tarafından bu ifade, Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları'nda, “davranış Cenevre Sözleşmeleri'nin bir ağır ihlaline kıyaslanabilecek ciddiyette” olmasını gerektirir şekilde yorumlanmıştır.⁸⁸

Daha fazla uygulamaya atıf Kural 93'e yorumda bulunabilir.

(ii) Bir uluslararası silahlı çatışmada işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri (devam):

- kölelik ve köle işçiliği için sürme;
- toplu cezalandırmalar;
- yaralıları, hastaları, deniz kazazedelerini veya ölüleri yağmalamak;
- bir temsilciye veya ateşkes bayrağı taşıyan bir kişiye saldırmak veya kötü muamelede bulunmak;
- savaş esirlerinin veya sivillerin ülkelerine geri gönderilmesinde gerekçelendirilemeyen gecikme;

85 Bkz., örn., ICTY, *Nikolić davası*, İddianamenin Değerlendirilmesi(Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1729), *Delalić davası*, Karar (*ibid.*, § 1731), *Furundžija davası*, Karar ve Temyiz hakkındaki Karar, (*ibid.*, §§ 1732–1733) ve *Kunarac davası*, Karar (*ibid.*, § 1734).

86 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(xxii).

87 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 329–330.

88 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 331–332.

- apartheid veya ırksal ayrımcılık temelinde kişisel onura zulüm içeren diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele uygulamaları;
- sivillerin hayat kaybına veya yaralanmasına veya sivil mallarda zarara yol açan ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirmek;
- aşırı miktarda sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine arızı şekilde sebep olunacağını bilmek suretiyle, tehlikeli güçler içeren yapılara veya tesislere saldırı gerçekleştirmek.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bunlar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde savaş suçu olarak öngörülmemiştir. Her halükarda, bu fiillerin uygulamada Statü tarafından sayılan bir veya daha fazla suça tekabül etmeleri veya uluslararası toplum tarafından suç olma niteliği tanınmış olan uluslararası teamül hukukunun ihlallerini teşkil etmeleri sebebiyle suç olma vasfına sahiptirler.

(i) *Kölelik ve köle işçiliği için sürme*. Kölelik ve köle işçiliği için sürme uluslararası teamül hukukunun ihlalini teşkil etmektedir (Bknz. Kurallar 94-95), ve bir silahlı çatışma sırasında bunlara başvurmak bir savaş suçudur. Birçok Devletin yasaları köleliği ve köle ticaretini veya "köleleştirmeyi" yasaklamaktadır.⁸⁹ Köle işçiliği için sivillerin sürülmesi Nürnberg'deki Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Şartında bir savaş suçu olarak sayılmıştır.⁹⁰ "Köleleştirme" ve köle işçiliği için sürme İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki bazı savaş suçu yargılamalarının temelini oluşturmuştur.⁹¹ Daha fazla uygulamaya atf Kurallar 94-95'e yorumda bulunabilir.

(ii) *Toplu cezalandırmalar*. Toplu cezalandırmalar mağdurların adil yargılanma haklarından mahrum bırakılmasına tekabül eder ve çok sayıda Devletin yasalarında savaş suçu olarak öngörülmüştür.⁹² İkinci Dünya Savaşı sırasındaki misilleme öldürmeler hakkındaki 1997 tarihindeki *Priebke davası* örneğinde olduğu üzere, ceza-

89 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1815), Avustralya (*ibid.*, § 1818), Belçika (*ibid.*, § 1823), Kanada (*ibid.*, § 1826), Çin (*ibid.*, § 1827), Kongo (*ibid.*, § 1829), Hırvatistan (*ibid.*, § 1831), Fransa (*ibid.*, § 1833), İrlanda (*ibid.*, § 1834), Kenya (*ibid.*, § 1837), Mali (*ibid.*, § 1841), Hollanda (*ibid.*, § 1842), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 1844), Nijer (*ibid.*, § 1846), Norveç (*ibid.*, § 1847), Filipinler (*ibid.*, § 1849), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 1853) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 1854-1855) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 1825) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 1851) taslak mevzuatları.

90 UAM Şartı (Nürnberg), Madde 6 (*ibid.*, § 1759).

91 Bkz., örn., Kanada, Federal Temyiz Mahkemesi, *Rudolph ve Eğitim ve Göç Bakanlığı davası* (*ibid.*, § 1859); Hollanda, Özel Yargıtay Mahkemesi, *Rohrig ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 1864); Polonya, Poznan'daki Yüksek Milli Mahkeme, *Greiser davası* (*ibid.*, § 1865); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *List (Rehinler Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 1868), *Milch davası* (*ibid.*, § 1869), *Krauch (I. G. Farben Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 1870) ve *Krupp davası* (*ibid.*, § 1871).

92 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 3776), Avustralya (*ibid.*, § 3777), Bangladeş (*ibid.*, § 3778), Bosna Hersek (*ibid.*, § 3779), Çin (*ibid.*, § 3780), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 3781), Fil Dişi Sahilleri (*ibid.*, § 3782), Hırvatistan (*ibid.*, § 3783), Etiyopya (*ibid.*, § 3784), İrlanda (*ibid.*, § 3785), İtalya (*ibid.*, § 3786), Kırgızistan (*ibid.*, § 3787), Litvanya (*ibid.*, § 3788), Norveç (*ibid.*, § 3789), Romanya (*ibid.*, § 3790), Slovenya (*ibid.*, § 3791), İspanya (*ibid.*, § 3792) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 3793) mevzuatları.

landırmanın, niteliğine göre bir veya birden çok savaş suçuna tekabül etmesi olasıdır.⁹³ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 103'e yorumda bulunulabilir.

(iii) *Yaralıları, hastaları, deniz kazazedelerini veya ölüleri yağmalamak.* 1947 tarihindeki *Pohl davasında* Nürnberg'deki ABD Askeri Mahkemesi “ölüleri soymak suçtur ve her zaman suç olmuştur” tespitinde bulunmuştur.⁹⁴ Bu tür davranışlar genelde yağmaya ya da uluslararası insancıl hukuku ihlal eder nitelikte mallara el konulmasına tekabül eder. Bu davranış ayrıca çok sayıda Devletin yasaları altında suç olarak nitelendirilmiştir.⁹⁵

1906 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Durumunun İyileştirilmesi hakkındaki Cenevre Sözleşmesi “savaş zamanında silahlı kuvvetlerdeki hasta ve yaralıların soyulması ve kötü muamele görmesine yönelik bireysel filleri engellemek için gerekli tedbirlerin Alınması”nı gerektirmektedir.⁹⁶ Özellikle birçok manüel, bazen “çetecilik” olarak da ismi geçen, yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin yağmalanmasını yasaklamakta veya savaş suçu teşkil ettiğini belirtmektedir.⁹⁷

Daha fazla uygulamaya atıf Kural 111 ve 113'e yorumda bulunabilir.

(iv) *Bir temsilciye veya ateşkes bayrağı taşıyan bir kişiye saldırmak veya kötü muamelede bulunmak.* Bu durum Lahey Düzenlemeleri'nin ve uluslararası teamül

93 İtalya, Roma Askeri Mahkemesi, *Priebke davası* (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 3795).

94 Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Pohl davası* (Nakleden: C.II. Böl. 35, § 235).

95 Bkz., örn., Arnavutluk (*ibid.*, § 165), Cezayir (*ibid.*, § 166), Arjantin (*ibid.*, § 167), Ermenistan (*ibid.*, § 168), Avustralya (*ibid.*, § 169), Azerbaycan (*ibid.*, § 170), Bangladeş (*ibid.*, § 171), Bosna Hersek (*ibid.*, § 172), Botsvana (*ibid.*, § 173), Bulgaristan (*ibid.*, § 174), Burkina Faso (*ibid.*, § 175), Kanada (*ibid.*, § 176), Çad (*ibid.*, § 177), Şili (*ibid.*, § 178), Kolombiya (*ibid.*, § 179), Fil Dişi Sahilleri (*ibid.*, § 180), Hırvatistan (*ibid.*, § 181), Küba (*ibid.*, § 182), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 183), Danimarka (*ibid.*, § 184), Mısır (*ibid.*, §§ 185–186), El Salvador (*ibid.*, § 187), Etiyopya (*ibid.*, § 188), Fransa (*ibid.*, § 189), Gambiya (*ibid.*, § 190), Gürcistan (*ibid.*, § 191), Gana (*ibid.*, § 192), Gine (*ibid.*, § 193), Macaristan (*ibid.*, § 194), Endonezya (*ibid.*, § 195), Irak (196), İrlanda (*ibid.*, § 197), İtalya (*ibid.*, § 198), Kazakistan (*ibid.*, § 199), Kenya (*ibid.*, § 200), Güney Kore (*ibid.*, § 201), Letonya (*ibid.*, § 202), Lübnan (*ibid.*, § 203), Litvanya (*ibid.*, § 204), Malezya (*ibid.*, § 205), Mali (*ibid.*, § 206), Moldova (*ibid.*, § 207), Hollanda (*ibid.*, § 208), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 209), Nikaragua (*ibid.*, §§ 210–211), Nijerya (*ibid.*, § 212), Norveç (*ibid.*, § 213), Romanya (*ibid.*, § 214), Singapur (*ibid.*, § 215), Slovakya (*ibid.*, § 216), Slovenya (*ibid.*, § 217), İspanya (*ibid.*, §§ 218–219), İsviçre (*ibid.*, § 220), Tacikistan (*ibid.*, § 221), Togo (*ibid.*, § 222), Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 223), Uganda (*ibid.*, § 224), Ukrayna (*ibid.*, § 225), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 226–227), Uruguay (*ibid.*, § 228), Venezuella (*ibid.*, § 229), Vietnam (*ibid.*, § 230), Yemen (*ibid.*, § 231), Yugoslavya (*ibid.*, § 232), Zambiya (*ibid.*, § 233) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 234) mevzuatları.

96 1906 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerdeki Yaralı ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi hakkındaki Cenevre Sözleşmesi, Madde 28.

97 Bkz., örn., Burkina Faso (Nakleden: C.II, Böl. 34, § 417), Kamerun (*ibid.*, § 418), Kanada (*ibid.*, § 420), Kongo (*ibid.*, § 422), Fransa (*ibid.*, § 423), İsrail (*ibid.*, § 425), İtalya (*ibid.*, § 426), Lübnan (*ibid.*, § 428), Mali (*ibid.*, § 429), Fas (*ibid.*, § 430), Filipinler (*ibid.*, § 434) (“kötü muamelede bulunma”), Romanya (*ibid.*, § 435), Senegal (*ibid.*, § 436), İsviçre (*ibid.*, § 437), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 438) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 442) (“kötü muamelede bulunur şekilde”) askeri manüelleri.

hukukunun bir ihlalini teşkil eder (Bknz. Kural 67). Bu fiil ya bir sivile ya da çatışma dışı kalmış bir savaşa saldırıya tekabül eder ve bu sebepten ötürü bir savaş suçudur. Muhtelif sahra talimnameleri beyaz ateşkes bayrağı taşıyan bir temsilciye karşı saldırıları savaş suçu olarak değerlendirmektedir.⁹⁸ Temsilcilerin dokunulmazlığının ihlali birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.⁹⁹ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 67'ye yorumda bulunabilir.

(v) *Savaş esirlerinin veya sivillerin ülkelerine geri gönderilmesinde gerekçelendirilemeyen gecikme*. Bu savaş suçu Ek I.Protokol'de bir ağır ihlal olarak sayılmıştır.¹⁰⁰ Bugüne kadar ne bu savaş suçu hakkında bir yargılamaya rastlanabilmiş, ne de bu suç Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde özellikle belirtilmiştir. Ancak, bu ihlalin suç olma niteliği Ek I.Protokol'e taraf olan 161 Devlet tarafından kabul edilmiştir. Ek I.Protokol'e taraf olmayan Azerbaycan da dâhil olmak üzere, çok sayıda Devletin yasaları bunun bir savaş suçu olduğunu belirtmektedir.¹⁰¹ Savaş esirlerinin veya sivillerin ülkelerine geri gönderilmesindeki bir gecikme gerekçelendirilemez ise, uygulamada özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarının herhangi bir hukuki temeli kalmaz ve bu da hukuka aykırı hapse tekabül eder (Bknz. Kural 99'a yorum)

(vi) *Apartheid veya ırksal ayrımcılık temelinde kişisel onura zulüm içeren diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele uygulamaları*. Bu savaş suçu Ek I.Protokol'de bir ağır ihlal olarak sayılmaktadır.¹⁰² Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde aynen bu ifadelerle yer almamakta, ancak bu tür bir davranış küçültücü ve aşağılayıcı davranışa ilaveten kişisel onura zulme tekabül etmektedir. Uluslararası insancıl hukukun uygulamasında Apartheid çok sayıda Devletin yasaları altında suç teşkil

98 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 19, §§ 161–162), Kanada (*ibid.*, § 167), Ekvator (*ibid.*, § 169), Güney Kore (*ibid.*, § 175), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 179), Nijerya (*ibid.*, § 180), Güney Afrika (*ibid.*, § 185), İsviçre (*ibid.*, § 189), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 190) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, §§ 192–195) askeri manüelleri.

99 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 19, § 197), Bosna Hersek (*ibid.*, § 199), Şili (*ibid.*, § 200), Hırvatistan (*ibid.*, § 201), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 202), Ekvator (*ibid.*, § 203), El Salvador (*ibid.*, § 204), Estonya (*ibid.*, § 205), Etiyopya (*ibid.*, § 206), Macaristan (*ibid.*, § 207), İtalya (*ibid.*, § 208), Meksika (*ibid.*, §§ 209–210), Nikaragua (*ibid.*, § 211), Peru (*ibid.*, § 212), Slovenya (*ibid.*, § 213), İspanya (*ibid.*, §§ 214–216), İsviçre (*ibid.*, § 217), Venezüella (*ibid.*, §§ 218–219) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 220) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin'in (*ibid.*, § 198) yasa taslağı.

100 Ek I.Protokol, Madde 85(4)(b).

101 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 37, §§ 664–665), Azerbaycan (*ibid.*, § 666), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 668), Belçika (*ibid.*, § 669), Kanada (*ibid.*, § 671), Cook Adaları (*ibid.*, § 672), Hırvatistan (*ibid.*, § 673), Kıbrıs (*ibid.*, § 674), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 675), Estonya (*ibid.*, § 677), Gürcistan (*ibid.*, § 678), Almanya (*ibid.*, § 679), Macaristan (*ibid.*, § 680), İrlanda (*ibid.*, § 681), Litvanya (*ibid.*, § 684), Moldova (*ibid.*, § 685), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 687), Nijer (*ibid.*, § 689), Norveç (*ibid.*, § 690), Slovakya (*ibid.*, § 691), Slovenya (*ibid.*, § 692), İspanya (*ibid.*, § 693), Tacikistan (*ibid.*, § 694), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 695), Yugoslavya (*ibid.*, § 696) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 697) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 662), El Salvador (*ibid.*, § 676), Ürdün (*ibid.*, § 682), Lübnan (*ibid.*, § 683) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 688) taslak mevzuatları.

102 Ek I.Protokol, Madde 85(4)(c).

etmektedir.¹⁰³ Ayrıca, buna ek olarak, çatışma dışı kalmış bütün kişilere karşı herhangi bir karşıt ayırım gözetilmeksizin saygı gösterilmesi uluslararası teamül hukuku tarafından sağlanan temel bir güvencedir (Bknz. Kural 88).

(vii) *Sivillerin hayat kaybına veya yaralanmasına veya sivil mallarda zarara yol açan ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirmek*. Ayırım gözetmeyen saldırı yaşağı uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır (Bknz. Kural 11). Ayırım gözetmeyen bir saldırı gerçekleştirmek çok sayıda Devletin yasaları altında bir suç teşkil eder.¹⁰⁴ Her ne kadar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde bu şekilde sayılmamış olsa da, Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli *Nükleer Silahlar davasında* ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından muhtelif kararlarda belirtildiğı üzere, ayırım gözetmeyen bir saldırı uygulamada sivillere yönelik bir saldırıya tekabül eder.¹⁰⁵

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde "kast"ın tanımı, failin "olağan etkisiyle sonucun gerçekleşeceğinin farkında Olması"nı da içermektedir.¹⁰⁶ Sivil kayıpların gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu bilerek bir saldırıyı gerçekleştirmek ayırım gözetmeyen bir saldırıya tekabül etmez, zira arızı yaralama veya zarar başı başına yasaklanmamıştır. Ancak, düzgün bir şekilde askeri hedefi vurmayı denemeden veya muhtemel ölüm veya yaralamaların kapsamını düşünmeden veya umursamadan sivilleri vuracak şekilde bir saldırı gerçekleştirmek ayırım gözetmeyen saldırıya tekabül etmektedir. Arızı sivil ölümlerin, yaralamaların veya zararların kayıp

103 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 32, §§ 601–602), Azerbaycan (*ibid.*, § 603), Belçika (*ibid.*, § 604), Bulgaristan (*ibid.*, § 605), Kanada (*ibid.*, § 607), Kolombiya (*ibid.*, § 609), Cook Adaları (*ibid.*, § 611), Kıbrıs (*ibid.*, § 612), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 613), Gürcistan (*ibid.*, § 615), Macaristan (*ibid.*, § 616), İrlanda (*ibid.*, § 617), Moldova (*ibid.*, § 621), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 623), Nijer (*ibid.*, § 626), Norveç (*ibid.*, § 627), Peru (*ibid.*, § 628), Slovakya (*ibid.*, § 629), İspanya (*ibid.*, § 630), Tacikistan (*ibid.*, § 631), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 633) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 635) mevzuatları; Bkz. ayrıca El Salvador (*ibid.*, § 614), Ürdün (*ibid.*, § 618), Lübnan (*ibid.*, § 619) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 625) taslak mevzuatları.

104 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 3, § 33), Avustralya (*ibid.*, § 34), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 35), Belçika (*ibid.*, § 36), Bosna Hersek (*ibid.*, § 37), Kanada (*ibid.*, § 38), Çin (*ibid.*, § 39), Kolombiya (*ibid.*, § 40), Cook Adaları (*ibid.*, § 41), Hırvatistan (*ibid.*, § 42), Kıbrıs (*ibid.*, § 43), Estonya (*ibid.*, § 45), Gürcistan (*ibid.*, § 46), Endonezya (*ibid.*, § 47), İrlanda (*ibid.*, § 48), Litvanya (*ibid.*, § 51), Hollanda (*ibid.*, § 52), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 53), Nijer (*ibid.*, § 55), Norveç (*ibid.*, § 56), Slovenya (*ibid.*, § 57), İspanya (*ibid.*, § 58), İsveç (*ibid.*, § 59), Tacikistan (*ibid.*, § 60), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 61), Yugoslavya (*ibid.*, § 629) ve Zimbabve (*ibid.*, § 63); Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 33), El Salvador (*ibid.*, § 44), Ürdün (*ibid.*, § 49), Lübnan (*ibid.*, § 50) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 54) taslak mevzuatları.

105 Bkz. UAD, *Nükleer Silahlar davası*, Danışma Görüşü (Nakleden: C.II, Böl. 3, § 243); ICTY, *Galić davası*, Dava No. IT-98-29-T, Karar ve Görüş, 5 Aralık 2003, § 57 ("ayırım gözetmeyen saldırılar, şöyle ki, herhangi bir ayırım gözetmeden sivilleri veya sivil malları ve askeri malları vuran saldırılar, sivillere karşı doğrudan saldırılar olarak değerlendirilebilir"), *Blaškić davasına*, Karar, ve *Martić davasına*, İddianamenin Değerlendirmesi, ilaveten atıfta bulunmak suretiyle; Bkz. ayrıca *Tadić davası*, Ara Temyiz (Nakleden: C.II, Böl. 3, § 134), *Karadžić ve Mladić davası*, İddianamelerin Değerlendirilmesi (*ibid.*, § 135), *Kordić ve Čerkez davası*, Birleşik Yetkiye İtiraz hakkındaki Karar (*ibid.*, § 136) ve *Kupreškić davası*, Karar (*ibid.*, § 137).

106 UCM Statüsü, Madde 30(2)(b).

derecesinin aşırı olacağını bilerek bu tür bir saldırıyı gerçekleştirmek Ek I.Protokol'de bir ağır ihlal olarak sınıflandırılmıştır.¹⁰⁷ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 11'e yorum da bulunabilir.

(viii) *Aşırı miktarda sivil hayat kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine arzi şekilde sebep olunacağını bilmek suretiyle, tehlikeli güçler içeren yapılara veya tesislere saldırı gerçekleştirmek.* Bu savaş suçu Ek I.Protokol'de bir ağır ihlal olarak sayılmaktadır.¹⁰⁸ Kendileri bir askeri hedef teşkil eden yapı veya tesislere veya bu tür yapıların yakınında bulunan askeri hedeflere yönelik, sonucunda aşırı arzi sivil kayba veya zarara meydan verecek saldırıları kapsamaktadır.¹⁰⁹ Bu tür bir saldırı uluslararası teamül hukukunun bir ihlalidir ve uygulamada, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü tarafından da kapsamaktadır ("Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil malların zarar görmesine arzi şekilde yol açacağını... bilerek saldırı gerçekleştirilmesi").¹¹⁰ Daha fazlaya uygulamaya atıf Kural 42'ye yorumda bulunabilir.

(iii) Cenevre Sözleşmeleri ortak Madde 3'ün ciddi ihlalleri:

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, silah bırakmış ve hastalık, yaralanma, hürriyetin tahdidi veya başka bir sebepten ötürü savaş dışı kalmış silahlı kuvvetler mensupları da dâhil olmak üzere, muhasamata doğrudan katılmayan kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller:

- özellikle her tür adam öldürme, sakatlama, kötü muamele ve işkence olmak üzere, hayata ve kişiye karşı her tür şiddet;
- özellikle küçük düşürücü ve aşağılayıcı muamele olmak üzere, kişisel onura her tür zulüm;
- rehin alınması;
- genel olarak zaruri sayılan bütün yargısal teminatları sağlayan, olağan bir mahkeme tarafından verilen bir karar olmadan hüküm verilmesi ve infazın gerçekleştirilmesi.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3 uluslararası teamül hukuku haline gelmiştir ve Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ek olarak, Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Sierra Leone hakkındaki

107 Ek I.Protokol, Madde 85(3)(b).

108 Ek I.Protokol, Madde 85(3)(c).

109 Askeri hedef teşkil etmeyen bir yapı veya tesise kasıtlı olarak saldırmanın, saldırıyla birlikte sebep olunan sivil can kayıpları ve zarardan bağımsız olarak, sivil malları saldırının hedefi haline getirmek savaş suçunu teşkil edeceğini belirtmek gerekir.

110 UCM Statüsü, Madde 8(2)(b)(iv).

Özel Mahkeme'nin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüleri tarafından maddenin hükümlerinin bir veya daha fazlasının ihlalinin savaş suçu teşkil ettiği tanınmıştır.¹¹¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne dâhil edilişi çoğunlukla tartışmasız olmuştur. Bazı kullanılan ifadeler uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir ağır ihlaller hakkındaki suçlarla eşdeğer olmasa da, suçun unsurlarına ilişkin olarak uygulamada herhangi bir farklılığın olmadığını belirtmek gerekir. Bu durum Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları ile Eski Yugoslavya hakkındaki Ceza Mahkemesinin içtihadına dayanmaktadır.¹¹²

(iv) Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlaller:

- muhasamata doğrudan katılmayan sivil nüfus veya sivil kişileri saldırının hedefi haline getirmek;
- yağma;
- cinsel şiddet uygulama, özellikle ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama ve hamileliğe zorlama.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Uluslararası teamül hukukunun bu ihlalleri Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve ekseriyetle, Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri'nde savaş suçu olarak sayılmıştır (Bknz. *infra*).

(i) *muhasamata doğrudan katılmayan sivil nüfus veya bireysel sivilleri saldırının hedefi haline getirmek.* Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi bu yasağa uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir savaş suçu olarak atıfta bulunmuştur.¹¹³ Bu savaş suçu Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde aynı ifadelerle yer almamaktadır, ancak Statü genel anlamda Ek I.Protokol'ün ciddi ihlallerine göndermede bulunmaktadır ki, Madde 13 sivillere karşı saldırıları yasaklar.¹¹⁴ Sivillere karşı saldırı gerçekleştirmek çok sayıda Devletin

111 ICTR Statüsü, Madde 4; Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 3; UCM Statüsü, Madde 8(2)(c); Bkz., örn., ICTY, *T Tadić davası*, Ara Temyiz (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 928); ICTY, *Jelisić davası*, Karar (*ibid.*, § 934).

112 Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları(UCM Statüsü Madde 8(2)(c)'ye ilişkin olarak); ICTY, *Delalić davası*, Dava No. IT-96-21-T, Karar, Dava Dairesi II, 16 Kasım 1998, §§ 422–423 (adam öldürmeye ilişkin olarak), § 552 (zalimce muameleye ilişkin olarak), § 443 (işkenceye ilişkin olarak) ve § 187 (rehin alınmasına ilişkin olarak).

113 Bkz. ICTY, *T Tadić davası*, Davası No. IT-94-1-AR72, Yetki konusunda Savunmanın Temyiz Başvurusu hakkındaki Karar, İstinaf Dairesi, 2 Ekim 1995, §§ 100–118 ve *Martić davası*, Dava No. IT-95-11-R61, Usul ve Delil Kuralları Kural 61 uyarınca İddianamenin Değerlendirilmesi, Dava Dairesi I, 8 Mart 1996, § 11.

114 ICTR Statüsü, Madde 4.

yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹¹⁵ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 1'e yorumda bulunabilir.

(ii) *Yağma*. Yağma savaş suçuna ilişkin olarak Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1999 tarihli *Jelisić davasında* sanıkları, bazen “yağma” yerine kullanılan bir ifade olarak, “talan”dan ötürü Statü Madde 3 altında suçlu bulunmuştur.¹¹⁶ Yağma birçok Devletin yasaları altında suç teşkil eder.¹¹⁷ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 52'ye yorumda bulunabilir.

(iii) *Cinsel şiddet uygulama, özellikle ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama ve hamileliğe zorlama*. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü cinsel şiddete ilişkin olarak bilhassa ırza geçme, cinsel kölelik, fahişeliğe zorlama, zorunlu kısırlaştırma ve hamileliğe zorlamayı öngörmektedir.¹¹⁸

Raunda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüleri bu savaş suçunu “kişiler onura zulüm, bilhassa küçültücü ve aşağılayıcı muamele, ırza geçme, fahişeliğe zorlama ve diğer her türlü ahlaka saldırı” olarak tanımlamaktadır.¹¹⁹ Eski Yugoslavya hakkındaki

115 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 1, § 218), Avustralya (*ibid.*, § 220), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 221–222), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 223), Belçika (*ibid.*, § 224), Bosna Hersek (*ibid.*, § 225), Kanada (*ibid.*, § 228), Kolombiya (*ibid.*, § 230), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 231), Kongo (*ibid.*, § 232), Hırvatistan (*ibid.*, § 234), Estonya (*ibid.*, § 239), Gürcistan (*ibid.*, § 240), Almanya (*ibid.*, § 241), İrlanda (*ibid.*, § 244), Litvanya (*ibid.*, § 248), Hollanda (*ibid.*, § 250), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 252), Nijer (*ibid.*, § 254), Norveç (*ibid.*, § 255), Slovenya (*ibid.*, § 257), İspanya (*ibid.*, § 259), İsveç (*ibid.*, § 260), Tacikistan (*ibid.*, § 261), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 265), Vietnam (*ibid.*, § 266), Yemen (*ibid.*, § 267) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 268) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 237), Macaristan (*ibid.*, § 242), İtalya (*ibid.*, § 245) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 256), mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 217), Burundi (*ibid.*, § 226), El Salvador (*ibid.*, § 238), Ürdün (*ibid.*, § 246), Nikaragua (*ibid.*, § 253) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 262) taslak mevzuatları.

116 Bkz. ICTY, *Jelisić davası*, Dava No. IT-95-10-T, Karar, Dava Dairesi I, 14 Aralık 1999, § 49.

117 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 16, § 559), Azerbaycan (*ibid.*, § 561), Bosna Hersek (*ibid.*, § 563), Kanada (*ibid.*, §§ 569–570), Kolombiya (*ibid.*, § 576), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 577), Kongo (*ibid.*, § 578), Hırvatistan (*ibid.*, § 580), Ekvator (*ibid.*, § 582), El Salvador (*ibid.*, §§ 584–585), Estonya (*ibid.*, § 586), Etiyopya (*ibid.*, § 587), Gambiya (*ibid.*, § 589), Gürcistan (*ibid.*, § 590), Almanya (*ibid.*, § 591), Gana (*ibid.*, § 592), Gine (*ibid.*, § 593), İrlanda (*ibid.*, § 599), Kazakistan (*ibid.*, § 605), Kenya (*ibid.*, § 606), Letonya (*ibid.*, § 608), Moldova (*ibid.*, § 614), Hollanda (*ibid.*, § 620), Yeni Zelanda (*ibid.*, §§ 621–622), Nikaragua (*ibid.*, § 623), Nijerya (*ibid.*, § 624), Norveç (*ibid.*, § 625), Paraguay (*ibid.*, § 627), Rusya (*ibid.*, § 631), Singapur (*ibid.*, § 633), Slovenya (*ibid.*, § 635), İspanya (*ibid.*, §§ 637–638), İsviçre (*ibid.*, § 642), Tacikistan (*ibid.*, § 643), Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 645), Uganda (*ibid.*, § 648), Ukrayna (*ibid.*, § 649), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 652), Özbekistan (*ibid.*, § 657), Venezüella (*ibid.*, § 658), Yemen (*ibid.*, § 661), Yugoslavya (*ibid.*, § 663), Zambiya (*ibid.*, § 664) ve Zimbabve (*ibid.*, § 665) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Bulgaristan (*ibid.*, § 565), Burkina Faso (*ibid.*, § 566), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 581), Macaristan (*ibid.*, § 594), İtalya (*ibid.*, §§ 602–603), Güney Kore (*ibid.*, § 607), Mozambik (*ibid.*, § 616), Paraguay (*ibid.*, § 626), Peru (*ibid.*, § 628), Slovakya (*ibid.*, § 634) ve Togo'nun (*ibid.*, § 644) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 556), Burundi (*ibid.*, § 567) ve Trinidad ve Tobago (*ibid.*, § 646) taslak mevzuatları.

118 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(vi).

119 ICTR Statüsü, Madde 4(e) (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1577); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 3(e) (*ibid.*, § 1569).

Uluslararası Ceza Mahkemesi 1998 tarihli *Furundžija davasında* ve 2001 tarihli *Kunarac davasında* sanıkları uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında ırza geçmeden ötürü mahkûm etmiştir.¹²⁰ Cinsel şiddet çok sayıda Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹²¹ Yukarıda uluslararası silahlı çatışmalarda cinsel şiddet suçlarına ilişkin yapılan yorumlar benzer şekilde uygulanabilir niteliktedir. Daha fazla uygulamaya atıf Kural 93'e yorumda bulunabilir.

(iv) Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlalleri (devam):

- ilgili sivillerin güvenliğinin gerektirmemesi veya baskın bir askeri gerekliliğin olmamasına rağmen, sivil nüfusun çatışmaya bağlı sebeplerden ötürü yerinden edilmesini emretmek;
- hasım tarafın gücü altında yer alan kişileri, ilgili kişilerin sağlığı açısından gerekli olmayan ve sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atan her tür tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutmak;
- merhamet olmayacağını ilan etmek;
- sıhhi veya dini personeli veya malları saldırının hedefi yapmak;
- 15 yaşından küçük çocukları silahlı kuvvetlere almak veya kaydetmek veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanmak;
- Askeri hedef olmamaları şartıyla, dini ve kültürel malları saldırının hedefi yapmak.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bunlar Ek I.Protokol'de ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde savaş suçu olarak sayılan, uluslararası teamül hukukunun ihlalleridir.

(i) *İlgili sivillerin güvenliğinin gerektirmemesi veya baskın bir askeri gerekliliğin olmamasına rağmen, sivil nüfusun çatışmaya bağlı sebeplerden ötürü yerinden edilmesini emretmek.* Bu fiil Ek I.Protokol'ün¹²² ve uluslararası teamül hukukunun bir ihlalini teşkil eder (Bknz. Kural 129). Bu tür fiiller uygulamada genelde “etnik

120 Bkz. ICTY, *Furundžija davası*, Karar (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1733) ve *Kunarac davası*, Karar (*ibid.*, § 1734).

121 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1618), Avustralya (*ibid.*, §§ 1620–1621), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 1622–1623), Bangladeş (*ibid.*, § 1624), Belçika (*ibid.*, § 1625), Bosna Hersek (*ibid.*, § 1626), Kanada (*ibid.*, § 1628), Kolombiya (*ibid.*, § 1630), Kongo (*ibid.*, § 1631), Hırvatistan (*ibid.*, § 1632), Estonya (*ibid.*, § 1634), Etiyopya (*ibid.*, § 1635), Gürcistan (*ibid.*, § 1636), Almanya (*ibid.*, § 1637), Litvanya (*ibid.*, § 1642), Hollanda (*ibid.*, § 1647), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 1648), Slovenya (*ibid.*, § 1652), İspanya (*ibid.*, § 1654), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 1656) ve Yugoslavya (*ibid.*, § 1658) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Güney Kore (*ibid.*, 1641), Mozambik (*ibid.*, § 1644) ve Paraguay'ın (*ibid.*, 1651) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 1617), Burundi (*ibid.*, § 1627) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 1655) taslak mevzuatları.

122 Ek I.Protokol, Madde 17.

temizlik” veya bazı grupların benzeri istismarcı muameleye tabi tutulmaları politikalarıyla ilintilidir. Bu nitelikteki yerinden etmeler Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsü altında bir savaş suçu olarak sayılmıştır.¹²³ Ayrıca çok sayıda Devletin yasaları altında bir suç teşkil etmektedir.¹²⁴ Afganistan’daki, Bosna Hersek’teki, Burundi’deki, Irak’taki, Liberya’daki, Ruanda’daki, Sudan’daki ve Zaire’deki uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda gerçekleştirilen bu tür davranışlar BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından birçok kere kınanmıştır.¹²⁵ Daha fazla uygulamaya atf Kural 129’da yorumda bulunabilir.

(ii) *Hasım tarafın gücü altında yer alan kişileri, ilgili kişilerin sağlığı açısından gerekli olmayan ve sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atan her tür tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutmak.* Bu fiil Ek I.Protokol’ün¹²⁶ ve uluslararası teamül hukukunun bir ihlalini teşkil eder (Bknz. Kural 92). Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsünde, bu tür deneylerin kişinin ölümüyle sonuçlanması veya sağlığını ciddi şekilde tehlikeye atması durumunda bir savaş suçu olarak sayılmaktadır.¹²⁷ Ayrıca bu çok sayıda Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹²⁸ Bu tür bir davranış

123 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(viii).

124 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 38, § 66), Avustralya (*ibid.*, § 69), Azerbaycan (*ibid.*, § 70), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 73), Belçika (*ibid.*, § 74), Bosna Hersek (*ibid.*, § 75), Bulgaristan (*ibid.*, § 77), Kamboçya (*ibid.*, § 79), Kanada (*ibid.*, § 81), Çin (*ibid.*, § 82), Kolombiya (*ibid.*, § 84), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 85), Kongo (*ibid.*, § 86), Fil Dişi Sahilleri(*ibid.*, § 88), Hırvatistan (*ibid.*, § 89), Çek Cumhuriyeti(*ibid.*, § 92), Estonya (*ibid.*, § 95), Etiyopya (*ibid.*, § 96), Gürcistan (*ibid.*, § 99), Almanya (*ibid.*, § 100), Hindistan (*ibid.*, § 103), İrlanda (*ibid.*, § 104), Kazakistan (*ibid.*, § 108), Letonya (*ibid.*, § 110), Mali (*ibid.*, § 117), Moldova (*ibid.*, § 120), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 124), Nikaragua (*ibid.*, § 125), Nijer (*ibid.*, § 127), Norveç (*ibid.*, § 129), Paraguay (*ibid.*, § 131), Polonya (*ibid.*, § 133), Portekiz (*ibid.*, § 134), Romanya (*ibid.*, § 135), Rusya (*ibid.*, § 136), Slovakya (*ibid.*, § 139), Slovenya (*ibid.*, § 140), İspanya (*ibid.*, § 141), Tacikistan (*ibid.*, § 143), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 148), Özbekistan (*ibid.*, § 152) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 154) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 65), Burundi (*ibid.*, § 78), El Salvador (*ibid.*, § 94) ve Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 144) taslak mevzuatları.

125 Bkz. BM Güvenlik Konseyi, Kar. 752 (Nakleden: C.II, Böl. 38, § 193), Kar. 822, 874 ve 884 (*ibid.*, § 195) ve Kar. 918 (*ibid.*, § 196); BM Güvenlik Konseyi, Başkan’ın Beyanları (*ibid.*, §§ 200–203); BM Genel Kurulu, Kar. 46/134 (*ibid.*, § 208) ve Kar. 50/193 (*ibid.*, § 210); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1994/87 (*ibid.*, § 211), Kar. 1995/77 (*ibid.*, § 212) ve Kar. 1996/73 (*ibid.*, § 213).

126 Ek I.Protokol, Madde 5(2)(e).

127 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(xi).

128 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1468), Azerbaycan (*ibid.*, §§ 1469–1470), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 1473), Belçika (*ibid.*, § 1474), Bosna Hersek (*ibid.*, § 1475), Bulgaristan (*ibid.*, § 1477), Kamboçya (*ibid.*, § 1479), Kanada (*ibid.*, § 1480), Kolombiya (*ibid.*, § 1482), Kongo (*ibid.*, § 1483), Fil Dişi Sahilleri(*ibid.*, § 1485), Hırvatistan (*ibid.*, § 1486), Etiyopya (*ibid.*, § 1490), Gürcistan (*ibid.*, § 1491), Almanya (*ibid.*, § 1492), İrlanda (*ibid.*, § 1494), Litvanya (*ibid.*, § 1498), Mali (*ibid.*, § 1502), Moldova (*ibid.*, § 1504), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 1507), Nijer (*ibid.*, § 1510), Norveç (*ibid.*, § 1512), Paraguay (*ibid.*, § 1514), Polonya (*ibid.*, § 1515), Romanya (*ibid.*, § 1516), Slovenya (*ibid.*, § 1519), İspanya (*ibid.*, §§ 1520–1521), Tacikistan (*ibid.*, § 1523) ve Tayland’ın (*ibid.*, § 1524) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Birleşik Krallık (*ibid.*, § 1528), Yemen (*ibid.*, § 1531) ve Yugoslavya’nın (*ibid.*, § 1532) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 1464), Burundi (*ibid.*, § 1478), El Salvador (*ibid.*, § 1489), Ürdün (*ibid.*, § 1495), Lübnan (*ibid.*, § 1497), Nikaragua (*ibid.*, § 1509) ve Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 1525) taslak mevzuatları.

hasım tarafın gücü altındaki kişilerin hak ettiği saygının bir ihlalidir ve bunun kötü muamele veya kişisel onura zulme tekabül etmesi muhtemeldir (Bknz. Kural 90). Daha fazla uygulamaya atf Kural 92'ye yorumda bulunabilir.

(iii) *Merhamet olmayacağını ilan etme*. Bu savaş suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde sayılmıştır.¹²⁹ Ek I.Protokol'de bu ifadeyle yer almaktadır, ancak Madde 4(1)'de yer alan kimsenin hayatta kalmaması emrinin verilmesi yasağı ile savaş dışı kalmış kişileri öldürme tehdidini yasaklayan Madde 4(2)(h) ile fiilen aynıdır. Bu tehditlerin fiilen hayata geçirilmesi ortak Madde 3'ün ihlalini teşkil edecektir. Merhamet olmayacağı emrini vermek çok sayıda Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹³⁰

Merhamet olmayacağı emrini vermek, hayata geçirilip geçirilmemesinden bağımsız olarak bir savaş suçu teşkil eder. Daha fazla uygulamalara atf Kural 46'ya yorumda bulunabilir.

(iv) *Sihhi veya dini personeli veya malları saldırının hedefi yapmak*. Bu nitelikteki kişiler veya mallar Ek I.Protokol uyarınca koruma altındadır.¹³¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde, biraz daha farklı ifadelerle, onlara yönelik saldırılar bir savaş suçu olarak sayılmıştır, şöyle ki, “uluslararası hukuka uygun şekilde Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini kullanan binalara, mallara, sihihi birim ve taşıtlara ve personele... saldırı yönelmek”.¹³² Belirtmek gerekir ki, ifadedeki farklılığa rağmen ayırt edici işaretin kendisi koruyucu statü kazandırmamaktadır ve buna bağlı olarak ahlında suçun kendisi, amblemi kullanıp kullanılmamalarından bağımsız olarak, sihihi personel, birim veya taşıt veya dini personel olduklarını bilmek suretiyle bu kişi ve mallara saldırmaktır.¹³³

İster askeri ister sivil olsun, dini personel, askeri veya sivil sihihi personelin gördüğü saygının aynına hak sahibidir. Birçok Devletin yasalarında bu nitelikteki personele yönelik saldırılar suç olarak tanınmıştır.¹³⁴ Güvenlik Konseyi Kararı 780 (1992) ve 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonları, bahsi geçen

129 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(xi).

130 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 15, § 56), Bosna Hersek (*ibid.*, § 57), Kanada (*ibid.*, § 59), Kongo (*ibid.*, § 61), Hırvatistan (*ibid.*, § 62), Etiyopya (*ibid.*, § 63), Gürcistan (*ibid.*, § 64), Almanya (*ibid.*, § 65), İrlanda (*ibid.*, § 66), Hollanda (*ibid.*, § 71), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 72), Norveç (*ibid.*, § 73), Slovenya (*ibid.*, § 74), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 75) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 79) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, İtalya'nın (*ibid.*, § 67) mevzuatları, ve Burundi (*ibid.*, § 57) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 76) taslak mevzuatları.

131 Ek I.Protokol, Maddeler 9 ve 11.

132 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(ii).

133 Bkz. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, ss. 447–451.

134 Bkz., örn., Hırvatistan (Nakleden: C.II, Böl. 7, § 340), Estonya (*ibid.*, § 342), Gürcistan (*ibid.*, § 343), İrlanda (*ibid.*, § 344), Nikaragua (*ibid.*, § 346), Norveç (*ibid.*, § 438), Polonya (*ibid.*, § 349), Slovenya (*ibid.*, § 350), İspanya (*ibid.*, §§ 351–352), Tacikistan (*ibid.*, § 353), Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 354) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, İtalya'nın (*ibid.*, § 345) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 338), El Salvador (*ibid.*, § 341) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 347) taslak mevzuatları.

bu ihlallerin savaş suçlarına tekabül ettiği anlayışıyla, sırasıyla, Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki çatışmalardaki uluslararası insancıl hukuk ihlallerini araştırmıştır.¹³⁵ Benzer şekilde, hastanelere, sıhhi birimlere ve taşıtlara saldırı birçok Devletin yasaları tarafından suç olarak öngörülmüştür.¹³⁶

Ruanda'da, Somali'de ve Eski Yugoslavya'da korunan kişi veya mallara karşı gerçekleştirilen saldırılar BM Güvenlik Konseyi ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kınanmıştır.¹³⁷ Sıhhi hava taşıtlarına sağlanan koruma diğer mallara kıyasen daha belirgin şartlara tabidir (Bknz. Kural 29'a yorum). Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 25-30'da bulunabilir.

(v) 15 yaşından küçük çocukları silahlı kuvvetlere almak veya kaydetmek veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanmak. Bu uygulama Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde bir savaş suçu olarak sayılmıştır.¹³⁸ Bu savaş suçunun metne dâhil edilmesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünün görüşmeleri sırasında tartışmalı olmamıştır. Bu suç ayrıca Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüsüne de eklenmiştir.¹³⁹ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda 15 yaşından küçük çocukların silahlı kuvvetlere veya gruplara alınması veya muhasamata aktif olarak katılmaları için onları kullanmak ilk olarak antlaşma yoluyla Ek I.Protokol'de yasaklanmıştır.¹⁴⁰ O zamandan beri bu davranışın hukuka aykırılığı evrensel olarak tanınmış ve neredeyse bütün Devletlerin taraf olduğu, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yeniden teyit edilmiştir.¹⁴¹ Bazı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda 15 yaşından küçük çocukların kullanılması uluslararası toplum

135 Bkz. Güvenlik Konseyi Kararı 780 (1992) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu'nun final raporları (Nakleden: C.II, Böl. 7, §§ 144 ve 546) ve BM Güvenlik Konseyi, Kar. 935 (1994) (*ibid.*, § 145).

136 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 7, § 453), Avustralya (*ibid.*, §§ 455–456), Azerbaycan (*ibid.*, § 457), Bosna Hersek (*ibid.*, § 459), Kanada (*ibid.*, § 461), Şili (*ibid.*, § 462), Kolombiya (*ibid.*, § 464), Kongo (*ibid.*, § 465), Hırvatistan (*ibid.*, § 466), Küba (*ibid.*, § 467), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 468), Estonya (*ibid.*, §§ 471 ve 716), Gürcistan (*ibid.*, §§ 473 ve 717), Almanya (*ibid.*, §§ 474 ve 718), Guatemala (*ibid.*, § 475), Irak (*ibid.*, § 476), İrlanda (*ibid.*, §§ 477 ve 719), Litvanya (*ibid.*, §§ 479 ve 721), Meksika (*ibid.*, § 480), Hollanda (*ibid.*, § 482), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 483), Nikaragua (*ibid.*, §§ 484 ve 722), Norveç (*ibid.*, §§ 486 ve 724), Peru (*ibid.*, § 487), Polonya (*ibid.*, § 489), Portekiz (*ibid.*, § 490), Romanya (*ibid.*, §§ 491 ve 725), Slovenya (*ibid.*, § 492), İspanya (*ibid.*, §§ 493 ve 726), İsveç (*ibid.*, § 494), Tacikistan (*ibid.*, §§ 495 ve 728), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 498), Venedüella (*ibid.*, §§ 501 ve 729) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 502) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, §§ 454 ve 712), Burundi (*ibid.*, § 460), El Salvador (*ibid.*, §§ 470 ve 715), Nikaragua (*ibid.*, §§ 485 ve 723) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 496) taslak mevzuatları.

137 Bkz., örn., BM Güvenlik Konseyi, Kar. 771 (Nakleden: C.II, Böl. 7, § 534) ve Kar. 794 (*ibid.*, § 535); BM Genel Kurulu, Kar. 40/139 (*ibid.*, § 538) ve Kar. 41/157 (*ibid.*, § 538); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1992/S-1/1 (*ibid.*, § 542).

138 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(vii).

139 Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 4(c).

140 Ek I.Protokol, Madde 4(3)(c).

141 Çocuk Hakları Sözleşmesi, Madde 33(3).

tarafından sürekli ve kuvvetli şekilde kınanmıştır.¹⁴² Bu savaş suçu ayrıca birçok Devletin yasaları tarafından öngörülmektedir.¹⁴³

Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 136-137'ye yorumda bulunabilir.

(vi) *Askeri hedef olmamaları şartıyla, dini ve kültürel malları saldırının hedefi yapmak.* Bu uygulama Ek I.Protokol¹⁴⁴ ve uluslararası teamül hukuku tarafından yasaklanmıştır (Bknz. Kural 38). Lahey Düzenlemeleri'nden alınan ifadeleri kullanmak suretiyle,Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde savaş suçu olarak sayılmıştır.¹⁴⁵ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu tür mallara saldırmak, Kültürel Malvarlığının Korunması'na ilişkin Lahey Sözleşmesi tarafından suç olarak düzenlenmiştir¹⁴⁶; İkinci Protokol bu konuyu daha da ayrıntılandırmaktadır¹⁴⁷. Afganistan ve Eski Yugoslavya'daki bu tür saldırılara yöneltilen kınamalar, uluslararası toplumun bu yasağa atfettiği özel öneme delil teşkil etmektedir.¹⁴⁸ Bu uygulama birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹⁴⁹ Bu suç ayrıca Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde de sayılmıştır.¹⁵⁰ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 1995 tarihli *Tadić davasında* bu kuralların uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulandığını belirlemiştir.¹⁵¹ Daha fazla uygulamalara atıf Kural 38'e yorumda bulunabilir.

142 Bkz., örn., İtalya (Nakleden: C.II, Böl. 39, § 559) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 569) beyanları; BM Güvenlik Konseyi, Kar. 1071 ve 1083 (*ibid.*, § 572); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanı (*ibid.*, § 576); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1998/63 (*ibid.*, § 464), Kar. 1998/75 (*ibid.*, § 465) ve Kar. 1998/82 (*ibid.*, § 467).

143 Bkz. *supra* dipnotlar 82 ve 83

144 Ek I.Protokol, Madde 16.

145 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(iv).

146 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Maddeler 19 ve 28.

147 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Maddeler 15(1) ve 22.

148 Bkz., örn., Cape Verde (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 181), Hırvatistan (*ibid.*, § 185), Almanya (*ibid.*, § 194), İran (*ibid.*, § 202), Pakistan (*ibid.*, § 215), Birleşik Arap Emirlikleri (*ibid.*, § 219) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 237-239) uygulamaları; BM Genel Kurulu, Kar. 47/147, 49/196 ve 50/193 (*ibid.*, § 245); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1994/72 (*ibid.*, § 248) ve Kar. 1998/70 (*ibid.*, § 249); BMEBKÖ, Genel Konferans, Kar. 4.8 (*ibid.*, § 251); İKÖ, Kar. 1/5-EX (*ibid.*, § 261).

149 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 105), Avustralya (*ibid.*, §§ 108-109), Azerbaycan (*ibid.*, § 110), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 111), Belçika (*ibid.*, § 112), Bosna Hersek (*ibid.*, § 113), Bulgaristan (*ibid.*, § 114), Kanada (*ibid.*, §§ 116-117), Şili (*ibid.*, § 118), Kolombiya §§ 120-121), Kongo (*ibid.*, § 122), Hırvatistan (*ibid.*, § 124), Küba (*ibid.*, § 125), Çek Cumhuriyeti(*ibid.*, § 127), Dominik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 128), Estonya (*ibid.*, § 130), Gürcistan (*ibid.*, § 131), Almanya (*ibid.*, § 132), Macaristan (*ibid.*, § 133), İrlanda (*ibid.*, § 134), Kırgızistan (*ibid.*, § 138), Letonya (*ibid.*, § 139), Litvanya (*ibid.*, § 141), Meksika (*ibid.*, § 143), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 147), Nikaragua (*ibid.*, § 148), Nijer (*ibid.*, § 150), Norveç (*ibid.*, § 151), Paraguay (*ibid.*, § 152), Peru (*ibid.*, § 153), Polonya (*ibid.*, § 154), Romanya (*ibid.*, § 155), Rusya (*ibid.*, § 156), Slovakya (*ibid.*, § 157), Slovenya (*ibid.*, § 158), İspanya (*ibid.*, §§ 159-160), İsveç (*ibid.*, § 161), İsviçre (*ibid.*, §§ 162-163), Tacikistan (*ibid.*, § 164), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 167), Uruguay (*ibid.*, § 169), Veneziella (*ibid.*, § 170) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 171) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 106), Burundi (*ibid.*, § 115), El Salvador (*ibid.*, § 129), Ürdün (*ibid.*, § 137), Nikaragua (*ibid.*, § 149) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 165) taslak mevzuatları.

150 ICTY Statüsü, Madde 3(d).

151 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz (Nakleden: C.II, Böl. 12, § 268).

(iv) **Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlalleri (devam):**

- sivil malları saldırının hedefi haline getirmek;
- askeri gerekliliğin zorunlu kılmadığı durumlarda düşmanın mallarına el koymak;
- uluslararası insancıl hukuka göre sivillere ve sivil mallara sağlanan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun bir şekilde insani yardım veya barış gücü görevinde bulunan kişiler ve malları saldırının hedefi haline getirmek;
- hainlik yoluyla bir hasmı öldürme veya yaralama.

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bunlar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde sayılan, uluslararası teamül hukukunun ihlallerini teşkil etmektedir.¹⁵²

(i) *Sivil malları saldırının hedefi yapmak.* Bu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü tarafından kullanılan ifade olmamakla birlikte, “savaşın gereklilikleri... imha etmeyi zorunlu kılmadıkça hasmın mallarının imha edilmesi” savaş suçuyla eşdeğerdedir.¹⁵³ Sivil mallara saldırı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir olan birçok sahra talimnamelerinde yer almaktadır.¹⁵⁴ Çok sayıda Devlet silahlı çatışmalar sırasında sivil mallara saldırmayı suç olarak öngören yasal düzenlemeler kabul etmiştir.¹⁵⁵

Yukarıda atıfta bulunulan, ihlalin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsüne ve yasal düzenlemelere göre suç olma niteliği, uluslararası kamuoyunun sivil mallara saygı gösterilmesi gerekliliğine bağladığı önem üzerine kurulmuştur. Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Blaškić davasında sanıklar* Mahkeme'nin Statüsü Madde 3'ü ihlal eder nitelikte “sivil mallara hukuka aykırı saldırı[lar]”dan ötürü suçlu bulunmuştur.¹⁵⁶

Daha fazla uygulamaya atıf Kural 7'ye yorumunda bulunabilir.

152 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e).

153 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(xii),

154 Bkz. örn. Benin, Hırvatistan, Almanya, Nijerya, Filipinler ve Togo (Nakleden: C.II, Böl. 2, § 7), Benin, Kolombiya, Hırvatistan, Ekvator, Almanya, İtalya, Kenya, Lübnan, Madagaskar, Güney Afrika, Togo ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 115) askeri manüelleri.

155 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 2, § 119), Azerbaycan (*ibid.*, § 120), Kanada (*ibid.*, § 122), Kongo (*ibid.*, § 123), Hırvatistan (*ibid.*, § 124), Estonya (*ibid.*, § 126), Gürcistan (*ibid.*, § 127), Almanya (*ibid.*, § 128), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 134), Norveç (*ibid.*, § 136), İspanya (*ibid.*, § 138) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 140) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Macaristan (*ibid.*, § 129), İtalya (*ibid.*, § 131) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 137) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 118), Burundi (*ibid.*, § 121), El Salvador (*ibid.*, § 125), Nikaragua (*ibid.*, § 135) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 139) taslak mevzuatları.

156 ICTY, *Blaškić davası*, Karar (Nakleden: C.II, Böl. 2, § 181).

(ii) *Askeri gerekliliğin zorunlu kılmadığı durumlarda düşmanın mallarına el koymak.* Yağmaya ek olarak, askeri gereklilik tarafından meşrulaştırmayan mallara el koyma fiili Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde bir savaş suçu olarak belirtilmiştir.¹⁵⁷ Eski Yugoslavya hakkındaki Ceza Mahkemesi'nin Statüsü "Kamu veya özel mülkiyetin talan Edilmesi"ni savaş suçu olarak düzenlemektedir.¹⁵⁸ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası ceza Mahkemesi *Jelisić davasında* sanıkları Statü Madde 3(2) altında talandan ötürü suçlu bulmuştur.¹⁵⁹ Askeri gereklilik tarafından meşrulaştırılmayan mallara el koyma fiili birçok Devletin yasaları uyarınca suçtur.¹⁶⁰ Daha fazla uygulamaya atf Kural 50'ye yorum da bulunabilir.

(iii) *uluslararası insanlı hukuka göre sivillere ve sivil mallara sağlanan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun bir şekilde insani yardım veya barış gücü görevinde bulunan kişiler ve malları saldırının hedefi haline getirmek.* Bu savaş suçu Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statüsü Madde 4'te ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde yer almaktadır.¹⁶¹ Bu tür saldırıların sivillere veya sivil mallara saldırıya tekabül edeceği temelden hareketle metinlere dâhil edilmişlerdir. Birçok Devletin yasaları altında barış gücüyle alakalı personel ve mallara saldırmak suç teşkil etmektedir.¹⁶² Ayrıca bu tür harekâtların her tür çatışma tipinde gerçekleştiği ve herhangi bir şekilde çatışmanın doğasının uluslararası toplum tarafından bu nitelikteki personel ve onların araçlarına gösterilmesi gereken saygı beklentisini değiştirmedığı gerçeği önemlidir. Daha fazla uygulamaya atf Kurallar 31 ve 33'e yorumda bulunabilir.

(iv) *Hainlik yoluyla bir hasmı öldürmek veya yaralamak.* Bu savaş suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde sayılmıştır.¹⁶³ Özellikle Kızılhaç ve Kızılay amblemlerinin haince kullanılmasına ilişkin durumlarda, birçok Devletin

157 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(xii).

158 ICTY Statüsü, Madde 3(e).

159 ICTY, *Jelisić davası*, Karar (Nakleden: C.II, Böl. 16, § 740).

160 Bkz., örn., Ermenistan (Nakleden: C.II, Böl. 16, § 122), Avustralya (*ibid.*, § 125), Azerbaycan (*ibid.*, § 126), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 129), Belçika (*ibid.*, § 130), Bosna Hersek (*ibid.*, § 131), Kamboçya (*ibid.*, § 135), Kanada (*ibid.*, § 138), Kongo (*ibid.*, § 142), Hırvatistan (*ibid.*, § 144), El Salvador (*ibid.*, §§ 149–150), Estonya (*ibid.*, § 151), Gürcistan (*ibid.*, § 154), Almanya (*ibid.*, § 155), Letonya (*ibid.*, § 166), Litvanya (*ibid.*, § 168), Moldova (*ibid.*, § 177), Hollanda (*ibid.*, § 180), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 182), Nikaragua (*ibid.*, § 184), Nijer (*ibid.*, § 185), Portekiz (*ibid.*, § 193), Slovenya (*ibid.*, § 199), İspanya (*ibid.*, §§ 200–201), Tacikistan (*ibid.*, § 205), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 211), Özbekistan (*ibid.*, § 215) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 219) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Bulgaristan (*ibid.*, § 133), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 147), İtalya (*ibid.*, §§ 161–162), Mozambik (*ibid.*, § 178), Nikaragua (*ibid.*, § 183), Paraguay (*ibid.*, § 190), Peru (*ibid.*, § 191), Romanya (*ibid.*, § 194) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 198) mevzuatları, ve Arjantin (*ibid.*, § 121), Burundi (*ibid.*, § 134), Ürdün (*ibid.*, § 164) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 206) taslak mevzuatları.

161 Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 4; UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(iii).

162 Bkz. *supra* dipnot 69.

163 UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(ix).

yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹⁶⁴ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu fiilin suç oluşturma niteliği ayrıca Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi tarafından 1995 tarihli *Tadić davasında* teyit edilmiştir.¹⁶⁵ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 65'e yorumda bulunabilir.

(iv) Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri (devam):

- yasak silahları kullanmak;
- Sivillerin hayat kaybına veya yaralanmalarına yol açan veya aşırı şekilde sivil hayat kaybına, yaralanmalara veya zarara arızı şekilde yol açacağını bilmek suretiyle ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirmek;
- savunulmayan meskenleri ve askerden arındırılmış bölgeleri saldırının hedefi yapmak;
- canlı kalkan kullanmak;
- kölelik;
- toplu cezalandırmalar;
- yardım malzemelerini engellemek de dâhil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasını bir harp yöntemi olarak kullanmak;

Yukarıda sayılan savaş suçlarının temeli

Bu ihlaller Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde savaş suçu olarak sayılmamıştır. Ancak, Devlet uygulamaları bunların ciddi niteliğini tanımaktadır ve sonuç olarak, bir mahkemenin bu tür fiillerin uluslararası olmayan silahlı çatışmada savaş suçu teşkil edeceğine dair sonuca varmasına yönelik yeterli dayanak mevcuttur.

(i) *Yasak silahları kullanmak.* Belirli tip silahların herhangi bir çatışma türünde kullanılmasını yasaklayan yakın tarihli antlaşmalar, bu tür kullanımların cezai yaptırımı bağlanmasını gerektirmektedir. Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi Değiştirilmiş Protokol II ve anti-personel

164 Bkz., örn., Arjantin (Nakleden: C.II, Böl. 18, § 1267), Azerbaycan (*ibid.*, § 1270), Belçika (*ibid.*, § 1271), Boliviya (*ibid.*, § 1272), Bosna Hersek (*ibid.*, § 964), Kanada (*ibid.*, § 1274), Kolombiya (*ibid.*, § 1275), Kongo (*ibid.*, §§ 968 ve 1276), Kosta Rica (*ibid.*, § 1278), Hırvatistan (*ibid.*, § 969), Etiyopya (*ibid.*, § 1282), Gürcistan (*ibid.*, §§ 970 ve 1283), Almanya (*ibid.*, §§ 971 ve 1284), Guatemala (*ibid.*, § 1285), Kırgızistan (*ibid.*, § 1289), Liechtenstein (*ibid.*, § 1291), Moldova (*ibid.*, §§ 1293–1294), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 976), Nijer (*ibid.*, § 1300), Norveç (*ibid.*, §§ 977 ve 1301), Slovenya (*ibid.*, § 978), İspanya (*ibid.*, § 1302), İsveç (*ibid.*, §§ 979 ve 1303), İsviçre (*ibid.*, § 1304), Tacikistan (*ibid.*, § 1305), Togo (*ibid.*, § 1306), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 981), Yemen (*ibid.*, § 1310) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 983) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi (*ibid.*, § 966), El Salvador (*ibid.*, § 1280), Ürdün (*ibid.*, § 1282), Lübnan (*ibid.*, § 1290), Nikaragua (*ibid.*, § 1298) ve Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 980) taslak mevzuatları.

165 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz(Nakleden: C.II, Böl. 18, §§ 920 ve 1503).

mayınları yasaklayan Ottawa Sözleşmesi için bu geçerlidir.¹⁶⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü yasak silahların kullanımını uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin kısımda içermemektedir, ancak bu konu Roma Diplomatik Konferansı'nda açıkça tartışılmamıştır.

Birkaç sahra talimnamesi yasak silahların kullanımının savaş suçu teşkil ettiğini öngörmektedir.¹⁶⁷ Yasak silahların kullanımını suç olarak düzenleyen ulusal yasalar ise bunu genel terimlerle yapmaktadır. Hiçbiri bunun suç olma vasfını uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlandırmamaktadır ve birkaçı açıkça yasak silahların uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kullanımını suç olarak öngörmektedir.¹⁶⁸ Birçok Devletin “savaş Suçu”nu uluslararası insancıl hukukun bir “ihlali” veya bir “ciddi ihlali” olarak tanımlamasına bağlı olarak (Bknz. *supra*), bu Devletlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yasak silahların kullanılmasına bu kategori içerisinde değerlendireceği sonucuna varmak makuldür.

Sadece uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı olmayan, Birleşmiş Milletler kuvvetlerinin uluslararası insancıl hukuka riayet etmesi hakkındaki BM Genel Sekreteri Bülteni, kuralların –belirli silahların kullanılmasını yasaklayan antlaşmalara riyeti gerektirenler dâhil olmak üzere– ihlalinin suç olarak ele alınması gerektiğini öngörmektedir.¹⁶⁹

Yasak silahların kullanılması, bilhassa sivillere saldırı veya ayırım gözetmeyen saldırılara başvurmak olmak üzere, başka bir savaş suçuna da tekabül edebilir. Mesela, biyolojik silahların kullanılmasında bu geçerlidir. Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 70-79'a ve Kural 86'ya yorumda bulunabilir.

(ii) *Sivillerin hayat kaybına veya yaralanmalarına yol açan veya aşırı şekilde sivil hayat kaybına, yaralanmalara veya zarara arzı şeklinde yol açacağını bilmek suretiyle*

166 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Maddeler I(1)(b) ve VII(1)(a); Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme Değiştirilmiş Protokol II, Maddeler 3 ve 14; Ottawa Sözleşmesi, Maddeler 1 ve 9.

167 Bkz., örn., Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 20, § 408), Ekvator (*ibid.*, § 411), Almanya (*ibid.*, § 412), Güney Kore (*ibid.*, § 413) ve Güney Afrika'nın (*ibid.*, § 415) askeri manüelleri.

168 Bkz., örn., Beyaz Rusya (Nakleden: C.II, Böl. 20, § 422) (“uluslararası andlaşmalar tarafından yasaklanan” silahlar ile sınırlı), Bosna Hersek (*ibid.*, § 423), Kolombiya (*ibid.*, § 425), Hırvatistan (*ibid.*, § 427), Estonya (*ibid.*, § 431), Etiyopya (*ibid.*, § 432) (“uluslararası sözleşmeler tarafından yasaklanan” silahlar ile sınırlı), Finlandiya (*ibid.*, § 433), Kazakistan (*ibid.*, § 436) (“bir uluslararası andlaşma tarafından yasaklanan” silahlar ile sınırlı), Litvanya (*ibid.*, § 437), Moldova (*ibid.*, § 438) (“uluslararası andlaşmalar tarafından yasaklanan” silahlar ile sınırlı), Nikaragua (*ibid.*, §§ 441–442), Polonya (*ibid.*, § 444), Rusya (*ibid.*, § 445) (“bir uluslararası andlaşma tarafından yasaklanan” silahlar ile sınırlı), Slovenya (*ibid.*, § 447), İspanya (*ibid.*, §§ 448–449), İsveç (*ibid.*, § 450), Tacikistan (*ibid.*, § 451), Özbekistan (*ibid.*, § 452), Vietnam (*ibid.*, § 453) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 454) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan Bulgaristan (*ibid.*, § 424), Çek Cumhuriyeti (*ibid.*, § 428), Macaristan (*ibid.*, § 434), İtalya (*ibid.*, § 435), Mozambik (*ibid.*, § 439) ve Slovakya'nın (*ibid.*, § 446) mevzuatları, ve Arjantin'in (*ibid.*, § 421) yasa taslağı.

169 BM Genel Sekreteri Bülteni, Kısım 6(2) (*ibid.*, § 407).

ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirmek. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ayırım gözetmeyen saldırıların gerçekleştirilmesi, önemli değerleri koruyan ve haksız ölüm ve yaralamayı engellemeyi amaçlayan bu yasağın teamül niteliğini belirtecek derecede, yaygın ve kuvvetli şekilde uluslararası toplum tarafından kınanmıştır. Bu çerçevede, bu ihlal savaş suçlarının genel tanımı içerisine girmektedir. Ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirmek çok sayıda Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹⁷⁰ Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında 1995 tarihli *Tadić davasında* ve daha genel olarak, 2000'de *Kupreškic davasında* bu yasağa atıfta bulunmuştur.¹⁷¹

Aynı değerlendirme, aşırı şekilde sivil hayat kaybına, yaralanmalara veya zarara arızı şekilde yol açacağını bilmek suretiyle saldırılar gerçekleştirmek için de geçerlidir. Özellikle, bu tür saldırıları gerçekleştirmek birçok Devletin yasaları altında suç teşkil etmektedir.¹⁷²

Failin olağan koşullarda saldırının bu sonucu doğuracağını bilmesi halinde, hem ayırım gözetmeyen saldırılar hem de orantısız saldırılar sivillere yönelik saldırılara benzetilebilir. Nitekim bu durum, Çeçenistan'daki çatışmaya ilişkin olarak, sivillere yönelik saldırıları yasaklayan ancak ayırım gözetmeyen veya orantısız saldırılara bilhassa atıfta bulunmayan Ek I.Protokol temelinde, "Rus silahlı kuvvetlerinin orantısız ve ayırım gözetmeyecek şekilde kullanıldığını belirten raporlar" hakkında ağır endişe duyduğunu belirtmesi suretiyle BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından teyit edilmiştir.¹⁷³

Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 11 ve 14'e yorumda bulunabilir.

(iii) *Savunulmayan meskenleri ve askerden arındırılmış bölgeleri saldırının hedefi yapmak.*

Bu uygulama bir savaş suçuna tekabül eder, zira bu tür saldırılar ya sivil nüfusa veya özellikle, çatışmanın gereklilikleri tarafından baskın şekilde zorunlu kılınmadıkça hasmın mallarını yok etmek anlamında, sivil mallara yöneliktir (Bknz. Kural 50).¹⁷⁴ Bu

170 Bkz., örn., Beyaz Rusya (Nakleden: C.II, Böl. 3, § 35), Belçika (*ibid.*, § 36), Bosna Hersek (*ibid.*, § 37), Kolombiya (*ibid.*, § 40), Hırvatistan (*ibid.*, § 42), Estonya (*ibid.*, § 45), Gürcistan (*ibid.*, § 46), Endonezya (*ibid.*, § 47), Litvanya (*ibid.*, § 51), Nijer (*ibid.*, § 55), Slovenya (*ibid.*, § 57), İspanya (*ibid.*, § 58), İsveç (*ibid.*, § 59), Tacikistan (*ibid.*, § 60) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 62) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 32), El Salvador (*ibid.*, § 44), Ürdün (*ibid.*, § 49), Lübnan (*ibid.*, § 50) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 54) taslak mevzuatları.

171 ICTY, *Tadić davası*, Ara Temyiz(Nakleden: C.II, Böl. 3, § 134) ve *Kupreškić davası*, Karar (*ibid.*, § 137).

172 Bkz., örn., Ermenistan (*ibid.*, § 50), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 53), Belçika (*ibid.*, § 54), Kolombiya (*ibid.*, § 59), Almanya (*ibid.*, § 65), Nijer (*ibid.*, § 73), İspanya (*ibid.*, § 75) ve İsveç'in (*ibid.*, § 76) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, § 49), Burundi (*ibid.*, § 56), El Salvador (*ibid.*, § 63) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, § 72) taslak mevzuatları.

173 Bkz. BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 2000/58 (Nakleden: C.II, Böl. 3, § 116).

174 Bkz. UCM Statüsü, Madde 8(2)(e)(xii).

suç çok sayıda Devletin yasaları altında da suç teşkil etmektedir.¹⁷⁵ Daha fazla uygulamaya atıf Kurallar 36-37'ye yorumda bulunabilir.

(iv) *Canlı kalkan kullanmak*. Bu uygulama Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından kötü muamelenin bir türü¹⁷⁶ veya kişisel onura zulmün bir tezahürü niteliğiyle bir savaş suçu olarak tanınmıştır.¹⁷⁷ Bazı Devletlerin yasaları uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda canlı kalkanların kullanılmasını suç olarak düzenlemiştir.¹⁷⁸ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda canlı kalkanların kullanılması mesela Liberya'daki, Ruanda'daki, Sierra Leone'daki, Somali'deki, Tacikistan'daki ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalara ilişkin olarak Devletler ve Birleşmiş Milletler tarafından kınanmıştır.¹⁷⁹ Daha fazla uygulamaya atıf Kural 97'ye yorumda bulunabilir.

(v) *Kölelik*. Kölelik Ek I.Protokol¹⁸⁰, ve uluslararası teamül hukuku tarafından yasaklanmıştır (Bknz. Kural 94). Birçok Devletin sahra talimnameleri ve yasaları köleliği ve köle ticaretini veya "köleleştirmeyi" yasaklamaktadır.¹⁸¹ Buna ek olarak, bu uygulama kötü muamele veya kişisel haysiyete zulme tekabül etmesi sebebiyle bir savaş suçu teşkil etmektedir (Bknz. Kural 90). Ayrıca kölelik ve köle işçilik birçok

175 Bkz., örn., Azerbaycan (Nakleden: C.II, Böl. 11, §§ 136 ve 283), Beyaz Rusya (*ibid.*, §§ 137 ve 284), Belçika (*ibid.*, §§ 138 ve 285), Bosna Hersek (*ibid.*, §§ 139 ve 286), Hırvatistan (*ibid.*, §§ 142 ve 293), Çek Cumhuriyeti(*ibid.*, §§ 144 ve 295), Estonya (*ibid.*, §§ 146 ve 297), Gürcistan (*ibid.*, §§ 147 ve 298), Almanya (*ibid.*, §§ 148 ve 299), Macaristan (*ibid.*, §§ 149 ve 300), Litvanya (*ibid.*, §§ 153 ve 304), Nişer (*ibid.*, §§ 157 ve 311), Polonya (*ibid.*, § 313), Slovakya (*ibid.*, §§ 159 ve 314), Slovenya (*ibid.*, §§ 160 ve 315), İspanya (*ibid.*, §§ 161 ve 316), Tacikistan (*ibid.*, §§ 162 ve 317), Venezüella (*ibid.*, § 322), Yemen (*ibid.*, § 164) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 165 ve 323) mevzuatları; Bkz. ayrıca Arjantin (*ibid.*, §§ 132 ve 278), Burundi (*ibid.*, § 287), El Salvador (*ibid.*, §§ 145 ve 296), Ürdün (*ibid.*, §§ 151 ve 302), Lübnan (*ibid.*, §§ 152 ve 303) ve Nikaragua'nın (*ibid.*, §§ 156 ve 310) taslak mevzuatları.

176 Bkz., örn., ICTY, *Blaškić davası*, Dava No. IT-95-14-T, Karar, Dava Dairesi I, 3 Mart 2000, § 716; *Kordić ve Čerkez davası*, Dava No. IT-95-14/2-T, Karar, Dava Dairesi III, 26 Şubat 2001, § 256; Bkz. ayrıca *Karadžić ve Mladić davası*, İddianamelerin Değerlendirilmesi(Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2364).

177 Bkz., örn., ICTY, *Aleksovski davası*, Dava No. IT-95-14/1-T, Karar, Dava Dairesi I, 25 Haziran 1999, § 229.

178 Bkz., örn., Azerbaycan (Nakleden: C.II, Böl. 32, §§ 2286–2287), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 2289), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 2292), Almanya (*ibid.*, § 2294), Gürcistan (*ibid.*, § 2295), Litvanya (*ibid.*, § 2297), Polonya (*ibid.*, § 2303) ve Tacikistan'ın (*ibid.*, § 2304) mevzuatları; Bkz. ayrıca, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında uygulanma dışı kalmayan, Peru (*ibid.*, § 2302) ve Yemen'in (*ibid.*, § 2307) mevzuatları, ve Burundi'nin (*ibid.*, § 2290) yasa taslağı.

179 Bkz., örn., Şili (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 2310), Tacikistan (*ibid.*, § 2326) ve Yugoslavya'nın beyanları (*ibid.*, § 2346); Ruanda'nın (*ibid.*, § 2323) bildirilen uygulamaları; BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1995/89 (*ibid.*, § 2348); BM Genel Sekreteri, BMLGM hakkındaki İlerleme raporu (*ibid.*, § 2349), BMSLGM hakkındaki İlerleme raporu (*ibid.*, § 2350) ve BM Güvenlik Konseyi adına 5 Haziran 1993 tarihinde Somali'deki BM Güçlerine düzenlenen saldırının araştırılması hakkındaki Güvenlik Konseyi kararı 837 (1993) paragraf 5 uyarınca hazırlanan Rapor (*ibid.*, § 2351).

180 Ek I.Protokol, Madde 4.

181 Bkz. *supra* dipnot 89.

devletin yasaları altında yasaklanmıştır.¹⁸² Daha fazla uygulamaya atıf Kural 94'e yorumda bulunabilir.

(vi) *Toplu cezalandırmalar*. Toplu cezalandırmalar Ek I.Protokol¹⁸³ ve uluslararası teamül hukuku tarafından yasaklanmıştır (Bknz. Kural 103). Bu yasak ayrıca birçok Devletin yasaları tarafından öngörülmüştür.¹⁸⁴ Bu savaş suçu Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme'nin Statülerinde yer almaktadır.¹⁸⁵ Buna ek olarak toplu cezalandırmalar, adil yargılanma hakkından mahrum bırakma (Bknz. Kural 100) teşkil etmeleri sebebiyle savaş suçu oluşturmaktadır ve ayrıca kötü muamele de teşkil edebilirler. (Bknz. Kural 90). Daha fazla uygulamaya atıf Kural 103'e yorum da bulunabilir.

(vii) *Yardım malzemelerini engellemek de dâhil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasını bir harp yöntemi olarak kullanmak*. Bu uygulama Ek I.Protokol'ün¹⁸⁶ ve uluslararası teamül hukukunun bir ihlalidir (Bknz. Kural 53). Buna ek olarak, sivillerde açlığa sebebiyet verecek şekilde yardım malzemelerinin engellenmesi de dâhil olmak üzere, bu tür fiillerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenmesi karşısında Devlet infial beyanlarına ilişkin çok kapsamlı uygulama mevcuttur. Bu uygulamalar, bu tür bir davranışın sadece uluslararası teamül hukukunun bir ihlalini teşkil etmediğini, ayrıca uluslararası toplumun gözünde çok ciddi bir ihlal teşkil ettiğini kanıtlar niteliktedir.

Sudanlı sivillere insani yardım malzemelerinin ulaştırılmasının kasten engellenmesi BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından "insan onuruna karşı bir suç" olarak nitelenmiştir.¹⁸⁷ Güvenlik Konseyi Kararı 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu'nun Ruanda'da uluslararası insancıl hukukun ihlalleri hakkındaki ara raporunun Ek I.Protokol Madde 14'ün bir ihlalini de içermesi özellikle kayda değerdir.¹⁸⁸

Sivillerin aç bırakılmasının bir harp yöntemi olarak kullanılması çeşitli Devletler tarafından bilhassa suç olarak öngörülmüştür.¹⁸⁹ Buna ek olarak, uygulamada bu ihlaller, kendisi başlı başına bir savaş suçu olan, sivillerin öldürülmesine tekabül

182 Bkz., örn., Arnavutluk (Nakleden: C.II, Böl. 32, § 1814), Avustralya (*ibid.*, § 1817), Azerbaycan (*ibid.*, § 1819), Belçika (*ibid.*, § 1823), Bosna Hersek (*ibid.*, § 1824), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (*ibid.*, § 1828), Fil Dişi Sahilleri(*ibid.*, § 1830), Hırvatistan (*ibid.*, § 1831), İrlanda (*ibid.*, § 1834), Norveç (*ibid.*, § 1847), Paraguay (*ibid.*, § 1848), Slovenya (*ibid.*, § 1850), Özbekistan (*ibid.*, § 1852) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 1857) mevzuatları; Bkz. ayrıca Burundi'nin (*ibid.*, § 1825) mevzuat taslağı.

183 Ek I.Protokol, Madde 4.

184 Bkz. *supra* dipnot 92.

185 ICTR Statüsü, Madde 4(b); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Madde 3(b).

186 Ek I.Protokol, Maddeler 14 ve 18.

187 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1996/73 (Nakleden: C.II, Böl. 17, § 631).

188 Güvenlik Konseyi Kararı 935 (1994) uyarınca Kurulan BM Uzmanlar Komisyonu, Ara Rapor (*ibid.*, § 113).

189 Bkz., örn., Azerbaycan (*ibid.*, § 39), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 40), Bosna Hersek (*ibid.*, § 41), Hırvatistan (*ibid.*, § 47), Etiyopya (*ibid.*, § 48), Almanya (*ibid.*, § 50), Litvanya (*ibid.*, § 52), Slovenya (*ibid.*, § 57) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 61) mevzuatları.

etmektedir, zira ihlal olağan koşullar altında onların [sivillerin] ölümüne yol açacak kasti fiillerden meydana gelmektedir. Bunların insanlık dışı muamele oluşturduğu da düşünülebilir (Kural 87).

Daha fazla uygulamaya atf Kurallar 53-55'e yorumda bulunabilir.

Birleşik savaş suçları

Yukarıda sayılmayan bazı davranışların yine de muhtelif savaş suçlarının bileşkesinden oluşması sebebiyle suç teşkil ettiklerini belirtmek gerekir. Bu sözde birleşik savaş suçları, bilhassa, zorunlu kaybettirmeler ve etnik temizlikten oluşmaktadır. Zorunlu kaybettirmeler fiilen bir kişiyi adil yargılanma hakkından mahrum bırakmaya ve genelde cinayete tekabül etmektedir (Bknz. Kural 98'e yorum). Etnik temizlik, cinayet, ırza geçme, hukuka aykırı tehcir veya ne askeri gerekliliğin ne de sivillerin güvenliğinin gerektirdiği durumlarda ve çatışmaya ilişkin sebeplerden ötürü sivil nüfusun yerinden edilmesi ve ırksal ayrımcılık temelinde kişisel onura zulüm ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele gibi savaş suçlarını içermektedir (Bknz. Kural 129).

Kural 157. Devletler savaş suçları üzerinde kendi mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıma hakkına sahiptirler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım B.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına ilişkin olarak uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir. Evrensellik ilkesi cezai yargı yetkisinin diğer temellerine ek mahiyettedir: ülkesellik ilkesi (suçun işlendiği yere dayanmak suretiyle);¹⁹⁰ aktif vatandaşlık ilkesi (failin vatandaşlığına dayanmak suretiyle);¹⁹¹ pasif kişisel ilkesi (mağdurun vatandaşlığına dayanmak suretiyle)

190 Bkz., örn., Yeni Zelanda (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 152), İsviçre (*ibid.*, § 156) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 161) askeri manüelleri ve Avustralya (*ibid.*, § 165), Bangladeş (*ibid.*, § 169), Kanada (*ibid.*, § 177) ve Fil Dişi Sahilleri'nin (*ibid.*, § 183) mevzuatları; Bkz. ayrıca Nikaragua'nın (*ibid.*, § 218) yasa taslağı.

191 Bkz., örn., Yeni Zelanda (*ibid.*, § 152), İsviçre (*ibid.*, § 156), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 159-161) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 162) askeri manüelleri ve Avustralya (*ibid.*, § 165), Azerbaycan (*ibid.*, § 168), Kanada (*ibid.*, §§ 177-178), Almanya (*ibid.*, § 196), Kırgızistan (*ibid.*, § 205), Meksika (*ibid.*, § 213), Hollanda (*ibid.*, § 214), Rusya (*ibid.*, § 224) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 243) mevzuatları.

le);¹⁹² ve koruma ilkesi (ulusal menfaat veya güvenliğin korunmasına dayanmak suretiyle).¹⁹³

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Devletlerin savaş suçları için kendi mahkemelerine uluslararası yargı yetkisi verebilme hakkı ulusal yasalar tarafından geniş şekilde desteklenmektedir.¹⁹⁴ Ulusal mahkemeler tarafından savaş suçu şüphelilerinin evrensel yargı yetkisi temelinde yargılanmasının birkaç örneği de mevcuttur.¹⁹⁵ Son on yıl içerisinde birkaç kişi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarından dolayı evrensel yargı yetkisine dayanmak suretiyle ulusal mahkemeler önünde yargılanmıştır.¹⁹⁶ Bu davalarda sanıkların vatandaşı olduğu Devletlerin evrensel yargı yetkisinin kullanımına itiraz etmemiş olmaları önemlidir. Bazı sahra talimnameleri savaş suçları üzerinde yargı yetkisinin evrensel yargı yetkisi temelinde kurulabileceğini ilaveten desteklemektedir.¹⁹⁷

Devletlerin savaş suçları için ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıyabilme hakkı ayrıca antlaşmalar hukuku tarafından da desteklenmektedir. Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, “uluslararası teamül hukuku altında yargı yetkisinin kullanılmasını” etkilemediğini belirtmektedir ki bununla Protokol’ün görüşmelerindeki delegeler tarafından

192 Bkz., örn., Yeni Zelanda (*ibid.*, § 152), İsviçre (*ibid.*, § 156) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, §§ 159–161) askeri manüelleri ve Kanada (*ibid.*, § 178), Şili (*ibid.*, § 179), Fil Dişi Sahilleri(*ibid.*, § 183), Fransa (*ibid.*, § 193), Almanya (*ibid.*, § 196), Meksika (*ibid.*, § 213), Hollanda (*ibid.*, § 214), Slovenya (*ibid.*, § 228) ve İsveç’in (*ibid.*, § 231) mevzuatları.

193 Bkz., örn., Amerika Birleşik Devletleri, *Donanma El Kitabı* (*ibid.*, § 161); Azerbaycan (*ibid.*, § 168), Şili (*ibid.*, § 179) ve Hollanda’nın (*ibid.*, § 214) mevzuatları; İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi, *Eichmann davası* (*ibid.*, § 258).

194 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 165), Azerbaycan (*ibid.*, § 168), Bangladeş (*ibid.*, § 169), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 171), Belçika (*ibid.*, § 172), Kanada (*ibid.*, §§ 177–178), Kolombiya (*ibid.*, § 180), Kosta Rica (*ibid.*, § 182), Ekvator (*ibid.*, § 188), El Salvador (*ibid.*, § 189), Etiyopya (*ibid.*, § 190), Fransa (*ibid.*, § 195), Almanya (*ibid.*, §§ 196 ve 198), Lüksemburg (*ibid.*, § 208), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 217), Nijer (*ibid.*, § 219), Slovenya (*ibid.*, § 228), İsveç (*ibid.*, § 231), İsviçre (*ibid.*, § 232), Tacikistan (*ibid.*, § 234), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 238–240) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (işkence) (*ibid.*, § 242) mevzuatları; Bkz. ayrıca Lübnan (*ibid.*, § 206), Sri Lanka (*ibid.*, § 230) ve Trinidad ve Tobago’nun (*ibid.*, § 235) taslak mevzuatları.

195 Dipnot 207’de atıfta bulunulan davalara haricinde, Bkz. ayrıca Avustralya, Yüksek Mahkeme, *Polyukhovich davası* (*ibid.*, § 247); Kanada, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Finta davası* (*ibid.*, § 250); Hollanda, Özel Yargıtay, *Ahlbrecht davası* (*ibid.*, § 262); Hollanda, Özel Yargıtay, *Rohrig ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 263); Birleşik Krallık, Yüksek Adalet Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi, *Sawoniuk davası* (*ibid.*, § 271); Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi, *Demjanjuk davası* (*ibid.*, § 273).

196 Bkz., örn., Belçika, Yargıtay Mahkemesi, *Butare’li Dörtlü davası* (*ibid.*, § 249); Fransa, Temyiz Mahkemesi, *Munyeshyaka davası* (*ibid.*, § 253); Hollanda, Yüksek Mahkeme, *Knesević davası* (*ibid.*, § 264); İsviçre, Lozan’daki Askeri Mahkeme, *Grabež davası* (*ibid.*, § 267) ve *Niyonteze davası* (*ibid.*, § 269).

197 Bkz., örn., Avustralya (*ibid.*, § 144), Hollanda (*ibid.*, § 150), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 157) ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (*ibid.*, § 161) (“belirli savaş suçları”) askeri manüelleri.

Devletlere savaş suçları için ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıyabilme hakkına atıf amaçlanmıştır.¹⁹⁸ Açıkça ülkesel yetkiye atıfta bulunan Soykırım Sözleşmesi, soykırımda evrensel yargı yetkisinin uygulanmasını yasaklamayacak şekilde yorumlanmıştır.¹⁹⁹ Her ne kadar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü Devletlere saydığı savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisi tesis etme yükümlülüğünü getirmese de, çeşitli Devletler Statüde yer alan savaş suçu listesini kendi ulusal yasalarına aktarmış ve savaş suçu işlediğinden şüphelenilen kişileri kovuşturmak için evrensel yargı yetkisi temelinde mahkemelerine yetki tanımıştır.²⁰⁰

Kovuşturan devlete bağ

Evrensel yargı yetkisi ilkesinin kovuşturan devlete herhangi bir özel bağ gerektirip gerektirmediği konusunda uygulama bir örnek değildir. Sanık ile kovuşturan Devlet arasında birtakım bağların var olması, özellikle sanığın kovuşturan Devletin ülkesinde mevcut bulunması veya onun eline düşmüş olması gerektiği birçok Devletin sahra talimnameleri, yasaları ve içtihatlarında yansıma bulmaktadır.²⁰¹ Yine de, bu tür bir bağın varlığını gerektirmeyen yasalar ve içtihat mevcuttur.²⁰² Cenevre Sözleşmeleri de bu tür bir bağ aramamaktadır.

2000'de Demokratik Kongo Cumhuriyeti Uluslararası Adalet Divanı önüne, Belçikalı bir hâkim tarafından Kongo Dış İşleri Bakanı aleyhine uluslararası yakalama müzekkeresi düzenlenmesine karşı bir dava getirmiştir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti 2001 tarihinde Mahkeme önündeki layihasında, Devletlerin savaş suçları üzerinde ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıyabilme hakkına itiraz

198 Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 16(2)(a). Bkz. ayrıca Jean-Marie Henckaerts, "New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 835, Eylül 1999, s. 593, s.617'de.

199 Soykırım Sözleşmesi, Madde VI (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 109); Almanya, Düsseldorf'daki Bölge Yüksek Mahkemesi, *Jorgić davası* (*ibid.*, § 255); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi, *Eichmann davası* (*ibid.*, § 258).

200 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 172), Kanada (*ibid.*, § 178), Almanya (*ibid.*, § 198), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 217) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 240) mevzuatları; Bkz. ayrıca Trinidad ve Tobago'nun (*ibid.*, § 235) mevzuat taslağı.

201 Bkz. Kanada (*ibid.*, § 146), Ekvator (*ibid.*, § 147), Hollanda (*ibid.*, § 151), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 152) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 161) askeri manüelleri; Avustralya (*ibid.*, § 165), Bosna Hersek (*ibid.*, § 173), Kanada (*ibid.*, §§ 177–178), Kolombiya (*ibid.*, § 180), Fransa (*ibid.*, §§ 194–195), Almanya (*ibid.*, § 196), Hindistan (*ibid.*, § 201), İsviçre (*ibid.*, §§ 232–233), Birleşik Krallık (*ibid.*, §§ 239–240) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (işkence) (*ibid.*, § 242) mevzuatları; Kanada, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Finta davası* (*ibid.*, § 250); Fransa, Paris Asliye Mahkemesi, *Javor davası* (işkence) (*ibid.*, § 252); Almanya, Bavarya Yüksek Mahkemesi, *Djajić davası* (*ibid.*, § 254); Almanya, Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi, *Jorgić davası* (*ibid.*, § 255); Almanya, Bavarya Yüksek Mahkemesi, *Kusljic davası* (*ibid.*, § 257); Hollanda, Özel Yargıtay, *Rohrig ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 263).

202 Yargılamayı gerçekleştiren Devletin ülkesinde bulunmayan bir savaş suçlusunu sanığı aleyhinde (iade) usullerini başlatma ihtimaline ilişkin açık atıf için, Bkz. Kanada (*ibid.*, § 176), Lüksemburg (*ibid.*, §§ 207–209) ve Yeni Zelanda'nın (*ibid.*, § 217) mevzuatları; Almanya, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, *Sokolovic davası* (*ibid.*, § 256); Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi, *Demjanjuk davası* (*ibid.*, § 273).

etmemiş, ancak suçlanan kişinin bu tür bir yetkiyi kullanan Devletin ülkesinde olması gerektiğini tartışmıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararı Devlet başkanlarının ve dış işleri bakanlarının dokunulmazlıkları meselesine odaklanmış ve bu sebepten ötürü, evrensel yargı yetkisinin kapsamı konusunda herhangi bir karar alınmamıştır.²⁰³ Ayrı ve karşı görüş yazılarında, hâkimler sanığın kovuşturan devletin ülkesi üzerinde mevcut bulunmadığı durumlarda evrensel yargı yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bölünmüşlerdir, ancak çoğunluk evrensel yargı yetkisine dayanmak suretiyle bir savaş suçu şüphelisini yargılayabilme hakkına itiraz etmemiştir.²⁰⁴

Evrensel yargı yetkisi tesis etme yükümlülüğü

Devletlerin savaş suçları üzerinde ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tesis edebilme hakkı hiçbir şekilde Cenevre Sözleşmelerine taraf Devletlerin ve Ek I.Protokol'e taraf Devletlerin "ağır ihlaller" olarak bilinen savaş suçları üzerinde kendi ulusal yasalarında evrensel yargı yetkisi tesis etme yükümlülüklerine hâlel getirmemektedir.²⁰⁵ Birçok devlet yasalarında bu yükümlülüğü hayata geçirmiştir.²⁰⁶ Bazı savaş suçu şüphelileri evrensel yargı yetkisine dayanmak suretiyle ağır ihlallerden ötürü yargılanmışlardır.²⁰⁷

Cenevre Sözleşmelerine ve Ek I.Protokol'e ek olarak, başka bazı antlaşmalar da taraf Devletleri, silahlı çatışmalar sırasında işlenmeleri ihtimalini içerecek şekilde, belirli suçlar için evrensel yargı yetkisi tesis etmekle yükümlü kılmaktadır. Bunlar, özellikle, İşkence Sözleşmesi, Kişilerin Zorla Kaybettirilmesine ilişkin Amerikalılar

203 UAD, *Yakalama Müzekkeresi Davası*, Karar, (*ibid.*, § 305).

204 UAD, *Yakalama Müzekkeresi Davası*, Karar, (*ibid.*, § 305).

205 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 49; II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 50; III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 129; IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 146; Ek I.Protokol, Madde 85(1).

206 Dipnot 194'de atıfta bulunulan yasalara ek olarak, aşağıda yer alan yasalar Cenevre Sözleşmeleri'nin (ve uygulanabildiği yerde Ek I.Protokol'ün) ağır ihlalleri rejimine dayanmakta veya ona atıfta bulunmaktadır: Avustralya (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 166), Avusturya (*ibid.*, § 167), Azerbaycan (*ibid.*, § 168), Bangladeş (*ibid.*, § 169), Barbados (*ibid.*, § 170), Beyaz Rusya (*ibid.*, § 171), Belçika (*ibid.*, § 172), Botsvana (*ibid.*, § 174), Bulgaristan (*ibid.*, § 175), Kanada (*ibid.*, § 176), Cook Adaları (*ibid.*, § 181), Küba (*ibid.*, § 184), Kıbrıs (*ibid.*, §§ 185–186), Danimarka (*ibid.*, § 187), Finlandiya (*ibid.*, § 191), Fransa (*ibid.*, § 194), Almanya (*ibid.*, § 197), Guatemala (*ibid.*, § 199), İsrail (*ibid.*, § 203), Kenya (*ibid.*, § 204), Lüksemburg (*ibid.*, § 209), Malavi (*ibid.*, § 210), Malezya (*ibid.*, § 211), Morityus (*ibid.*, § 212), Yeni Zelanda (*ibid.*, § 216), Nijerya (*ibid.*, § 220), Papua Yeni Gine (*ibid.*, § 221), Paraguay (*ibid.*, § 222), Polonya (*ibid.*, § 223), Rusya (*ibid.*, § 224), Seychelles (*ibid.*, § 226), Singapur (*ibid.*, § 227), İspanya (*ibid.*, § 229), İsviçre (*ibid.*, § 233), Uganda (*ibid.*, § 236), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 237), Vanutu (*ibid.*, § 244) ve Zimbabve (*ibid.*, § 245); Bkz. ayrıca Sri Lanka'nın yasa taslağı (*ibid.*, § 230).

207 Bkz., örn., Danimarka, Yüksek Mahkeme, *Sarić davası* (*ibid.*, § 251); Almanya, Bavarya Yüksek Mahkemesi, *Djajić davası* (*ibid.*, § 254); Almanya, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, *Jorgić davası* (*ibid.*, § 255); Almanya, Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi, *Sokolović davası* (*ibid.*, § 256); Almanya, Bavarya Yüksek Mahkemesi, *Kusljic davası* (*ibid.*, § 257); İsrail, Kudüs Bölge Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, *Eichmann davası* (*ibid.*, §§ 243–244); İsviçre, Lozan'daki Askeri Mahkeme, *Grabež davası* (*ibid.*, § 252).

arası Sözleşmesi, BM Personelinin Güvenliği hakkındaki Sözleşme ve Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol'dür.²⁰⁸

Kural 158. Devletler vatandaşları veya silahlı kuvvetleri tarafından veya ülkeleri üzerinde işlenen savaş suçlarını araştırmalı ve uygun olması halinde, şüphelileri yargılamalıdır. Üzerinde yargı yetkisine haiz oldukları diğer savaş suçlarını da araştırmalı ve uygun olması halinde, şüphelileri yargılamalıdır.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım C.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir. Kural 157 ile birlikte okunduğunda bu kural, ister ülkesel ve kişisel yargı yetkisi ile sınırlandırılmış olsun veya ağır ihlaller için zorunlu olan evrensel yargı yetkisini ihtiva etsin, Devletlerin, ulusal yasalarının mahkemelerine tanıdığı cezai yargı yetkisini kullanması gerektiği anlamına gelmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Cenevre Sözleşmeleri Devletlerin ağır ihlaller gerçekleştirdiği veya gerçekleştirmesini emrettiğinden şüphelenilen kişileri araması ve onları iade etmeyi denemesini gerektirmektedir.²⁰⁹ Uluslararası hukuk altında suç işlemiş kişileri araştırma ve kovuşturma yükümlülüğü, uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen fiillere uygulanan bazı antlaşmalarda bulunmaktadır.²¹⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünün başlangıç kısmı “uluslararası suçların sorumluları üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasının her devletin görevi olduğunu” anımsatmaktadır.²¹¹

208 İşkence Sözleşmesi, Madde 5; BM ve Bağlı Personelin Güvenliği hakkındaki Sözleşme, Madde 10; Kişilerin Zorla Kaybettirilmesine ilişkin İnter-Amerikan Sözleşmesi, Madde 4; Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 16(1).

209 I.Cenevre Sözleşmesi, Madde 49; II.Cenevre Sözleşmesi, Madde 50; III.Cenevre Sözleşmesi, Madde 129; IV.Cenevre Sözleşmesi, Madde 146.

210 Soykırım Sözleşmesi, Madde VI; Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi, Madde 28; İşkence Sözleşmesi, Madde 7; Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Madde VII(1); Belirli Konvansiyonel Silahlar hakkındaki Sözleşme Değiştirilmiş Protokol II, Madde 14; Ottawa Sözleşmesi, Madde 9; Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Maddeler 15–17.

211 UCM Statüsü, başlangıç (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 134).

Devletlerin savaş suçlarını araştırma ve şüphelileri kovuşturması gerektiğine yönelik kural, ağır ihlallere ve daha geniş şekilde, genel anlamda savaş suçlarına ilişkin olarak, birçok sahra talimnamesi tarafından öngörülmektedir.²¹² Savaş suçlarını araştırma ve şüphelileri kovuşturma yükümlülüğünü birçok Devlet, ulusal yasalarında bu tür suçlara yargı yetkisi tesis etmek suretiyle yerine getirmektedir ve çok sayıda savaş suçu şüphelilerinin ulusal düzeyde araştırılması ve yargılanması gerçekleştirilmiştir.²¹³ Ancak, bu uygulamanın bir yükümlüğe istinaden mi yoksa sadece bir hak olarak mı gerçekleştirildiğini belirlemek mümkün değildir. Yine de, anlaşmalar ve resmi beyanlar gibi, çeşitli başka Devlet uygulamalarında araştırma ve kovuşturma yükümlülüğüne açık atıf yapılmıştır.²¹⁴

Buna ek olarak, savaş suçlarını araştırma ve şüphelileri kovuşturma yükümlülüğü BM Güvenlik Konseyi tarafından barışı çeşitli vesilelerde, koruma personeline yönelik saldırılara ilişkin olarak ve Afganistan'daki, Burundi'deki, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki, Kosova'daki ve Ruanda'daki uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen suçlara ilişkin olarak yeniden teyit edilmiştir.²¹⁵ BM Genel Kurulu, 1946 tarihindeki ilk oturumunda, Birleşmiş Milletlere üye olmayanlar da dâhil olmak üzere, bütün Devletlere İkinci Dünya savaşı sırasında savaş suçu işlediği iddia edilen kişileri tutuklama ve suçların işlendiği Devletlere yargılanmaları için geri gönderme tavsiyesinde bulunmuştur.²¹⁶ O zamandan beri BM Genel Kurulu, çeşitli vesilelerde, Devletlerin savaş suçlarını ve insanlığa karşı suçları araştırma ve faillerin cezalandırılmasını sağlamak için tedbir alma yükümlülüğünü vurgulamıştır.²¹⁷

212 Ağır ihlaller rejimine atıfta bulunanlara ek olarak, Bkz. Avustralya (*ibid.*, § 356), Kamerun (*ibid.*, § 359), Kanada (*ibid.*, § 362), Kolombiya (*ibid.*, § 363), Ekvator (*ibid.*, § 365), Almanya (*ibid.*, § 369), İtalya (*ibid.*, § 370), Hollanda (*ibid.*, § 373), İsviçre (*ibid.*, § 381), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 382), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 383–384 ve 387) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 388) askeri manüelleri.

213 Bkz., örn., Cezayir (*ibid.*, § 533), Almanya (*ibid.*, § 540), İtalya (*ibid.*, § 541), Güney Afrika (*ibid.*, § 544), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 547), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 550–555) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 556) uygulamaları.

214 Bkz., örn., Hırvatistan ve YSFC arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanması hakkındaki Mutabakat Zaptı, Madde 11 (*ibid.*, § 343); Bosna Hersek'teki Çatışmaya Taraflar arasında Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanması hakkındaki Anlaşma, Madde 5 (*ibid.*, § 345); Guatemala'da İnsan Hakları hakkındaki Kapsamlı Anlaşma, Madde III (*ibid.*, § 347); Avustralya (*ibid.*, § 534), Demokratik Alman Cumhuriyeti (*ibid.*, § 538), Almanya (*ibid.*, §§ 539–540), İtalya (*ibid.*, § 541), Slovenya (*ibid.*, § 543), Güney Afrika (*ibid.*, § 544), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 547), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 550–554) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 523) beyanları; Cezayir (*ibid.*, § 533), Bosna Hersek (*ibid.*, § 536) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 555) bildirilen uygulamaları.

215 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 978 (*ibid.*, § 558), Kar. 1193 (*ibid.*, § 559) ve Kar. 1199 (*ibid.*, § 560); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanları (*ibid.*, §§ 561–569).

216 BM Genel Kurulu, Kar. 3 (I) (*ibid.*, § 570).

217 BM Genel Kurulu, Kar. 2583 (XXIV) ve 2712 (XXV) (*ibid.*, § 571), Kar. 2840 (XXVI) (*ibid.*, § 572) ve Kar. 3074 (XXVIII) (*ibid.*, § 573). Karara önemli derecede çekimsiz birkaç da aleyhte oy kullanılmıştır. Ancak bu, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların tanımlanmasında belirlilik eksikliğinden dolayı Devlet edişelerinden kaynaklandığı ve, görüldüğü kadarıyla, savaş suçlarının araştırılması ve yargılanması ilkesine yönelik herhangi bir itirazdan kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır.

BM Genel Kurulu silahlı çatışma durumlarındaki cinsel şiddete yönelik olarak, Devletleri bütün cinsel şiddet sorumlularını araştırmaya ve cezalandırma mekanizmalarını güçlendirmeye ve failleri adalet önüne getirmeye çağıran, oylanmaksızın kabul edilen çeşitli kararlar almıştır.²¹⁸

BM İnsan Hakları Komisyonu, çoğu oylanmaksızın kabul edilen, Burundi'deki, Çeçenistan'daki, Ruanda'daki, Sierra Leone'daki, Sudan'daki ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalar kapsamında uluslararası insancıl hukukun ihlallerini işlediğinden şüphelenilen kişilerin araştırılmasını ve kovuşturulmasını gerektiren bazı kararlar almıştır.²¹⁹ Komisyon 2002 yılında oylanmaksızın kabul edilen cezalandırılmamışlık hakkındaki bir kararda, savaş suçu faillerinin yargılanması veya iade edilmesi gerekliliğini tanımıştır.²²⁰

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen suçlara ilişkin olarak bazı Devletler savaş suçları için af çıkarmışlardır, ancak bunlar genellikle kendi mahkemeleri veya bölgesel mahkemeler tarafından hukuka aykırı bulunmuş ve uluslararası toplum tarafından eleştirilmiştir (Bknz. af tanınması hakkında Kural 159'a yorum).²²¹ Her halükarda, yukarıda açıklandığı üzere, altında uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlendiği iddia edilen savaş suçlarını araştırma ve uygun olması halinde şüphelileri kovuşturma yükümlülüğünü uluslararası teamül hukuku ortaya koyan yeterli derecede uygulama mevcuttur.

Uluslararası veya karma mahkemeler tarafından yargılama

Devletler, savaş suçlarını araştırma ve şüphelileri kovuşturma yükümlülüklerini, bu etkide uluslararası veya karma mahkemeler kurmak suretiyle ifa edebilirler; bu birçok sahra talimnamesi, ulusal içtihat ve resmi beyan tarafından yorumlanan bir

218 BM Genel Kurulu, Kar. 50/192 ve 51/77 (*ibid.*, § 575) ve Kar. 52/107 (*ibid.*, § 576).

219 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1994/77 (*ibid.*, § 578), Kar. 1995/77 (*ibid.*, § 583), Kar. 1995/91 (*ibid.*, § 584), Kar. 1996/71 (*ibid.*, § 580), Kar. 1996/76 (*ibid.*, § 584), Kar. 1999/1 (*ibid.*, § 585), Kar. 1999/10 (*ibid.*, § 586) ve Kar. 2000/58 (*ibid.*, § 587). Bütün kararlar oylama yapılmadan kabul edilmiştir, birkaç aleyhte ve çekimsiz oy alan Kar. 1995/77 ve Kar. 2000/58 hariç. Ancak, bunun arkasındaki sebebin, oylama yapılmadan kabul edilen diğer kararlarda da yer alan, savaş suçlarını araştırma ve yargılama görevini içermelerinden kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır.

220 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 2002/79 (*ibid.*, § 589).

221 Bkz., örn., Arjantin, Federal Hakim, *Cavallo davası* (*ibid.*, § 700); Şili, Yüksek Mahkeme, *Saavedra davası* (*ibid.*, § 701); Şili, Santiago Temyiz Mahkemesi, *Videla davası* (*ibid.*, § 702); Etiyopya, Özel Savcılık Dairesi, *Mengistu ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 704); İspanya, Sala de lo Penal de la Audiencia, *Pinochet davası* (*ibid.*, § 706); Inter-American İnsan Hakları Komisyonu, *Dava 10.287 (El Salvador)* (*ibid.*, § 755); Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, *Dava 10.480 (El Salvador)* (*ibid.*, § 757); BM Güvenlik Konseyi, Kar. 1315 (*ibid.*, § 725); BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 2002/79 (*ibid.*, § 734); BM Genel Sekreter, Sierra Leone hakkında Özel Mahkemenin Kurulması hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 738); BM Genel Sekreter, silahlı çatışmalarda sivillerin korunması hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 739).

olgudur.²²² İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nürnberg ve Tokyo'daki Uluslararası Askeri Mahkemelerin kuruluşu ve daha yakın tarihli olarak, BM Güvenlik Konseyi tarafından Eski Yugoslavya ve Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemelerinin kurulması bu duruma delalet eder. Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkeme ve Demokratik Kamboçya Döneminde işlenen Suçların Kovuşturulması için Kamboçya Mahkemeleri nezdinde Olağanüstü Daireler, Birleşmiş Milletler ile sırasıyla, Sierra Leone ve Kamboçya arasındaki birer anlaşmaya dayalı olarak kurulmuştur. Uluslararası Ceza Mahkemesi, herhangi belirli bir silahlı çatışmada işlenen savaş suçlarına ilişkin olmayan, uluslararası antlaşma yoluyla kurulan ilk uluslararası mahkemedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Ruanda hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin ve Kamboçya için Özel Dairelerin Statüleri açıkça uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen savaş suçlarını yargı yetkisi içerisine dâhil etmiştir.²²³

Mülteci statüsü

Savaş suçu işlediğinden şüphe duyulan kişilerin mülteci statüsü hakkına sahip olmadıkları genel olarak kabul edilmektedir. Bu, bilhassa, Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşme tarafından öngörülmektedir ve bu etkide Devlet uygulamaları mevcuttur.²²⁴ BM Güvenlik Konseyi 1994 yılında Ruanda'ya ilişkin olarak, “[uluslararası insancıl hukukun ihlalleri] ile ilgili kişiler ülkeden kaçmak suretiyle kovuşturmaya karşı dokunulmazlık kazanmazlar” ve “Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşme'nin hükümleri bu tür kişilere uygulanmaz” vurgusunda bulunmuştur.²²⁵ Ayrıca savaş suçu şüphelilerinin sığınmanın dışında tutulması, Ülkesel Sığınma hakkındaki Beyanname ve savaş suçlarının tespit edilmesi, tutuklanması, iadesi ve cezalandırılması için uluslararası işbirliğinin ilkeleri hakkındaki Karar 3074(XXVIII) ile BM Genel Kurulu tarafından da desteklenmiştir.²²⁶

222 Bkz. Arjantin (*ibid.*, § 355), Avustralya (*ibid.*, § 144), Fransa (*ibid.*, § 148) Güney Kore (*ibid.*, § 149), İsviçre (*ibid.*, §§ 156 ve 381), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 157), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, §§ 159–160 ve 369) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, §§ 162 and 388) askeri mantılları; Birleşik Krallık, Lordlar Kamarası, *Pinochet İfade davası* (Worth Matravers için Lord Phillips'in Görüşü) (*ibid.*, § 270); Amerika Birleşik Devletleri, Nürnberg'deki Askeri Mahkeme, *Altstötter (Adalet Yargılaması) davası* (*ibid.*, § 272); Mısır (*ibid.*, § 613), İran (*ibid.*, § 613), Pakistan (*ibid.*, § 613), Suudi Arabistan (*ibid.*, § 613), Senegal (*ibid.*, § 613), Türkiye (*ibid.*, § 613) ve Birleşik Krallık'ın (*ibid.*, § 287) beyanları.

223 UCM Statüsü, Madde 8(2)(c) ve (e) (*ibid.*, § 3); ICTR Statüsü, Madde 4 (*ibid.*, § 15); Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü, Maddeler 3 ve 4; Demokratik Kamboçya Döneminde işlenen Suçların Kovuşturulması için Kamboçya Mahkemeleri nezdinde Olağanüstü Dairelerin Kurulması hakkındaki Kanun, Maddeler 6–7.

224 Mülteciler Sözleşmesi, Madde 1(F)(a). Bkz., örn., Avustralya, *Savunma Gücü Manüeli* (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 636); Hollanda, Danıştay, İdare Hukuku Birimi, *Ahmed davası* (*ibid.*, § 638); Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi, *Demjanjuk davası* (*ibid.*, § 639); Hollanda (*ibid.*, § 640) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid.*, § 641) bildirilen uygulamaları.

225 BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanı (*ibid.*, § 642).

226 BM Genel Kurulu, Kar. 2312 (XXII) (*ibid.*, § 643) ve Kar. 3074 (XXVIII) (*ibid.*, § 644).

Kural 159. Muhasamatın sonunda, iktidardaki yetkililer uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya katılmış kişilere veya savaş suçlarından dolayı şüphelenilen, itham edilen veya hüküm giymiş kişiler hariç silahlı çatışmaya ilişkin olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilere olabildiğince en geniş affı sağlama gayreti içerisinde olmalıdırlar.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım D.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Muhasamatın sonunda iktidardaki yetkililerin olabildiğince en geniş affı sağlama gayretini göstermeleri yükümlülüğü Ek I.Protokol tarafından öngörülmüştür.²²⁷ O zamandan beri birçok Devlet ister özel anlaşma,²²⁸ ister yasa²²⁹ veya ister başka tedbirler²³⁰ yoluyla olsun, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara katılmış kişilere aff tanımıştır.

Mesela, BM Güvenlik Konseyi Güney Afrika'daki apartheide karşı olan mücadeleye ve Angola ile Hırvatistan'daki çatışmalara ilişkin olarak bu tür afların tanınmasını teşvik etmiştir.²³¹ Benzer şekilde BM Genel Kurulu, Afganistan ve Kosova'daki çatışmalara ilişkin olarak bu tür afların tanınmasını teşvik eden kararlar

227 Ek I.Protokol, Madde 6(5) (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 651).

228 Bkz., örn., Esquipulas II Mutabakatları (*ibid.*, § 652), Gürcistanlı Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkında Dörtlü Anlaşma (*ibid.*, § 653), Dayton Andlaşması'na ek Mülteciler ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma (*ibid.*, § 634), Bosna Hersek'teki Çatışmaya Taraflar arasında Anlaşma (*ibid.*, § 656), Liberya hakkındaki Cotonou Anlaşması (*ibid.*, § 657), Sudan Barış Anlaşmasına ek Genel Af Bildirisi Emri (*ibid.*, § 659), Tacikistan hakkındaki Moskova Anlaşması (*ibid.*, § 661), Sierra Leone Hükümeti ve RUF arasındaki Barış Anlaşması (*ibid.*, § 668) ve Burundi için Arusha Barış ve Uzlaşma Anlaşması Protokol II (*ibid.*, § 669).

229 Bkz., örn., Cezayir (*ibid.*, § 673), Bosna Hersek (*ibid.*, §§ 678–680), Burundi (*ibid.*, § 681), Şili (*ibid.*, § 682), Kolombiya (*ibid.*, § 683), Hırvatistan (*ibid.*, § 684), El Salvador (*ibid.*, § 685), Guatemala (*ibid.*, § 688), Peru (*ibid.*, § 690), Rusya (*ibid.*, § 691), Güney Afrika (*ibid.*, § 693), Tacikistan (*ibid.*, §§ 694–696) ve Zimbabve'nin (*ibid.*, § 699) mevzuatları.

230 Bkz., örn., Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti (*ibid.*, § 709), Ruanda (*ibid.*, § 711) ve Filipinler'in (*ibid.*, §§ 713–715) beyanları ve Malezya (*ibid.*, § 710) ve Ruanda'nın (*ibid.*, § 712) uygulamaları.

231 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 190 ve 191 (*ibid.*, § 719), Kar. 473 (*ibid.*, § 720), Kar. 581 (*ibid.*, § 721), Kar. 1055 (*ibid.*, § 722), Kar. 1064 (*ibid.*, § 723) ve Kar. 1120 (*ibid.*, § 724); BM Güvenlik Konseyi, Başkan'ın Beyanları (*ibid.*, §§ 726–727).

benimsemiştir.²³² İlaveten, BM İnsan Hakları Komisyonu Bosna Hersek ve Sudan'a ilişkin bu ektide kararlar kabul etmiştir.²³³ Bazı bölgesel kuruluşlar bu tür afları memnuniyetle karşılamıştır, mesela, Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti'ne ilişkin olarak Avrupa Birliği ve KAAÖ ve Tacikistan'a ilişkin olarak AGİT.²³⁴ Birleşmiş Milletler tarafından benimsenen kararların Ek I.Protokol'e taraf olmayan Devletlere ilişkin olduğunu (1995'e kadar Protokol'ü onaylamayan Güney Afrika, Angola, Afganistan, Sudan), ve bu kararlara olumlu oy kullanan Devletlerin tamamının Ek I.Protokol'e taraf olmadığını vurgulamak faydalıdır.

Güney Afrika hükümetine apartheide muhaliflere af tanınması çağrısında bulunan BM Güvenlik Konseyi kararları hariç, Birleşmiş Milletler tarafından ve bölgesel kuruluşlar tarafından benimsenen diğer kararlar af tanımayı teşvik ve tanınan afların onaylanması şeklinde tezahür etmiştir. Bu göstermektedir ki, yetkililer muhasamatın sona ermesiyle birlikte mutlaka af tanımak yükümlülüğü altında değillerdir, lakin bunu önemle dikkate almak ve bu tür bir affi tanıma gayreti içerisinde olmaları gerekir.

İstisna

SSCB Ek I.Protokol Madde 6(5) kabul edildiğinde verdiği oyun açıklamasında, bu hükmün savaş suçları veya insanlığa karşı suçlardan dolayı suçlu kişilerin cezadan kaçmasına izin verecek şekilde yapılandırılmayacağını beyan etmiştir.²³⁵ ICRC bu yorumu paylaşmaktadır.²³⁶ Ayrıca bu tür aflar Devletleri uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçu işlediğinden şüphe duyulan kişileri araştırma ve kovuşturmakla yükümlü kılan kural ile uyuşmayacaktır (Bknz. Kural 158).

Çoğu af, özel olarak savaş suçları veya uluslararası hukuk altında belirgin şekilde sayılan suçları işlediğinden şüphelenilen kişileri kapsamı haricinde tutmaktadır.²³⁷ Şili'nin Santiago Temyiz Mahkemesi 1994 tarihli *Videla davasında*, ağır ihlal teşkil

232 BM Genel Kurulu, Kar. 47/141 (oylanmadan kabul edilmiştir), Kar. 48/152 (oylanmadan kabul edilmiştir) ve 49/207 (oylanmadan kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 729) ve Kar. 53/164 (122 lehte, 3 aleyhte ve 34 çekimsiz oy ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 730).

233 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 1996/71 (oylanmadan kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 732) ve Kar. 1996/73 (oylanmadan kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 733).

234 AB, Genel Sekreter/Yüksek Temsilci ODGP, Resmi Bildiri No. 0039/02 (*ibid.*, § 747); KAAÖ, Beyan (*ibid.*, § 748); AGİT, Basın Bülteni (*ibid.*, § 749).

235 SSCB, Ek Protokollerin kabul edildiği Diplomatik Konferanstaki Beyanı (*ibid.*, § 716).

236 Bkz. ICRC'nin (*ibid.*, §§ 759–760) uygulamaları.

237 Bkz., örn., Gürcistanlı Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler hakkında Dörtlü Anlaşma (*ibid.*, § 653), Dayton Andlaşması'na ek Mülteciler ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler hakkındaki Anlaşma (*ibid.*, § 654), Sierra Leone hakkındaki Özel Mahkemenin Statüsü (*ibid.*, § 655) ve Esirlerin Serbest Bırakılması ve Nakli hakkında Bosna Hersek'teki çatışmaya Taraflar arasındaki Anlaşma (*ibid.*, § 656); Bkz. ayrıca Cezayir (*ibid.*, § 673) (teröristleri veya yıkıcı fiilleri hariç tutan), Arjantin (*ibid.*, § 676) (insanlığa karşı suçları hariç tutan), Bosna Hersek (Federasyon) (*ibid.*, § 679), Kolombiya (*ibid.*, § 683), Hırvatistan (*ibid.*, § 684), El Salvador (*ibid.*, § 685) (Mgr Romero ve Herbert Anaya'nın öldürülmesini, kişisel menfaat için adam kaçırmayı veya uyuşturucu kaçakçılığını hariç tutan), Etiyopya (*ibid.*, § 687) (insanlığa karşı suçları hariç tutan), Guatemala

ettiği düşünülen suçların affa uğramasının imkânsız olduğuna hükmetmiştir.²³⁸ Etiyopya Özel Savcısı 1995 tarihli *Mengistu ve diğerleri davasında* “savaş suçları ve insanlığa karşı suçların affın konusunu oluşturamayacağı yerleşik bir teamül ve inançtır” beyanında bulunmuştur.²³⁹ Bu husus Arjantin’in Federal Hâkimi tarafından 2001 tarihli *Cavallo davasında* insanlığa karşı suçlara ilişkin olarak teyit edilmiştir.²⁴⁰ Ancak, Güney Afrika’nın Anayasa Mahkemesi 1996 tarihli Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu’nun kurulmasının hukukiliğine ilişkin *Azapo davasında*, Ek I.Protokol Madde 6(5)’i insanlığa karşı suçlarda affı yasaklayan emredici kurala bir istisna içerir şekilde yorumlamıştır²⁴¹. Buna rağmen, önemli gerçeklerin bütün olarak ifşa edilmesi zorunluluğuna bağlı olarak, Güney Afrika’daki Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu’nun çalışmalarının kapsayıcı afların tanınmasını içermediği vurgulanmalıdır.²⁴²

BM Güvenlik Konseyi Hırvatistan ve Sierra Leone hakkındaki kararlarda, afların savaş suçlarına uygulanamayacağını teyit etmiştir.²⁴³ BM İnsan Hakları Komisyonu da cezalandırılmamışlık hakkında 2002 yılında oy kullanmaksızın kabul ettiği bir kararda, BM Genel Sekreteri tarafından çeşitli raporlarda da dile getirildiği üzere²⁴⁴, bu konuya ilişkin benzer bir vurguda bulunmuştur.²⁴⁵ Bazı bölgesel kuruluşlar da afların savaş suçlarını kapsayamayacağı beyanında bulunmuşlardır; bilhassa, eski Yugoslavya’ya ilişkin olarak Avrupa Parlamentosu.²⁴⁶

Savaş suçlarının bir affın konusunu teşkil edemeyeceği önermesini destekleyen uluslararası içtihat mevcuttur; bilhassa, Eski Yugoslavya hakkındaki Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin 1998 tarihli *Furundžija davasında* işkenceye ilişkin kararı.²⁴⁷

İnsan hakları kuruluşları, af çıkarmanın Devletlerin uluslararası hukuk altındaki suçları ve ayrık tedbir kabul etmeyen insan hakları hukukunun ihlallerini araştırma

(*ibid.*, § 688), Rusya (*ibid.*, § 691), Tacikistan (*ibid.*, § 695) ve Uruguay’ın (*ibid.*, § 697) mevzuatları ve Arjantin (*ibid.*, § 677) ve Burundi’nin (*ibid.*, § 646) taslak mevzuatları; Bkz. ayrıca Bosna Hersek (*ibid.*, § 707), Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti (*ibid.*, § 709) ve Filipinler’in (*ibid.*, § 715) uygulamaları.

238 Şili, Santiago Temyiz Mahkemesi, *Videla davası* (*ibid.*, § 702).

239 Etiyopya, Özel Savcılık Dairesi, *Mengistu ve Diğerleri davası* (*ibid.*, § 704).

240 Arjantin, Federal Hakim, *Cavallo davası* (*ibid.*, § 700).

241 Güney Afrika, Cape Provincial Birimi, *Azapo davası* (*ibid.*, § 705).

242 Bkz. Güney Afrika, *Ulusal Birliğin ve Mutabakatın Teşviki Kanunu*, 26 Temmuz 1995, Bölüm 2, Madde 3(1) (“ Komisyonun amaçları geçmişin çatışmalarını ve ayrılıklarını aşan bir anlayış ruhuy-la ulusal birlik ve uzlaşmayı şu şekillerde teşvik etmektir... (b) siyasi bir hedef ile ilişkili ve bu Kanunun şartlarıyla uyumlu ilgili bütün filer hakkında tam ifşada bulunan kişilere af sağlanmasını kolaylaştırmak.”), Bkz. ayrıca Maddeler 4(c) ve 20(1)(c).

243 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 1120 (Nakleden: C.II, Böl. 44, § 724) ve Kar. 1315 (*ibid.*, 725).

244 Bkz., örn., BM Genel Sekreteri, Sierra Leone hakkında bir Özel Mahkemenin kurulması hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 738) ve silahlı çatışmalarda sivillerin korunması hakkındaki Rapor (*ibid.*, § 739).

245 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 2002/79 (*ibid.*, § 734).

246 Avrupa Parlamentosu, Dünyada insan hakları ve 1991/1992 yılları için Topluluk insan hakları politikası hakkındaki Karar (*ibid.*, § 746).

247 ICTY, *Furundžija davası*, Karar (*ibid.*, § 751).

görevleri ile uyumlu olmadığını ifade etmiştir; mesela, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 7'ye (işkence yasağı) Genel Yorumu'nda BM İnsan Hakları Komitesi.²⁴⁸ El Salvador'un 1993 Barışın Konsolidasyonu için Genel Af Kanunu hakkındaki bir davada Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, bu kanunun Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3 ile Ek I.Protokol'e ek olarak, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.²⁴⁹ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Peru'nun af kanunlarının hukukiliğine ilişkin 2001 tarihli *Barrios Altos davasında*, işkence, yargısız infaz, hukuk dışı veya keyfi idamlar, zorunlu kaybettirmeler gibi ciddi insan hakları ihlallerine uygulanan af tedbirlerinin, ayrık tedbir kabul etmeyen hakları ihlal etmesi gerekçesiyle kabul edilemez olduğu hükmüne varmıştır.²⁵⁰

Kural 160. Savaş suçlarına zamanaşımı uygulanamaz.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım E.

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına ilişkin olarak uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanamazlığı 1968 Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki BM Sözleşmesi ve 1974 İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçlarına Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki Avrupa Sözleşmesi tarafından öngörülmüştür.²⁵¹ BM Sözleşmesi'nin kabulüne yönelik tartışmalarda bazı Devletler savaş suçlarına zaman aşımı yasağının yeni bir kural olduğunu düşünmekteyken,²⁵²

248 UN İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 20 (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 7) (*ibid.*, § 752).

249 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, *Dava 10.480* (*ibid.*, § 757).

250 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Barrios Altos davası* (*ibid.*, § 758).

251 Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki BM Sözleşmesi, başlangıç (*ibid.*, § 763) ve Madde 1 (*ibid.*, § 764) (BM Sözleşmesi 48 Devlet tarafından onaylanmıştır); İnsanlığa Karşı Suçlara ve Savaş Suçlarına Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki Avrupa Sözleşmesi, Madde 1 (*ibid.*, § 765) ve Madde 2 (*ibid.*, § 766) (Avrupa Sözleşmesi 3 Devlet tarafından onaylanmıştır).

252 Bkz., örn., Brezilya (*ibid.*, § 836) ve Yunanistan'ın (*ibid.*, § 845) beyanları; Bkz. ayrıca Belçika (*ibid.*, § 834), Kıbrıs (*ibid.*, § 841), Honduras (*ibid.*, § 846), Hindistan (*ibid.*, § 848), Norveç (*ibid.*, § 851) ve İsveç'in (*ibid.*, § 855) beyanları.

başka Devletler ise bunun hâlihazırda yerleşik bir kural olduğunu düşünmüştür²⁵³. Yeni bir kural olduğunu düşünen Devletlerin temel itirazını, Sözleşmenin geriye dönük uygulanması ve bu bağlamda, ceza hukukunun geriye işlemeziği ilkesini ihlal etmesi ve ilgili tarihte zamanaşımının kendi ulusal ceza hukuklarının bir genel ilkesi olması teşkil etmiştir.²⁵⁴ Ancak, birçok Devlet savaş suçlarının istisnai nitelikte olduğunu ve bu sebepten ötürü, olağan ceza hukuku rejimine ve zamanaşımına tabi tutulmamaları gerektiğini ve/veya zaten hâlihazırda savaş suçları için zamanaşımının uygulanamazlığı ilkesini yürürlüğe soktuklarını ileri sürmüştür.²⁵⁵

BM Genel Kurulu 1969 ve 1973 arasında Devletleri Savaş Suçlarına ve İnsanlığa karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki BM Sözleşmesi'ni onaylamaya çağıran ve 1970'de, yürürlüğe girmesini memnuniyetle karşılayan çeşitli kararlar benimsemiştir.²⁵⁶ Bu kararlar önemli derecede çekimser ve birkaç olumsuz oy ile kabul edilmiştir. Kararlar hakkındaki görüşmeler sırasında Devletlerin temel endişesini Sözleşme'de yer aldığı şekliyle savaş suçları ve insanlığa karşı suçların tanımlarına ilişkin belirsizlikler oluşturmuştur.²⁵⁷

Savaş suçları üzerinde zamanaşımı olmadan yargı yetkisi tanıyan yasal düzenlemelere ek olarak, savaş suçlarını ulusal ve uluslararası mahkemelerde daha kuvvetli şekilde takip etmeye yönelik giderek artan yakın tarihli eğilim, savaş suçları açısından zamanaşımını yasaklayan hâlihazırda antlaşma kurallarını teamül hukukuna somutlaştırmıştır. Buna ilaveten, zamanaşımının uygulanması savaş suçlarının araştırılmasını ve şüphelilerin kovuşturulmasını engelleyebilir ve bu husus bunu yapma yükümlülüğünü ihlal niteliği taşır (Bknz. Kural 158).

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığını öngörmektedir ve bu hüküm herhangi bir tartışmanın konusunu oluşturmamıştır, zira kısmen, Uluslararası Ceza

253 Bkz., örn., Bulgaristan (*ibid.*, § 837) ve Çekoslovakya'nın (*ibid.*, § 842) beyanları.

254 Bkz. Brezilya (*ibid.*, § 836), Kıbrıs (*ibid.*, § 841), Yunanistan (*ibid.*, § 845), Honduras (*ibid.*, § 846) ve İsveç'in (*ibid.*, § 855) beyanları.

255 Bkz. Bulgaristan (*ibid.*, § 837), Çekoslovakya (*ibid.*, § 842), Fransa (*ibid.*, § 843), Macaristan (*ibid.*, § 847), Hindistan (*ibid.*, § 848), İsrail (*ibid.*, § 849), Polonya (*ibid.*, § 853), Romanya (*ibid.*, § 854), Ukrayna (*ibid.*, § 856), SSCB (*ibid.*, § 857), Birleşik Krallık (*ibid.*, § 858), Amerika Birleşik Devletleri (*ibid.*, § 860), Uruguay (*ibid.*, § 862) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 864) beyanları.

256 BM Genel Kurulu, Kar. 2583 (XXIV) (*ibid.*, § 868), Kar. 2712 (XXV) (*ibid.*, § 869) ve Kar. 2840 (XXVI) (*ibid.*, § 870).

257 Zamanaşımının uygulanamazlığı ilkesine ilişkin olarak, Sözleşme'nin kabulüne yönelik tartışmalarda dile getirilenlere benzer, sadece birkaç itiraz dile getirilmiştir. (Bkz. dipnotlar 252–255 ve ilişik metin). Norveç ve Kolombiya iç hukukları sebebiyle Kar. 2583 hakkındaki oylamada çekimser oy kullanacakları bildirmiştir (UN Doc. A/C.3/SR.1723, 3 Aralık 1969, UN Doc. A/C.3/SR.1724, 3 Aralık 1969 ve UN Doc. A/C.3/SR.1725, 4 Aralık 1969). Fransa ve Türkiye'de ayrıca iç hukukları sebebiyle çekimser kalacaklarını açıklamışlardır (UN Doc. A/C.3/SR.1724, 3 Aralık 1969, §§ 36 ve 60). Bolivya “zamanaşımının uygulanamazlığının açıkça kabul edilemez olduğunu” ve “ceza mevzuatlarının geri yürümeziği ilkeleriyle... çelişki içinde olduğu” sebebiyle çekimser kalacağını beyan etmiştir (UN Doc. A/C.3/SR.1725, 4 Aralık 1969, § 19).

Etiyopya'nın Anayasası, savaş suçlarını dile getirmeden, zamanaşımının insanlığa karşı suçlara uygulanmayacağını öngörmektedir.²⁶⁶ Ancak, Etiyopya'nın Özel Savcısı 1995 tarihli *Mengistu ve diğerleri davasında*, “savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların... Zamanaşımı ile sınırlandırılmadığı... Yerleşik bir teamül ve inançtır” beyanında bulunmuştur.²⁶⁷ Fransız Ceza Kanunu zamanaşımının soykırım ve “diğer insanlığa karşı suçlar” için uygulanamazlığını öngörmektedir.²⁶⁸ Fransız Yargıtay'ı 1985 tarihli *Barbie davasında*, insanlığa karşı suçlardan farklı olarak, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçlarının kanun tarafından dayatılan süre sınırına tabi olduğu hükmüne varmıştır²⁶⁹.

Oysa Fransa, uluslararası hukukta “savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için zaman aşımı yoktur İlkesi”ni teyit etmeyi tercih eden ve bütün Devletlere “savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmasını engellemek için gerekli her tür tedbiri alma” çağrısında bulunan 1158 (XLI) sayılı Karar alındığı tarihte EKOSOK'un da bir üyesidir.²⁷⁰ Fransa akabinde, 1967'de Birleşmiş Milletler'de, Savaş Suçları ve İnsanlığa karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanamazlığı BM Sözleşmesi'nin kabulüne yönelik tartışmalarda savaş suçlarına zaman aşımının uygulanamazlığını desteklemiş ve İnsanlığa karşı Suçlar ve Savaş Suçlarına Zamanaşımının Uygulanamazlığı Avrupa Sözleşmesini imzalamıştır²⁷¹. Buna ek olarak, Fransa Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünü onaylamıştır.

İsrail'in Nazi'ler ve Nazi İşbirlikçileri (Cezalandırma) Kanunu savaş suçlarının kovuşturulması için herhangi bir zamanaşımının olmadığını öngörmektedir, ancak bu kanun sadece İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi'ler tarafından işlenen savaş suçlarını kapsamaktadır²⁷². Ancak, akabinde İsrail herhangi bir savaş suçunda zaman aşımının uygulanamazlığı hakkındaki genel ilkeyi desteklemiştir²⁷³. Bazı Devletler benzer şekilde İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçları üzerinde mahkemelerine yargı yetkisi tanımışlardır,²⁷⁴ ancak bu Devletler de herhangi bir savaş suçu açısından zaman aşımının uygulanamazlığı hakkındaki genel ilkeyi desteklemektedirler²⁷⁵. İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçlarına bağlı olarak yakın

266 Etiyopya, *Anayasa (ibid., § 794)*.

267 Etiyopya, *Özel Savcılık Dairesi, Mengistu ve Diğerleri davası (ibid., § 828)*.

268 Fransa, *Ceza Kanunu (ibid., § 795)*.

269 Fransa, Yargıtay, *Barbie davası (ibid., § 829)*.

270 EKOSOK, Kar. 1158 (XLI) (22 lehte, 0 aleyhte ve 2 çekimser oy ile kabul edilmiştir) (*ibid., § 872*).

271 Bkz. Fransa'nın uygulamaları (*ibid., §§ 765 ve 843*).

272 İsrail, *Naziler ve Nazi İşbirlikçileri (Cezalandırma) Kanunu (ibid., § 800)*.

273 Bkz. İsrail'in beyanı (*ibid., § 849*).

274 Bkz. Avustralya (*ibid., § 392*), Çin (*ibid., § 409*), Lüksemburg (*ibid., § 449*), Rusya (*ibid., §§ 812 ve 479*), Birleşik Krallık (*ibid., § 498*) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid., §§ 501-503*) mevzuatları.

275 Bkz. bu kuralı destekleyen Avustralya (*ibid., § 773*), Lüksemburg (*ibid., § 805*), Rusya (*ibid., §§ 813 and 857*) ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (*ibid., §§ 777-778*) uygulamaları. Çin açısından herhangi bir karşı uygulama bulunamamıştır. BK Askeri Manteğinde yer alan “iki veya daha fazla savaşın bir barış andlaşmasında, veya hatta genel bir ateşkeste, üzerinde anlaşılan bir tarihten

tarihli çeşitli mahkûmiyetler de mevcuttur²⁷⁶. Yetersiz deliller, çoğunlukla davanın açılmasından birkaç on yıl önce vukuu bulan savaş suçlarının başarılı şekilde yargılanmasının önünde bir engel teşkil edebilmektedir. Bu tür fiili meseleler savaş suçlarına zamanaşımının uygulanamazlığı ilkesini zayıflatmamaktadır.

Kural 161. Devletler, savaş suçlarının araştırılmasını ve şüphelilerin kovuşturulmasını kolaylaştırmak adına, mümkün olduğu ölçüde, birbirleriyle işbirliği için bütün gayreti göstermelidirler.

Uygulama

Cilt II, Alt Bölüm 44, Kısım F

Özet

Devlet uygulamaları bu kuralı uluslararası ve de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına ilişkin olarak uygulanabilir uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tesis etmektedir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar

Ek I.Protokol ve Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, bir çatışmaya tarafların işbu antlaşmalarda sayılan savaş suçlarına ilişkin olarak, iade de dâhil olmak üzere, araştırma konusunda ve adli usullerde birbirlerine en geniş ölçüde yardım sağlayacaklarını öngörmektedir²⁷⁷. Benzer nitelikte hükümler Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nde, ABÖ Paralı Askerliğe karşı Sözleşme'de, BM Paralı Askerler Sözleşmesi'nde ve Amerika Birleşik Devletleri – Sovyetler Nazi Savaş Suçlarının Yakalanması hakkındaki Mutabakat Zaptı'nda bulunmaktadır²⁷⁸.

sonra veya andlaşma veya ateşkes tarihinden itibaren, savaş suçu yargılamalarına daha fazla devam edilmeyeceğine karar vermesi mümkündür” (*ibid.*, § 776) ifadesi karşıt uygulama olarak yorumlanabilir, ancak bu metin 1958 tarihlidir, yani Savaş Suçlarına ve İnsanlığa karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanamazlığı hakkındaki BM ve Avrupa Sözleşmelerinden öncedir, ve Birleşik Krallık artık UCM Statüsü'nü onaylamış ve böylece, en azından Statü'de kodifiye edilen savaş suçları açısından, savaş suçlarına zaman aşımının uygulanamazlığını tanımıştır.

276 Bkz., örn., Avustralya, Yüksek Mahkeme, *Polyukhovich davası* (*ibid.*, § 515); Kanada, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Finta davası* (*ibid.*, § 250); Kanada, Yüksek Mahkeme, *Finta davası* (*ibid.*, § 250); Amerika Birleşik Devletleri, Temyiz Mahkemesi, *Demjanjuk davası* (*ibid.*, § 273).

277 Ek I.Protokol, Madde 88 (konsensüs ile kabul edilmiştir) (*ibid.*, § 886); Kültürel Malvarlığının Korunmasına ilişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 19 (*ibid.*, § 890).

278 Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi, Madde 1(1) (*ibid.*, § 885); ABÖ Paralı Askerliğe karşı Sözleşme, Madde 10 (*ibid.*, § 887); BM Paralı Askerler Sözleşmesi, Madde 13 (*ibid.*, § 888); Amerika Birleşik Devletleri – Sovyetler Nazi Savaş Suçlarının Yakalanması hakkındaki Mutabakat Zaptı, Madde 1 (*ibid.*, § 889).

BM Güvenlik Konseyi 1989 tarihinde Devletlere rehin almanın yasaklanması kapsamında birbirleriyle işbirliğinin gerçekleştirilmesi çağrısında bulunmuş²⁷⁹ ve 1998 yılında Devletlere Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Ruanda hükümetleriyle, uluslararası insancıl hukukun ihlallerinden suçlu olanların araştırılması ve kovuşturulması için, işbirliğinde bulunma çağrısını gerçekleştirmiştir²⁸⁰. BM Genel Kurulu 1970 ve 1973 arasında savaş suçu şüphelilerinin araştırılması ve kovuşturulması için Devletlere işbirliği çağrısında bulunan bazı kararlar kabul etmiştir²⁸¹. Ancak, bu BM Genel Kurul kararlarının önemli derecede çekimsiz oy aldığı belirtilmelidir, zira bu kararlar tarafından esas olarak ele alınan savaş suçlarının kapsamı açıkça tanımlanmamıştır²⁸². BM İnsan Hakları Komisyonu sırasıyla, oybirliğiyle ve oylanmaksızın kabul ettiği iki kararıyla, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan suçlu kişilerin kovuşturulmasını temin etmek için Devletleri, işbirliğinde bulunmaya yönelik gerekli tedbirleri almaya, teşvik etmiştir²⁸³. BM Güvenlik Konseyi'nin ve BM İnsan Hakları Komisyonu'nun devletlere işbirliğini gerçekleştirme çağrısında bulunmak yerine işbirliğine teşvik etmesi gerçeğinin ilgili Genel Kurul kararlarının oylama tutanakları ile birlikte ele alınması, işbirliğinde bulunmaya yönelik uluslararası teamül hukukunda mutlak bir yükümlülüğünün bulunmadığına, daha ziyade Devletlerin mümkün olduğu ölçüde bu konuda iyi niyetli gayrette bulunmaları beklentisinin varlığına işaret etmektedir. Ek I.Protokol'e taraf olmayan Amerika Birleşik Devletleri'nin 1987'de, yetkili otoritelerin "birbirleriyle işbirliğine yönelik iyi niyetli gayret göstermeleri" ilkesini desteklediğini beyan etmesi önem arz eder²⁸⁴.

Bu nedenlerden ötürü, savaş suçu şüphelilerinin araştırılması ve yargılanmasının kolaylaştırılması için Devletlerin mümkün olduğu ölçüde birbirleriyle işbirliği gayretini göstermeleri ilkesinde genel kabul olduğu görülmektedir ve bu konuda, uluslararası silahlı çatışmalarda işlenmiş savaş suçları ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenmiş savaş suçları arasında herhangi bir ayırım Devletler tarafından yapılmamıştır. Çeşitli kararlarda ifade edilen işbirliği biçimleri araştırma, belge teatisi, tutuklama, kovuşturma ve iade'yi içermektedir.

İade

Savaş suçlarının iade antlaşmaları uyarınca iadeye tabi olması konusunda antlaşmalar hukukunda ve ulusal hukuklarda birörnek uygulama mevcuttur. Ancak savaş suçu şüphelilerinin iadesi konusunda bir yükümlülüğün varlığı görülmemektedir. Ek I.Protokol, "*şartlar elverdiği zaman, [Devletler] suçluların iadesi konusun-*

279 BM Güvenlik Konseyi, Kar. 638 (*ibid.*, § 913).

280 BM Güvenlik Konseyi, Başkanın Beyanı (*ibid.*, § 914).

281 BM Genel Kurulu, Kar. 2712 (XXV) (*ibid.*, § 915), Kar. 2840 (XXVI) (*ibid.*, § 916), Kar. 3020 (XXVII) (*ibid.*, § 917) ve Kar. 3074 (XXVIII) (*ibid.*, § 918).

282 Bkz. dipnotlar 217 ve 256 ve ilgili metinler.

283 BM İnsan Hakları Komisyonu, Kar. 3 (XXI) (*ibid.*, § 919) ve Kar. 1988/47 (*ibid.*, § 920).

284 Amerika Birleşik Devletleri, Dış İşleri Bakanlığı Hukuk Danışman Vekili'nin İfadeleri (*ibid.*, § 909).

da işbirliği gerçekleştireceklerdir” hükmünü içermektedir. Buna “İddia edilen suçun gerçekleştiği ülkenin Devletinin talebini gereken derecede dikkate alacaklardır” hükmünü eklemektedir²⁸⁵. Bütün iade anlaşmaları iade için gereken şartları içermektedir (genelde, suçun her iki Devlette asgari bir cezanın belirlendiği bir suç teşkil etmesi gerekir), ve ayrıca şüphelinin işkence veya zulüm veya insanlık dışı muamele veya cezalandırmaya tabi tutulma riski olan bir ülkeye iade edilmesinin uluslararası hukukun bir ihlalini teşkil edeceğini belirtmek gerekir. 1995 tarihli *Priebke davasında* ve 2001 tarihli *Cavallo davasında* görüldüğü üzere iadenin örnekleri mevcutken, 1974 tarihli *Barbie iade davasında* olduğu üzere, *inter alia*, talep eden devlet ile bir iade anlaşmasının eksikliğinde iadenin reddedildiği örnekler de mevcuttur²⁸⁶. Birkaç Devlet özellikle kendi vatandaşlarını iade etmeyeceklerini öngörmüştür²⁸⁷.

Ulusal yasalarla birlikte, birçok çift taraflı ve bölgesel iade anlaşmaları “siyasi suçlar” açısından iadenin mümkün olmadığını, ancak bu istisnanın uluslararası hukuk altındaki suçlara uygulanamayacağını belirtmektedir²⁸⁸. Bu ilke başka anlaşmalar tarafından da öngörülmüştür²⁸⁹. Bu husus ulusal içtihatla uygulanmıştır²⁹⁰.

Bu uygulamalar savaş suçu şüphelilerin kovuşturulmasında işbirliğinin, koşullara bağlı tutulma olasılığıyla birlikte, talep halinde iadeyi de içermesi gerektiğine delalet eder niteliktedir. Bu kuralın uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında işlenen suçlar açısından farklı ele alındığına dair herhangi bir belirti

285 Ek I.Protokol, Madde 88(2) (*ibid.*, § 936).

286 Arjantin, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Priebke davası* (*ibid.*, § 971); Meksika, Birinci Bölge Federal Mahkemesi, *Cavallo davası* (*ibid.*, § 974); Bolivya, Yüksek Mahkeme, *Barbie iade davası* (*ibid.*, § 972). Klaus Barbie'nin daha sonradan Bolivya'dan sınır dışı edilerek Fransa'ya gönderildiği belirtilmelidir.

287 Bkz., örn., Belçika (*ibid.*, § 1024), Hırvatistan (*ibid.*, § 1010), Litvanya (*ibid.*, § 1015), Moğolistan (*ibid.*, § 1003), Rusya (*ibid.*, § 1017), Ruanda (*ibid.*, § 1018), İspanya (*ibid.*, § 1019), Yemen (*ibid.*, § 1020) ve Yugoslavya'nın (*ibid.*, § 1021) uygulamaları; Bkz. ayrıca Devletin kendi vatandaşlarını özel olarak hariç tutan çift taraflı iade anlaşmaları (*ibid.*, § 994), her ne kadar bu istisnayı içermeyen başka metinler de mevcut ise (*ibid.*, §§ 995, 996, 999, 1001 ve 1004).

288 Bkz., örn., Brezilya ve Peru arasında İade Andlaşması, Madde IV (*ibid.*, § 1030); İade hakkında Avrupa Sözleşmesi, Madde 3(1) (*ibid.*, § 1032), Venezüella ve Şili arasında İade Andlaşması, Madde 4(5) (*ibid.*, § 1034); İade hakkında Avrupa Sözleşmesi Ek Protokol, Madde 1 (*ibid.*, § 1036); İspanya ve Arjantin arasında İade Andlaşması, Madde 5(1) (*ibid.*, § 1037); Peru ve İspanya arasında İade Andlaşması, Madde 5 (*ibid.*, § 1038); Şili ve İspanya arasında İade Andlaşması, Madde 5(1) (*ibid.*, § 1039); Avustralya ve Şili arasında İade Andlaşması, Madde IV(1) (*ibid.*, § 1040); Arjantin ve Amerika Birleşik Devletleri arasında İade Andlaşması, Madde 4 (*ibid.*, § 1042); Arjantin (*ibid.*, § 1047), Lüksemburg (*ibid.*, § 1052), Hollanda (*ibid.*, § 1053), Peru (*ibid.*, § 1054), Portekiz (*ibid.*, § 1055) ve İspanya'nın (*ibid.*, § 1057) mevzuatları.

289 Bkz., örn., Soykırım Sözleşmesi, Madde VII (*ibid.*, § 1031); Apartheid Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırması hakkındaki Uluslararası Sözleşme, Madde XI (*ibid.*, § 1035); Kişilerin Zorla Kaybettirilmesi hakkında İnter-Amerikan Sözleşmesi, Madde V (*ibid.*, § 1041); Kültürel Malvarlığının Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Madde 20 (*ibid.*, § 1043).

290 Bkz., örn., Yeni Zelanda, *Askeri Manuel* (*ibid.*, § 1045) (Gana'ya ilişkin olarak, Temyiz Mahkemesi, *Schumann İade davası* (1949)); Arjantin, Yüksek Adalet Mahkemesi, *Bohne davası* (*ibid.*, § 1059).

yoktur. İadenin reddi halinde, ağır ihlaller veya başka çok taraflı antlaşmaların evrensel yargı yetkisi temelinde yargıla ya da iade et yükümlülüğü getirdiği suçlar açısından o zaman, talep edilen devletin kendisinin suçluyu yargılaması gerekmektedir. Başka savaş suçları durumunda ise Devlet, Kural 158'e uygun olarak, soruşturma ve kovuşturmayı yürütmek zorundadır.

Uluslararası mahkemelerle işbirliği

Uluslararası mahkemelerin statüleri kapsamında işbirliğine yönelik özel düzenlemeler mevcuttur. Bu nitelikteki bir işbirliği ya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde olduğu üzere antlaşma uyarınca ele alınmalı, ya da Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü altında kurulan mahkemelerde olduğu üzere, BM Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararlarının uygulanması amacıyla üstlenilmelidir²⁹¹.

291 UCM Statüsü, Maddeler 86–101, özellikle Madde 86 (*ibid.*, § 1070) ve Madde 93 (*ibid.*, § 1071); BM Güvenlik Konseyi, Kar. 827 (*ibid.*, § 1125) (ICTY ile işbirliğine ilişkin olarak) ve Kar. 955 (*ibid.*, § 1127) (ICTR ile işbirliğine ilişkin olarak).

Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku

Cilt I : Kurallar

Uluslararası toplumun talebi üzerine Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1996 yılında insancıl hukuk alanına ilişkin teamül hukukunu tespit etmek amacıyla yönelik olarak, pek çok ünlü uzmanın katılımıyla devletlerin bu alandaki uygulamalarına ilişkin geniş kapsamlı bir incelemeye girişmiştir. Sadece İngilizce versiyonu mevcut olan İkinci Cilt (Practice) ile tamamlanan bu eser, söz konusu incelemenin ürünüdür. Eser, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanabilir teamül kurallarının kapsayıcı bir tahlilini içermektedir. Bu alandaki bazı temel andlaşmalar henüz onaylanmadığına göre bu yayın hayati bir önem kazanmaktadır; çünkü bütün silahlı çatışmaların bütün taraflarını bağlayan insancıl hukukun ortak çekirdeğini tanımlamaktadır. Bu emsalsiz eser, uluslararası insancıl hukukla ilgilenen herkes için vazgeçilmez bir başvuru kaynağı olacaktır.

JEAN-MARIE HENCKAERTS

Cenevre'deki Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Hukuk Bölümü'nde Hukuki Danışman

LOUISE DOSWALD-BECK

Cenevre'deki Yüksek Uluslararası Araştırmalar Üniversite Enstitüsü'nde Profesör ve İnsancıl Hukuk Üniversite Merkezi'nin Müdürü; Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun eski Genel Sekreteri ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Hukuk Bölümü'nün eski Başkanı.