İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAŞAM HAKKINI DEĞERLENDİRMESİ

Çakıl Su CİVELEK
114612018

Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL

İSTANBUL
2019

Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaşam Hakkını Değerlendirmesi

The Right to Life in Non-International Armed Conflicts from the Perspective of the European Court of Human Rights

Çakıl Su CİVELEK
114612018

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL** (İmza) .....
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Dr. Öğr. Üyesi Ulaş KARAN** (İmza) .....
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Bilge ERSON ASAR (İmza) .....
MEF Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 27 Haziran 2019
Toplam Sayfa Sayısı : 163

Anahtar Kelimeler (Türkçe)
1) Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma
2) Uluslararası insancıl hukuk
3) Ayrım gözetme yükümlülüğü
4) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
5) Çatışan

Anahtar Kelimeler (İngilizce)
1) Non-international armed conflict
2) International humanitarian law
3) The principle of distinction
4) The European Court of Human Rights
5) Combatant

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusuna karar vermek dahil her aşamasında bana yardımcı olan, yol gösteren, kaynak öneren, sorularıma cevap veren ve yolumu kaybettiğimde tezin tamamlanabileceğine beni ikna eden tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül'e çok teşekkür ederim.

MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Havva Karagöz'e, araştırma görevlisi olarak çalışırken kendi akademik gelişimimizi sağlamamız için sunduğu her türlü katkı ve sağladığı çalışma ortamı için sonsuz teşekkürler. MEF Üniversitesi Milletlerarası Kamu Hukuku kürsüsünde asistanlığını yaptığım Dr. Öğr. Üyesi Bilge Erson Asar'a, verdiği tavsiyeler ve bu süreçte gösterdiği hoşgörü için çok teşekkür ederim. Dr. Öğr. Üyesi Ulaş Karan'a jürimde yer aldığı ve bu çalışmanın bir 'tez' olduğu düşüncesini benim için somutlaştıran soruları için çok teşekkürler. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlileri ve oda arkadaşlarım Mustafa Ebrar Palteki, Cem Uysal, Salih Haydar Günler, Ceren Mermutluoğlu, Nesli Şen Özçelik, Başak Erdoğan, Sercan Çavuşoğlu, Ece Alpay, Seda Palanduz ve Atagün Mert Kejanlıoğlu'na deneyimlerini benimle paylaştıkları ve bu süreçte verdikleri destek için çok teşekkürler. MEF Üniversitesi Kütüphane Bilişim İletişim Teknolojileri Birim Sorumlusu Ramazan Çelik'e, aradığım kaynaklara hızlı bir şekilde ulaşmam için verdiği emek ve geç kalan iadeler konusunda gösterdiği hoşgörü için ne kadar teşekkür etsem az.

Çok sevgili Çisil Oğuz, Zeynep Ekmekçi, Feyza Nur Bulut, Öykü Irmakkesen, Alihan Mestçi, Gülener Kırnalı, İdil Aydınoğlu, Can İçen ve Nedim Okan'a bu süreci yaşanır kıldıkları için minnettarım, iyi ki varlar.

Son olarak, her zaman yanımda olan ve desteklerini hiçbir koşulda esirgemeyen annem Filiz Özkan, babam Hayati Zeki Civelek ve babaanem Safiye Civelek'e tüm emekleri ve gösterdikleri sonsuz sabır için ne kadar teşekkür etsem yetersiz kalacaktır, var olsunlar.

Çakıl Su Civelek

İstanbul 2019

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ iii

İÇİNDEKİLER iv

KISALTMALAR vii

ABSTRACT viii

ÖZET ix

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE SALDIRININ DOĞRUDAN HEDEFİ OLMA 4

1.1 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARA İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK DÜZENLEMELERİ 5

1.1.1 Tarihsel Bakış 5

1.1.2 1949 Cenevre Konvansiyonları Ortak 3. Madde 7

1.1.2.1 Uygulanma Alanı 8

1.1.2.2 Taraflar 10

1.1.2.3 Süregelen Şiddet-Yoğunluk 11

1.1.2.4 Organize Yapı 12

1.1.2.5 Coğrafi Alan 13

1.1.3 Cenevre Konvansiyonlarına Ek II No'lu Protokol 15

1.1.3.1 Uygulanma Alanı 15

1.1.3.2 Taraflar 17

1.1.3.3 Sorumlu Komuta 17

1.1.3.4 Ülkenin Belirli Bir Bölümü Üzerinde Kurulan Hakimiyet 18

1.1.3.5 Coğrafi Alan 19

1.1.3.6 Uygulanma Alanının Alt Sınırı 20

1.1.4 Ortak 3. Madde ve Ek II No'lu Protokol Arasındaki İlişki 20

1.2 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KİŞİ STATÜLERİ, ÇATIŞMAYA DOĞRUDAN KATILIM VE SALDIRININ HEDEFİ OLMA 22

1.2.1 Devletin Silahlı Kuvvetleri 29

1.2.2 Organize Silahlı Örgütler 31

1.2.3 Siviller 39

1.2.4 Çatışmaya Doğrudan Katılım Olarak Nitelenen Hal ve Hareketler 42

1.2.5 Çatışmaya Doğrudan Katılımı Sebebiyle Kişinin Doğrudan Hedef Alınabileceği Süre 50
1.2.5.1 Organize Silahlı Örgüt Mensupları 50
1.2.5.2 Siviller 52
1.2.6 Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmada Öldürücü Kuvvet Kullanımının Sınırı 54

İKİNCİ BÖLÜM AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA YAŞAM HAKKI VE KUVVET KULLANIMINA İLİŞKİN FARKLI PARADİGMALAR 59
2.1 OLAĞAN DÖNEMDE YAŞAM HAKKININ KORUNMASI 59
2.2 OLAĞANÜSTÜ DÖNEMDE YAŞAM HAKKININ KORUNMASI 64
2.2.1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15'in Uygulandığı Haller 66
2.2.2 Savaş Halinin Kapsamı 69
2.2.3 Devletin Uluslararası Hukuktan Doğan Diğer Yükümlülükleri 73
2.2.4 Meşru Savaş Fiilleri 80
2.2.5 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Coğrafi Uygulanma Alanı 83
2.3 KOLLUK YETKİSİ VE SİLAHLI ÇATIŞMALARIN SÜRDÜRÜLMESİ PARADİGMALARI 89
2.3.1 İki Rejim Arasındaki Temel Farklar 96
2.3.2 Uygulanacak Rejimin Seçilmesini Gerektiren Durumlar 101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA YAŞAM HAKKINA İLİŞKİN OLARAK UYGULANMASI GEREKEN HUKUK, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI VE MAHKEME'NİN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ 104
3.1 ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ 104
3.2 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARA İLİŞKİN KARARLAR 118
3.2.1 McCann v. Birleşik Krallık 118
3.2.2 Ergi v. Türkiye 120
3.2.3 Ahmet Özkan ve Diğerleri v. Türkiye 122
3.2.4 Benzer ve diğerleri v. Türkiye 123
3.2.5 Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Rusya (Isayeva I) 125
3.2.6 Isayeva v. Rusya (Isayeva II) 126
3.3 AİHM'NİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKA YAKLAŞIMINA DAİR DİĞER BAZI KARARLAR 128

3.4 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA YAŞAM HAKKININ AİHM TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YORUMUMUZ 135

SONUÇ.....141

KAYNAKÇA 146

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BM	: Birleşmiş Milletler
ETA	: Euskadi Ta Askatasuna
EYUCM	: Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi
IIHL	: International Institute of Humanitarian Law
IRA	: Irish Republican Army
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
m.	: Madde
MSHİUS	: Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UİH	: Uluslararası İnsancıl Hukuk
UİHH	: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku
UKK	: Uluslararası Kızılhaç Komitesi (International Committee of the Red Cross)
VAHS	: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

ABSTRACT

Everyone has the right to life according to the European Convention on Human Rights. However, this is not an absolute right as article 2 of the Convention provides the exceptional situations in which the deprevation of life resulting from the use of force which is no more than absolutely necessary would not be regarded as a violation of the article.

International humanitarian law, the law to be applied in times of armed conflict, provides situations in which the right to life of a person can be restricted based on his/her status and behaviours. Combatants have the right to take part in hostilities and as a result they can be targeted during hostilities.

The aim of this thesis is to make a comparison between international humanitarian law and international human rights law with regard to the protection of the right to life; to determine the perspective of the European Court of Human Rights with regard to the right to life in non-international armed conflicts and to demonstrate that the Court should interpret the right to life in Art. 2 of the Convention under the light of the international humanitarian law during non-international armed conflicts if the State party to the Convention makes a derogation from Article 2.

ÖZET

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca herkesin sahip olduğu; ancak mutlak nitelik taşımayan bir haktır. Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkı, belirli istisnalara tabi tutulmuştur ve bu istisnalara uygun olması halinde, ölüm sonucunu doğurabilecek ve mutlak şekilde gerekli olan seviyeyi aşmayan kuvvet kullanımı hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Silahlı çatışma dönemlerinde uygulanmak amacıyla öngörülmüş olan uluslararası insancıl hukuk ise yaşam hakkının kısıtlanabileceği halleri kişi statüleri ve hareketleri üzerinden belirlemektedir. Buna göre, çatışanlar silahlı çatışmaya katılma hakkına sahiptirler ve bunun bir uzantısı olarak saldırıda hedef alınabilirler.

Bu çalışma ile amaçlanan, yaşam hakkının iki hukuk dalı altında nasıl korunduğunun karşılaştırılmasının yapılması; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak verdiği kararlarında yaşam hakkını bu iki hukuk dalı ışığında yorumlayıp yorumlamadığının belirlenmesi ve Sözleşme'ye taraf devletin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya ilişkin olarak yaşam hakkını askıya almış olması halinde Mahkeme'nin tercih etmesi gereken yöntemin, Sözleşme'nin 2. maddesini uluslararası insancıl hukuk ışığında yorumlamak olduğunun ortaya konulmasıdır.

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları hukuku (UİHH) yaşam hakkını mutlak bir şekilde korumamakta[1], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin[2] (AİHS) 2. maddesi, yaşam hakkının istisnasını öngören halleri düzenlemektedir. Buna göre, bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme veya bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması amacıyla ve mutlak olarak gerekli olan seviyeyi aşmayan kuvvet kullanımıyla meydana gelen ölüm; Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir[3].

Silahlı çatışma dönemlerinde uygulanmak üzere öngörülmüş olan uluslararası insancıl hukuk (UİH) ise, kişilerin doğrudan hedef alınabileceği; yani yaşam hakkının ortadan kalkabileceği halleri kişi statüleri üzerinden düzenlemektedir[4]. Uluslararası nitelikteki, yani taraflarını devletlerin teşkil ettiği silahlı çatışmalarda[5], devletin silahlı kuvvetlerine mensup olan kişinin çatışan statüsü, ona silahlı çatışmaya katılma hakkı tanımakta[6] ve aynı zamanda her zaman doğrudan hedef alınabilir olması sonucunu doğurmaktadır[7]. Çatışan statüsüne

[1] Sean Aughey; Aurel Sari, "Targeting and Detention in Non- International Armed Conflict: Serdar Mohammed and the Limits of Human Rights Convergence", 91 INT'L L. STUD. 60 (2015), s. 98. (Aughey/Sari, Targeting and Detention).
[2] Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, Resmi Gazete tarihi: 19 Mart 1954, Sayı: 8662).
[3] AİHS m. 2/f. 2.
[4] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 91.
[5] Daragh Murray (ed.) and Elizabeth Wilmshurst, Francoise Hampson, Charles Garraway, Noam Lubell and Dapo Akande (consultant eds), Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflic (Oxford University Press, 2016), s. 42. (Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide).
[6] Cenevre Konvansiyonlarına Ek I No'lu Protokol, m. 43/f. 2.
[7] Emily Crawford, Alison Pert, International Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2015, s. 87-88. (Crawford/Pert)

sahip olmayan siviller ise, çatışmaya doğrudan katılmaları hali dışında hedef alınamamaktadırlar[8].

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda ise, aşağıda inceleneceği üzere, devletin silahlı kuvvetleri için öngörülmüş olan çatışan statüsü, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın taraflarından olan organize silahlı örgüt mensuplarına tanınan bir statü değildir. Çatışan statüsüne sahip olmayan bu kişilerin sivil statüsüne sahip olup olmadıkları tartışması aşağıdaki ele alınacak olmakla birlikte, silahlı çatışmalara ilişkin olarak UİH'nin sağladığı olağan korumadan faydalanamadıklarını belirtmek gerekmektedir[9]. Doktrinde asi, hukuka aykırı çatışan, savaşçı vb. kavramlar ile nitelenen söz konusu kişiler için bu çalışmada, organize silahlı örgüt mensubu, savaşan ve asi terimleri birlikte kullanılmıştır.

UİHH'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar esnasında da uygulanmaya devam ediyor olması, UİH ile UİHH arasındaki ilişkinin niteliğinin belirlenmesi; yaşam hakkı açısından uygulanması gereken norm ya da normların ne olduğu; birden fazla norm arasından hangisine öncelik verilmesi gerektiğinin tespit edilebilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu çalışmanın amacı hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında tartışmalı olan konuya AİHM'in nasıl yaklaştığının tespit edilmesidir.

Çalışmanın birinci bölümünde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin UİH düzenlemeleri ele alınacak; saldırının hedefi olabilirlik meselesi UİH altında öngörülen statüler üzerinden değerlendirilecektir. İkinci bölümde, AİHS'nin yaşam hakkı bağlamında öngördüğü koruma incelenecek; kuvvet

[8] Uluslararası nitelikteki çatışmalara ilişkin olan Ek I No'lu Protokol, m. 51/f. 3 düzenlemesi sivillerin, maddede sayılan korumalardan çatışmaya doğrudan katılmaları anına dek faydalanacaklarını; bu an itibariyle ve katılım süresince söz konusu korumaların ortadan kalkacağını ifade etmektedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olan Ek II No'lu Protokol m. 13/f. 3'e göre siviller, silahlı çatışmaya doğrudan katılmaları anından itibaren ve katılımları süresince saldırının doğrudan hedefi olmama haklarını kaybetmektedirler.

[9] Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, 2012, s. 372. (Sivakumaran)

kullanımının söz konusu hakkın ihlalini teşkil etmediği haller olağan ve olağanüstü dönemlere ilişkin olarak ele alınacak ve UİH ile UİHH'nin kuvvet kullanımına ilişkin olarak öngördüğü rejimler karşılaştırılacaktır. Üçüncü bölümde UİH ile UİHH arasındaki ilişkinin niteliğine dair farklı görüşler ele alınacak; AİHM'in doktrinde bazı kesimlerce uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenen hallere ilişkin kararlarında yaşam hakkına yaklaşımı değerlendirilecek; bu şekilde nitelenmeyen ancak UİH'ye yer verdiği diğer bazı kararları incelenecek ve söz konusu niteliğe sahip silahlı çatışmalarda yaşam hakkına ilişkin olarak hangi yaklaşımı benimsemesi gerektiği değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE SALDIRININ DOĞRUDAN HEDEFİ OLMA

1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları[10] kabul edilene kadar UİH sadece uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemeler öngörmüştür[11]. Bu çatışmalara ek olarak varlık gösteren ve bir devletin ülkesi üzerinde kendi silahlı kuvvetleri ve asiler olarak adlandırılan gruplar arasında gerçekleşen iç savaşlar ise Cenevre Konvansiyonları düzenlenene kadar UİH düzenlemesine tabi tutulmamış; devletlerin iç meselesi olarak kabul edilmiştir[12].

Cenevre Konvansiyonları, bu silahlı çatışmaların tanımını yapmamakla birlikte, bu tür çatışmaları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak adlandırmaktadır[13]. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) yorumuna göre, söz konusu devlet dışı aktörler ve devletin silahlı kuvvetleri ya da devlet dışı aktörler arasında yaşanan şiddetin belirli bir yoğunluk eşiğini aşması; buna ek olarak bu grupların belirli bir organizasyonel yapı sergilemesi halinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığından bahsetmek mümkün olmaktadır[14]. Günümüzde meydana gelen silahlı çatışmaların

[10] Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, 75 UNTS 31, No. 970; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, 12 August 1949, 75 UNTS 85, No. 971; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, 75 UNTS 135, No. 972; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287, No. 973. Cenevre Konvansiyonları'nın ve Ek Protokolleri'nin çevirisi için bkz. Melike Batur Yamaner; Emre Öktem; Bleda Kurtdarcan; Mehmet C. Uzun,12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve International Committee of the Red Cross).

[11] Robert Kolb, Richard Hyde, An Introduction to the International Law of Armed Conflicts, Oxford, Portland Oregon 2008, s. 65 (Kolb/Hyde); Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide, s. 42.

[12] Kolb/Hyde, s. 65.

[13] Bkz. Cenevre Konvansiyonları ortak 3. madde.

[14] ICTY, Prosecutor v. Tadić, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 70; Tadić Judgment, ICTY, IT-94-1-T, 7 May 1997, paras. 561–8).

çoğunluğunu, taraflarından en az birini bir devletin teşkil etmediği bu tür silahlı çatışmalar meydana getirmektedir[15].

1.1 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARA İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK DÜZENLEMELERİ

UİH, her silahlı çatışma tipi için aynı düzenlemeyi öngörmemektedir. Tabi olunacak hukuk kuralları, silahlı çatışmanın uluslararası nitelik taşıyıp taşımamasına göre farklılık arz edebilmektedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramının UİH düzenlemelerinde yer bulması ve bir silahlı çatışmanın bu şekilde nitelenebilmesi için taşıması gereken özelliklere dair yorumlar aşağıda incelenmektedir.

1.1.1 Tarihsel Bakış

1949 öncesinde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma/iç savaş UİH düzenlemesine tabi tutulmamıştır. Bunun sebebi, devletin egemenliği ilkesine dayanılması; devletin iç meselesine ilişkin düzenleme yapılması suretiyle durumun müdahaleye açık hale getirilmesinin engellenmek istenmiş olmasıdır[16]. Ancak iç savaşın üçüncü devletler ve onların vatandaşları üzerinde doğurabileceği etki düşünülünce, üçüncü devletlerin çatışan taraflar ile (devlet ve devlet dışı aktörler/asiler) kuracağı hukuki ilişkinin niteliği önem kazanmıştır. Bu niteliği belirleyecek olan, meydana gelen çatışmanın tanınıp tanınmamasıdır[17]. Silahlı çatışmanın tanınması (*recognition of belligerency*), hukuka aykırı şekilde çatışan kişilerle çatışma halindeki devlet tarafından gerçekleştirilebileceği gibi üçüncü devletler tarafından da yapılabilmektedir[18]. Meydana gelen olayların çatışma

[15] Nils Melzer, Key Concepts for Humanitarian Law, Ch.12 The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants, The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict Edited By: Andrew Clapham, Paola Gaeta, Tom Haeck (Assistant Editor), Alice Priddy (Assistant Editor), s. 296.
[16] Sivakumaran, s. 9.
[17] Crawford/Pert, s. 58-59.
[18] Gary D. Solis, "The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War", Cambridge University Press, 2016, s. 163. (Solis)

olarak tanınmasının hem asiler hem de tanıyan devletler nezdinde doğuracağı çeşitli hukuki sonuçlar mevcuttur. Çatışmanın tanınması ile asiler/silahlı örgüt bakımından, UİH kural ve teamüllerine uygun hareket etme yükümlülüğü doğması[19]; örgütün, muharip statüsüne tanınan hak ve imtiyazlara sahip olabilecek seviyede bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunun kabul edilmesi[20]; tanımayı gerçekleştiren üçüncü devletin, çatışmanın tarafı olan devlete ve asilere karşı çatışma süresince tarafsızlık yükümlülüğü altına girmesi[21] ve çatışmanın tarafı olan devletin tanıma sonrasında, asilerin eylemleri sebebiyle sorumluluğunun doğmayacak olması bunlara örnek olarak verilebilir[22].

Her ne kadar günümüzde çatışmaların resmi olarak tanınması artık rastlanan bir durum olmasa da[23], 1949 Cenevre Konvansiyonları'nın kaleme alındığı dönemde asiler ile yaşanan olayları tanımanın doğurabileceği hukuki sonuçların önemi göz önünde bulundurulmuş; tanımanın meşru olmasını sağlamak için belirli şartların sağlanması gerekliliğine ilişkin fikirler ileri sürülmüştür[24]. İç çatışmanın, üçüncü devletin menfaatini etkilemiş olması ve çatışmayı tanımanın üçüncü devlet için kendisini korumaya yönelik bir önlem teşkil etmesi[25]; asilerin devlet kurmaya elverişli bir topluluğa, kaynağa ve politik teşkilata sahip olmaları; hem devlet hem asilerin silahlı çatışma kuralları kapsamında hareket ediyor olması; asilerin, çatışma halinde oldukları devletin ülkesinin belirli bir parçası üzerinde hakim güç olması, yani *de facto* şekilde hükümet yetkilerini kullanabiliyor oluşu[26] bu meşruiyetin sağlanması için önerilmiş olan bazı şartlardandır. Ancak doktrinde süregelen bu tartışmalara rağmen iç savaş kavramı, 1949 yılına kadar devletlerin

[19] Solis, s. 163.
[20] Solis, s. 163.
[21] Crawford/Pert, s. 60.
[22] Crawford/Pert, s. 60.
[23] Solis, s. 163; Crawford/Pert, s. 58.
[24] Crawford/Pert, s. 63.
[25] William Edward Hall, A Treatise on International Law, Oxford: Clarendon Press, 1880, s. 35. (Nakleden: Crawford/Pert, s. 60).
[26] Henry Wheaton, Elements of International Law, 8th edn, Boston: Little, Brown and Company, 1866, s. 35. (Nakleden: Crawford/Pert, s. 60).

çoğu tarafından iç hukuk meselesi olarak değerlendirilmiş; birkaç istisna dışında[27] bu nitelikteki çatışmaların tanınması söz konusu olmamıştır.

1.1.2 1949 Cenevre Konvansiyonları Ortak 3. Madde

Cenevre Konvansiyonları'nın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için de uygulanması niyetindeki Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK) başta birçok devletin olumsuz yaklaşımıyla karşılaşmış olsa da, 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları'nı düzenlemek için bir araya gelen devletler, 1945'te sona eren II. Dünya Savaşı ve 1936-1939 yılları arasında yaşanan İspanya iç savaşında meydana gelen sivil ölümlerini ve riayet edilmeyen UİH kurallarını göz önünde bulundurmuşlardır[28]. Devletlerin başta sergiledikleri, ancak seviyesi ve içeriği sonradan değişiklik gösteren olumsuz yaklaşımlarının çeşitli sebeplerini, UKK tarafından hazırlanmış olan Cenevre Konvansiyonları Şerhi'nde yer alan ortak 3. madde yorumunda görmek mümkündür. Buna göre devletler, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların UİH düzenlemesine tabi tutulması suretiyle asiler karşısında dezavantajlı konuma gelmelerine sebep olacak olan hukuki yükümlülükler altına girmekten çekinmişler; çatışan statüsüne sahip kişilerden çatışma sırasında alıkonulanların, çatışma sona erdiğinde serbest bırakılması yükümlülüğünü asiler bağlamında uygulamak istememişler; bu tür silahlı çatışmaların hukuki düzenlemeye tabi tutulması sonucu birçok adi suçlunun, statünün tanıdığı hukuki imtiyaz ve haklardan faydalanabilmek amacıyla organize hale gelmelerinden/örgütlenmelerinden çekinmişlerdir[29]. Varılan son noktada, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara Cenevre Konvansiyonları'nın tamamının değil; Konvansiyonlar'da öngörülen prensiplerin bazılarının uygulanmasına karar verilmiştir[30]. Buna rağmen devletlerin pratikte çoğunlukla, aşağıda sayılan şartlara uygun nitelikte olduğu yaygın olarak kabul gören halleri

[27] Sivakumaran, s. 17-20.
[28] Crawford/Pert, s. 61.
[29] ICRC, Convention (I) For The Amelioration Of The Condition Of The Wounded And Sick in Armed Forces in The Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 1952, para. 42-43. (Commentary of 1952).
[30] Commentary of 1952, para. 46-47.

Cenevre Konvansiyonları ortak m. 3 kapsamına giren bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirmedikleri[31]; bunun yerine terör eylemi ya da ulusal ceza hukukuna tabi diğer basit suçlar olarak yorumladıkları gözlenebilmektedir.

1.1.2.1 Uygulanma Alanı

Bir silahlı çatışmanın taraflarının tamamının devletlerden müteşekkil olmadığı durumda, yani uluslararası nitelikteki çatışmanın varlığından bahsedilemediğinde, söz konusu durumun uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olduğu sonucuna doğrudan varılamamaktadır. Aşağıda incelenecek olan, EYUCM tarafından verilmiş *Tadic* kararında, silahlı çatışmanın hangi durumlarda var olduğuna ilişkin olarak yapılan yorumda[32] ve uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin genel bir UİH düzenlemesi teşkil eden Cenevre Konvansiyonları ortak 2. maddede[33], devletler arası kuvvet kullanımının varlığı halinde başka bir kritere başvurulmaksızın uluslararası nitelikteki çatışmanın var olacağı kabul edilmiştir. Hatta, savaş halinin ilan edilmiş olması halinde fiili çatışmanın başlamamış olmamasına rağmen yine uluslararası nitelikteki çatışmanın varlığı kabul edilmekte[34] ve buna ilişkin UİH düzenlemeleri uygulama alanı bulmaktadır. Cenevre Konvansiyonları ortak 3. maddede (ortak 3. madde) tanımı yapılmamış[35] olan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için ise durum farklılık arz etmektedir. Zira maddenin düzenlenmesi aşamasında bir araya gelen devletlerin niyeti, iç savaşları/iç silahlı çatışmaları kendi iç meseleleri

[31] Birleşik Krallık, 1969-1997 yılları arasında Kuzey İrlanda'nın bağımsızlığı için faaliyet gösteren; çok sayıda can ve mal kaybına yol açan pek çok silahlı eylem düzenlemiş olan İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) ile arasında yaşananları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelememiştir. Bunun yerine, IRA'yı terörist bir grup; örgüt faaliyetlerini terör eylemleri; devlet tarafından bunlar karşısında düzenlenen operasyonları da kolluk kuvveti yetkisi altında gerçekleştirilen terör karşıtı operasyonlar olarak nitelemiştir. Türkiye ile Partiya Karkerên Kurdistanê (PKK), Rusya ile Çeçen ayrılıkçılar arasında gerçekleşen olaylar da bu devletler tarafından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenmemektedir. Crawford, s. 64.
[32] Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.
[33] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2.
[34] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2.
[35] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 3.

olarak nitelemek ve kendi ulusal hukuk kurallarına tabi kılmak olmuştur. Bu sebeple ortak 3. madde uygulamasına tabi olacak durumları sınırlamak istemişler ve bir olayın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenebilmesi için çeşitli kriterlerin varlığını gerekli görmüşlerdir[36].

Cenevre Konvansiyonları'na ilişkin olarak düzenlenmiş olan 1949 tarihli Diplomatik Konferans'ta, Konvansiyonlar'ın tamamının uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar sürerken bu kriterlerin kapsamı geniş tutulmuş; bu düzenlemelere tabi olacak olaylar sınırlı tutulmaya çalışılmıştır. Ancak ortak m. 3'ün bu nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanacak tek madde olacağının kararlaştırılması ve devletler için öngörülecek yükümlülüklerin beklenilenden az olacağının anlaşılması üzerine kriterlerin kapsamı daraltılmıştır[37].

Bugünkü durumda genel olarak kabul gören iki temel kriter, çatışmanın belirli bir yoğunluk seviyesine ulaşmış olması ve çatışma taraflarının belirli bir seviyede teşkilata sahip olması/organize bir yapı teşkil etmesidir[38]. Aşağıda incelenecek olan bu kriterlere ek olarak, EYUCM tarafından *Tadic* kararında yapılan ve doktrinde yaygın kabul gören silahlı çatışma tanımına[39] uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından da başvurmak mümkündür. Mahkeme, hangi durumda silahlı çatışmanın var olduğuna ilişkin olarak "Devletler arasında silahlı kuvvet kullanımı halinde veya hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar ya da bu tür gruplar arasında süregelen silahlı şiddetin mevcudiyeti halinde silahlı çatışma söz konusudur."[40] yorumunu yapmıştır. Tüm taraflarını devletlerin oluşturduğu silahlı çatışmaların uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaları meydana getirdiği

[36] ICRC, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, Article 3: Conflicts Not of an International Character, para. 416. (Commentary of 2016).
[37] Commentary of 2016, para. 420.
[38] Commentary of 2016, para. 421.
[39] Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.
[40] Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

göz önünde bulundurulduğunda[41], taraflardan en az birinin devlet olmadığı ve süregelen silahlı şiddetin mevcut olduğu halde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Süregelen şiddet kavramı yukarıda bahsedilen kriterlere ek olarak aşağıda incelenmektedir.

1.1.2.2 Taraflar

Ortak madde 3'te, düzenlemenin uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalara uygulanacağı belirtilmiştir[42]. Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara dair genel düzenlemeyi teşkil eden Cenevre Konvansiyonları ortak madde 2 göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaların, taraflarını sadece devletlerin oluşturduğu silahlı çatışmalar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[43]. Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar için uygulama alanı bulacak[44] bir diğer genel UİH düzenlemesi olan Cenevre Konvansiyonlarına Ek I No'lu Protokol'ün[45] (Ek I No'lu Protokol) m. 1/f. 4'teki düzenlemesi ile bu nitelikteki silahlı çatışmaların kapsamı genişletilmiş; sömürgecilik hareketlerine, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı kullanılan kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde verilen mücadeleler de uluslararası nitelikte silahlı çatışma olarak kabul edilmiştir. Ortak m. 3'ün bu sayılanlar dışında kalan halleri kapsadığı düşünüldüğünde, çatışmaya katılan taraflardan en az birinin devlet olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır[46].

Buna ek olarak, madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da devletin silahlı güçlerinin taraf olmadığı ve çatışmanın sadece devlet dışı aktörler arasında gerçekleştiği durumların da ortak 3. madde kapsamında yer alabileceği genel olarak kabul gören yaklaşımdır[47]. Aşağıda incelenecek olan Cenevre

[41] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2.
[42] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 3.
[43] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2.
[44] Cenevre Konvansiyonlarına Ek I No'lu Protokol m. 1/f. 3.
[45] ICRC, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 UNTS 3.
[46] Commentary of 2016, para. 393.
[47] Commentary of 2016, para. 394.

Konvansiyonlarına Ek II No'lu Protokol[48] (Ek II No'lu Protokol), ortak 3. maddeden farklı bir düzenleme getirmekte; uygulama alanına sadece devletler ve devlet dışı silahlı aktörlerin taraf olduğu silahlı çatışmaları almaktadır[49].

1.1.2.3 Süregelen Şiddet-Yoğunluk

EYUCM yorumunun orijinal metninde yer alan *'protracted violence'*[50] ifadesini süregelen şiddet olarak çevirmek mümkünse de şiddet kavramı içerik ve seviyesi yönünden; süre ise uzunluğu açısından belirlenmiş değildir. Bu sebeple her olay özelinde kendi şartlarına göre yorum yapmak gerekecektir[51]. Süregelen bir şiddetin varlığının aranması ile amaçlanan, belirli bir seviyedeki yoğunluğa ulaşmayan eylem ve olayların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenmemesidir. EYUCM, meydana gelen olayların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma niteliğine sahip olup olmadığı değerlendirmesinde, gerçekleştirilen eylemlerin yoğunluğunun, süreden daha büyük önem arz ettiğini belirtmiştir[52]. EYUCM'nin farklı dava daireleri, EYUCM tarafından sayılmış olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için mevcut olması gereken yoğunluğa ulaşılıp ulaşılmadığı konusunda yol gösterici olabilecek çeşitli kriterlere kararlarında yer vermiştir. Bunlardan bazıları, olaylar esnasında yaşanan çatışmaların sayısı, uzunluğu ve yoğunluğu; kullanılan silahların türü, askeri teçhizatın niteliği, söz konusu eylemlere katılan kişilerin ve zarar gören sivillerin sayısı, çatışma alanını terk etmek zorunda kalan kişi sayısı ve Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin olaya müdahil olup olmamasıdır[53].

---

[48] International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609.
[49] Ek II No'lu Protokol m. 1.
[50] Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.
[51] Commentary of 2016, para. 427.
[52] ICTY, The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj (Haradinaj *et al*.), Trial Chamber Judgement, 3 April 2008, Case No. IT-04-84-T, para. 49.
[53] Prosecutor v. Haradinaj, Balaj and Brahimaj, IT-04-84-T, Judgment, 3 April 2008, para. 49.

Buna ek olarak doktrinde, aşağıda incelenecek olan Ek II No'lu Protokol'ün m.1/f.2 düzenlemesinin ortak 3. madde için de uygulanabilirliği savunulmaktadır[54]. Buna göre, "... silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumları..."[55] varlığı aranan şiddet seviyesini karşılamamaları sebebiyle ortak 3. maddenin uygulama alanına da girmeyecektir[56]. Bu yaklaşım ile ortak 3. maddenin uygulanma eşiğinin altında kalan alanın örneklendirilmesi suretiyle, varlığı aranan şiddet seviyesinin/yoğunluğun alt sınırı çizilmiş olmaktadır.

1.1.2.4 Organize Yapı

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için, çatışmaya dahil olan devlet dışı silahlı aktörlerin belirli bir seviyede teşkilatlı olması; organize şekilde hareket etme kabiliyetine sahip olması gerekmektedir[57]. Zira madde metninde yer alan "... anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri ..." tabiri, silahlı örgütün bir çatışmaya taraf olma yeterliğine sahip olması gerekliliği olarak değerlendirilmektedir[58]. Askeri operasyonu planlamak ve bu plan doğrultusunda gerçekleştirebilir olmak[59], çatışmayı yürütürken UİH kurallarına riayet etmek[60], çatışmanın tarafı olma yeterliğine sahip silahlı örgütler için genel olarak aranan kabiliyetlerdir. Örgütün emir-komuta zinciri altında hareket

[54] Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1982, s. 719 (Nakleden: Commentary of 2016, para. 386).
[55] Ek II No'lu Protokol m. 1/f. 2; Melike Batur Yamaner; Emre Öktem; Bleda Kurtdarcan; Mehmet C. Uzun, Cenevre Konvansiyonları.
[56] ICRC, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, ICRC Opinion Paper, March 2008, s. 3.
[57] ICRC, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, ICRC Opinion Paper, March 2008, s. 3.
[58] Commentary of 2016, para. 422.
[59] ICRC, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, ICRC Opinion Paper, March 2008, s. 3.
[60] Cordula Droege, Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians, International Review of the Red Cross, Vol. 94, No. 886, June 2012, s. 550.

etmesi[61], örgüt merkezinin (*headquarters*) bulunması, örgütün silah tedarik etme imkanının bulunması, örgüt içi bir disiplin mekanizmasının bulunması[62], örgüt üyelerinin üniforma giymesi ve örgütün bulunduğu bölge üzerinde kontrole sahip olması[63] organize bir yapının varlığı değerlendirilirken mahkemelerce göz önünde bulundurulan diğer unsurlara örnek olarak verilebilir. Bu kriterler ile esas olarak amaçlanan, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kapsamına giren olaylara silahlı aktörlerce gerçekleştirilen münferit eylemlerin dahil edilmemesi; örgüt/grup tarafından kolektif bir amaç güdüldüğünün ve belirli planlar doğrultusunda bu amaç ya da amaçlara uygun hareket edilebildiğinin ortaya konulmasıdır[64]. Söz konusu kolektif amaç ile, birlik halinde hareket edilmesi şartının arandığı; münferit eylemlerin kapsama dahil edilmediği kast edilmektedir. Zira uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için ayrı bir şart olarak silahlı örgütün sahip olduğu belirli bir amacın varlığı aranmamakta; politik ya da farklı bir amaçla hareket ediyor olması gerekli kılınmamaktadır[65].

1.1.2.5 Coğrafi Alan

Ortak 3. madde metninde "Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde..." ifadesi kullanılmıştır. Bu kullanım maddenin uygulanma alanının çatışmanın Konvansiyonlara taraf bir devletin ülke sınırlarını aşmadığı hallerle sınırlı olduğu izlenimi verse de doktrinde aksi görüş savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar sınır aşan (*transnational*) silahlı örgütlerin madde metninin düzenlendiği dönemde henüz var olmadıklarını; dolayısıyla bu örgütlerce

[61] ICRC, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, ICRC Opinion Paper, March 2008, s. 3.
[62] Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu, IT-03-66-T, Judgment, 30 november 2005, para. 90.
[63] Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski, IT-04-82-T, Judgment, 10 July 2008, para. 199-289.
[64] Crawford/Pert, s. 64.
[65] Commentary of 2016, para. 449-450.

yürütülen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların dahil olacağı bir düzenlemenin o günün şartlarında öngörülemediğini; ancak bugünün koşullarında söz konusu silahlı çatışmaların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler[66]. Ortak 3. maddenin, devletlerin ülke sınırlarını aşan uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalara da uygulanacağı görüşündeki diğer bazı yazarlar, maddede geçen bu kullanımın, 'taraf' devlet topraklarına dikkat çekmek için düzenlendiğini; ortak 3. maddenin uygulama alanının Cenevre Sözleşmelerine taraf olan devletlerin topraklarında gerçekleşen uluslararası nitelikte olamayan silahlı çatışmalarla sınırlı olduğunu dile getirmişlerdir[67].

UKK, ortak m. 3'e ilişkin yorumunda madde okumasının iki farklı şekilde yapılabileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilkine göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya taraf olan devletin ülke sınırlarını aşan çatışmaların, maddenin uygulama alanı dışında bırakılması mümkün gözükmektedir[68]. UKK tarafından tercih edilen ikinci okuma biçimine göre, madde metninde 'taraf bir devlet ülkesi'ne yapılan atfın amacı, Cenevre Konvansiyonlarına taraf olmayan devletlerin ülkeleri üzerinde gerçekleşen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların maddenin uygulama alanı dışında bırakılmak istenmesidir. UKK bu okuma biçimini tercih ederken, Cenevre Konvansiyonları ortak 2. maddede de 'taraf devletler' tabirinin kullanıldığına değinmiş; buna göre söz konusu atıflar ile amaçlananın, Cenevre Konvansiyonlarına taraf olmayan devletler üzerinde bir yükümlülük doğurulduğu izlenimi verilmemesi olduğunu belirtmiştir[69].

UKK, sınır aşan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların ortak m. 3 kapsamına girdiği yönündeki görüşüne ilişkin olarak teleolojik bir diğer yorumla, madde ile amaçlananın, çatışmalara katılmayan ya da çatışma dışı kalan kişilere çeşitli korumaların sağlanması olduğuna dikkat çekmiştir. Uluslararası nitelikte

[66] Solis, s. 163.
[67] Sylvain Vite, Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations, International review of the red Cross, Volume 91 Number 873 March 2009, s.78.
[68] Commentary of 2016, para. 466.
[69] Commentary of 2016, para. 466.

olmayan silahlı çatışma olarak nitelenebilmek için gerekli nitelikleri taşıyan bir olayın Protokol'e taraf devletin ülke sınırlarını aşması sebebiyle, olayda yer alan kişileri maddede sayılan korumalardan mahrum bırakmanın mantıklı olmayacağını belirtmiştir[70].

1.1.3 Cenevre Konvansiyonlarına Ek II No'lu Protokol

Ortak m. 3'e nazaran daha spesifik şartların varlığını gerektiren ve bu sebeple uygulama alanı daha dar olan Ek II No'lu Protokol, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin diğer bir düzenlemedir. UKK'nin girişimleriyle bir araya getirilen uzmanların 1969-1973 yılları arasında taslağını hazırladıkları metin, ortak m. 3'ün silahlı çatışmanın tanımını içermeyerek, durumu silahlı çatışma olarak değerlendirme ya da değerlendirmeme konusunda Cenevre Konvansiyonlarına taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi bıraktığı ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin daha objektif kriterlerin öngörülmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle kaleme alınmıştır[71].

1.1.3.1 Uygulanma Alanı

Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesi, düzenlemenin uygulanma alanını Protokol'e tabi olmayan halleri belirtmek suretiyle ve diğer düzenlemelere atıfla ortaya koymaktadır. Buna göre Ek II No'lu Protokol, Ek I No'lu Protokol'e tabi olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak uygulanacaktır[72]. Ek I No'lu Protokol'ün uygulanma alanı bu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, Cenevre Konvansiyonları ortak 2. madde ile düzenlenen haller ve buna ek olarak; sömürgecilik, yabancı işgali, ırkçı rejimlere karşı kullanılan kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde

[70] Commentary of 2016, para. 467.
[71] Sandoz *et al*. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Martinus Nijhoff Publishers, Year: 1987, para. 4448. (Commentary of 1987).
[72] Ek II No'lu Protokol, m. 1/f. 2.

verilen mücadelelerdir[73]. Sömürgecilik, yabancı işgali ve ırkçı rejimlere karşı kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde verilen mücadelelerin, tarafların sadece devletin silahlı kuvvetlerinden müteşekkil olmayışları sebebiyle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenebilir olmalarına rağmen, söz konusu haller Ek I No'lu Protokol kapsamına alınmış ve uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar rejimine tabi tutulmuştur. Ek I No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca bu Protokol'ün uygulama alanına dahil olan diğer haller, Cenevre Konvansiyonları ortak 2. madde kapsamına giren hallerdir. Bunların, taraflarını devletlerin oluşturduğu silahlı çatışmalar; çatışma fiili olarak başlamamış olsa dahi savaşın ilan edilmiş olması ve askeri bir direnişin mevcut olmadığı durum dahil olmak üzere devletin ülkesinin kısmen ya da tamamen işgali olduğu düşünüldüğünde[74], bu sayılanlar dışında kalan durumların Ek II No'lu Protokol kapsamında yer alabileceği anlaşılmaktadır. Buna ek olarak Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrası ile, silahlı çatışma olarak nitelendirilmeyen iç karışıklık, isyan ve münferit şiddet eylemleri Protokol'ün uygulanma alanı dışında bırakılmıştır.

Ek II No'lu Protokol 1. madde ile, bu kapsamda yer alacak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların taşıması gereken ve aşağıda daha detaylı olarak incelenen özellikleri sayılmıştır. Buna göre, silahlı çatışma Protokol'e taraf devletlerin ülkesinde gerçekleşmeli; çatışmanın, devletin silahlı kuvvetleri ile muhalif silahlı kuvvetler ya da diğer organize silahlı gruplar arasında meydana gelmesi; çatışmanın devlet olmayan tarafının sorumlu komuta altında olması; devamlılık arz eden planlı askeri operasyonlar yapma yetisinin olması ve silahlı örgütün, Protokol'ü uygulamasına imkan verecek şekilde, taraf devletin ülkesinin bir kısmı üzerinde kontrole sahip olması gerekmektedir[75].

[73] Ek I No'lu Protokol, m. 1/ f. 3-4.
[74] Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2.
[75] Ek II No'lu Protokol, m. 1.

1.1.3.2 Taraflar

Ek II No'lu Protokol'e tabi olan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, bu çatışmalara taraf olabilecek özneler açısından ortak madde 3'ten farklılık göstermektedir. Ortak madde 3, öngördüğü diğer koşulların sağlanması halinde uluslararası nitelikte olmayan her silahlı çatışma için uygulama alanı bulabilecekken; 1. madde uyarınca Ek II No'lu Protokol kapsamında yer alabilecek bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın taraflarından en az birinin devletin silahlı kuvvetleri olması gerekmektedir[76]. UKK'nin aksi yöndeki girişimlerine rağmen, tarafları sadece devlet dışı unsurlardan müteşekkil uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, Ek II No'lu Protokol'e değil; sadece ortak madde 3'e tabi olabilecektir[77].

Madde metninde 'silahlı kuvvetler' teriminin kullanılmasının sebebi; ulusal düzenlemeler uyarınca ordu olarak nitelenmeyen devlet güçlerinin (kolluk kuvveti, polis vb.) taraf olduğu çatışmaların da Protokol kapsamına girmesinin amaçlanmasıdır[78]. Çatışmanın diğer taraf ya da tarafları, muhalif silahlı kuvvetler (devletin silahlı kuvvetleri içerisinde isyan eden/ayaklanan gruplar)[79] olabileceği gibi; diğer organize silahlı örgütler de olabilecektir.

1.1.3.3 Sorumlu Komuta

Sorumlu komuta terimi doktrinde, "Grubun ya da örgütün, astlarının hareketlerinden sorumlu olan kişi tarafından komuta edilmesi"[80] olarak yorumlanmaktadır. UKK'nin yorumuna göre terim ile kast edilen, silahlı örgütün belirli bir seviyede organize yapıya sahip olmasıdır. Bahsedilen organize yapının devletlerin düzenli ordularında görülen hiyerarşik düzeni barındırması beklenmemekte; devletin silahlı kuvvetlerinin düzenlilik seviyesine ulaşılmış

[76] Ek II No'lu Protokol, m. 1.
[77] Commentary of 1987, para. 4461.
[78] Commentary of 1987, para. 4462.
[79] Commentary of 1987, para. 4463.
[80] Crawford/Pert, s. 69.

olması aranmamaktadır. Aranan, silahlı örgütün bir yandan planlı ve sürdürülebilir askeri operasyonlar düzenlemesini elverişli kılan bir teşkilata/iç düzene sahip olması; diğer yandan ise *de facto* otorite adına kurulan disiplin altında hareket etmesidir[81].

1.1.3.4 Ülkenin Belirli Bir Bölümü Üzerinde Kurulan Hakimiyet

Ek II No'lu Protokol'ün uygulama alanına dahil olabilecek bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın devlet olmayan tarafının, çatışma halinde olduğu devletin ülkesinin bir bölümü üzerinde kontrole/hakimiyete sahip olması gerekmektedir[82]. Protokol'ün 1. maddesi uyarınca bu hakimiyet, silahlı örgütün planlı ve sürdürülebilir askeri operasyonlar gerçekleştirmesini ve Protokol ile öngörülen kuralları uygulamasını mümkün kılacak nitelikte olmalıdır. Belirli bir bölge üzerinde hakimiyet kurulması, askeri operasyonların sürdürülebilir ve planlı olması ve kurallara riayet edebilme yeterliği birbiriyle ilişki içindedir ve örgütün belirli seviyede organize bir yapı teşkil etmesi şartına paralellik göstermektedir[83]. Zira planlı ve sürdürülebilir askeri operasyonlar düzenlemek ya da hasta ve yaralıları koruma altına almak[84]; özgürlükleri kısıtlanan kişileri (gözaltına alınan ya da tutuklanan) hukuka uygun muameleye tabi tutmak[85] gibi Protokol kurallarına riayet etmek, uyum içinde faaliyet gösterebilen bir grubun varlığını gerekli kılmakta ve münferit eylemleri Protokol'ün uygulama alanı dışında bırakmaktadır.

Madde metninde, kontrol altında bulunacak alanın niteliğine ilişkin (devletin başkenti olması ya da belirli açılardan devlet için büyük önemi haiz merkezi bir nokta olması gibi) bir ifade yer almamaktadır. Alanın coğrafi genişliğine ve hakimiyetin süresine ilişkin bir şart da öngörülmüş değildir. Ancak çatışma halinin ani şekilde değişkenlik gösterebilen koşulları ve bu sebeple çatışan kuvvetler arasındaki güç dengesinde meydana gelebilen değişimler göz önünde

[81] Commentary f 1987, para. 4463.
[82] Ek II No'lu Protokol, m. 1.
[83] Commentary of 1987, para. 4465.
[84] Ek II No'lu Protokol, m.7.
[85] Ek II No'lu Protokol, m. 5.

bulundurulduğunda, hakimiyetin maddede belirtilen diğer şartları (sürdürülebilir ve planlı askeri operasyonlar gerçekleştirme ve Protokol'ü uygulama) sağlayabilir olması için, istikrarlı bir hal arz etmesi gerektiği yorumu yapılmaktadır[86].

Doktrinde, *Irish Republican Army* (IRA) ve *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) gibi silahlı grupların sürdürdüğü silahlı çatışmaların Ek II No'lu Protokol kapsamında değerlendirilmemesinin sebebinin, söz konusu grupların yeterli genişlikte bir alan üzerinde hakimiyet sağlamamaları olduğu belirtilmiştir. Bu silahlı örgütlerce kullanılmış olan gerilla/terör taktiklerinin, Ek II No'lu Protokol ile aranan, sürdürülebilir ve planlı askeri operasyonlar düzenleyebilir olma şartının sağlanmaması sonucunu doğurduğu ve örgütleri Protokol kapsamı dışında bıraktığı da savunulmaktadır[87].

Bunun yanında doktrinde, askeri operasyonların sürdürülebilir ve planlı olma niteliğinin ortaya konulabilmesi için, çatışmanın devamlılığı ve şiddet seviyesinin objektif olarak belirlenebilir olması gerektiği; dolayısıyla başlangıç aşamasındaki bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın genel olarak Ek II No'lu Protokol'ün şartlarını sağlayamayacağı ve ortak 3. madde kapsamında değerlendirileceği görüşü de mevcuttur[88].

1.1.3.5 Coğrafi Alan

Uygulama alanına bakıldığında Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesi, ortak madde 3 ile öngörülen ve tartışmalara sebep olan[89]; maddenin uygulama alanının tek bir taraf devletin ülkesinde gerçekleşen silahlı çatışmalar olduğuna ilişkin düzenlemeyi içermemektedir. Maddeye göre taraf devletlerden herhangi birinin ülkesinde gerçekleşen silahlı çatışmanın bu devletin ülkesinin sınırlarını aşması halinde, varılan bölgenin ait olduğu devletin, Protokol'e taraf bir devlet olması

[86] Commentary of 1987, para. 4467.
[87] Crawford/Pert, s. 70.
[88] Commentary of 1987, para. 4469.
[89] Crawford/Pert, s. 69.

halinde de Protokol uygulama alanı bulacaktır. Yukarıda değinildiği üzere her ne kadar ortak 3. maddenin buna ilişkin olarak net bir düzenleme öngörmediğini dile getirmek mümkünse de, doktrinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın sınır aşması halinde ortak m. 3'ün de uygulanmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Ancak yine de Ek II No'lu Protokol ile ortak m. 3'e nazaran daha net bir düzenlemenin öngörülmüş olması olumludur.

1.1.3.6 Uygulanma Alanının Alt Sınırı

Ek II No'lu Protokol madde 1'de, uluslararası nitelik taşıyan ya da taşımayan silahlı çatışmanın tanımı yapılmamıştır. Ancak Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesi düzenlemenin uygulama alanı açısından bir alt sınır öngörmekte[90] ve hangi hallerin silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyeceğini örnekleme yoluyla düzenlemektedir. Buna göre isyan, karmaşa gibi münferit haller silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyecektir. Bu yönüyle düzenleme ortak 3. maddeden farklılık arz etmekte; belirli bir yoğunluk seviyesine ulaşmayan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların uygulama alanı dışında kaldığını açıkça ortaya koymaktadır. Aynı durumun ortak 3. maddenin uygulama alanı için de geçerli olduğu doktrinde savunulmakta[91]; dolayısıyla sayılan hallerin bu düzenlemenin de uygulama alanı dışında kaldığı yorum yoluyla kabul edilmektedir. Bu tür olaylarda devletin askeri kuvvetlerini kullanması hali de olayın Ek II No'lu Protokol kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır[92].

1.1.4 Ortak 3. Madde ve Ek II No'lu Protokol Arasındaki İlişki

Ortak 3. madde ve Ek II No'lu Protokol genel olarak değerlendirildiğinde, birbirilerini tamamlayıcı nitelikte olduklarını söylemek mümkündür. Çatışmanın

[90] Ek II No'lu Protokol, m. 1/f. 2.
[91]Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1982, s. 719 (Nakleden: Commentary of 2016, para. 386).
[92] Commentary of 1987, para. 4477.

taraflarından en az birinin devlet olmadığı hallerde ve taraflarından en az birinin devlet olduğu, ancak çatışmanın devlet olmayan tarafının belirli bir alan üzerinde hakimiyet sahibi olmadığı; dolayısıyla Ek II No'lu Protokol'ü uygulama kabiliyetinin bulunmadığı hallerde veya devlet dışı silahlı aktörün belirli seviyede organize yapı teşkil etmediği; planlı ve sürdürülebilir askeri operasyon yürütme imkanına sahip olmadığı uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, Ek II No'lu Protokol kapsamına girmeyecek ve ortak madde 3 kapsamında değerlendirilecektir.

Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesinde, düzenlemenin ortak 3. madde ile olan ilişkisine değinilmiştir. Buna göre Ek II No'lu Protokol, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma mağdurlarının korunması olan esas amacı ile ortak 3. madde ile öngörülmüş olan korumaları daha kapsamlı bir şekilde düzenlemekte ve ortak madde 3 ile amaçlananı desteklemektedir[93]. Buna ek olarak Ek II No'lu Protokol ile, ortak 3. maddenin uygulanma koşullarında bir değişiklik yaratılmayacağı belirtilmekte[94]; bundan, iki düzenlemenin birbirinden bağımsız olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemenin kaleme alındığı 1974-1977 tarihli Diplomatik Konferans'ta yaşanan tartışmalardan, amaçlananın, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma mağdurlarına sağlanabilecek azami korumanın sağlanması olduğu; metinlerin birbirinden bağımsızlığının belirtilmesinin uygulanma alanlarının daraltılmamasına yönelik olarak atılan bilinçli bir adım olduğu anlaşılmaktadır[95]. Buna göre, uygulanma eşiği daha düşük olan ortak 3. madde, Ek II No'lu Protokol'ün uygulanabildiği hallerde onunla birlikte uygulama alanı bulacak; Ek II No'lu Protokol ile aranan yoğunluk eşiğine ulaşılmadığında ise ortak 3. madde uygulanacak tek düzenleme olacaktır[96].

[93] Commentary of 1987, para. 4457.
[94] Ek II No'lu Protokol, m.1.
[95] Commentary of 1987, para. 4457.
[96] Commentary of 1987, para. 4457.

1.2 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KİŞİ STATÜLERİ, ÇATIŞMAYA DOĞRUDAN KATILIM VE SALDIRININ HEDEFİ OLMA

Uluslararası hukuk altında, silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin kuralların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için öngörülmüş olup olmadığı uzun süren bir tartışmanın konusu olmuştur[97]. Zira uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları öncesinde öngörülmüş bir uluslararası hukuk düzenlemesi mevcut değildir[98]; bu zamana kadar yapılmış olan düzenlemeler devletler arasında meydana gelen savaşlara ilişkin olarak öngörülmüştür[99]. Cenevre Konvansiyonları'na ilişkin olarak yapılan değerlendirmede ise, ortak m. 3'ün çatışmaya doğrudan katılmayan kişilere yönelik olarak, yeterli olmamakla birlikte bir koruma sağlama amacı güttüğünü ancak silahlı çatışmanın yürütülmesine ilişkin bir kural öngörmediğini savunan bir görüşe karşılık olarak[100], düzenlemede öngörülmüş olan korumaları silahlı çatışmanın yürütülmesine ilişkin kurallar olarak değerlendiren yazarlar da mevcuttur[101]. Bugün yaygın olarak kabul edilen görüş, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için de silahlı çatışmanın yürütülmesine ilişkin kuralların hem yazılı olarak hem de teamüli hukuk kapsamında mevcut olduğu[102]; çatışmanın yürütülmesine ilişkin kurallara ilişkin olarak çatışmanın uluslararası olma ya da olmama niteliğinin bir fark yaratmadığıdır[103]. Bu başlık altında incelenen, saldırının doğrudan hedefi olma ve UİH altında olağan korumadan yararlanma halleri silahlı çatışmanın yürütülmesine ilişkin kurallar kapsamındadır.

---

[97] Sivakumaran, s. 336.
[98] Crawford/Pert, s. 58.
[99] Kolb/Hyde, s. 65; Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide, s. 42.
[100] Theodor Meron, W. Michael Reisman, Luigi Condorelli, George H. Aldrich, René Kosirnik and J. Ashley Roach "Application of Humanitarian Law in Noninternational Armed Condlicts", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 85 (APRIL 17-20, 1991) içinde, 83-101, s. 84.
[101] Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II, Section B, s. 327
[102] Sivakumaran, s. 337.
[103] D. Fleck, "The Law of Non-International Armed Conflicts", "The Handbook of International Humanitarian Law" içinde, Oxford University Press, 2008, s. 605, 608.

UİH'nin temel amaçlarından biri sivil birey ve toplulukların silahlı çatışmaların etkilerinden korunmasıdır[104]. Zira devletler, sahip oldukları askeri amaçları gerçekleştirmek isterken, bir yandan kendi vatandaşlarının korunmalarını amaçlamaktadırlar[105]. UİH'nin temel prensiplerinden olan; siviller ile askeri hedeflerin sürekli olarak birbirinden ayırt edilmesi gerekliliğini öngören ayrım gözetme yükümlülüğü[106] temelini bu amaçtan almaktadır. Devletlerce benimsenen yaygın uygulamaya göre, hem uluslararası nitelikteki hem de uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda uygulanacak teamüli nitelikte bir UİH kuralı teşkil eden ayrım gözetme prensibi[107], sivil kişi ve malların korunması yükümlülüğünü ve saldırıda hedef alınması yasağını ifade etmektedir. Söz konusu prensibe ilişkin olarak doğan yükümlülükler bu başlık altında, sivil mallar hariç tutularak bireyler özelinde incelenecektir.

Ek I No'lu Protokol'ün 48. maddesine göre "Sivil halkın ve sivil nitelikte malların saygı görmesini ve korunmasını sağlamak için, çatışmanın tarafları daima, sivil halk ile çatışanları, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmeli ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece askeri hedeflere yöneltmelidirler."[108]. Sadece uluslararası nitelikteki çatışmalara ilişkin olarak öngörülen ve dolayısıyla bu türdeki çatışmaların tarafı olabilen tek aktör olarak devletin silahlı kuvvet mensuplarına tanınmış olan resmi çatışan statüsü[109] , bu kişileri[110] askeri birer hedef haline getirmekte ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin UİH düzenlemelerinde yer almamaktadır. Bu statü kişiye, düşman tarafından ele

[104] Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, International Committe of the Red Cross, s. 4. (ICRC, DPH)
[105] Emily Crawford, Identifying the Enemy-Civilian Participation in Armed Conflict, Oxford University Press, 2015, s. 13. (Crawford, Identifying The Enemy)
[106] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, (1996) ICJ Report, para.78.
[107] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, eds., Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules (Cambridge: Cambridge University Press: 2005), s. 3. (Henckaerts/Doswald-Beck).
[108] Ek I No'lu Protokol, m. 48.
[109] Sivakumaran, s. 515.
[110] III No'lu Cenevre Konvansiyonu m. 4A (1)–(3), (6). Ek I No'lu Protokol'ün 43. maddesi uyarınca gerillalar ve ulusal bağımsızlık hareketine dahil olan kişiler de bu kapsamdadır.

geçirilmesi halinde savaş esiri muamelesi görme hakkı[111] vermekte; UİH kurallarına uygun olması halinde, çatışmaya katılarak gerçekleştirdiği eylemlerine ilişkin olarak devletin iç hukuku kapsamındaki ceza yargısından bağışıklık[112] ve çatışmaya doğrudan katılma hakkı[113] sağlamaktadır. Çatışmaya katılım hakkına sahip olmak, kişinin saldırıda hedef alınabilir olması anlamına gelmektedir.

Sivil statüsü UİH altında mevcut olan diğer bir statüdür; ancak UİH düzenlemelerinde doğrudan tanımlanmamış; resmi çatışan statüsüne sahip kişiler kapsamına girmeyen herkes sivil olarak değerlendirilmiştir[114]. Buna göre askeri bir hedef teşkil etmeyen sivil halk ve sivil bireyler, UİH'nin olağan koruması altındadır ve saldırının doğrudan hedefi olamazlar[115]. Kural, sivil topluluk içinde, saldırının doğrudan hedefi olmama hakkından faydalanmayan kişilerin bulunduğu durumda da geçerlidir. Aksi durumun kabulünün, organize silahlı örgüt üyelerinin halkın arasına karıştığı; sivillerden yardım aldığı hallerin yaygınlığı sebebiyle kuralın uygulanmasını anlamsız kılacağı dile getirilmiştir[116].

Siviller sahip oldukları bu koruma ve haktan, hem uluslararası nitelikteki hem de uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalara doğrudan katılmaları halinde faydalanamazlar. Bu durum uluslararası nitelikteki çatışmalara ilişkin olarak Ek I No'lu Protokol'ün, sivil halkın korunmasını düzenleyen 51. maddesinde[117] düzenlenmiştir. Dolayısıyla uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda ayrım gözetme prensibi temel olarak kişinin UİH altında sahip olduğu çatışan ya da sivil statüsüne bağlı olarak uygulanmakta; kişinin olağan UİH koruması altında olup olmadığı önce statüsüne göre belirlenmekte; sivillerin çatışmaya doğrudan katılımı halinde ise söz konusu koruma ortadan kalkmaktadır.

---

[111] Ek I No'lu Protokol, m. 44/f. 1.
[112] Crawford, Identifying The Enemy, s. 17.
[113] Ek I No'lu Protokol, m. 43/f. 2.
[114] Ek I No'lu Protokol, m. 50.
[115] Ek II No'lu Protokol, m. 13.
[116] Commentary of 1987, para. 4782.
[117] Ek I No'lu Protokol, m. 51/f.3 düzenlemesi sivillerin, maddede sayılan korumalardan çatışmaya doğrudan katılmaları anına dek faydalanacaklarını; bu an itibariyle ve katılım süresince söz konusu korumanın ortadan kalkacağını ifade etmektedir.

Ayrım gözetme prensibi, resmi çatışan statüsünün yokluğu sebebiyle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak sivil-çatışan ayrımı üzerinden yapılmamaktadır[118]. Zira siviller, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda olduğu gibi yine olağan UİH korumasına ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkına sahipken; bu kişilere ek olarak varlık gösteren ve uluslararası hukuk altında kendilerine sivil statüsü tanınıp tanınmadığı tartışmalı olan bir kişi kategorisi daha mevcuttur. Bu kişiler uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın tarafı olan organize silahlı örgüt mensupları, yani savaşanlardır. Çatışan statüsüne sahip olmayan bu kişiler, UKK'nin yorumuna göre sivil sayılmamaktadır[119]; zira UKK'ye göre devletin silahlı kuvvetleri, organize silahlı örgütler ve siviller birbirinden ayrı olarak öngörülmüş ve birine dahil olan kişinin aynı zamanda diğer biri altında yer almayacağı kabul edilen kategorilerdir[120]. Bu yorumun kabulü halinde savaşanların, uluslararası hukuk altında ne çatışan ne de sivil statüsüne sahip oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşılık, söz konusu kişilerin, çatışmaya doğrudan katılımları sebebiyle UİH korumasından faydalanmayan, ancak katılımları sona erdiğinde tekrar UİH korumasına kavuşacak olan siviller olduğu görüşü de mevcuttur[121].

Ek II No'lu Protokol'ün 13. maddesinde sivil halkın ve sivil bireylerin saldırının hedefi olamayacağı düzenlenmiştir[122]. Teamül hukuku kapsamında da mevcut olan ayrım gözetme prensibi ise silahlı çatışmanın taraflarının sürekli olarak siviller ve çatışanlar arasında ayrım yapması gerektiğini; sivillerin saldırının hedefi olamayacağını; saldırının hedefinin yalnızca çatışanlar olabileceğini öngörmektedir[123]. Burada 'çatışan' ile kast edilen, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar bağlamında mevcut olan resmi çatışan statüsü değildir. Kavram, uluslararası nitelikte olsun ya da olmasın bir silahlı çatışmaya dahil olan; sivillerin

[118] Crawford, Identifying The Enemy, s. 15.
[119] ICRC, DPH, s. 36.
[120] ICRC, DPH, s. 28
[121] Crawford, Identifying The Enemy, s. 46.
[122] Ek II No'lu Protokol, m. 13/f. 2.
[123] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 3.

faydalandığı olağan korumadan ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkından yararlanmayan herkesi karşılamaktadır[124]. Açıklanan anlamıyla çatışan kapsamına giren, devletin silahlı kuvvetleri; muhalif silahlı kuvvetler ve organize silahlı örgütler, Ek II No'lu Protokol'de[125] ayrı ayrı sayılmış olmakla birlikte ortak 3. maddede bu kapsamı ifade etmek için sadece 'çatışmanın tarafları' tabiri kullanılmıştır. Bu ifadenin, Ek Protokol II'de sayılan tüm tarafları kapsadığını belirtmek gerekmektedir[126].

Ortak 3. madde, öngördüğü korumalardan silahını bırakmış ya da savaş dışı kalmış silahlı kuvvet mensupları ve 'çatışmada aktif olarak yer almayan' kişilerin faydalanacağını öngörmektedir[127]. Ek II No'lu Protokol'ün 13. maddesinde ise sivil birey ve toplulukların askeri operasyonun meydana getirdiği her türlü tehlikeden korunacağı ve saldırının hedefi olamayacakları düzenlemekte[128]; ancak bu korumanın söz konusu birey ve toplulukların 'çatışmaya doğrudan katılımları' süresince mevcut olmayacağı belirtilmektedir[129]. Ortak 3. maddede öngörülmüş olan 'aktif yer alma' tabirinin ve Ek II No'lu Protokol'de yer alan 'doğrudan katılım' teriminin, iki düzenlemenin Fransızca versiyonlarında, '*participent directement*' terimiyle karşılanmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu kavramların aynı anlama geldiği, ikisinin de çatışmaya doğrudan katılımı ifade ettiği anlaşılmaktadır[130]. Sergilenen eylemlerin çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelendirilebilmesi halinde, kişinin sivil ya da çatışmaya taraf organize silahlı örgüt mensubu olmasından bağımsız olarak, sahip olduğu korumanın ortadan kalkacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

[124] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 3.
[125] Ek Protokol II, m. 1.
[126] ICRC, DPH, s. 30.
[127] Cenevre Konvansiyonları ortak 3. madde.
[128] Ek II No'lu Protokol, m. 13/f. 1-2.
[129] Ek II No'lu Protokol, m. 13/f.3.
[130] ICRC, DPH, s. 43.

Çatışmaya doğrudan katılım UİH belgelerinde tanımlanan bir kavram değildir. UKK de terimin net bir tanımının mevcut olmadığını belirtmiştir[131]. Kişilerin saldırı karşısında sahip oldukları korumanın ortadan kalkması gibi ciddi bir sonuç doğurması sebebiyle terimin, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS)[132], sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin 31. maddesi uyarınca, "andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle"[133] yorumlanması; hangi hal ve hareketlerin çatışmaya doğrudan katılım kapsamında değerlendirilebileceğinin ve korumanın ortadan kalkması ile sivillerin hangi süre boyunca ve ne şekilde doğrudan hedef alınabileceğinin tartışılması gerekmektedir.

UKK'nin değerlendirmesine göre birbirinden ayrı şekilde öngörülmüş olan ve kişinin aynı anda birden fazlasına dahil olmasının mümkün olmadığı kişi kategorileri[134] (sivil, organize silahlı örgüt ve devletin silahlı kuvvetleri) için çatışmaya doğrudan katılımın meydana getireceği sonuçlar, aşağıda inceleneceği üzere birbirinden farklılık arz etmektedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya doğrudan katılımın, organize silahlı örgütün ya da devletin silahlı kuvvetlerinin yanında yer alarak gerçekleştirilmesi mümkündür[135]. Hangi tarafın yanında yer aldığından bağımsız olarak çatışmaya doğrudan katılan kişi, UİH altında sahip olduğu olağan korumayı kaybedecektir.

Sahip olunan UİH korumasının çatışmaya doğrudan katılım sebebiyle kaybedilmesinin, kişinin doğrudan hedef alınabilir/öldürülebilir hale gelmesi sonucunu doğurup doğurmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Zira kişinin çatışmaya doğrudan katılımı sebebiyle doğrudan hedef alınabileceği ne ortak 3. maddede ne de Ek II No'lu Protokol'de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yokluğu sebebiyle bazı yazarlar, bu kişilerin hedef alınması için hukuki bir

[131] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 22.
[132] United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.
[133] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 31.
[134] ICRC, DPH, s. 27.
[135] Sivakumaran, s. 361.

zeminin mevcut olmadığını dile getirmektedir[136]. Aynı yazarlar, olağan UİH korumasını kaybeden kişilerin devletin silahlı kuvvetleri tarafından doğrudan hedef alınabileceği görüşünün kabulünün, eşitlik prensibi uyarınca devletin silahlı kuvvetlerinin de karşı tarafça hedef alınabilir hale gelmesi sonucunu doğuracağını ileri sürmüşlerdir[137]. Buna karşıt görüşteki yazarlar ise, ortak 3. madde ve Ek II No'lu Protokol'de kişinin hedef alınabilirliğinin açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen metnin dilinden bu sonuca ulaşıldığını; zira iki metinde de çatışmaya doğrudan katılan kişilere saldırının hedefi olmama hakkının tanınmadığını belirtmişlerdir[138]. Bu görüşteki yazarlar söz konusu hakkın tanınmamasının, kişilerin çatışmaya doğrudan katılımları sebebiyle askeri hedef konumuna gelmelerinden kaynaklandığını; dolayısıyla çatışmaya doğrudan katılımın bu kişileri saldırının hedefi olabilir pozisyona getirdiğini savunmaktadırlar[139]. Buna ek olarak, teamül hukuku kapsamında da mevcut olan ayrım gözetme prensibi sivillerin saldırının hedefi olamayacağını; sadece çatışanların saldırının hedefi olabileceğini düzenlemektedir[140]. Bu bağlamda organize silahlı örgüt mensuplarının hedef alınamayacağını kabul etmenin, siviller ile bu kişiler arasında bir ayrım yapılmasını anlamsız kılacağı dile getirilmiştir[141]. Aynı yazarlar, öldürmek için hedef alma yetkisinin sadece devlete ait olduğunu; eşitlik prensibinin aynı yetkinin devlet dışı aktöre tanınması sonucunu doğurmayacağını; zira eşitlik prensibinin tarafların sahip olduğu koruma yükümlülüklerini eşit kıldığını; ancak çatışan statüsü ve bu statüye tanınan ayrıcalıklar konusunda devlet ile devlet dışı aktörler arasında bir eşitliğin kurulmayacağını dile getirmişlerdir[142]. UKK'nin Ek II No'lu Protokol'ün 13. maddesine ilişkin yorumu da bu yazarları destekler niteliktedir. Komite, silahlı çatışmanın iki tarafının da

[136] Lawrence Hill Cawthorne, Dapo Akande, "Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?", s. 4 (https://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[137] Lawrence Hill Cawthorne, Dapo Akande, "Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?", s. 4 (https://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[138] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 100.
[139] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 100.
[140] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural: 1.
[141] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 95.
[142] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 95; Commentary of 1987, para. 4458.

(devletin silahlı kuvvetleri ve organize silahlı örgüt mensupları) her zaman hedef alınabileceğini; sivillerin ise çatışmaya doğrudan katılımları sırasında, saldırının hedefi olmama hakkından faydalanmayacaklarını, ancak çatışmanın taraflarından biri aleyhine risk teşkil etmeleri hali sona erdiğinde saldırının hedefi olmama hakkına tekrar kavuşacaklarını belirtmiştir[143].

1.2.1 Devletin Silahlı Kuvvetleri

Devletin silahlı kuvvet mensuplarının sivil olmadıkları[144] ve dolayısıyla sivillere sağlanan olağan korumadan faydalanmayacakları, doktrinde yaygın olarak kabul gören bir yaklaşımdır. Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin Ek I No'lu Protokol, devletin silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin (medikal ve dini görevli personel hariç olmak üzere) çatışan olduğunu ve çatışmaya doğrudan katılma hakkına sahip olduklarını öngörmektedir[145]. Burada kullanılan çatışan tabiri, UİH altında öngörülen resmi bir statüdür ve devletin silahlı kuvvetlerine mensup bireylere mahsustur; aşağıda incelenecek olan organize silahlı örgüt mensupları ise bu statüye sahip değildir.

Çatışan statüsüne sahip olan kişi, karşı tarafça ele geçirilmesi halinde savaş esiri muamelesi görme hakkına sahiptir[146]. Savaş esiri statüsü sadece Cenevre Konvansiyonları ortak m. 2 ve Ek I No'lu Protokol kapsamına giren uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olarak öngörülmüştür[147]. Buna ek olarak çatışan statüsüne sahip kişi, silahlı çatışmaya katılmış olması sebebiyle devletin iç hukuk yargısına tabi tutulamamaktadır; sahip olduğu statü kişiye bu yargılama karşısında bağışıklık sağlamaktadır. Kişinin, silahlı çatışmalar sırasındaki eylemlerinin UİH'ye aykırılığı sebebiyle yargılanması ise mümkündür[148]. Çatışan statüsüne sahip olan kişi bu avantajların karşısında ve çatışmaya doğrudan

[143] Commentary of 1987, p. 4789.
[144] ICRC, DPH, s. 27.
[145] Ek I No'lu Protokol, m. 43/f. 2.
[146] Solis, s. 201.
[147] Solis, s. 208.
[148] Sivakumaran, s. 515.

katılabilmesinin bir sonucu olarak, saldırıda doğrudan hedef alınabilecek[149]; öldürebilecek ve öldürülebilecektir[150]. Kişinin çatışma dışı kalmadıkça ya da görevinden ayrılarak sivil hale gelmedikçe, doğrudan hedef alınabilirliğine ilişkin bir zaman ve yer sınırlaması söz konusu değildir. Çatışma mahalinin dışında; gece evinde uyurken; görev iznindeyken ancak evinde üniformalı bir haldeyken karşı tarafın askeri tarafından görülmesi halinde hedef alınması mümkündür[151]. Ancak aşağıda inceleneceği üzere doktrinde bundan farklı bir görüş de savunulmakta, bu kişilerin içinde bulunulan şartların değerlendirilmesinden bağımsız olarak her zaman hedef alınamayacağı dile getirilmektedir[152]. Kişinin çatışan olmasına rağmen, hedef alınabilirliğinin içinde bulunulan durumun arz ettiği gereklilik üzerinden belirlenmesi gerektiğini savunan yazarlar görüşlerini UİH'nin öngördüğü askeri gereklilik ilkesine dayandırmaktadırlar.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın devlet tarafında yer alan kişilerin devletin silahlı kuvvetlerine mensubiyetini tespit etmek, kişi ile devlet arasındaki ilişkinin genel olarak resmi şekilde ve iç hukuk düzenlemelerine tabi tutularak kurulması sebebiyle zorluk yaratmamaktadır. Buna ek olarak silahlı kuvvet mensuplarınca kullanılan işaret, üniforma ve ekipmanlar da söz konusu tespiti kolaylaştırmaktadır[153]. Çatışmada devletin düzensiz ordularının/birliklerinin (gönüllü kuvvetler, paramiliter gruplar, milis kuvvetleri vb.)[154] yer alması halinde ise devlet ile kişi arasındaki ilişki her zaman iç hukuk düzenlemelerine tabi olmadığı için söz konusu tespit güçleşebilmektedir. Bu noktada, aşağıda organize silahlı örgütler için yapılan incelemede görüleceği gibi, 'daimi çatışma fonksiyonu' bir kriter olarak değerlendirilebilecek; bu fonksiyona göre düzensiz

[149] Sivakumaran, s. 365.
[150] Solis, s. 202.
[151] Solis, s. 202.
[152] Nils Melzer, Targeted Killing in International Law, Oxford University Press, 2008, s. 288 (Melzer); Jean S. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, Nijhoff Law Specials No. 2 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 75 f, (Nakleden: Melzer, s. 289).
[153] ICRC, DPH, s. 31.
[154] ICRC, DPH, s. 31.

ordu mensubu olduğu kabulüyle kişi; çatışmanın bir tarafında yer alan ve UİH'nin olağan korumasından yararlanmayan kişi olarak konumlandırılabilecektir[155].

Devletin silahlı kuvvetleri, yukarıda da değinildiği gibi devletin düzenli ordusu dışında mevcut olan kuvvetlerini de kapsamaktadır. Ancak bu noktada polisin konumu ve çatışmada doğrudan hedef alınabilirliği tartışmalıdır. Normal şartlarda polisin sivil olarak niteleneceği görüşü mevcut olmakla birlikte[156] uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda yer alması, devletin ordusuna ya da savunma bakanlığına bağlı olarak faaliyet göstermesi halinde sivillerin sahip olduğu olağan korumadan faydalanamayacakları görüşü de mevcuttur[157]. Konuya ilişkin genel geçer bir kabul mevcut olmasa da bazı devletlerin anayasalarında polisin askeri kuvvetlerle birlikte devletin güvenlik güçlerini meydana getirdiği düzenlemesine yer verilmiş[158]; organize silahlı örgütlerden bazıları[159] beyanlarında, polisi de doğrudan hedef aldıkları kişiler arasında saymıştır.

1.2.2 Organize Silahlı Örgütler

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın devlet olmayan tarafını teşkil eden organize silahlı örgütlere ortak 3. maddede ayrı bir kavram olarak değinilmemiş; kavram maddede geçen 'çatışmanın tarafları' kapsamına alınmıştır[160]. Ek II No'lu Protokol'ün 1. maddesinde ise muhalif silahlı kuvvetler ve organize silahlı örgütler olarak iki ayrı terim kullanılmış olmakla birlikte, ikisinin de bu başlık altında incelenen organize silahlı örgütler kapsamında yer aldığını belirtmek gerekmektedir[161].

---

[155] ICRC, DPH, s. 31.
[156] Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (the RUF accused) (Trial judgment), Case No. SCSL-04-15-T, Special Court for Sierra Leone, 2 March 2009, para. 87.
[157] Sivakumaran, s. 368.
[158] Kolombiya Anayasası (1991) m. 216.
[159] D. Garcia-Pena Jaramillo, Humanitarian Protection in Non-International Conflicts: A Case Study of Columbia (2000) 30 IYHR 179, 194 (Nakleden: Sivakumaran, s. 368, dipnot 282).
[160] Cenevre Konvansiyonları, ortak m. 3.
[161] ICRC, DPH, s. 31.

Doktrinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın tarafı olan organize silahlı örgüt üyelerinin sivil olmadığı kabulü; devletin silahlı kuvvet mensupları için olduğu kadar net bir şekilde yerleşmemiştir[162]. Zira organize örgüte mensubiyetin kişiye, devletin silahlı kuvvet mensuplarına tanınan resmi çatışan statüsünü kazandırması söz konusu değildir. Çatışan statüsü sadece uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin UİH düzenlemelerinde kendine yer bulmuştur[163]. Dolayısıyla organize silahlı örgüt mensupları çatışan statüsüne sahip kişilere sağlanan, silahlı çatışmaya katılmaları sebebiyle devletin iç hukuku uyarınca yargılamaya tabi tutulmama ve ele geçirildiklerinde savaş esiri muamelesine tabi tutulma hakkından faydalanamazlar.

Çeşitli girişimlere rağmen[164] devletlerin çoğunluğu, uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda yer alan kişiler için çatışan statüsünün öngörülmesini kabul etmemiş; bu kişileri asi, isyancı, terörist olarak nitelemeyi seçmiş ve çatışmada yer almaları halinin, çatışmalardaki eylemlerinin UİH'ye aykırılığını aramaksızın iç hukuk yargılamasına tabi olmasını tercih etmişlerdir[165]. Devletlerin, organize silahlı örgüt mensuplarına ayrı bir statü vermek istememesi sebebiyle uzun süre boyunca bu kişiler, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar bağlamında yapılan sivil tanımı üzerinden değerlendirilmiştir[166]. Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar açısından yapılan tanıma göre siviller, devletin silahlı kuvvetlerine mensup olmayan kişilerdir[167]. Bu sınıflandırmaya göre organize silahlı örgüt üyeleri de, devletin silahlı kuvvetlerine dahil olmamaları sebebiyle sivil sayılmışlardır[168]. Bu kişiler sivillere yönelik olarak yapılan, çatışmaya doğrudan katılanlar ve çatışmada yer almayanlar ayrımında birinci grup kapsamında değerlendirilmiş ve UİH'nin olağan korumasından ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkından

[162] ICRC, DPH, s. 27.
[163] Emily Crawford, The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict, Oxford University Press, 2010, s. 48.
[164] 1949 tarihli Diplomatik Konferans'ta uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara katılım için kovuşturma yapılması yasağına ilişkin kural önerisi kabul görmemiştir. (Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949).
[165] Sivakumaran, s. 204.
[166] Sivakumaran, s. 359.
[167] Ek I No'lu Protokol, m. 50/f.1; Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 5.
[168] Sivakumaran, s. 359.

faydalanmadıkları yorumu yapılmıştır[169]. İlerleyen zamanlarda konuya farklı yaklaşımlar getirilmiş; UKK tarafından çatışmalara doğrudan katılıma ilişkin olarak yapılmış çalışmada[170], organize silahlı örgüt mensuplarının sivil sayılmayacağı; sadece devletin silahlı kuvvetlerine ve organize silahlı örgütlere mensup olmayan kişilerin sivil olarak niteleneceği belirtilmiştir[171]. Ancak uluslararası insancıl hukuk metinlerinde söz konusu kişilerin sivil statüsüne sahip olmadığına ilişkin olarak açık bir düzenlemenin bulunmaması ve devletin silahlı kuvvetlerine mensup olmayan herkesin sivil olarak nitelendirilmiş olması sebebiyle, bu kişilerin sivil statüsünü kaybetmediği kanaatindeyiz.

Devletlerce kendilerine uluslararası hukuk bağlamında bir statü verilmesi tercih edilmeyen organize silahlı örgüt üyeleri, silahlı çatışmalar bağlamında artan rolleri ve kendilerine ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması ihtiyacıyla doktrinde, savaşan (*fighter*)[172], hukuka aykırı çatışan (*unlawful combatant*), imtiyazsız çatışan (*unprivileged combatant*)[173], asi savaşan (*insurgent fighter*)[174] gibi farklı şekillerde adlandırılmaya başlanmıştır. Ancak söz konusu nitelemelerin resmi olmadığını ve UİH belgelerinde kullanılmadığını belirtmek gerekir. İsrail Yüksek Mahkemesi de *Targeted Killings* davasında bu kişilere ilişkin olarak '*unlawful combatants*' adı altında üçüncü bir kategorinin tanınmasını talebini reddetmiş, önündeki sorunun olması gereken hukuka göre değil, mevcut olana ilişkin olduğunu ve mevcut hukuka göre de söz konusu üçüncü kategorinin varlığından bahsetmenin mümkün olmadığını belirtmiştir[175].

---

[169] Sivakumaran, s. 359.
[170] ICRC, DPH, 2009.
[171] DPH, s. 27.
[172] International Institute of Humanitarian Law, "The Manual on the Law of Non International Armed Conflict", s. 4. Bu kılavuzda kullanılan 'fighter' terimi devletin silahlı kuvvetleri de dahil olmak üzere çatışmaya katılan herkesi kapsayacak şekilde kullanılmış; bu kapsamda değerlendirilmeyen kişiler sivil olarak nitelendirilmiştir. Çatışmaya doğrudan katılan sivillerin ise, yine aynı kılavuz kapsamında, 'fighter' olarak niteleneceği belirtilmiştir. (IIHL, The Manual, s. 5).
[173] Ali İbrahim Akkutay, "Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması", Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (1) 2016: 1-61, s. 20.
[174] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 101.
[175] Supreme Court of Israel, Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel, Case No. HCJ 769/02, 13 December 2006, para. 28. (Targeted Killings)

UKK'nin organize silahlı örgüt mensuplarının sivil sayılmayacağına ilişkin yaklaşımını eleştiren bir yazara göre, bu durum uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar ile uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından farklı bir uygulamaya sebep olmaktadır[176]. Buna göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya doğrudan katılan kişinin organize örgüte mensubiyeti ona sivil statüsünü kaybettirirken, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda çatışmanın devlet dışında bir tarafı olmaması sebebiyle, organize bir silahlı örgütün mensubu olarak devlete çatışmada destek veren kişi her şekilde sivil statüsünü korumuş olmaktadır. Uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmada, organize bir silahlı örgütün çatışmanın taraflardan birine destek vermesi halinde; söz konusu silahlı örgüt ile karşı taraf arasında uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığından bahsetmek mümkün hale geldiği için, bu görüşün savunulabilir olmadığı kanaatindeyiz.

Organize silahlı örgüt mensuplarının sivil olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi, statüye ilişkin bir sınıflandırmadır ve söz konusu değerlendirmenin ne şekilde yapılması gerektiği yukarıda da belirtildiği gibi devam eden bir tartışmanın konusudur. Çatışmaya doğrudan katılım halinde olağan UİH korumasından faydalanmama ve doğrudan hedef alınabilir olma hali; kişinin statüsünden bağımsız; eylemlerine ilişkin olarak doğan bir sonuçtur. Kişinin statüsü, yani sivil olması ya da olmaması bu korumanın ortadan kalkacağı süre açısından fark yaratabilecektir. Zira Ek II No'lu Protokol'ün lafzına göre sivillerin sahip olduğu koruma çatışmaya doğrudan katılımları süresince ortadan kalkarken[177]; organize silahlı örgüt mensupları açısından uygulamanın ne olacağı tartışmalıdır.

[176] Françoise J. Hampson, Direct Participation in Hostilities and the Interoperability of the Law of Armed Conflict and Human Rights Law, International Law Studies - Volume 87, International Law and the Changing Character of War, Raul A. "Pete" Pedrozo and Daria P. Wollschlaeger (Editors), s 199.

[177] Ek II No'lu Protokol, m. 13/f. 3'e göre siviller, silahlı çatışmaya doğrudan katılmaları anından itibaren ve katılımları süresince saldırının doğrudan hedefi olmama haklarını kaybetmektedirler.

Organize silahlı örgüt üyelerine, çatışmaya doğrudan katılan sivil statüsünün verilmesi ve çatışmaya katılmadıkları anlarda korumalarını bir sivil gibi geri kazanmaları ve hedef alınamaz konuma gelmeleri halinde; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın diğer tarafı olan devlet aleyhine bir eşitsizlik yaratılmış olacağını savunan bir görüş mevcuttur. Buna göre devletin silahlı kuvvetlerine mensup kişiler her zaman hedef alınabilirken; silahlı örgüt üyeleri çatışmaya aktif olarak katılmadıkları anlarda UİH korumasından faydalanabilecek ve devlet aleyhine bir eşitsizlik söz konusu olacaktır[178]. Organize silahlı örgüt mensuplarının devletin silahlı kuvvetlerine saldırıda bulunma yetkisi mevcut olmadığı ve saldırı eylemi devletlerin iç hukukuna göre suç teşkil ettiği için, savaşanların her zaman hedef alınabilir olması gerekliliğinin devletin silahlı kuvvetleri ve savaşanlar arasında meydana gelecek olan eşitsiz hale dayandırılması kanımızca savunulabilir bir görüş teşkil etmemektedir. Bu görüşü savunanlara göre söz konusu eşitsizliğin doğmaması için; organize silahlı örgüt mensuplarının sivil sayılmaması ve buna ek olarak örgüte mensubiyetleri sebebiyle silahlı çatışmada her zaman hedef alınabilir olmaları gerekmektedir[179]. Kişinin organize örgüt üyesi kabul edilmesi kriterlerine ilişkin farklı görüşler mevcuttur.

UKK'nin silahlı çatışmalara doğrudan katılıma ilişkin çalışmasında, kişinin sivil sayılmaması ve olağan korumadan faydalanmaması sonucunu doğuracak olan örgüt mensubiyetinin, örgüt ile kurulan her ilişkilenme biçiminde mevcut olmayacağı; mensubiyet tespitinin kişinin sahip olduğu daimi çatışma fonksiyonuna (*continuous combat function*)[180] dayandırılması gerektiği savunulmuştur. Terim ile kast edilen, kişinin bireysel boyutta ve devamlılık arz eden bir şekilde, örgüt tarafından kolektif olarak güdülen amaca, yani çatışmanın kazanılmasına yönelik hareket etmesidir. Çatışmanın tarafı olan devlet dışı aktör adına çatışmaya dahil olması ve bu aktörün çatışmanın kazanan tarafı olması amacına uygun eylemler gerçekleştirmesi, kişinin silahlı örgütün mensubu

[178] ICRC, DPH, s. 72.
[179] Sivakumaran, s. 372.
[180] ICRC, DPH, s. 33.

sayılması için şarttır. Çatışmaya henüz fiili olarak katılmamış olsa dahi, bu amaçla yetiştirilmiş; teçhizatlandırılmış ve çatışmaya katılıma hazır hale getirilmiş kişi de bu kapsamda değerlendirilecektir[181]. Organize silahlı örgüte, devamlılık arz eden bir şekilde bağlılık sunma ve çatışmada onun adına yer alma hali, UİH'nin olağan korumasının söz konusu faaliyeti gerçekleştiren kişiye ilişkin olarak ortadan kalkması ve kişinin doğrudan hedef alınabilir konuma gelmesi için gerekli ve yeterlidir. Daimi çatışma fonksiyonunun tespiti ile amaçlanan, bu fonksiyona sahip kişilerin silahlı çatışmaya zaman zaman, spontane ve düzensiz bir şekilde katılan veya örgüte doğrudan katılım niteliği taşımayan şekillerde destek olan sivillerden ayırt edilmeleridir[182]. Örneğin, örgüt için silah üretmek, tedarik etmek ya da örgüte istihbarat sağlamak gibi eylemleri zaman zaman gerçekleştiren kişiler için daimi bir çatışma fonksiyonunun ve dolayısıyla örgüt mensubiyetinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacak[183]; bu sebeple sahip oldukları olağan UİH korumasını kaybettikleri süre mensubiyet üzerinden kurulmayacak ve çatışmaya doğrudan katılımı bilfiil gerçekleştirdikleri an ile sınırlı olacaktır.

UKK'nin bu yaklaşımına göre, organize silahlı örgüte mensubiyet, örgüt bağlamında varlık gösteren herkes için söz konusu olmayacak; kişinin faaliyetleri ve örgüte ilişkin olarak sahip olduğu görev ve misyonun içeriği daimi çatışma fonksiyonunun tespiti açısından değerlendirilecektir. Zira silahlı örgüt ile kişi arasında bulunan ve bu fonksiyonu barındırmayan farklı bir tür ilişkilenme biçimi, UKK tarafından UİH bağlamındaki organize örgüt üyeliğine eş tutulmamaktadır[184]. Buna göre, ayrım gözetme prensibi uyarınca sivillerden ayırt edilmesi gereken kişiler, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın tarafı olan örgüte askeri açıdan katkı sunan kişilerdir. Çatışmaya taraf olan devlet dışı aktörün askeri olmayan alt kollarında faaliyet gösteren (ayrılıkçı bir hareketin siyasi arenada varlık gösteren üyeleri gibi) ya da oluşuma askeri açıdan katılım göstermeyen destekçileri, UKK'nin yorumuna göre organize örgüt mensubu

[181] ICRC, DPH, s. 34.
[182] ICRC, DPH, s. 34.
[183] ICRC, DPH, s. 35.
[184] ICRC, DPH, s. 33.

sayılmamakta; UİH'nin sağladığı olağan korumayı ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkını kaybetmemektedir[185].

UKK tarafından silahlı örgüte mensubiyet için aranan daimi çatışan fonksiyonunun örgüte mensubiyet kapsamını olması gerekenden fazla daralttığını ileri süren bir görüşe göre[186] Komite'nin değerlendirmesi, organize silahlı örgüte farklı temel fonksiyonlar üzerinden sürekli bir şekilde katkı sunan kişilerin örgüt mensubu olarak kabul edilmemesi ve her zaman saldırının hedefi olamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonucun söz konusu kişileri dokunulmaz kıldığı; ancak aynı çatışma dışı fonksiyonları sunan devletin silahlı örgüt mensuplarının her an hedef alınabilir olduğu belirtilmiştir[187]. Yukarıda değinildiği üzere, devletin silahlı kuvvet mensuplarının çatışan statüsüne sahip olmayan savaşanlar tarafından hedef alınması ulusal düzenlemeler uyarınca hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple, daimi çatışan fonksiyonunun ve buna bağlı olarak örgüt mensubiyetinin varlığından bahsedebilmek için yeterli olan eylem ve örgüte destek biçimlerinin kapsamının, UKK'nin savunduğundan daha geniş tutulması gerekliliğine ilişkin görüş savunulabilir olmakla birlikte; devletin silahlı kuvvetleri ve organize silahlı örgüt arasında meydana gelebilecek bir eşitsizliğin söz konusu görüşe dayanak olamayacağı kanısındayız.

UKK tarafından ortaya konulan kriterlerin örgüt mensubiyetini olması gerekenden daha dar bir hale getirdiği görüşündeki bir başka yazar[188] mensubiyetin varlığı için ikili bir gruplandırma yapılmasını önermiştir. Bunlardan ilki olan *de jure* mensubiyet[189], kişi ile örgüt arasında, devlet ve devletin silahlı kuvvet mensupları arasındaki gibi resmi/hukuki bir ilişkinin kurulabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Örgütün iç hukukuna dayanan bu ilişkinin kurulmuş olması

[185] ICRC, DPH s. 32.
[186] Kenneth Watkin, Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 641 (2010), s. 644. (Watkin, Opportunity Lost)
[187] Watkin, Opportunity Lost, s. 644.
[188] Sivakumaran, s. 360.
[189] Sivakumaran, s. 360.

halinde yazar, örgüt mensubiyetinin mevcut olduğu sonucuna varmaktadır. Bu fikrin kabul görmesi halinde UKK tarafından yapılan mensubiyet tanımının kapsamadığı; çatışan fonksiyonunun daimi olmadığı ya da kişi tarafından örgüte sağlanan faydanın çatışma fonksiyonuna ilişkin olmadığı hallerde (lojistik destek sağlayan ya da örgütün aşçılığını yapan örgüt üyeleri vb.) kişi, örgüt ile arasında mevcut olan resmi ilişki üzerinden örgütün üyesi olarak konumlandırılabilecektir[190].

Sivakumaran tarafından önerilen ikinci tür mensubiyet *de facto* mensubiyettir ve örgütün *de jure* mensubu olmayan kişinin çatışmaya süreklilik arz eden şekilde doğrudan katılımı üzerinden kurulmaktadır[191]. Kişinin, çatışmaya devamlılık arz eden bir şekilde kısa aralıklarla dahil olması; özellikle bu aralıkların bir sonraki katılımına hazırlık amacı taşıması halinde örgüte *de facto* mensubiyetinin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır[192]. Bu kişilerin çatışmaya aralıklarla da olsa süreklilik arz eden katılımları, çatışmaya spontane, zaman zaman ve düzensiz şekilde katılan sivillerden ayrılmaları amacını gütmektedir[193]. Sivillerin çatışmaya doğrudan katılımlarının süreklilik arz eden bir hal almasında ise yazar, onların da *de facto* üye haline gelecekleri görüşündedir[194].

Organize silahlı örgütler kapsamında yer alan diğer grup olan muhalif silahlı kuvvetlerin, devlet çatısı altında faaliyet gösterirken ayaklanmaları/isyan etmeleri sonucunda doğrudan sivil hale geldikleri kabul edilmemektedir[195]. Devlet ile olan resmi bağlarının tespiti, eskiden dahil oldukları yapının tamamen ortadan kalkmamış olması halinde mümkün olabilecektir. Muhalif silahlı kuvvetler dışındaki organize silahlı örgütlere mensubiyetin tespiti ise çoğunlukla örgüt ve

[190] Sivakumaran, s. 361.
[191] Sivakumaran, s. 360.
[192] Sivakumaran, s. 360.
[193] Sivakumaran, s. 361.
[194] Sivakumaran, s. 362.
[195] ICRC, DPH, s. 32.

kişi arasında resmi bir ilişkinin bulunmaması; örgüt üyeleri tarafından üniforma, ayırt edici işaret vb. kullanılmaması sebebiyle zorluk yaratmaktadır[196].

Bu belirsizliğe ilişkin olarak doktrinde bazı yazarlarca savunulan, silahlı örgüt üyelerinin çatışmada aktif olarak yer aldıkları anlarda daimi çatışan fonksiyonunun mevcut kabul edilmesi; pasif kaldıkları/eylemde bulunmadıkları anlarda örgüt üyelerinin sivil olarak nitelenebilecekleri görüşü tartışmalıdır. Bu görüş benimsendiğinde, çatışma fonksiyonunun daimi olması sebebiyle söz konusu fonksiyona sahip oldukları sürece hedef alınabilecek olan savaşanların, çatışmaya zaman zaman/spontane şekilde katılım gösteren ve sadece bu anlarda saldırının hedefi olabilen sivillerden ayırt edilmesi zorlaşmaktadır.

1.2.3 Siviller

Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar üzerinden yapılan tanıma göre, devletin silahlı kuvvetlerine mensup olmayan kişiler sivildir[197]. Ek II No'lu Protokol ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak sivil kavramını tanımlamamaktadır. Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar bağlamında, silahlı kuvvetlere mensup olmayan kişinin sivil sayılacağı kuralı yerleşik bir teamüli UİH kuralıyken[198], uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından durum bu kadar net bir şekilde ortaya konulamamış[199]; kendilerine uluslararası hukuk altında resmi bir çatışan statüsü tanınmamış olan organize silahlı örgüt üyelerinin silahlı kuvvetler üyesi mi sayılacağı yoksa sivil olarak mı kabul edileceği sorusu tartışma yaratmıştır. Uzun süre boyunca bu kişiler sivil olarak nitelenmiş; siviller arasında yapılan ayrım uyarınca da çatışmaya doğrudan katılan sivil grubunda değerlendirilmişlerdir[200]. Ancak zamanla konuya yaklaşım değişmiş; özellikle UKK'nin silahlı çatışmalara doğrudan katılıma ilişkin

[196] ICRC, DPH, s. 32.
[197] Ek I No'lu Protokol, m. 50.
[198] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 5.
[199] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 17.
[200] Sivakumaran, s. 359.

çalışması sonrasında, devletin silahlı kuvvetlerine ve organize silahlı örgütlere mensup olmayan kişilerin sivil olarak niteleneceği görüşü yaygınlaşmıştır[201].

Ek II No'lu Protokol'ün 13. maddesi uyarınca sivillerin silahlı çatışmanın meydana getirdiği tehlikelerden korunması gerekmektedir ve saldırının doğrudan hedefi olamayacakları öngörülmüştür[202]. Siviller saldırının doğrudan hedefi olamayacakları gibi, silahlı çatışmanın taraflarının ayrım gözetmeyen saldırılarda bulunması da yasaklanmıştır[203]. Söz konusu yasak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından yazılı olarak öngörülmemiş olsa da teamüli UİH kuralı olarak mevcuttur[204]. Ayrım gözetmeyen saldırı ile kast edilen, saldırının, hedef seçimine elverişli olmayan, askeri hedef niteliğindeki kişi ve nesneleri sivil kişi ve nesnelerden ayırt etme olanağı sunmayan, üzerinde etki doğuracağı alanın sınırlanmasına imkan vermeyen araç ve yöntemlerin kullanılmasıdır[205]. İçinde sivil halkla birlikte silahlı örgüt mensuplarının var olduğu bilinen bir köyün tamamının bombalanması ya da etki doğuracağı alan spesifik bir genişlik ile sınırlanamayan silahların kullanımı ayrım gözetmeyen saldırılara örnek olarak verilebilir. UİH'nin sivillerin korunması ve sivil-askeri hedef ayrımı yapılması gerekliliğine değinildikten sonra, sivillerin gerekli önlemlerin alınmasına rağmen silahlı çatışma sebebiyle zarar görebileceklerini; sivil yaşam kaybının ya da yaralanmalarının söz konusu önlemlere rağmen tamamen engellenemediği bu hallerde hukukun ihlal edildiği sonucuna her zaman varılmayacağını belirtmek gerekmektedir[206].

Sivillerin UİH altında sahip olduğu olağan koruma ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkı, silahlı çatışmalara doğrudan katılmamaları şartına bağlıdır. Söz konusu koruma, çatışmaya katılmaları anı itibariyle ve katılımları süresince ortadan kalkmaktadır. Hem uluslararası nitelikteki hem de uluslararası nitelik

[201] ICRC, DPH, s. 36.
[202] Ek II No'lu Protokol m. 13.
[203] Ek I No'lu Protokol, m. 51/f.4.
[204] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 11, s. 38-39.
[205] Sivakumaran, s. 347.
[206] Sivakumaran, s. 338.

taşımayan silahlı çatışmalara ilişkin bu kural, UİH metinlerinde öngörüldüğü gibi[207] teamüli nitelik de kazanmıştır[208]. Silahlı çatışmaya doğrudan katılımın devletin iç hukuku uyarınca bir suç olarak düzenlenmesi mümkündür; çatışmaya katılma, tek başına uluslararası hukukun ihlali niteliği taşımamaktadır[209].

Uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda, çatışmanın tarafı olan organize silahlı örgütlerin genel olarak sivillerle ilişki kurma kapasitesine sahip olması ve besin, barınak vb. ihtiyaçlarını karşılamak adına sivil halktan yardım alması; sivillerin silahlı çatışmaya katılımlarına ilişkin yorum yapmayı zorlaştırmakta ve faydalandıkları olağan korumanın ortadan kalkıp kalkmadığını tartışmalı hale getirebilmektedir[210]. Bu durum, hem hangi hareketlerin çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelendirilmesi gerektiğinin net olmaması hem de sivillerin organize silahlı örgüt mensuplarından net olarak ayırt edilmesinin her zaman mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.

Çatışmaya doğrudan katılımın kişinin sahip olduğu statüyü değiştirip değiştirmeyeceği yukarıda belirtildiği üzere tartışmalı olmakla birlikte[211]; *International Institute of Humanitarian Law* (IIHL) tarafından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak hazırlanan kılavuzda hem devletin silahlı kuvvetleri hem de organize silahlı örgüt mensupları savaşan (*fighter*) olarak nitelenmekte; bu niteleme sivilleri, yani saldırının doğrudan hedefi olamayacak kişileri hedef alınabilir olanlardan ayırmak için yapılmaktadır. Söz konusu terimin 'çatışan' terimi yerine kullanılmasının sebebi organize silahlı örgüt mensuplarının resmi çatışan statüsüne sahip olmadığını belirtmektir. Sivil tanımı, savaşan olarak adlandırılan bu kişiler üzerinden yapılmakta; savaşan olmayan herkes sivil kabul edilmektedir. Sivillerin çatışmada doğrudan yer

[207] Ek II No'lu Protokol m. 13/f.3; Ek I No'lu Protokol m. 51/f.3.
[208] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 6.
[209] Sivakumaran, s. 363.
[210] Sivakumaran, s. 359.
[211] ICRC, DPH, s. 28; The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HCJ 769/02, Judgment, para. 31.

almaları halinde, savaşan olarak değerlendirilecekleri belirtilmiştir[212]. Yani UİH'nin olağan korumasını kaybetmeleri ve hedef alınabilirlikleri hali, çatışmada doğrudan yer aldıkları anlar ile sınırlanmamakta; hedef alınmalarının her zaman mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu tercihin sebebi olarak; hedef alınmama hakkının sadece çatışmaya doğrudan katılma anında kaybedileceği kuralının uluslararası teamül hukuku bağlamında yerleşiklik kazanmamış olması; devletin silahlı kuvvet mensuplarının çatışmada aktif olarak yer alıp almadıkları değerlendirilmeksizin hedef alınmalarının her zaman mümkün olması ve bunun üzerinden devlet aleyhine eşitsizlik doğuracak bir durumun engellenmek istenmesi; son olarak, devletin silahlı kuvvetleri tarafından hedef alınması ihtimali olan kişinin çatışmaya o an içinde doğrudan katılıp katılmadığının tespitinin pratikte mümkün olmayışı ya da büyük bir zorluk teşkil edecek oluşu gösterilmiştir[213].

1.2.4 Çatışmaya Doğrudan Katılım Olarak Nitelenen Hal ve Hareketler

Terimin İngilizce karşılığında (*direct participation in hostilities*) kullanılmış olan '*hostilities*' kelimesini Türkçe'ye husumet, muhalefet olarak çevirmek mümkündür. Aynı anlamın Cenevre Konvansiyonları ve Ek Protokollerde '*warfare*' [214], '*military operations*'[215], '*operations*'[216] gibi farklı kelimelerle ifade edilmiş olduğu görülmektedir[217]. Bunlar ile kast edilen, çatışmanın karşı tarafına zarar vermeye, onu yenilgiye uğratmaya elverişli araç ve yöntemlerin kolektif olarak kullanılması, yani silahlı çatışma halidir. Cenevre Konvansiyonlarının Ek Protokollerine ilişkin olarak hazırlanmış olan şerhte, doğası ve amacı itibariyle silahlı kuvvetlerin ekipman ve personeline zarar vermeye yönelik tüm hareketlerin[218] bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiş; İsrail Yüksek

[212] IIHL, The Manual, s. 5, https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_26125.pdf. (Son erişim tarihi: 12.05.2019).
[213] IIHL, The Manual, s. 5.
[214] Ek I No'lu Protokol, m. 35.
[215] Ek I No'lu Protokol, m. 51/f.1; Ek II No'lu Protokol, m. 13/f.1.
[216] Ek I No'lu Protokol, m. 48.
[217] Crawford, Identifying The Enemy, s. 76.
[218] Commentary of 1987, para. 1942.

Mahkemesi sivil birey ve halka zarar vermeye yönelik olan aynı nitelikteki hareketlerin de bu kapsamda değerlendirileceğini belirtmiştir[219]. Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu ise çatışmaya doğrudan ve dolaylı katılım arasındaki farkı ortaya koyarken ilk gruptaki hareketlerin, doğası veya amacı itibariyle çatışmanın karşı tarafına ait personele ve mala zarar vermeye yönelik olarak gerçekleştirildiğini belirtmiştir[220].

Silahlı çatışmanın yaşandığı anda, çatışmanın yaşandığı yerde bulunan ya da yaşayan birçok kişinin dolaylı yoldan çatışmayı etkilemesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin silah üretim fabrikasında çalışan kişiler[221] ya da örgüt mensuplarına ev, yiyecek vb. ihtiyaçları için yardım eden siviller[222], dolaylı yoldan da olsa çatışmanın devamlılığına; taraflar arasındaki güç dengesine müdahale etmektedirler. Çatışmaya doğrudan katılım kapsamında değerlendirilen eylem ve haller ise daha sınırlı olarak ele alınmakta; silahlı çatışma sürecinde bireylerce gerçekleştirilen ve bir şekilde silahlı çatışmanın gidişatına etki edebilen her türlü hareket ve eylem çatışmaya doğrudan katılım anlamına gelmemektedir. Bu şekilde nitelendirilemeyen eylemler, UİH tarafından sağlanan korumanın ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır[223].

UKK, kişilerin eylemlerinin çatışmaya doğrudan katılım kapsamında yer alması için bu hareketlerin kümülatif şekilde taşıması gereken üç temel nitelik saymıştır. Bunlar, hareket ile zarar eşiğinin aşılması; hareket ile söz konusu zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağının bulunması ve son olarak hareketin çatışmaya ilişkin olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır[224]. Bu unsurlara, Harvard

[219] Targeted Killings, para. 33.
[220] Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.9, rev. 1, 1999, Bölüm: 4, para. 53. (Son Erişim Tarihi: 10.05.2019).
[221] IIHL Manual, s. 4-5.
[222] Sivakumaran, s. 358.
[223] ICRC, DPH, s. 41-42.
[224] ICRC, DPH, s. 46.

Üniversitesi'nin, çatışmalara doğrudan katılım konusunun incelendiği çalışmasına[225] ilişkin olarak hazırlanmış olan şerhte de[226] yer verilmiştir.

Zarar eşiği ile kast edilen, hareketin çatışmanın karşı tarafı açısından askeri dezavantaj yaratabilmeye; onun askeri operasyonlarını veya askeri kapasitesini olumsuz şekilde etkilemeye elverişli hareketler ya da silahlı çatışma bağlamında UİH uyarınca doğrudan hedef alınması yasaklanmış kişi ve nesnelere zarar vermeye elverişli hareketlerde bulunulmasıdır. Karşı tarafın askeri personeline ve araçlarına zarar vermeye, istihbaratını sabote etmeye yönelik hareketler ve istihbari bilgi toplamak[227] ilk gruba girerken; sivil kişi ve mallara zarar vermeye yönelik hareketler ikinci grupta değerlendirilmektedir[228]. Çatışmanın karşı tarafı için askeri bir dezavantaj yaratmaya, onun askeri operasyonunu veya askeri kapasitesini etkilemeye elverişli hareketin varlığı, söz konusu eşiğin aşıldığından bahsetmek için yeterli olacak; bunun yanında dezavantajın niceliksel açıdan belirli bir seviyeye ulaşmış olması aranmayacaktır[229]. Hareketin, söz konusu zararı doğurabilme potansiyeline sahip olması yeterlidir; zararın gerçekleşmiş olması şartı aranmamaktadır[230]. Buna ek olarak, hareketin sadece saldırı niteliğinde bir eylem olması gerekmediği belirtilmelidir. Örneğin kişinin, çatışmanın karşı tarafının askeri hedefe yönelik olarak düzenlediği bir saldırıyı engellemeye çalışması da çatışmaya doğrudan katılım olarak değerlendirilebilecektir[231].

---

[225] Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2009), https://www.researchgate.net/profile/Claude_Bruderlein/publication/264036862_Manual_on_International_Law_Applicable_to_Air_and_Missile_Warfare/links/59a911d50f7e9b27900e2f0e/Manual-on-International-Law-Applicable-to-Air-and-Missile-Warfare.pdf, (Son erişim tarihi: 13.05.2019).

[226] Commentary on the Humanitarian Policy and Conflict Research Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2010), s. 120.

[227] Targeted Killings, para. 33.

[228] ICRC, DPH, s. 48.

[229] Jan Römer, Killing in a Gray Area Between Humanitarian Law and Human Rights-How Can the National Police of Colombia Overcome the Uncertainty of Which Branch of International Law to Apply?, Springer, 2010, s. 55. (Römer)

[230] ICRC, DPH, s. 47.

[231] Commentary on the Humanitarian Policy and Conflict Research Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2010), s. 121.

Hareketin çatışmaya doğrudan katılım olarak değerlendirilmesinin diğer bir şartı, hareket ile verilme potansiyelinin mevcut olduğu zarar arasında doğrudan bir ilişki bulunmasıdır. Zira silahlı çatışma bağlamında ifa edilebilecek birçok hareket ile dolaylı yoldan silahlı çatışmanın ilerleme biçimine etkide bulunmak mümkünken, sahip olunan olağan UİH korumasının ortadan kalkmasına sebep olan hareketlere bir sınırlama getirilmektedir[232]. Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu da çatışmaya doğrudan katılım kapsamına giren hareket ile meydana gelen zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağının var olduğuna işaret etmiştir[233]. UKK'nin görüşüne göre silah üretimi ve sevkiyatı, yol yapımı, taraf lehine ya da karşı taraf aleyhine propaganda yapılması[234], çatışmada yer alması için insan yetiştirilmesi[235] dolaylı yoldan silahlı çatışmaya ilişkinken ve çatışmanın sürmesini sağlamak gibi belirli sonuçlar doğurma potansiyeline sahipken; bahsedilen şart bu eylemleri kapsam dışında bırakmaktadır. Önceden planlanmış spesifik bir saldırı/operasyon bağlamında bunu gerçekleştirmenin bir adımını teşkil eden silah ya da savaşçı tedariki ise çatışmaya doğrudan katılım anlamına gelebilecektir[236]. Harvard Üniversitesi tarafından yapılan çalışmada da, çatışmaya doğrudan katılımının mevcut olduğu hallere örnek olarak verilen askeri iletişim sistemlerinin kullanılması, askeri uçağın tamir edilmesi, kişi ve teknisyenlerin yetiştirilmesi gibi eylemlerin çatışmaya doğrudan katılım olarak değerlendirilmesi için herhangi bir anda değil; spesifik bir operasyona yönelik olarak gerçekleştirilmesi aranmıştır[237]. Dolayısıyla aynı hareket farklı bağlamlarda çatışmaya doğrudan ya da dolaylı katılım olarak değerlendirilebilecektir. İsrail Yüksek Mahkemesi, savaşanların çatışma bölgesine/bölgesinden naklini ve bu

[232] ICRC, DPH, s. 51.
[233] Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.9, rev. 1, 1999, Bölüm: 4, para. 53. (Son Erişim Tarihi: 10.05.2019).
[234] ICRC, DPH, s. 51.
[235] ICRC, DPH, s. 53.
[236] ICRC, DPH, s. 53.
[237] Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2009), Madde: 29,https://www.researchgate.net/profile/Claude_Bruderlein/publication/264036862_Manual_on_International_Law_Applicable_to_Air_and_Missile_Warfare/links/59a911d50f7e9b27900e2f0e/Manual-on-International-Law-Applicable-to-Air-and-Missile-Warfare.pdf, (Son erişim tarihi: 13.05.2019).

kişilere silah kullanımına ilişkin talimat verilmesini çatışmaya doğrudan katılım kapsamında değerlendirmiştir[238].

Jan Römer, sivillerin canlı kalkan olarak hareket etmeleri halini iki açıdan değerlendirmiştir. Yazar, saldırının karşı taraf üzerinde doğuracağı etkinin canlı kalkanın varlığı sebebiyle azalması halinde çatışmaya doğrudan katılımın var olacağını dile getirmiş; ancak söz konusu saldırının ilk duruma nazaran etki alanı daha geniş ve daha kuvvetli bir silah kullanımıyla gerçekleştirildiği durumda, karşı taraf üzerinde meydana gelecek olan tahribatın canlı kalkanın varlığından etkilenmeyecek olması sebebiyle çatışmaya doğrudan katılımdan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir[239]. Kanımızca, canlı kalkanın saldırının düzenlendiği taraf üzerinde meydana gelebilecek tahribatı etkilemeye elverişli olup olmaması, hareket ve zarar arasındaki doğrudanlığa değil; hareketin çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelenebilmesi için aşması gereken zarar eşiğine ilişkindir. Bu sebeple yazarın bahsetmiş olduğu ikinci durumda, askeri operasyonu etkileme kapasitesine sahip olmayan bir hareket söz konusu olacak; zarar eşiğinin aşılmamış olması sebebiyle çatışmaya doğrudan katılım söz konusu olmayacaktır.

Eylemin gerçekleştirildiği yerin coğrafi açıdan çatışmanın uzağında olmasının ya da hareketin anlık olmayan, ileriye dönük bir sonuç doğurmaya elverişli olmasının, hareket ve potansiyel zarar arasındaki doğrudanlığı kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Zaman ayarlı bir bombanın kurulması; ileri bir zamanda patlaması için mayın yerleştirilmesi ya da bombanın, silahlı çatışma alanının uzağında bulunan kişideki uzaktan kumanda ile kontrol edilmesi halinde hareket ile zarar arasında doğrudanlık bulunduğu savunulmaktadır[240]. Çatışma sırasında kullanılacak taktik ve yöntemlerin operasyonel planlamasına katılan kişinin, söz konusu operasyonu bilfiil gerçekleştirmediği ve coğrafi olarak operasyon alanına

[238] Targeted Killings, para. 35.
[239] Römer, s. 56.
[240] ICRC, DPH, s. 55.

uzak bir konumda yer aldığı durumda da çatışmaya doğrudan katılmış olacağı ifade edilmiştir[241].

Hareketin çatışmaya doğrudan katılım kapsamında değerlendirilmesi için aranan son şart, hareketin, potansiyelini taşıdığı zararı silahlı çatışmaya ilişkin olarak verme amacıyla (*belligerent nexus*) gerçekleştirilmiş olmasıdır. Buna göre, hareketin karşı tarafa dezavantaj, kendisi yanında çatışmaya katılınan tarafa avantaj sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir[242]. Çatışmanın var olduğu sürede gerçekleştirilen ve bu amacı gütmeyen hareketlerin yukarıda belirtilen zarar eşiğini aşmasına rağmen çatışmaya doğrudan katılım kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Örneğin çatışmanın bir tarafının askeri teçhizatının kişisel kullanım amacıyla çalınması[243] ya da taraflardan birinin askeri amaçla kullandığı yolun silahlı çatışmadan bağımsız şekilde göçmenlerce kapatılmış olması[244], çatışmanın taraflarına zarar verme kapasitesine sahip olmakla birlikte, bu şartın sağlanmadığı hallerdir. Bununla birlikte, hareketin çatışmanın taraflarından birine dezavantaj diğerine avantaj sağlamaya yönelik olması gerektiği yönündeki yaklaşım doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Schmitt, karşı taraf için dezavantaj anlamına gelen hareketin ayrıca diğer taraf için avantaj sağlamaya yönelik olması şartının günümüzde gerçekleşen çatışma örneklerinin tamamı için geçerli olmadığı kanaatindedir[245]. Yazar, iki tarafında organize silahlı örgütlerin yer aldığı bir silahlı çatışmada, iki tarafı da desteklemeyen sivilin çatışmaya doğrudan katılması örneğini vermiştir. Buna göre sivilin hareketi, taraflardan biri için dezavantaj anlamına gelirken diğeri için avantaj sağlamaya yönelik olarak nitelenemeyecektir. Kanaatimizce, örnekteki hareketin çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelendirilmesi için, hareketin öznesi tarafından çatışmanın taraflarından birine avantaj sağlanmasının amaçlanması

[241] Commentary on the Humanitarian Policy and Conflict Research Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2010), s. 121.
[242] ICRC, DPH, s. 58.
[243] Report DPH 2004, p. 25.
[244] ICRC, DPH, s. 61.
[245] Michael N. Schmitt, Deconstructing Direct Participation in Hostilties: The Constitutive Elements, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, p. 697, 2010, s. 736.

gerekmemektedir. Zira niteliği değerlendirilen, hareketin silahlı çatışma bağlamında sahip olduğu etki doğurma potansiyelidir. Failin hareketi gerçekleştirirken sahip olduğu niyet değerlendirme konusu edilmemektedir. Bahsedilen örnekteki sivil tarafından, çatışmanın taraflarından herhangi biri için avantaj sağlanması amaçlanmasa da, taraflardan biri için dezavantaj teşkil eden hareket diğer taraf için avantaj anlamına gelecektir ve çatışmaya/çatışmanın taraflarına ilişkin bir etkinin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır.

UKK'nin çalışmasında da, amaçtan kast edilenin, hareketi gerçekleştirenin kişisel niyeti değil; hareketin tasarlanma ve gerçekleştirilme biçiminden anlaşılan objektif amaç olduğu belirtilmiştir[246]. Buna göre, kişinin niyetinden bağımsız şekilde yapılan değerlendirme sonucunda, çatışmaya doğrudan katılmaya zorlanan kişiler ve askere alım yaşının altında bulunan çocuklar da sahip oldukları UİH korumasını yitirebilecek ve saldırının doğrudan hedefi olabileceklerdir[247]. UKK tarafından yapılan çalışmada, söz konusu şartı sağlamadığı kabul edilen dört durum sayılmıştır. Bunlar, kişinin meşru müdafaa ya da başkasını UİH'ye aykırı bir saldırıdan koruma kapsamında gerçekleştirdiği hareketler; hali hazırda ele geçirilmiş bir kişiye karşı yapılan hareketler; siviller arasında meydana gelen karışıklıklar kapsamında gerçekleştirilen hareketler ve siviller arası şiddet eylemleridir[248]. Zira bahsedilen hareketler silahlı çatışma kapsamının dışında kalmaktadır. Sayılan hareketler devletin iç hukuku ya da UİH uyarınca yasaklanıyor olsa da, kişinin sahip olduğu UİH korumasının ortadan kalkmasına ve hedef alınabilir konuma gelmesine sebep olmamaktadır. Zira doğrudan hedef alınma, kişinin hukuka aykırı eylemleri sebebiyle öngörülen bir ceza değil; silahlı çatışmada gözetilen gereklilik prensibinin bir sonucudur[249].

Çatışmaya doğrudan katılıma ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta, hareketin başlama ve bitiş zamanıdır. Zira yukarıda sayılan şartları

[246] ICRC, DPH, s. 58.
[247] ICRC, DPH, s. 60.
[248] ICRC, DPH, s. 64.
[249] ICRC, DPH, s. 62.

sağlayan hareketin ifa anının, çatışmaya doğrudan katılım olarak değerlendirileceği ve hareketi gerçekleştirenin saldırının hedefi olabileceği tartışmasız olarak kabul edilse de; bazı hallerde söz konusu hareketin öncesi ve sonrası da harekete dahil olarak değerlendirilmekte ve kişinin hedef alınabilirlik süresi değişmektedir. UKK bu hallerin, çatışmaya doğrudan katılım teşkil eden hareketin hazırlık hareketleri ve çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelenen hareketin coğrafi bir alan/yer değişikliği gerektirmesi halinde bu yere gidiş ve buradan dönüş anlarını kapsadığı görüşündedir[250].

Bahsedilen hazırlık hareketlerinin niteliğini belirlemek konusunda UKK, Ek I No'lu Protokol'ün 44. maddesinde kullanılmış olan "saldırı hazırlığı mahiyetindeki askeri operasyon" kavramından[251] faydalanmış ve buna göre söz konusu hazırlık hareketinin hem askeri bir yapıya sahip olması hem de esas hareketin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmesi gerektiğini belirtmiştir.[252]. Çatışmanın gidişatına spesifik bir zaman ve şekilde değil, genel anlamda etki edebilecek her hareket bu kapsamda değerlendirilmemekte[253]; ilintili olduğu belirli bir operasyon ya da hareketin varlığı aranmaktadır. Örneğin üretilmiş olan bombanın belirli olmayan bir zamanda kullanılmak üzere depolanacağı yere taşınması hazırlık hareketi olarak değerlendirilmezken; bu bombaların planlanmış bir saldırıda kullanılacak olan uçağa yüklenmesi hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek[254]; dolayısıyla bombaları uçağa yükleyen kişi bu eylemi sırasında hedef alınabilecektir. Buna göre, hazırlık hareketi olarak nitelenmesi ihtimali olan hareketlerin, askeri bir yapıya sahip olmak dışında sabit bir içeriği bulunmamakta; aynı eylemin bir olaydan diğerine farklı şekilde nitelenmesi mümkün olmaktadır.

Çatışmaya doğrudan katılıma dahil edilebileceği belirtilen ikinci hareket grubu, söz konusu hareketin gerçekleştirilmesi için hareketin öznesinin coğrafi olarak yer

[250] ICRC, DPH, s. 65.
[251] Ek I No'lu Protokol, m. 44/f. 3.
[252] ICRC, DPH, s. 65-66.
[253] ICRC, DPH, s. 66.
[254] ICRC, DPH, s. 66.

değiştirmesine ihtiyaç duyduğu hallerdir[255]. Buna göre, yer değiştirme halinin esas hareketin ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiği haller, kişinin hedef alınabileceği süre kapsamında değerlendirilecektir. Hareketi gerçekleştirmek üzere yolda olma anını bu şekilde nitelendirmek, esas hareketin tamamlandığı an sonrasındaki dönüş anı için olduğundan daha kolay bir şekilde yapılabilmektedir. Buna yönelik olarak UKK, kişinin hedef alınabileceği anı, söz konusu dönüşün askeri operasyondan ve ona ilişkin her türlü teçhizat/araçtan uzaklaştığı an olarak yorumlamıştır[256]. Hem gidiş hem dönüş anlarının çatışmaya doğrudan katılım olarak değerlendirilebilmeleri için taşımaları gereken ortak özellik, esas hareketin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmeleridir[257].

1.2.5 Çatışmaya Doğrudan Katılımı Sebebiyle Kişinin Doğrudan Hedef Alınabileceği Süre

Uluslararası nitelikteki çatışmaya katılarak UİH'nin sunduğu korumayı kaybeden kişiler bu hak kaybını farklı şekil ve sürelerde yaşamaktadırlar. Zira siviller, çatışmaya doğrudan katılım gösterdikleri süre boyunca bu haktan mahrum kalarak hedef alınabilir durumdayken; organize silahlı örgüt üyesi olarak hareket eden kişiler için durum farklı şekilde değerlendirilmektedir.

1.2.5.1 Organize Silahlı Örgüt Mensupları

Organize silahlı örgüt mensuplarının, sahip oldukları daimi çatışma fonksiyonu sebebiyle sivil statülerini kaybettikleri[258], bu sebeple sivillerden farklı olarak sadece çatışmaya doğrudan katıldıkları anlarda değil; söz konusu fonksiyona sahip oldukları süre boyunca UİH korumasından faydalanmayacakları ve saldırının hedefi olabilecekleri savunulmaktadır[259].

[255] ICRC, DPH, s. 67.
[256] ICRC, DPH, s. 68.
[257] ICRC, DPH, s. 68.
[258] ICRC, DPH, s. 71.
[259] ICRC, DPH, s. 71; Y. Commentary of 1987, para. 4789.

Organize silahlı örgüt mensuplarının sivil statüsüne sahip olup olmadıkları yukarıda belirtildiği gibi doktrinde tartışmalı olmakla birlikte[260] bu ayrım UİH düzenlemelerinde açıkça öngörülmemiştir. UKK bu sonuca, söz konusu düzenlemelerde sivil, devletin silahlı kuvvetleri ve organize silahlı örgüt kavramlarının birbirini dışlayıcı; biri altında yer alan kişinin diğer bir kavram dahilinde olmadığı anlaşılacak şekilde kullanılmış olmalarından ulaşmaktadır[261]. Bu yaklaşıma göre, daimi çatışma fonksiyonuna sahip olan organize silahlı örgüt mensupları sivillerden farklı olarak, çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelenen hareketleri ifa etme anlarıyla sınırlı olarak değil, daimi çatışan fonksiyonlarının sona ereceği ana kadar UİH korumasından faydalanmayacak ve dolayısıyla saldırının hedefi olabileceklerdir[262]. UKK bu görüşüne temel olarak, UİH'nin temel amaçlarından birinin sivillerin korunması olduğunu; daimi çatışan fonksiyonuna sahip olan örgüt üyelerinden farklı olarak sivillerin davranış biçim ve motivasyonlarının devamlı bir değişiklik içinde bulunduğunu dile getirmiştir[263].

UKK'nin, daimi çatışan fonksiyonuna sahip olması sebebiyle örgüt mensubunun her zaman hedef alınabilir olduğu görüşüne karşı olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise; söz konusu 'daimi' çatışan fonksiyonu örgüt mensuplarının hepsi için her zaman geçerli olmayacak; dolayısıyla çatışmaya doğrudan katılıma ilişkin yaklaşım ve hareket biçimleri için UKK'nin sivillere ilişkin olarak varlığını kabul ettiği değişkenlikten bu kişiler için de bahsetmek mümkün olabilecektir[264].

UKK'nin görüşüne göre, kişinin tekrar sivil statüsüne kavuşacağı an, daimi çatışma fonksiyonunun sonlandığı andır. Komite, bu durumun açıkça beyan edilmesi gerekliliğini aramamış; kişinin silahlı çatışma ortamından makul bir süre boyunca uzaklaşması; sivil hayata döndüğünü belli eden günlük bir yaşam

[260] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 5, s. 19; ICRC, DPH, s. 36.
[261] ICRC, DPH, s. 27.
[262] ICRC, DPH, s. 70.
[263] ICRC, DPH, s. 70-71.
[264] Bill Boothby, And for Such Time as: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 741 (2010), s. 754. (Boothby)

rutinine sahip olması; mensubu olduğu organize örgütün askeri olmayan kanadında yer alarak örgüte politik, ekonomik vb. bir şekilde destek veren bir rolü sahiplenmesi gibi durumları daimi çatışma fonksiyonunun sona erdiğine delalet eden durumlar olarak nitelemiştir[265].

Kişinin organize örgüt mensubu olup olmadığı konusunda şüphenin bulunması halinde üye olmadığı varsayımında bulunulması gerektirmektedir. Bu durum uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar ve devletin silahlı kuvvetlerine mensubiyete ilişkin olarak Ek I No'lu Protokol'de açıkça düzenlenmiş[266]; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar içinse Ek II No'lu Protokol'e ilişkin şerhte 13. maddeye ilişkin yorumda aynı görüş dile getirilmiştir[267].

1.2.5.2 Siviller

İsrail Yüksek Mahkemesi *Targeted Killings* davasında, çatışmaya doğrudan katılan sivillerin kaybettiği olağan korumanın ve saldırının doğrudan hedefi olmama hakkının, çatışmaya doğrudan katılımın sona ermesi halinde tekrar uygulanmaya başlayacağı görüşündedir[268]. Mahkeme buna ek olarak, çatışmaya zaman zaman/düzenli olmayan şekilde katılım gösteren siviller ile terörist bir gruba üye olarak çatışmada varlık gösteren kişilerin söz konusu koruma bağlamında farklı muameleye tabi tutulmaları gerektiğini belirtmiştir[269]. Zira ikinci grupta faaliyet gösterenlerin çatışmaya doğrudan katılımları Mahkeme'nin görüşüne göre genel olarak zincirleme bir hareket teşkil etmekte, devamlılık arz etmekte, aralıklı şekilde birden fazla katılımda bulunma halinde bu aralıklar katılımın sonlanması değil; bir sonraki katılıma hazırlık anlamına gelmektedir. Mahkeme, düzensiz şekilde çatışmaya doğrudan katılan siviller ve katılımları ardışıklık arz eden terör örgütü üyelerinin hareketleri arasında ayrım yaparken; ikinci gruba dahil kişilerin söz konusu örgütlere mensubiyetlerinin tespiti için göz

[265] ICRC, DPH, s. 72.
[266] Ek I No'lu Protokol, m. 50/f.1.
[267] Commentary of 1987, para. 4789.
[268] Targeted Killings, para. 39.
[269] Targeted Killings, para. 39-40.

önünde bulundurulabilecek kriterlere değinmemiş[270]; sivillerin ise saldırının doğrudan hedefi olup olamayacağı değerlendirmesinin her olayda olayın şartlarına göre yapılması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir[271].

UKK da İsrail Yüksek Mahkemesi ile aynı yaklaşımı benimsemiş; sivillerin hedef alınabilir olduğu sürenin, çatışmaya doğrudan katılım anlamına gelen hal ve hareketlerin meydana geldiği aralık ile sınırlı olacağını belirtmiştir[272]. Buna göre çatışmaya doğrudan söz konusu hareketlerin sergilenmesi anında kişi UİH korumasını kaybedecek; hareketlerin sonlandığı anda ise söz konusu korumadan tekrar faydalanmaya başlayacaktır.

Sivillerin çatışmaya doğrudan katılım olarak nitelenen hareketlerde bulunurken UİH korumasını kaybetmeleri; hareketin sonlandığı anda söz konusu korumayı tekrar kazanarak hedef alınamaz hale gelmeleri ve birden çok eylemin söz konusu olması halinde eylemde bulunulmayan aralıklarda da bu korumanın mevcut olması gerekliliğine karşı çıkan bir görüş de mevcuttur[273]. Buna göre, daimi çatışma fonksiyonuna sahip olduğu kabul edilen örgüt üyelerinin her zaman hedef alınabilirliği savunulurken, çatışmaya süreğen bir şekilde katılan ancak katılımları arasında zamansal aralıklar olan sivillerin de sürekli olarak hedef alınabilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, çatışmaya devamlı bir şekilde doğrudan katılan sivillerin, bu eylemleri arasındaki boşlukta sonraki eylemlerine hazırlık yaptığı kabul edilmelidir[274].

UKK, sivil kişinin eyleminin çatışmaya doğrudan katılım teşkil edip etmediği konusunda şüphenin mevcut olması halinde eylemin bu kapsamda yer almadığı varsayımında bulunulması gerektiği görüşündedir[275]. Sivillerin silahlı çatışmaya birden çok defa katılmış olmalarının dahi tekrar katılacaklarına dair bir kabulün

[270] Crawford, Identifying The Enemy, s. 63.
[271] Targeted Killings, para. 34-39.
[272] ICRC, DPH, s. 70.
[273] Boothby, s. 754.
[274] Boothby, s. 757.
[275] ICRC, DPH, s. 74.

yerleşmesi için yeterli olmadığı; bu sebeple hedef alınabilirliklerinin çatışmaya katılım anlarıyla sınırlı olacağı doktrinde başka yazarlarca da savunulmaktadır[276].

1.2.6 Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmada Öldürücü Kuvvet Kullanımının Sınırı

UİH uyarınca belirli kişilerin saldırının doğrudan hedefi olması mümkün kılınmışsa da, söz konusu saldırıda kullanılacak kuvvetin seviyesi ve seçilecek araç ve yöntemler sınırsız değildir[277]. Söz konusu sınırlamalar kaynağını UİH düzenlemelerinden, UİH'nin temel prensiplerinden ve UİH yanında uygulama alanı bulabilecek diğer hukuk dallarından almaktadır[278].

Kullanılabilecek araç ve yöntemler için açıkça öngörülmüş sınırlamalar mevcutsa da, uygulanabilecek kuvvetin şekline ve seviyesine UİH düzenlemelerinde spesifik olarak yer verilmemiştir. Bunun yerine, bazı kişilerin sahip oldukları statü ya da hareket biçimleri sebebiyle saldırının hedefi olabilecekleri öngörülmüştür[279].

UKK'nin görüşüne göre bu durum, saldırıda bulunan kişilerin hedeflerini öldürmeleri hakkına sahip olmaları sonucunu doğurmamakta; ancak doğrudan öldürme hakkının mevcut olmaması UİHH kapsamında mevcut olan, öldürmek yerine yakalamak (*capture rather than kill*) yükümlülüğünü de doğurmamaktadır[280]. Ancak Komite, çatışmalara doğrudan katılıma ilişkin çalışmasında bu yükümlülüğün doğmadığını belirtmesine rağmen, saldırının doğrudan hedefi olmama hakkına sahip olmayan kişiler için de, içinde bulunulan duruma göre değerlendirme yapılması ve daha az kuvvet kullanımı ya da farklı yöntemle müdahalenin mümkün olduğu durumda bunun tercih edilmesi

[276] Ed Robinson, "The European Convention on Human Rights in Non-International Armed Conflict – Revisiting Serdar Mohammed", EJIL, 22 Ağustos 2016, https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-on-human-rights-in-non-international-armed-conflict-revisiting-serdar-mohammed/ (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[277] ICRC, DPH, s. 77.
[278] ICRC, DPH, s. 77.
[279] ICRC, DPH, s. 78.
[280] ICRC, DPH, s. 78.

gerektiğini belirtmiştir[281]. Komite'nin sunduğu görüş, UİH'nin temel prensiplerinden olan askeri gereklilik (*military necessity*) ilkesiyle insancıllık ilkesi (*humanity*) arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiği[282]; askeri gerekliliğin mevcut olmadığı anda kişiye karşı öldürücü kuvvet kullanımında bulunulmasının hukuka aykırı olacağı; ancak hedef alınan kişinin hayatının korunması amacıyla devletlerin silahlı kuvvet mensuplarının ya da sivillerin hayatının daha fazla riske sokulmaması gerektiği yönündedir[283].

Askeri gereklilik ilkesi ilk defa 1863 tarihli Lieber Kanunu'nun[284] 14. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre prensip, silahlı çatışmanın sonlanmasını sağlamak için gerekli; modern hukuk ve teamül hukuku kapsamındaki çatışma kurallarına uygun olan tedbirler/hareketler dışına çıkılmamasını öngörmektedir. Bundan, silahlı çatışmanın taraflarının sadece karşı tarafı zayıflatmak ve teslim olmasını sağlamaya yönelik hareketlerin askeri gereklilik kapsamında değerlendirileceği; bu sınırı aşacak şekilde düşmanın silahlı kuvvetlerinin ya da mallarının tamamının yok edilmesini hedefleyen hareketlerin kapsam dışında kalacağı anlaşılmaktadır[285]. Prensip, Cenevre Konvansiyonlarında ve Ek Protokollerinde düzenlenmemiş[286]; ancak teamül hukuku kapsamında yer aldığı Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından belirtilmiştir[287].

İnsancıllık prensibinin, ihlali halinde yaptırıma tabi tutulma sonucunu doğuracak şekilde bağlayıcı bir prensip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır[288]. Birleşik Krallık tarafından kullanılan Silahlı Çatışma Hukuku Kılavuzu'nda[289] insancıllığın

[281] ICRC, DPH, s. 79.
[282] ICRC, DPH, s. 79.
[283] ICRC, DPH, s. 78.
[284] U.S. War Department, General Orders No. 100, 24 Nisan 1863, "Lieber Code".
[285] Askeri gereklilik ilkesi için bkz. Burrus Carnahan, "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity" The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 2 (Apr., 1998), 213-231.
[286] Solis, s. 277.
[287] Commentary of 1987, para. 1387.
[288] Tartışmalar için bkz. Solis, s. 305-309.
[289] United Kingdom Ministry of Defence, "Manual of the Law of Armed Conflict", (Oxford: Oxford University Press, 2004), s. 23, para. 2.4.

"Meşru askeri amacın başarılması için gereklilik arz etmeyen acı, yaralama ve zararın meydana getirilmesini yasakladığı" öngörülmüştür[290].

Buna göre her olay özelinde bir risk analizi yapılması; yapılan değerlendirme sonrasında öldürücü kuvvet kullanımının askeri gereklilik arz edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. UKK, hedef alma eylemine askeri gereklilik prensibine göre başvurulması gerektiği görüşünün, özellikle silahlı çatışmanın taraflarının coğrafi alan üzerinde sahip oldukları etkili kontrol ve imkan seviyesinin yüksek olduğu hallerde geçerli olduğunu belirtmiştir[291]. Zira hakimiyet seviyesi arttıkça, kullanılacak yöntem ve kuvvet konusunda seçim yapabilme olanağının artacağı kabul edilmektedir.

Bu yaklaşım, UKK'nin çatışmalara doğrudan katılıma ilişkin olarak gerçekleştirdiği toplantıya katılan uzmanların bazıları tarafından eleştirilmiştir. UKK'nin görüşüne karşı çıkan uzmanlar, kişinin yakalanması imkanı varken öldürülmemesi yükümlülüğünün UİH altında öngörülmediğini dile getirmişlerdir[292]. Karşıt görüşteki Melzer, yaklaşımını askeri gereklilik ilkesi üzerinden savunmaktadır. Silahlı çatışma rejiminde gerekliliğin mevcut olduğu ön kabulünü farklı şekilde değerlendiren yazar; söz konusu kabulün, içinde bulunulan duruma göre değerlendirme yapılmaksızın UİH korumasından faydalanmayan kişilerin doğrudan hedef alınabileceği sonucunu doğurmayacağını savunmaktadır[293]. Yazar, çatışanların Ek I No'lu Protokol'ün 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, çatışma dışı (*hors de combat*) kalmaları hali dışında hedef alınabilmelerinin açıkça yasaklanmamış olması halinin, çatışmanın sonlanması ya da karşı tarafın zayıflatılması için bu kişilerin etkisiz hale getirilmesinin gerekli olduğu varsayımından kaynaklandığını belirtmiştir. Bu sebeple yazara göre, bu varsayımdan hareketle her durumda bu kişilerin hedef alınabilirliğini kabul

[290] Solis, s. 307.
[291] ICRC, DPH, s. 80-81.
[292] Summary Report, Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, 27–28 November 2006 (DPH Summary Report 2006), s. 75.
[293] Melzer, s. 288.

etmemek ve içinde bulunulan durumun şartlarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yazara göre, kişinin öldürülmeksizin etkisiz hale getirilmesi ya da ele geçirilmesi mümkünse yine de hedef alınması UİH'nin ihlali anlamına gelecektir. Pictet de aynı şekilde, ele geçirilmesi mümkün olan kişinin yaralanmaması, yaralanarak ele geçirilmesi mümkün olan kişinin ise öldürülmemesi gerektiğini dile getirmiştir[294].

UKK'nin çalışmasında, bir lokantada silahsız şekilde oturan ve telsizle bir askeri operasyona ilişkin taktiksel bilgi paylaşımında bulunan sivilin hareketinin çatışmaya doğrudan katılım niteliğinde olacağı; ancak çatışmanın karşı tarafının lokantanın bulunduğu alanda sahip olduğu kontrol seviyesinin, kişiyi öldürücü kuvvete maruz bırakmak yerine alternatif bir yönteme başvurmaya, örneğin yakalamaya imkan verebileceği belirtilmiştir[295]. Başka bir örnek, daimi çatışma fonksiyonu sonlanmamış bir savaşanın, şehir içinde akrabalarını silahsız bir şekilde ziyarete gittiği durumdur. Kişinin UİH uyarınca hedef alınabilirliği söz konusudur; ancak Komite'nin görüşüne göre kişinin yakalanması mümkünken öldürücü kuvvet kullanımında bulunulması, askeri gereklilik prensibine aykırı hareket edilmesi sonucunu doğuracaktır[296].

İsrail Yüksek Mahkemesi de UKK ile aynı görüşü dile getirmiş; çatışmaya doğrudan katılan kişinin (hem sivilleri hem de organize örgüt mensuplarını dahil ederek) yakalanmasının mümkün olduğu durumda öldürücü kuvvet kullanımına maruz bırakılamayacağını belirtmiştir[297]. Mahkeme, hukuk devletinden beklenenin öldürmek değil, yakalamak ve yargılamak olduğunu dile getirmiştir. Buna ek olarak, söz konusu gerekliliğin içinde bulunulan durumun şartlarına göre değişeceğini; kuvvet kullanmamak yerine alternatif yöntemlere başvurmanın diğer

[294] Jean S. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, Nijhoff Law Specials No. 2 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 75 f, (Nakleden: Melzer, s. 289).
[295] ICRC, DPH, s. 81.
[296] ICRC, DPH, s. 81.
[297] Targeted Killings, para. 40.

sivillerin ya da devletin silahlı örgüt mensuplarının riske atılması anlamına geleceği hallerde böyle bir yükümlülüğün mevcut olmadığını belirtmiştir[298].

[298] Targeted Killings, para. 40.

İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA YAŞAM HAKKI VE KUVVET KULLANIMINA İLİŞKİN FARKLI PARADİGMALAR

2.1 OLAĞAN DÖNEMDE YAŞAM HAKKININ KORUNMASI

AİHS, öldürme eylemine doğrudan izin vermemekte; kuvvet kullanımının hukuka uygun kabul edildiği durumları sınırlı şekilde sayarak düzenlemektedir. Bu hallerde öldürme eyleminin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaktadır.

AİHS Madde 2:

"*Yaşam hakkı*

1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"[299]

Maddeye göre, bir yasa uyarınca ölüm cezasına çarptırılan kişinin cezasının infazı dışında kasten öldürme eylemi yasaklanmıştır. Her ne kadar Sözleşme metni yapılan bir yargılama sonucu, kanunen bir suçun karşılığı olarak öngörülen ölüm cezasına hükmedilmesine ve bu cezanın infazına izin veriyor gibi görünse de AİHM, ölüm cezasının AİHS'in düzenlendiği tarihten bugüne nitelenme biçiminin evrildiğini; Avrupa Konseyi'ne üye devletlerce hem hukuken hem de pratikte

[299] AİHS, m. 2.

artan bir şekilde uygulamadan kaldırıldığını belirtmiştir[300]. Ölüm cezası, Sözleşme'ye ek olarak getirilen ve 1 Mart 1985'te yürürlüğe giren 6 No'lu Protokol ile savaş zamanında veya yakın savaş tehlikesi hallerinde işlenen fiiller dışında; 1 Temmuz 2003'te yürürlüğe giren 13 No'lu Protokol ile tüm hallerde olmak üzere yasaklanmıştır. 6 No'lu Protokol, Avrupa Konseyi üyesi tüm devletlerce imzalanmış; Rusya dışındaki tüm üyelerce onaylanmıştır[301]. 13 No'lu Protokol ise Azerbaycan ve Rusya dışındaki tüm üyelerce imzalanmış; imzalayan devletlerden Ermenistan hariç tümü tarafından onaylanmıştır[302].

Öldürme eyleminin maddenin 2. fıkrasında belirtilen durumlarla sınırlı olarak ve mutlak zorunlu olan güç kullanımı teşkil edecek şekilde meydana gelmesi, hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecek hallerdir. Kuvvet kullanımının mutlak bir zorunluluk teşkil etmesi gerekliliği, yaşam hakkına ilişkin UİH ve UİHH düzenlemeleri arasındaki temel farklardandır. Söz konusu kriter, AİHS kapsamındaki meşru kuvvet kullanımına dayanılarak hukuka aykırılığı ortadan kalkan ölümleri katı bir şekilde sınırlamaktadır. Bu katılık, kuvvet kullanımının hukuka uygun olabilmesi için AİHS tarafından aranan mutlak zorunluluk şartının AİHM tarafından değerlendirilme biçiminden kaynaklanmaktadır. Mahkeme mutlak zorunluluğun varlığı için uygulanacak olan gereklilik testinin, AİHS'in 8. ila 11. maddelerinin 2. paragraflarında aranan "demokratik bir toplumda gerekli olma" hali için yapılan gereklilik testinden daha katı olması gerektiğini belirtmiş; ek olarak, uygulanan kuvvetin m. 2/f. 2'de düzenlenen istisnai haller bağlamında amaçlanana göre ölçülülük (orantılılık) arz etmesi gerektiğini ortaya koymuştur[303]. Sözleşme'nin 2. maddesinde orantılılık ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Mahkeme, yorum yoluyla söz konusu prensibin gerekliliğine karar

[300] *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom (dec.)*, no. 61498/08, § 116, ECHR 2009.
[301]https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=rzF1gjy1 (Son erişim tarihi: 19.10.2018).
[302]https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=rzF1gjy1 (Son erişim tarihi: 19.10.2018).
[303] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §149, ECHR 1995.

vermiş[304] ve kavramı içtihadına dahil etmiştir[305]. Kavramın madde metninde yer almaması Mahkeme'nin hareket serbestisini arttırmış ve geniş yorum yapmasına imkan tanımıştır. Böylece Mahkeme'nin, ölümün ya da ölümü meydana getirmeye elverişli kuvvet kullanımının gerçekleştiği anı tüm kapsamıyla ele alması ve olaya dair her unsuru söz konusu kavram üzerinden incelemesi mümkün olmaktadır. Bu incelemeyi yaparken göz önünde bulundurduğu farklı unsurlardan bahsetmek mümkündür[306]. Birincisi, kuvvet kullanımına maruz kalacak kişiye uygulanacak olan kuvvet ile kişinin teşkil ettiği risk arasında bulunması gereken orantıdır. Mahkeme, kuvvet kullanımına başvurmanın mutlak zorunluluk arz etmesi halini ararken; uygulanan kuvvet ile AİHS m. 2'nin 2. paragrafında düzenlenen istisnai durumlar arasında bir paralellik olması gerektiği görüşündedir[307]. İkincisi, kuvvet kullanımının gerçekleşeceği alanda bulunan kişiler üzerinde meydana gelebilecek etkinin en aza indirilmesi gerekliliğidir. Durum detaylı şekilde değerlendirilmeli ve etkinin meydana gelmemesi mümkünse bunun sağlanması için; etkileneceğinden emin olunan kişilerin mevcudiyeti söz konusuysa bunun en alt seviyede tutulması için alınabilecek tüm önlemlerin alınması gerekmektedir[308]. Üçüncü olarak, kuvvet kullanımının aracı olan silahların meydana getirmeye elverişli olduğu zarar seviyesi, Mahkeme'nin orantılılık değerlendirmesine dahil edilmektedir[309]. Buna göre, kuvvet kullanımı söz konusu istisnai durumlarda amaçlananı gerçekleştirmeye imkan tanıyan seviyede olmalı; bu seviye aşılmamalıdır[310]. Mahkeme, kullanılan araç, teknik ve kuvvet derecesi ile maddede sayılan durumlarda amaçlanan arasında kurulması gereken dengenin, yani ölçülülüğün mevcut olmadığı durumda yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[311].

---

[304] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 73.
[305] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §149, ECHR 1995.
[306] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 73.
[307] *Wasilewska and Kalucka v. Poland*, no. 28975/4, 33406/04, § 53, ECHR 2010.
[308] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §79, ECHR 1998.
[309] *Gül v. Turkey*, no:22676/93, §82, ECHR 2000.
[310] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §149, ECHR 1995.
[311] *Güleç v. Turkey*, no. 54/1997/838/1044, § 67, ECHR 1998.

Kuvvet kullanımının bir operasyon sırasında gerçekleştirilmiş olması halinde Mahkeme, buna ilişkin incelemesini operasyon anıyla sınırlı tutmamakta; operasyon öncesindeki sürece ve burada alınması gereken önlemlerin alınıp alınmadığına da dikkat etmektedir[312]. Operasyon öncesinde yapılacaklar veya alınacak önlemler ile operasyon sırasındaki kuvvet kullanımı gerekliliğini ortadan kaldırmak mümkünse, AİHM buna riayet edilmesini aramaktadır.

Mahkeme, Birleşik Krallığa karşı McCann davasında[313] ölümcül kuvvet kullanımına ilişkin kriterleri ilk defa detaylı şekilde ele almıştır. Bomba yüklü bir aracı uzaktan kumanda ile patlatacak olmalarından şüphelenilen üç IRA üyesinin güvenlik güçleri tarafından öldürülmesine ilişkin davada Mahkeme, yapılan operasyonun yaşam hakkını doğrudan ihlal etmediğini ve AİHS m. 2/f. 2 uyarınca meşru kılınan kuvvet kullanımının amaçlandığı bir eylem olduğunu belirtmiştir[314]. Ancak operasyon öncesinde söz konusu üç kişinin göz altına alınması mümkünken bunun yapılmamasının; araçta bomba bulunduğu ve patlatılacağına ilişkin ve sonradan gerçek olmadığı ortaya çıkan tahminlerin yanlış çıkması ihtimalinin göz önünde bulundurulmamış olmasının ve buna dayanarak alternatif yaklaşımlar değerlendirilmeksizin doğrudan öldürücü kuvvete başvurulmuş olmasının m. 2 ile öngörülen mutlak zorunluluk şartını karşılamadığına ve yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[315]. Kararda AİHM'yi kuvvet kullanımının mutlak zorunluluk teşkil etmediği sonucuna vardıran, operasyon hazırlığı aşamasında atılması gereken adımların atılmamış olmasıdır ve kuvvet kullanımının meşruiyeti açısından Mahkeme tarafından aranan zorunluluk eşiğinin yüksekliğine örnek teşkil etmektedir.

AİHS bağlamındaki yaşam hakkına ilişkin olarak devletlerin taşıdığı bir diğer yükümlülük, kuvvet kullanımı ile meydana gelen ölüm sonrasında yapılması gereken etkili soruşturma yapma yükümlülüğüdür. Söz konusu usuli yükümlülük,

[312] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §150, ECHR 1995.
[313] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, ECHR 1995.
[314] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §200, ECHR 1995.
[315] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, § 213, ECHR 1995.

AİHS m. 2 metninde yer almamakla birlikte Mahkeme içtihatları[316] ile taraf devletlere yüklenmiştir. Bu yükümlülüğe uygun hareket edilip edilmediği, ölüm sonucunun meydana gelmesinden sonraki sürece ilişkin olduğu için, ölüm sonucunu meydana getiren kuvvet kullanımının hukuka uygun olup olmamasından bağımsızdır ve devlet için ayrı bir sorumluluk alanı teşkil etmektedir[317]. Dolayısıyla kuvvet kullanımının m. 2'ye aykırılık teşkil etmediği bir halde yaşam hakkının usuli yönden ihlal edilmesi mümkündür. Yaşam hakkını korumak için devletin, kimin sorumlu olduğu konusunda şüphe taşıyan her ölüm için etkin ve tarafsız bir soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır[318]. Söz konusu yükümlülük, ölüm sonucunu doğuran fiilin devlet görevlisi (polis/silahlı kuvvet mensubu) ya da üçüncü kişiler tarafından işlenmesi halleri için değişiklik göstermemektedir; iki durumda da mevcuttur[319]. Dolayısıyla, devlet dışı silahlı aktörlerce işlenen eylemler de bu kapsama girmektedir.

Devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bir sonuç değil davranış yükümlülüğüdür[320]. Bu sebeple yükümlülüğün yerine getirilmiş olması için öldürme eylemini gerçekleştiren kişinin tespit edilmesi, yakalanması mutlak surette gerekli değillir; gerekli incelemenin ve takibatın bu sonucun doğmasını elverişli kılacak şekilde yapılması yeterlidir.

UİH düzenlemelerinde istisnai durumlar dışında[321], meydana gelen ölümlere ilişkin olarak bir soruşturma yapılması yükümlülüğü bulunmamaktadır.[322] Ancak

---

[316] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, §149, ECHR 1995; *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, ECHR 2000.

[317] Ayşe Özkan Duvan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, ISSN 2146-0590, ss. 660-681, s. 674. (Özkan Duvan)

[318] Harris, D. J., O'Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights (2nd ed). Oxford University Press, New York, 2009, s. 66. (Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR)

[319] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 75.

[320] Özkan Duvan, s. 675; *Jaloud v. Netherlands* [GC], no: 47708/08, ECHR 2014, Ortak Mutabık Oy Görüşü, para. 4.

[321] Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda, savaş esirinin bir kişi tarafından öldürülmesi ya da ölüm sebebinin şüpheli olması halinde esir tutan devletin soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır, III No'lu Cenevre Konvansiyonu, m. 121.

İsrail Yüksek Mahkemesi *Targeted Killings* davasında, çatışmaya doğrudan katılımı sebebiyle hedef alınan sivilin ölümüne ilişkin olarak, soruşturma yapılması yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirtmiştir[323]. İsrail Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı, UİH uygulamasında da UİHH'ye yaklaşılabileceğini ve bu dala ait unsurlardan faydalanılabileceğini ortaya koymaktadır.

2.2 OLAĞANÜSTÜ DÖNEMDE YAŞAM HAKKININ KORUNMASI

AİHS m.15 ile Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin olağanüstü hallerde askıya alınması imkanı, sınırları belirlenerek öngörülmüştür.

AİHS m. 15:

"*Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma*

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir. "[324]

Buna göre 1. fıkra uyarınca, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini içinde bulunulan durumun meydana getirdiği gereksinimle orantılı olması ve uluslararası hukuktan

---

[322] Sandesh Sivakumaran, "International Humanitarian Law", Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh, Harris, D. J. (2010). International human rights law, Oxford: Oxford University Press, 528.
[323] Targeted Killings, para. 40.
[324] AİHS m. 15.

doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla askıya alabilecektir. Hangi durumların ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike arz edeceği konusunda yapılacak yorumun bir olaydan diğerine değişebileceği ve söz konusu değerlendirmenin AİHM'in takdirinde olacağı belirtilmelidir. Tarafların içinde bulundukları durumları nitelendirme biçimleri Mahkeme için bağlayıcı değildir[325].

Maddenin 2. fıkrasında yaşam hakkının askıya alınabilir haklar kapsamının dışında bırakıldığı; meşru savaş fiilleri neticesinde meydana gelen ölüm hallerinin ise bu durumun istisnası olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre devletlerin, silahlı çatışmalar sırasında hukuka uygun çatışma eylemleri bağlamında meydana gelen ölümler için yaşam hakkını askıya alması mümkün olacaktır[326]. UİHH, çatışmaların sürdürülme biçimine ve askeri operasyonların hukuka uygunluğuna ya da aykırılığına dair düzenlemeler öngörmemektedir[327]. Bu sebeple ölüm sonucunu meydana getiren eylemin, hukuka uygun bir çatışma eylemi olup olmadığı değerlendirmesinin AİHM tarafından yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır.

Yaşam hakkı AİHS kapsamında düzenlenirken UİH altında öngörülen ayrım gözetme yükümlülüğü prensibine değinilmemiştir. Bir silahlı çatışmanın mevcut olduğu durumda yaşam hakkı hem siviller hem de statülerinden bağımsız olarak çatışmaya katılanlar için korunmaktadır. Buna ek olarak yaşam hakkı, hem kuvvetin öldürmek amacıyla kullanıldığı; hem de ölümün amaçlanmamasına rağmen meydana geldiği hallerde korunacak; ölüm sonucunu meydana getiren

[325] Andrea Gioia, "The Role of the European Court of Human Rigths in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict" in Orna Ben-Naftali (ed.), International Humanitarian Law and International Human Rights Law (Oxford. Oxford Univeristy Press, 2011), s. 216. (Gioia)
[326] Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, s. 37.
[327] Lindsay Moir, The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law, ed. Robert Kolb and Gloria Gaggioli, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Cheltenham: Edward Elgar, 2013, s. 483. (Moir).

kuvvet kullanımının hukuka uygunluğu iki durumda da m. 2 değerlendirmesine tabi olacaktır[328].

15. madde uyarınca hukuka uygun savaş eylemi kapsamında meydana gelen ölüm ile ilgili olarak 2. maddenin usuli boyutunu teşkil eden soruşturma yapma yükümlülüğünün askıya alınabilirliği konusu tartışmalıdır. Zira içinde bulunulan durumun şartlarına göre yükümlülüğün esnemesinin zaten mümkün oluşu, tümden askıya alınması halinin bazı yazarlar tarafından etkili bir yol olarak görülmemesine sebep olmaktadır[329]. Olağanüstü hallerde AİHM soruşturma yapma yükümlülüğünü esnek bir şekilde değerlendirebilmektedir; silahlı çatışma veya ulusal güvenlik sorunları gibi hallerin yükümlülüğü yerine getirme konusunda yarattığı zorlukları göz önünde bulundurmaktadır. Ancak m. 2 uyarınca devlet, söz konusu şartların daha az etkili yöntemler kullanılmasına veya işlemlerin gecikmesine sebep olması halinde dahi soruşturma yapma yükümlülüğü altındadır[330]. Etkili ve tarafsız olarak yürütülmesi gereken soruşturma yükümlülüğü bir sonuç alma yükümlülüğü değil; sonuca ulaşmaya çalışma yükümlülüğüdür[331].

2.2.1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15'in Uygulandığı Haller

Madde 15'in 1. fıkrası uyarınca, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini içinde bulunulan durumun meydana getirdiği gereksinimle orantılı olması ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla askıya alabilecektir. Buna göre savaş halinin, ulusun varlığını tehdit eden ve genel bir

[328] Karin Oellers-Frahm, A Regional Perspective on the Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations: The European Court of Human Rights- Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations, Edited by Erika de Wet and Jann Kleffner, 2014, s. 350; Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, s. 37.
[329] Marko Milanović, EJIL Talk "UK to Derogate from the ECHR in Armed Conflict", 5 October 2016, https://www.ejiltalk.org/uk-to-derogate-from-the-echr-in-armed-conflict/ (Son erişim tarihi: 04.12.2018).
[330] *Al-Skeini and others v*. UK [GC], no. 55721/07, § 164, ECHR 2011.
[331] Özkan Duvan, s. 678.

tehlike arz eden diğer hallerden ayrı tutulduğu söylenebilecektir. Cümlenin iki farklı açıdan değerlendirilmesi mümkündür. İlk ihtimale göre savaş halinin, savaşın niteliğine ve içinde bulunulan koşullara yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmaksızın, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike arz ettiği düşünülebilecektir[332]. Bu ihtimalde, savaşa taraf olan devletin m. 15 ile yükümlülüklerini askıya alması, savaşın varlığı halinde mümkün olacaktır. İkinci ihtimal, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike arz etme halinin savaş için de aranması; dolayısıyla söz konusu kriterin savaş hali için de aranan bir kısıtlama olarak öngörülmüş olmasıdır[333]. Bu ihtimale göre savaşın varlığı, taraf devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini askıya alması için doğrudan başvurabileceği bir durum teşkil etmeyecek; savaşın yarattığı şartlar ve savaşın tarafı olan devletin içinde bulunduğu koşullar, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike arz edip etmediği yönünden ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır[334]. İkinci görüş birincisine nazaran daha yaygın olarak kabul görmekle birlikte[335], şimdiye dek Sözleşme'ye taraf bir devletin savaşın varlığını sebep göstererek m. 15'i uygulamamış olması sebebi ile AİHM içtihadı konuya ilişkin bir netlik sunmamaktadır[336].

Savaş hali dışında kalan ve ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike arz eden hallerin ne olduğu Sözleşme metninde belirtilmemiştir. İçinde bulunulan durumun bu kapsama girip girmeyeceği öncelikli olarak m. 15'e başvuracak olan taraf devletin takdir yetkisine bırakılmıştır[337]. Mahkeme, ulusal makamların içinde bulunulan durumla doğrudan temas halinde olması sebebiyle anın gerektirdiği önlemleri ve nitelikleri tespit etme konusunda uluslararası yargıçlara nazaran daha

[332] Aly Mokhtar (2004) Human rights Obligations v. derogations: article 15 of the European convention on human rights, The International Journal of Human Rights, 8:1, 65-87, s. 66. (Mokhtar)
[333] Mokhtar, s. 66.
[334] W. A. Schabas, The European Convention on Human Rights; a commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, 594. (Schabas)
[335] Schabas, 594; Mokhtar, s. 66.
[336] Schabas, 594.
[337] Schabas, 596.

uygun bir konumda olacaklarını belirtmiştir[338]. Bununla birlikte, devletler tarafından kullanılacak olan takdir yetkisi mutlak değildir. Bu sebeple Mahkeme, Sözleşme'ye taraf diğer devletler ya da bireylerce kendisine yapılacak başvuru doğrultusunda, olağanüstü hal ilanının; bu kapsamda yükümlülüklerin askıya alınmasının 15. maddeye uygunluğunu denetleyebilecektir[339]. Bu durumdan etkilenen hak ve özgürlüklerin niteliğini, yükümlülüklerin askıya alınmasına sebep olan halin şartlarını ve süresini değerlendirme yetkisine sahip olacaktır[340]. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, var olduğu dönemde benimsediği yaklaşımı benimsemiştir[341]. Buna göre, olağanüstü halin ilanı, kapsamı ve buna yönelik önlemlerin alınması konusunda devlet söz hakkına sahiptir. Ancak olağanüstü halin varlığı, insan haklarının normal döneme kıyasla daha kırılgan hale gelmesine sebep olduğu için askıya alma halinin ve kapsamının sadece devlet tekeline bırakılması Sözleşme'nin amacına aykırılık teşkil edecek; hak ve özgürlüklerin ne kapsamda kısıtlandığına ilişkin denetimin en gerekli olduğu dönemde söz konusu hakların atıl kalmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple AİHM, devletin ileri sürdüğü halin gerçekliğini ve askıya alınan hak ve özgürlüklerde Sözleşme ile öngörülen sınırın aşılıp aşılmadığını denetleyebilmektedir.

---

[338] *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, para. 178, AİHM 2009.

[339] Jaime Oraa, Human Rigths in States of Emergency in International Law, Clarendon Press, Oxford, 1992, s. 43. (Oraa)

[340] *Brannigan and McBride v. UK*, no: 14553/89, §43, ECHR 1993.

[341] Yunanistan 1967 yılında hükümete karşı yapılan darbe sonrasında m. 15 uyarınca olağanüstü hal ilan etmiş ve Sözleşme'den kaynaklanan bazı yükümlülüklerini askıya almıştır. Danimarka, Hollanda, İsveç ve Norveç tarafından bu durumun Sözleşme'ye aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuru üzerine Komisyon tarafından hazırlanan raporda, devletin olağanüstü hal ilanı ve bu yönelik olarak çeşitli hak ve özgürlükleri askıya alma konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğu, ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı ve alınan önlemlerin durumun gereklerine uygun olduğunun söz konusu devlet tarafından ispatlanması gerektiği belirtilmiştir. Komisyon, Yunanistan'ın işkence ve kötü muamele yasağına ek olarak Sözleşme'nin dokuz maddesini daha ihlal ettiği sonucuna varmıştır. European Commission of Human Rights. (1970). The Greek case: report of the Commission: application no. 3321/67-Denmark v. Greece; application no. 3322/67-Norway v. Greece; application no. 3323/67-Sweden v. Greece; application no. 3344/67-Netherlands v. Greece. Strasbourg.

2.2.2 Savaş Halinin Kapsamı

Madde metninde geçen savaş kavramının kapsamının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı yazarlar madde okumasını maddenin kaleme alındığı dönemi dikkate alarak yapmakta[342] ve savaş ile kast edilenin "Devletlerin sorumluluğu altında bulunan düzenli ordular arasında belirli bir yoğunluk arz ederek süregelen askeri çatışmalar"[343] ile sınırlı olduğunu savunmaktadırlar. Taraflarını sadece devletlerin oluşturabildiği tarihsel savaş kavramının günümüzde adlandırılma biçimi uluslararası nitelikte silahlı çatışmadır. Savaş kavramını geleneksel anlamı üzerinden değerlendiren ve 15. madde ile kast edilenin uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar ile sınırlı olduğunu düşünen yazarlara göre bir silahlı çatışmanın varlığı halinde taraf devlet Sözleşme'den doğan yaşam hakkına ilişkin yükümlülüklerini hukuka uygun çatışma eylemleri sebebiyle meydana gelen ölümlerle sınırlı olarak askıya alabilecektir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların, 15. maddede geçen savaş terimi kapsamına girmediğinin kabul edilmesi halinde, bu nitelikteki çatışmalara ilişkin olarak yaşam hakkının askıya alınması mümkün olmayacaktır. Buna göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar 15. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen 'ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike' kapsamında değerlendirilebilecek[344] ve yaşam hakkının askıya alınması mümkün olmadığı için, meydana gelen ölümün hukuka aykırılık taşıyıp taşımadığı konusundaki incelemede AİHM tarafından dikkate alınacak tek düzenleme AİHS m. 2 olacaktır[345]. Bu görüşü savunan Doswald-Beck'e göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda meydana gelen ölümlere ilişkin değerlendirmenin, AİHS m. 2/f. 2 (c) bendi bağlamında yapılması; söz konusu halin, mutlak bir

[342] Oellers-Frahm, s. 337.
[343] K. J. Parsch, "Exeriences Regarding the War and Emergency Clause (art. 15) of the European Convention on Human Rights " (1971 1 Israel Yearbook on Human Rights, s. 327 (Nakleden: Schabas, s. 594).
[344] L. Doswald-Beck, 'The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers', International Review of the Red Cross 88, no. 864 (December 2006): s. 883-4. (Doswald-Beck)
[345] Oellers-Frahm, s. 338.

gerekliliğin mevcut olması halinde hukuka aykırılık teşkil etmeyen kuvvet kullanımına izin verilen 'ayaklanma veya isyan' kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[346].

Bu görüşün kabulü halinde, ölümün uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışma bağlamında gerçekleşmesi halinde hukuka uygunluğu denetiminde uygulanacak olan kuralın, uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma bağlamında ve yaşam hakkının devletçe askıya alındığı durumda meydana gelen ölümün değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak kuraldan çok daha yüksek bir gereklilik eşiği gerektireceğini söylemek mümkün olacaktır. Zira AİHS m. 2 tarafından yaşam hakkına getirilen istisnalar, uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmanın varlığı halinde uygulama alanı bulan, ancak AİHM tarafından uygulanabileceği/göz önünde bulundurulabileceği tartışmalı olan UİH'ye nazaran çok daha sınırlı şekilde düzenlenmiştir. Meydana gelen ölümün AİHS'e aykırı nitelik taşımaması için riayet edilmesi gereken kurallar UİH kapsamında uyulması gereken kurallara göre daha belirli ve detaylıdır. AİHS altında aranacak olan mutlak gereklilik; UİH altında aranan askeri gereklilikten daha sınırlayıcı olabilecektir.

Buna karşılık Schabas, savaş kavramının kapsamının madde metninin kaleme alındığı dönemden bu yana genişlediği ve artık savaş yerine kullanılan tabirin silahlı çatışma olduğu görüşündedir[347]. Silahlı çatışma kavramının herhangi bir uluslararası sözleşme ile tanımlanmamış olması sebebiyle yaygın olarak EYUCM'nin *Tadic* kararında yapmış olduğu tanımlamadan faydalanılmaktadır. Buna göre "Devletler arasında silahlı kuvvet kullanımı halinde veya hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar ya da bu tür gruplar arasında süregelen silahlı şiddetin mevcudiyeti halinde silahlı çatışma söz konusudur."[348]. *Tadic* kararında tanımlanan silahlı çatışmanın, geleneksel anlamdaki savaş kavramına nazaran

[346] Doswald-Beck, s. 883-4.
[347] Schabas, s. 594.
[348] Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

daha geniş bir anlam taşıdığı görülmektedir. Zira söz konusu tanım ile silahlı çatışmanın tarafı olabilecek yeni aktörler öngörülmekte; silahlı çatışmanın tarafı olabilme kapasitesinin devlet dışı aktörler için de var olduğu kabul edilmektedir. Bu kabule göre söz konusu aktörlerin dahil olduğu ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılan hal de silahlı çatışma kavramının bir çeşidi olmaktadır ve m. 15'in uygulanabileceği savaş halinin kapsamı genişlemektedir.

Günümüzde meydana gelen silahlı çatışmaların çoğunluğunu uluslararası nitelikte olmayan çatışmaların teşkil etmesi sebebiyle, 15. maddenin güncel olarak yorumlanması ve savaş kavramının uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmaları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği görüşü savunulmaktadır[349]. Bu görüşe göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların varlığı halinde de devletin AİHS'ten doğan yükümlülüklerini ve konumuz özelinde yaşam hakkını askıya alması mümkün olabilecektir. İnsan Hakları Komitesi'nin, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHİUS) bu Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin olağanüstü hallerde taraf devletlerce askıya alınmasını düzenleyen 4. maddesine ilişkin olarak yapmış olduğu Genel Yorum[350], söz konusu Sözleşme'nin AİHS'e benzer şekilde insan haklarına ilişkin genel bir düzenleme teşkil etmesi ve 4. maddenin AİHS m. 15 ile benzer bir düzenleme öngörüyor oluşu açısından önemlidir. İnsan Hakları Komitesi, uluslararası nitelik taşıyan ya da taşımayan silahlı çatışmaların mevcudiyeti halinde UİH kurallarının uygulanabilir hale geldiğini ve Sözleşme'nin 4. ve 5. maddelerinin[351], devletin yükümlülüklerini olağanüstü halin gerekli kıldığı seviyenin ötesinde askıya almaması, yani bu imkanı insan hakları aleyhine suistimal etmemesi amacına yardımcı olacağını belirtmiştir. Bu yoruma göre, silahlı çatışmanın devletin yükümlülüklerini askıya alması için sebep teşkil

[349] Gioia, s. 216-217.
[350] UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 para. 3 (https://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (Son erişim tarihi: 08.01.2019).
[351] UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, s. 171.

etmesi, silahlı çatışmanın hem uluslararası nitelik taşıdığı hem de taşımadığı durumlar için mümkündür.

Sonuç olarak savaş teriminin tanımlanma biçimi, 15. maddenin uygulanma alanını değiştirebilecektir. İlk görüşün benimsenmesi halinde yükümlülüklerin madde uyarınca askıya alınması hali, bugünkü kullanımıyla uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar ile sınırlı olacaktır[352]. İkinci görüşün benimsenmesi halinde ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından da yaşam hakkının askıya alınması mümkün olacaktır.

15. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak incelenmesi gereken diğer bir nokta, silahlı çatışmanın yaşandığı coğrafi bölgedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın maddede geçen savaş terimi kapsamında yer aldığı kabul edildiğinde, çatışmanın çatışmaya taraf devletin ülke sınırlarını aşması ve sınır aşan (*transnational*) silahlı çatışmanın söz konusu olması halinde devletin yükümlülüklerini m. 15 uyarınca askıya alması mümkün olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Hassan v. Birleşik Krallık[353] davasında AİHM, devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüğünü m. 15 uyarınca askıya almasını gerekli görmemiş; kişinin uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmaya ilişkin olarak, yakalanması ve özgürlüğünün kısıtlanması eylemlerinin III ve IV No'lu Cenevre Konvansiyonlarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olmasını, özgürlük hakkının düzenlendiği ve davaya konu edilen eylemin, özgürlüğün kısıtlanabileceği hallere dahil edilmediği AİHS m. 5'in ihlal edilmemesi sonucunu doğuracağını belirtmiştir[354]. Davaya konu edilen hak her ne kadar bu çalışmada incelenen yaşam hakkı olmasa da ve davanın tarafı olan devlet, m. 15 uyarınca söz konusu

[352] Juliet Chevalier-Watts (2010) Has human rights law become lex specialis for the European Court of Human Rights in right to life cases arising from internal armed conflicts?, The International Journal of Human Rights, 14:4, 584-602, s. 589; Doswald-Beck, s. 883.
[353] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, ECHR 2014.
[354] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, §105, 110, 111, ECHR 2014.

yükümlülüğünü askıya almış olmasa da, yükümlülüğün sınır ötesi şekilde de askıya alınabilirliği dile getirilmiştir. Bu dava, devletlerin kendi ülkeleri dışında gerçekleştirdikleri eylemler sebebiyle de AİHS bağlamında sorumlu olabileceklerini; yani Sözleşme'nin sınır ötesi (*extraterritorial*) şekilde uygulanabileceğini ortaya koyması açısından önemlidir[355]. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, devletlerin sınır ötesi şekilde hareket ederken gerçekleştirdiği eylemlerden Sözleşme bağlamında sorumlu tutulurken, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini sınır ötesi şekilde askıya alamayacaklarını savunmanın çelişkili olacağını belirtmiştir[356]. Buna ek olarak AİHS m. 5'in ihlal edilmemiş olacağı sonucuna, yükümlülüğün askıya alınmış olması halinde varılmasının daha doğru bir karar olacağı doktrinde dile getirilmiştir[357].

Maddede geçen kavramların olası kapsamı konusunda, m. 15 uyarınca yükümlülüklerini askıya alacak olan devletin seçtiği tabirin ve ona yüklediği anlamın Mahkeme için bağlayıcı olmayacağını belirtmek gerekir[358]. Dolayısıyla devletin m. 15'e başvurmak için kendi takdiri uyarınca yeterli gördüğü hal, Mahkeme tarafından ayrıca yorumlanacak ve maddede aranan şartları karşılayıp karşılamadığı değerlendirilecektir.

2.2.3 Devletin Uluslararası Hukuktan Doğan Diğer Yükümlülükleri

AİHS m 15/f. 1 uyarınca taraf devletlerin savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabilmesi, söz konusu tedbirlerin devletlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmemesi şartına bağlıdır. Söz konusu şart, olağanüstü hallerde insan haklarına yönelik koruma açısından büyük

[355] Marko Milanović, "A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom", EJIL, 22 Ekim 2014, (https://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[356] Serdar Mohammed v. Ministry of Defence [2014] EWHC 1369 (QB), para. 155.
[357] Marko Milanović, "A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom", EJIL, 22 Ekim 2014, (https://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[358] Gioia, s. 216.

bir önem teşkil etmesine rağmen, AİHM'in m. 15'e ilişkin içtihadında en az yer tutmuş olan noktadır[359].

AİHS m. 15 bağlamında alınan tedbirlerin, devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil edip etmediği incelemesinin yapılabilmesinin ön şartı maddede sayılan diğer koşulların yerine getirilmiş olmasıdır. Zira savaşın ya da ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı; olağanüstü halin ve buna yönelik olarak alınan önlemlerin ilgili usuli şartlar gözetilerek Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirilmesi; söz konusu önlemlerin, askıya alınması Sözleşme uyarınca yasaklanmamış hak ve özgürlüklere yönelik olarak alınmış olması gibi şartlar sağlanmadığı sürece yükümlülüklerin askıya alınması 15. maddeye aykırılık teşkil edecek; bu sebeple diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesi söz konusu olmayacaktır[360]. Ön şartın sağlanmış olması halinde, askıya alınan yükümlülükler doğrultusunda alınan tedbirlerin yükümlülüğünü askıya alan devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil edip etmediği hususunun Mahkeme tarafından ne şekilde ve hangi 'diğer uluslararası hukuk yükümlülükleri' kapsamında inceleneceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Devletin AİHS'ten doğan yükümlülüklerini askıya alırken uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerini ihlal etmeme şartı Kıbrıs tarafından, Türkiye'ye karşı yaptığı ve m. 15'e ilişkin olarak Mahkeme tarafından yapılan ilk inceleme olan başvuruda iki farklı yorum ile sunulmuştur. İlk yorumda, Türkiye'nin Kıbrıs'a karşı başlatmış olduğu savaşın/silahlı çatışmanın BM Şartı'nda kuvvet kullanımına izin verilen haller[361] kapsamına girmiyor oluşu sebebiyle, Şart'tan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali olduğu ve m. 15 uyarınca

[359] Francis G. Jacobs, Robin C. A. White, The European Convention on Human Rights, s. 320, (Oxford, New York: Clarendon Press, 2nd ed. 1996, (Nakleden: Mokhtar, s. 74).
[360] Oraa, s. 190.
[361] BM Şartı m. 42 ve m. 51.

yükümlülüklerin askıya alınması sebebi olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir[362]. İkinci yorumda ise, savaşın hukuka uygunluğu ya da aykırılığından bağımsız olarak var olduğunun kabul edildiği durumda, Türkiye'nin UİH ile bağlı olduğu; özellikle 1949 Cenevre Konvansiyonları ve 1977 tarihli Ek Protokoller'den kaynaklanan yükümlülüklerinin savaş kapsamındaki eylemleriyle ihlal edilmiş olması sebebiyle 15. maddeye aykırı hareket edildiği dile getirilmiştir[363]. Buna göre, Kıbrıs, Türkiye'nin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini iki açıdan ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Birincisi, olağanüstü hal ilanının kendisinin uluslararası hukuka aykırılığı (BM Şartı); ikincisi ise olağanüstü hal kapsamında askıya alınan hak ve özgürlükler doğrultusunda Türkiye tarafından gerçekleştirilen eylemlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklere aykırılığıdır.

AİHS'in hazırlık çalışmalarında, maddenin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin bir yanıta ulaşılamamaktadır. 4. maddesi, AİHS m. 15'in düzenlenmesine kaynak teşkil eden[364] MSHİUS'nin hazırlık çalışmalarında savaş kavramına oldukça çekinceli yaklaşıldığı; BM'nin kurulmasının esas amacının bir daha savaş yaşanmaması olması sebebiyle, savaşın olağanüstü hal ilanına izin verilen durumlar kapsamında sayılmamasının daha uygun olacağının düşünüldüğü; ancak 'ulusun varlığını tehdit eden diğer tehlikeler' şeklindeki düzenlemenin maddenin amacına uygun bir kapsamı karşılamayacağından hareketle savaşın da bu hallere dahil edildiği görülmektedir[365]. Bunun devamında ise, BM Şartı'nın ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB), devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülükleri bağlamında maddede açık olarak sayılmasının, olağanüstü hal ilanına imkan verecek savaşların BM Şartı'nın öngördüğü kurallara uygun olanlarla sınırlanmasını sağlayacağının düşünüldüğü; ancak İHEB'in

[362] Cyprus v. Turkey, Report of the Commission (10 Temmuz 1976), para. 510, 512.
[363] Cyprus v. Turkey, Report of the Commission (10 Temmuz 1976), para. 514.
[364]European Commission on Human Rights, Preparatory Work on Art. 15 of the European Convention on Human Rights https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH(56)4-EN1675477.pdf s. 10-11 (Son erişim tarihi: 19.01. 2019).
[365] Extract from the Annotation of the Draft International Covenants on Human Rights Prepared by the United Nations Secretary-General (Doc. A/2929, pp. 65-69), para. 39.

uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler kapsamında değerlendirilmemesi üzerine söz konusu eklemenin iki düzenleme için de yapılmadığı belirtilmiştir[366]. Dolayısıyla hazırlık çalışmalarından net bir sonuca ulaşılması mümkün gözükmemektedir.

Konuya ilişkin olarak Jaime Oraa, Kıbrıs tarafından 15. maddenin yorumlanmasına ilişkin önerilerinden ikincisinin tercih edilmesi gerektiğini savunmakta; buna sebep olarak ise silahlı çatışmanın uluslararası hukuka aykırı şekilde başlatıldığını tespit ederek, bu aykırılığı gerçekleştiren devletin olağanüstü hal ilan etme hakkı olmadığı kararını vermenin, insan hakları sözleşmelerinin denetim organları tarafından gerçekleştirilmek için fazla politik ve hassas bir görev oluşunu göstermektedir[367]. Yazar, MSHİUS'nin denetim organı olan BM İnsan Hakları Komitesi'nin de aynı yönde hareket ettiğini belirtmekte[368] ve madde 15'in silahlı çatışmayı başlatma eylemi üzerinden okunmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre madde ile kast edilen, olağanüstü hal kapsamında askıya alınan yükümlülükler doğrultusunda alınan önlemlerin devletin diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerini ihlal etmemesi gerekliliğidir.

Kıbrıs, 15. maddenin uygulanma biçimine ilişkin olarak yaptığı ikinci yorumda her ne kadar Türkiye'nin gerçekleştirdiği eylemler ile, bağlı olduğu diğer UİH yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiş olsa da ne eylemler ne de ihlal edilen yükümlülükler ile ilgili somut bir içerik sunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Türkiye tarafından, yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin olarak resmi ve kamuya açık bir bildirimin yapılmamış olması sebebiyle 15. maddenin

[366] Extract from the Annotation of the Draft International Covenants on Human Rights Prepared by the United Nations Secretary-General (Doc. A/2929, pp. 65-69), para. 43.
[367] Oraa, s. 194-195.
[368] BM İnsan Hakları Komitesi, İran ve Irak arasındaki silahlı çatışmada hangi devletin hukuka aykırı şekilde kuvvet kullanımıyla çatışma başlattığını değerlendirmemiş; devletlerden herhangi birinin olağanüstü hal ilan etme hakkından mahrum olduğu kararı vermemiştir. Irak ile ilgili olarak bkz. Iraq, A/35/40 (1980), pp. 22 ff; A/42/40 (1987), pp. 86 ff. İran ile ilgili olarak bkz. Iran, A/37/40 (1982), pp. 66 ff.

uygulanamayacağı kararını vermiştir[369]. Dolayısıyla söz konusu başvuru, madde 15'in nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin cevabı sunmamaktadır.

Brannigan ve McBride davasında başvurucular, Birleşik Krallık'ın 1966 tarihli MSHİUS'ye taraf olduğunu, bu Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca devletin olağanüstü bir halde yükümlülüklerini askıya alabilmesi için söz konusu hali resmi olarak ilan etme yükümlülüğü altında bulunduğunu ve bunu yapmaksızın AİHS m. 15 uyarınca olağanüstü hali sebep göstererek yükümlülüklerini askıya almış olması halinin, 15. maddede düzenlenmiş olan 'uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini ihlal etmeme' şartını ihlal etmiş olduğunu ileri sürmüşlerdir[370]. Bu iddiaya karşılık olarak AİHM, Birleşik Krallık'ın olağanüstü hali resmi olarak ilan etme yükümlülüğünün mutlak tanımını yapma görevinin kendisine ait olmadığını; ancak başvurucunun iddiasına temel teşkil edebilecek bir durumun var olup olmadığı değerlendirmesi yapması gerektiğini belirtmiştir[371]. Birleşik Krallık Devlet Sekreteri tarafından Avam Kamarası'na olağanüstü hale ilişkin olarak yapılan bildirimde AİHS m. 15 ve MSHİUS m. 4 uyarınca yükümlülüklerin askıya alınmasına temel teşkil eden olağanüstü halin detaylarının belirtildiğini ve bildirimin m. 4 ile aranan resmi ilan şartının gerekliliklerini taşıdığını belirten Mahkeme, başvurucular tarafından öne sürülmüş olan iddianın temeli olmadığını dile getirmiştir[372]. Bu karar ile, AİHS'ten doğan yükümlülüklerin askıya alınması halinin devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık teşkil edip etmediğinin Mahkeme tarafından inceleneceği sonucuna ulaşmak mümkünse de; bu incelemenin kapsamının ne olacağı, inceleme sırasında hangi hukuk düzenlemelerinin dikkate alınacağı net olarak ortaya konulamamaktadır. Zira Brannigan ve McBride davasında Mahkeme'nin ihlal edilip edilmediğini incelemiş olduğu 'uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülük' olağanüstü hal ilanının resmi şekilde yapılmasıdır. Konumuz özelinde, yaşam hakkının silahlı çatışmanın varlığı sebep gösterilerek

[369] Cyprus v. Turkey, Report of the Commission (10 Temmuz 1976), para. 528.
[370] *Brannigan and McBride v. UK*, no: 14553/89, §68, ECHR 1993.
[371] *Brannigan and McBride v. UK*, no: 14553/89, §72, ECHR 1993.
[372] *Brannigan and McBride v. UK*, no: 14553/89, §73, ECHR 1993.

askıya alındığı hal düşünüldüğünde, devletin UİH'den kaynaklanan ve askıya alma halinin kendisine aykırılık teşkil edebileceği yükümlülüklerinin Mahkeme tarafından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; değerlendirilebilecekse bunun ne kapsamda olacağı tartışmalıdır.

İnsan Haklarına İlişkin Parlamento Konferansı'nda *The International Institute of Human Rights* tarafından yapılan açıklama, UİH düzenlemelerinin, madde 15'te belirtilen 'devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülükleri' kapsamına girdiği yönündedir. Açıklamada, söz konusu kapsama hangi hukuk kurallarının dahil olduğunun Sözleşme'de net olarak düzenlenmediği; uluslararası nitelik taşıyan ve taşımayan silahlı çatışmaların varlığı halinde Cenevre Hukuku'nun[373] ve özellikle 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları'nın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş; devletin AİHS m. 15 uyarınca aldığı önlemlerin bu düzenlemelerden doğan yükümlülükleriyle çatışıp çatışmadığının AİHM ve açıklamanın yapıldığı dönemde varlığını sürdüren Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından denetlenmesi gerektiği dile getirilmiştir[374]. Aynı görüşteki yazarlara göre, AİHS m. 15 bağlamında alınan tedbirlerin, silahlı çatışmanın varlığı halinde uygulama alanı bulacak olan UİH kurallarına ve özellikle Cenevre Konvansiyonları ve Ek Protokollerine aykırılık teşkil etmesi halinde, Mahkeme m. 15'in ihlal edildiği kararını vermelidir.

Yaşam hakkının, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı sebep gösterilerek askıya alınmasına ilişkin AİHM içtihadı mevcut değildir. Bu sebeple, yaşam hakkına ilişkin yükümlülüklerin askıya alınması durumunda, devlet tarafından askıya alma kapsamında uygulanan AİHS'e aykırı tedbirlerin

[373] Uluslararası insancıl hukuk literatüründe kullanılan "Lahey Hukuku" ve "Cenevre Hukuku" teorik bir ayrım ile oluşturulmuş kategorilerdir. Lahey Hukuku ile kast edilen, çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallarken Cenevre Hukuku'nun esas düzenleme alanı çatışma dışı kalan kişilerin korunmasına ilişkindir. Adlarını, bu alanlara yönelik temel hukuk metinlerinin düzenlendiği ve onaylandığı yerler olan Lahey (1899 ve 1907 tarihli Lahey Konvansiyonları) ve Cenevre'den (Cenevre Konvansiyonları) almaktadır. (Crawford/Pert, s. 32).

[374] Council of Europe, Consultative Assembly, Parliamentary Conference on Human Rights, Vienna, 18-20 October 1971, Yearbook of the European Convention on Human Rights, The European Commission and European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff - The Hague, 1972, s. 83.

Mahkemece hangi UİH düzenlemeleri ışığında, ne şekilde değerlendirileceği konusunda net bir sonuca varılamamaktadır. Ancak, AİHS ile çakışan şekilde yaşam hakkına ilişkin; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığı halinde uygulama alanı bulacak ve dolayısıyla devletin bağlı olmaya devam edeceği çeşitli yükümlülüklerden bahsetmek mümkündür. Bunlar kimin hukuki olarak hedef alınabileceğini belirleyen kurallardır.

Devletin 'diğer uluslararası hukuk yükümlülükleri'nin UİH sözleşmelerinden, uluslararası teamül hukuku kurallarından ve BM Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanabileceğini savunan bazı yazarlar[375] AİHM'in, askıya alınan yaşam hakkına ilişkin UİH düzenlemesini göz önünde bulunduracağı ve bu düzenlemeye aykırılığın mevcut olup olmadığı yönünde bir karar vermek suretiyle UİH normunu uygulayacağı görüşündedir[376]. Madde 15 kapsamında yapılacak bu denetime ilişkin olarak bazı yazarlar AİHS m. 15'in Mahkeme'ye, devletin diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerini doğrudan değerlendirme yetkisi verdiğini savunmakta; alınan tedbirin diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesinin başvurucular tarafından talep edilmesi şartı aranmaksızın Mahkeme tarafından yerine getirilmesi gereken bir görev olduğunu ileri sürmektedir[377].

UİH kurallarının bir uluslararası sözleşmede düzenlenmiş olması halinde sözleşmeye taraf devletlerce AİHS m. 15 bağlamında bağlayıcı olacağı görüşüne ek olarak, söz konusu yükümlülüklerin uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğini haiz olması halinde, devletin bu kurallarla bağlı olmak için artık sözleşmeye taraf olması gerekliliğinin aranmayacağını belirtmek gerekmektedir. Hangi uluslararası hukuk kurallarının teamül niteliği taşıdığı konusunda kesinlik olmamakla birlikte[378] bazı yazarlar, söz konusu kuralların kodifiye edildiği

[375] Schabas, s. 601.
[376] Oellers-Frahm, s. 337.
[377] Mokhtar, s. 75.
[378] Teamüli uluslararası insancıl hukuk kurallarına yönelik bir çalışma için bkz. Jean-Marie Henckaerts and Louis Doswald-Beck (eds.), International Committee of the Red Cross: Customary International Humanitarian Law, 2 cilt, Cambridge University Press, 2005.

sözleşmelere taraf olan devlet sayısının bir kriter olarak göz önünde bulundurulabileceğini ileri sürmektedir. Kuralların teamül niteliği taşıyıp taşımadığının net şekilde ortaya konulamamasından dolayı, AİHS m. 15 bağlamında dikkate alınması gereken 'diğer uluslararası hukuk yükümlülükleri'nin esas olarak devletin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklananlar olduğu savunulmaktadır[379].

2.2.4 Meşru Savaş Fiilleri

AİHS madde 15'in 2. fıkrasında yaşam hakkının askıya alınabilir haklar kapsamının dışında bırakıldığı; meşru savaş fiilleri neticesinde meydana gelen ölüm hallerinin ise bu durumun istisnası olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemenin bir askıya alma hali mi; yoksa meydana gelen bir ölüm halinde devlet tarafından başvurulabilecek bir savunma argümanı mı olduğu konusu tartışmalıdır[380]. Şimdiye dek herhangi bir devlet, silahlı çatışmanın varlığını sebep gösterek m. 2 ile düzenlenmiş olan yaşam hakkını askıya almamıştır. Bu sebeple, yaşam hakkının meşru savaş fiilleri kapsamında askıya alınmasının mümkün olduğu kabulünde söz konusu fiillerin kapsamı ve hangi niteliği taşıyan çatışmaları karşıladığı sorularına Mahkeme içtihadı üzerinden cevap vermek henüz mümkün olmamıştır[381].

Meşru savaş fiillerinin iki farklı şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Kavramı tarihsel bağlamı ile ele alan ilk görüşe göre, maddenin İngilizce metninde kullanılan "*lawful acts of war*" tabiri *jus ad bellum* kapsamındadır ve silahlı çatışmanın kendisinin hukuka uygun olması gerekliliğine yönelik bir düzenlemedir[382]. Bu görüşün benimsenmesi halinde silahlı çatışmanın hukuka uygunluğu, BM Şartı ile kuvvet kullanımına istisnai olarak izin verilen durumlar kapsamında yer almasına bağlıdır. Bu durumlar, uluslararası barış ve güvenliğin

[379] Oraa, s. 201.
[380] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 72.
[381] Oellers-Frahm, s. 339.
[382] Schabas, 602.

korunması ya da tekrar tesis edilmesi amacıyla Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanımına izin verdiği haller[383] ve meşru müdafaadır[384]. Dolayısıyla silahlı çatışmanın kuvvet kullanımı yasağına getirilen istisnai hallerden birini teşkil etmemesi durumunda devlet, söz konusu çatışmayı, yaşam hakkını askıya alma sebebi olarak ileri süremeyecek[385] ya da çatışma bağlamında meydana gelen ölüme ilişkin bir savunma olarak bu argümana başvuramayacaktır.

Meşru savaş fiillerinin anlamına ilişkin olarak ortaya konulan ikinci görüşe göre, savaş fiillerinin meşruiyeti savaşın hukuka uygun olarak başlayıp başlamadığından ayrı düşünülmeli; savaş kapsamında işlenen fiillerin hukuka uygunluğu değerlendirmesi *jus in bello* üzerinden yapılmalıdır[386]. Bu yoruma göre savaş fiillerinin hukuka aykırılık teşkil edip etmediği, çatışma sırasında kullanılan araç ve yöntemlerin hukuka uygunluğu değerlendirmesi üzerinden belirlenecektir. Şayet eylemler, ilgili UİH kurallarına uygunsa, devlet bu eylemler sebebiyle meydana gelen ölüme ilişkin olarak, yaşam hakkını m. 15 uyarınca askıya almış olmasını argüman olarak ileri sürebilecektir. Zira UİHH çatışmaların sürdürülme biçimine ve askeri operasyonların hukuka uygunluğuna ya da aykırılığına dair düzenlemeler öngörmemektedir[387]. Dolayısıyla Mahkeme'nin söz konusu savaş eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirmesinde, çatışma sırasında uygulanan UİH kurallarını ne derecede uygulayabileceği ya da göz önünde bulundurabileceği meselesi önem kazanmaktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme'nin uygulayabildiği ya da göz önünde bulunduracağı hukukun kapsamı silahlı çatışmanın niteliğine göre değişiklik gösterebilecektir. Yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmeye konu edilen ölümün, uluslararası nitelik taşıyan bir silahlı çatışma esnasında ve devletin askıya aldığı yaşam hakkı kapsamında gerçekleşmesi halinde Mahkeme, alınan tedbirin

[383] Birleşmiş Milletler Şartı, m. 42.
[384] Birleşmiş Milltler Şartı, m. 51.
[385] Schabas, s. 602.
[386] Schabas, s. 602.
[387] Moir, s. 483.

AİHS m. 15'e uygun olup olmadığını değerlendirirken, UİH kurallarını göz önünde bulundurabilecektir. Yükümlülüğün askıya alınmaması ya da devletin maruz kaldığı saldırı karşısında yükümlülüğünü askıya almasına zaman olmaksızın bu saldırıya karşılık vermesi halinde uluslararası nitelikte bir çatışma bağlamında meydana gelen ölüme ilişkin olarak Mahkeme'nin AİHS m. 2 kapsamında bir değerlendirme yapması ihtimali söz konusu olacaktır. Ancak, uluslararası nitelikte bir silahlı çatışmada meydana gelen ölümün UİH kurallarına uygun olduğu durumda, Mahkeme'nin m. 2'nin ihlal edildiği sonucuna varmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma, UİH ve UİHH arasındaki ilişkinin ne olduğu konusuna ilişkin olarak aşağıda incelenecektir.

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın mevcut olması, ölümün bu nitelikteki bir silahlı çatışmaya ilişkin olarak gerçekleşmesi halinde ikili bir yorum yapılması gerekecektir. Buna göre, uluslararası nitelikte olmayan çatışmaların AİHS m. 15 bağlamında 'savaş' kapsamında değerlendirilmemesi halinde, yaşam hakkının askıya alınması mümkün olmayacağı için, meydana gelen ölümün hukuka aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesi AİHS m. 2 üzerinden yapılacaktır. Yaşam hakkının ele alınma biçiminin ve meydana gelen ölümün hukuka uygunluğu değerlendirmesinde uygulanacak hukukun silahlı çatışmanın uluslararası nitelik taşıyıp taşımamasına göre değişiklik gösterebildiği bu yaklaşım eleştiri konusu olmuştur[388]. Getirilen eleştirilerden biri, çatışmaya katılmak suretiyle olağan UİH korumasını kaybeden çatışanların, devletin silahlı güçlerince hedef alınamaması; dolayısıyla olaya müdahale edebilirliğin daha sınırlı hale getirilmesidir. İkinci eleştiri ise, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma esnasında meydana gelen ölüme ilişkin davanın AİHM ve bir uluslararası ceza mahkemesi önüne götürülmesi halinde çatışan yargı yetkilerinin ve birbirinden farklı kararların söz konusu olacak olması ihtimalidir[389]. Zira AİHM'in ölümü değerlendirirken daha yüksek bir gereklilik eşiği arayan AİHS m. 2'yi uygulayabilmek için durumu uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma

[388] Oellers-Frahm, s. 338.
[389] Oellers-Frahm, s. 339.

boyutuna varmayan bir olay olarak değerlendirmeye meyilli olacağı; buna karşılık uluslararası ceza mahkemelerinin UİH'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için düzenlenen kısmından daha detaylı ve kapsamlı şekilde düzenlenmiş olan uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaya yönelik kısmını, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabildiği ölçüde uygulamak için, olaya silahlı çatışma niteliği vermeye yatkın olacağı savunulmaktadır[390].

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların da 15. maddede sayılan savaş kavramına dahil edildiği ve madde uyarınca yaşam hakkının askıya alındığı durumda ise AİHM'in, silahlı çatışma bağlamında meydana gelen ölümün hukuka uygunluğu değerlendirmesini yaparken UİH'nin uluslararası nitelikte olmayan çatışmalara ilişkin düzenlemelerini uygulayıp uygulamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu nitelikteli bir silahlı çatışmanın varlığına rağmen yaşam hakkının taraf devletçe askıya alınmadığı durumda AİHM'in, çatışmaya ilişkin olarak meydana gelen ölümün hukuka uygunluğu değerlendirmesini sadece AİHS m. 2 üzerinden mi yapması gerektiği; yoksa devletin içinde bulunduğu durumun şartlarını göz önünde bulundurarak UİH'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemelerini AİHS m. 2 değerlendirmesine dahil mi etmesi gerektiği sorusu aşağıda incelenecektir.

2.2.5 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Coğrafi Uygulanma Alanı

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı halinde buna yönelik temel düzenlemeler olan ortak 3. madde ve Ek II No'lu Protokol'ün uygulanma alanları yukarıda incelenmiştir. UİH kuralları düzenlenme amacına uygun olarak, silahlı çatışmanın nerede gerçekleştiğinden ve devletin ülke sınırlarının aşılıp aşılmadığından bağımsız olarak, koruma altına alınmış kişilerin karşı tarafın himayesi/otoritesi altında olduğu her durumda uygulanmaktadır[391]. Buna karşılık

[390] Oellers-Frahm, s. 339.
[391] Gioia, s. 206.

UİHH sözleşmelerinin uygulanacağı alanın sınırlarının belirlenmesi sorun yaratabilmektedir. Sözleşmelerin, taraf devletlerin ülke sınırlarını aşacak şekilde (*extraterritorial*) uygulanıp uygulanmayacağı birçok incelemenin konusu olmuştur. Zira bu düzenlemeler esas olarak devletlerin ülke sınırlarında bulunan bireylere karşı sahip oldukları yükümlülükleri düzenlemekteyken, söz konusu alan genişleyebilmekte ve devletin yargı yetkisi alanında (*jurisdiction*) bulunan kişiler de sözleşmelerin sunduğu koruma kapsamına dahil olabilmektedir. Burada yargı alanı kavramı ile devlet otoritesinin ve hükümet gücünün farklı şekillerdeki mevcudiyeti kast edilmektedir[392]. Bu otoritenin/gücün varlığı devletin söz konusu yerde meydana gelen ihlaller bağlamında yargı yetkisine sahip olması sonucunu doğurabilmektedir. Bazı sözleşmeler devletin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmediği eylemler sebebiyle sorumluluklarının doğabileceği alanların nasıl belirleneceğine dair maddeler içerirken[393] bazıları bu konuda sessiz kalmaktadır[394]. Bir UİHH sözleşmesinin kendisine tanıdığı hak ya da hakların ihlal edildiği iddiasında olan kişinin, bu iddiada bulunabilmesi için söz konusu sözleşmeye taraf olan ve ihlali meydana getirdiği iddia edilen devletin yargı yetkisi alanında bulunması şartının aranması bu maddelerin en tipik örneğidir. Bahsedilen yetki alanının kapsamı ise yargı organlarının ya da yarı yargısal mekanizmaların verdikleri kararlarla oluşturulmaktadır[395]. AİHS'in sınır ötesi uygulanmasına ilişkin tartışma, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın sınır aşan şekilde (*transnational*) meydana geldiği durumlarda bu çalışmada incelenen yaşam hakkının AİHS bağlamında uygulanıp uygulanmayacağını

[392] Gioia, s. 206.

[393] Avrupa İnsna Hakları Sözleşmesi m.1: ‘‘Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.’’; Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.2(1): ‘‘Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere,…, bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.’’; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 1: ‘‘Bu Sözleşme’ye taraf Devletler burada tanınan hak ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve yargı yetkileri altında bulunan tüm kişilerin bu hak ve özgürlüklerden,…, özgürce ve tam olarak faydalanabilmelerini sağlamayı üstlenirler.’’.

[394] Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi yargı yetkisi alanına dair bir madde içermez ancak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi İhtiyari Protokol’ün 2. maddesi Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’ne başvuracak ya da kendi adlarına başvuruda bulunulacak kişi ve kişi gruplarının Taraf Devletlerin yargı yetkisi altında bulunması şartını öngörmektedir.

[395] Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide, s. 58.

belirlemek açısından önem taşımaktadır.

AİHS'in 1. maddesi uyarınca Sözleşme'ye taraf devletler, kendi yetki alanlarında bulunan herkesin AİHS'in birinci bölümünde düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü altındadırlar[396]. Maddede Sözleşme'nin uygulanacağı coğrafi sınırlara ilişkin bir unsur öngörülmemiştir; ancak AİHM kararlarından, AİHS'in uygulanma alanının taraf devletlerin ülkeleriyle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, Loizidou kararında[397] m. 1'de belirtilen yetki alanının taraf devletin ülkesiyle sınırlı olmadığını; hukuka uygun ya da aykırı olarak gerçekleştirilen askeri operasyonun, operasyonu gerçekleştiren devletin bu bölgede etkili kontrolünü sağlayacağını; bu sebeple devletin kendi ülkesi dışında gerçekleştirdiği eylemlere ilişkin olarak da AİHS ile bağlı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, ülke dışı askeri operasyon düzenleyen devletin bölgedeki etkin kontrolünün kendisine ait silahlı kuvvetler ya da kendisine bağlı olarak faaliyet gösteren yerel otorite aracılığıyla gerçekleştiğini belirtmiştir[398]. Mahkeme ek olarak Gürcistan[399] ve Irak[400] örneklerinden yola çıkarak, silahlı çatışmalarda Sözleşme'nin sınır ötesi uygulanmasının söz konusu olabileceğini belirtmiştir[401]. Uygulamanın söz konusu olabilmesi için, durumun Sözleşme'ye taraf devletçe silahlı çatışma olarak nitelenmesi şartı bulunmamaktadır. Zira Çeçenistan-Rusya arasında gerçekleşen durum budur[402].

Mahkeme, AİHS'in sınır ötesi uygulanmasına ilişkin diğer bir dava olan Bankoviç'te[403] farklı bir yaklaşım benimsemiştir. NATO üyesi ülkelerce Eski Yugoslavya'ya yapılan hava saldırılarının konu edildiği davada Mahkeme, AİHS

---

396 AİHS m. 1.
397 *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), no: 15318/89, ECHR 1995.
398 *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), no: 15318/89, § 62, ECHR 1995.
399 *Georgia v. Russia (I),* no. 13255/07, § 159, § 163, ECHR 2014.
400 *Al-Skeini and others v. UK* [GC], no. 55721/07, § 164, ECHR 2011; Hassan v. UK [GC], no: 29750/09, ECHR 2014.
401 Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide, s. 59-60.
402 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §178, ECHR 2005; *Esmukhambetov and others v. Russia*, no. 23445, § 76, ECHR 2011.
403 *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, ECHR 2001.

m. 1'de geçen, devletin yetki alanı tabirinin esas olarak ülkesel olduğunu[404]; devletlerin ülke dışında gerçekleştirdikleri ya da sonuçları ülke dışı etki doğuran eylemlerinin AİHS m. 1 bağlamındaki yetki alanına dahil olarak değerlendirilmesinin istisnai hallere mahsus olduğunu[405] ve Sözleşme'nin taraf devletlerin eylemlerinin gerçekleştiği bölgede uygulanabilmesi için bu bölgenin normalde de AİHS'in yargısal alanı (*espace juridique*) içinde olması gerektiğini[406] belirtmiştir. Yargısal alan ile kast edilen, eylemlerin gerçekleştiği ülke topraklarının AİHS koruması altında olması; yani hava saldırılarının yöneltildiği ülkenin AİHS'e taraf bir devletin ülkesi olmasıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin dünyanın her yerinde uygulanmak için düzenlenmiş olmadığını[407]; söz konusu hava saldırılarının devletin bölgede etkili kontrole sahip olması sonucunu doğurmadığını ve eylemlerin davalı devletlerin yetki alanlarına girmediğini belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bankoviç kararı, hem AİHS'in sınır ötesi uygulanmasını Sözleşme'ye taraf devletlerin ülkeleriyle sınırlayan yargısal alana değinmesi hem de hangi eylemlerin devletin ülke dışında etkili kontrolünün mevcut olması sonucunu doğurduğuna ilişkin tartışmalar açısından önem teşkil etmektedir. Mahkeme'nin söz konusu kabul edilemezlik kararını verirken yaptığı bazı açıklamalar, sınır ötesi uygulama kapsamına girecek eylemlerin belirlenmesi konusunda çelişki doğmasına sebep olmuştur. Zira Mahkeme, devletin diplomatik ve konsüler ajanlarının ülke dışında gerçekleştirdiği eylemleri ve devletin bayrağını taşıyan gemisinde ya da kendi adına kayıtlı uçaklarda gerçekleşen eylemleri devletin yetki alanında kabul ettiğini belirtmiştir[408].

---

[404] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 59, ECHR 2001.
[405] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 67, ECHR 2001.
[406] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 80, ECHR 2001.
[407] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 80, ECHR 2001.
[408] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 73, ECHR 2001.

Mahkeme'nin birçok eleştiriye konu edilen bu yaklaşımı sonraki davalarda değişiklik göstermiştir. Kuzey Irak'ta Türk silahlı kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ölümlere ilişkin Issa kararında[409] Mahkeme, kişilerin Türkiye'nin etkili kontrolü altındaylen ölmüş olmaları halinde, bulundukları ülke devletinin (Irak) AİHS'e taraf olması şartı aranmaksızın Türkiye'nin yetki alanında bulundukları sonucuna varılabileceğini belirterek[410], AİHS'e ilişkin olarak Bankoviç'te benimsemiş olduğu yargı alanı yaklaşımından farklı hareket etmiştir. Aynı kararında Mahkeme, AİHS'in sınır ötesi uygulanmasına imkan tanıyan etkili kontrol kavramına ilişkin olarak Bankoviç'te öngördüğü eşiği düşürmüş ve bu kapsamda değerlendirilen eylemleri çoğaltmıştır. Buna göre, devletin sorumluluğunun doğabilmesi için genel bir kontrolün (*overall control*) varlığı yeterli olacak[411] ve söz konusu kontrolün, bölgedeki devlet görevlilerinin kişiler üzerinde sahip oldukları denetim/yönlendirme yetkisi aracılığıyla mevcut olduğu kabul edilecektir[412]. Issa davası, kişi ölümlerine sebep olan operasyonların Türk silahlı kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği hususunda yeterli delil bulunmaması sebebiyle[413] kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmış olsa da, Mahkeme'nin Bankoviç kararındakinden farklılaşan yaklaşımını ortaya koymuş olması açısından önemlidir.

Al-Saadoon ve Mufdhi v. Birleşik Krallık kararında[414] ise Mahkeme, başvuruculaların, Birleşik Krallık'ın yargı yetkisinde bulundukları süreyi Irak'ın işgaliyle sınırlamamış, işgal bittikten sonra Irak kuvvetlerine teslim edilene kadar Birleşik Krallık silahlı kuvvetleri denetimi altında geçirdikleri dönemi de bu sürece katmıştır[415]. Bu yorum hem devlet görevlilerinin, denetimleri altındaki kişiler üzerinde sahip oldukları kontrolün devletin AİHS bağlamında sorumluluğunu doğurması hem de kişilerin Sözleşme'ye taraf olmayan devlet

[409] *Issa And others v. Turkey*, no. 31821/96, ECHR 2004.
[410] *Issa And others v. Turkey*, no. 31821/96, § 74, ECHR 2004.
[411] *Issa And others v. Turkey*, no. 31821/96, § 70, ECHR 2004.
[412] *Issa And others v. Turkey*, no. 31821/96, § 71, ECHR 2004.
[413] *Issa And others v. Turkey*, no. 31821/96, § 81, ECHR 2004.
[414] *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2009.
[415] *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, no. 61498/08, § 84-89, ECHR 2009.

ülkelerindeyken de Sözleşme'ye taraf devletin yargı yetkisi altında bulunabileceklerinin AİHM tarafından kabul edilmesi açısından önemlidir.

Mahkeme'nin benimsediği yaklaşımlar arasındaki farklılık, bir sonraki kararındaki tercihinin ne olacağı konusunda net bir yorum yapmayı mümkün kılmamaktadır. Sözleşme'nin sağladığı koruma alanını genişleten yorum, insan hakları odaklı bir bakış açısıyla tercih edilen yorum olacaktır. Kararların tarihsel olarak geçirdiği değişimin bu şekilde devam edeceği kabulünde, sınır aşan bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığı halinde Sözleşme'ye taraf olan devlet, kendi silahlı kuvvetlerinin eylemleri sebebiyle bölgede genel bir kontrole sahip olacak; bu sebeple devletin yetki alanının varlığından bahsedilebilecektir. Buna ek olarak çatışma ülkesinin ait olduğu devletin Sözleşme'ye taraf olup olmamasından bağımsız olarak, çatışma bağlamında gerçekleştirdiği ölümlere ilişkin olarak taraf devlet AİHS ile bağlı kalmaya devam edecektir.

Sözleşme'nin sınır ötesi uygulanması halinde taraf devletin Sözleşme'nin bütününden mi sorumlu olacağı yoksa ilgili sorumluluğun olaya ilişkin haklarla sınırlı olarak mı doğacağı da üzerine tartışılmış olan konulardandır. AİHM'in bu konudaki yorumu, işgal hali dışında devletlerin sınır ötesi varlık gösterdikleri ve zorluk arz eden durumlarda insan hakları hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerinin; özellikle koruma yükümlülüğünün, uygulanma biçiminin ve kapsamının değişebileceği yönündedir[416]. Al-Skeini kararında Mahkeme bir devletin, görevlileri vasıtasıyla, üzerinde kontrol ve otorite kurduğu; dolayısıyla yetkisinin doğduğu bireylere karşı AİHS m. 1 uyarınca, Sözleşme'nin birinci bölümünde düzenlenen hak ve özgürlüklerden bireyin içinde bulunduğu duruma ilişkin olanları sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir[417]. Bu bağlamda Sözleşme'nin sınır ötesi şekilde uygulanacak olan kısmı, olaya ilişkin olanlarla sınırlandırılmakta; Sözleşme'den doğan hak ve özgürlükler "bölünmüş ve

[416] Murray/Wilmshurst/Hampson/Garraway/Lubell/Akande, Practitioners' Guide, s. 64.
[417] *Al-Skeini and others v. UK* [GC], no. 55721/07, § 137, ECHR 2011.

uyarlanmış"[418] hale gelmekte; devletin yükümlülüklerinin uygulanma biçiminin içinde bulunulan şartlara göre değerlendirilmesi imkanı yaratılmış olmaktadır. Bu yorumuyla AİHM Bankoviç kararında benimsemiş olduğu, devletin m. 1'den doğan pozitif yükümlülüğünün Sözleşme'nin birinci bölümünde düzenlenmiş olan hak ve özgürlüklerden dava konusu olaya ilişkin olanlarla sınırlanamayacağı şeklindeki yaklaşımını[419] değiştirmiştir. Bu yaklaşım, sınır aşan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşam hakkının Mahkeme tarafından, içinde bulunulan şartlara uygun şekilde yorumlanması; AİHS ile birlikte uygulama alanı bulan UİH kurallarının yapılan değerlendirmede göz önünde bulundurulması ve aşağıda incelenecek olan 'uyumlu yorum' tekniğine başvurulmasını mümkün kılabilecektir.

2.3 KOLLUK YETKİSİ VE SİLAHLI ÇATIŞMALARIN SÜRDÜRÜLMESİ PARADİGMALARI

Devlet tarafından ölümcül kuvvet kullanımına başvurulmasının hukuka uygunluğu değerlendirmesi, içinde bulunulan durumun niteliğine göre farklı kriterlere tabi olmaktadır. Bu kuvvetin kullanılabilir olup olmayışı, kullanılacaksa seviyesi ve kullanılma biçimi, mevcut şartlar üzerinden yapılan değerlendirme ile belirlenmektedir[420].

Geleneksel görüş, barış zamanı ve silahlı çatışma hali olarak ikili bir ayrım yapmakta; barış zamanında UİHH'yi temel alan ve hukuk düzeninin korunması ya da bozulan düzenin yeniden tesisini amaçlayan kolluk yetkisinin kullanılacağını; silahlı çatışma halinde ise UİH'yi temel alan, silahlı çatışmaların yürütülmesi

[418] *Al-Skeini and others v. UK* [GC], no. 55721/07, § 137, ECHR 2011.
[419] *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States* (dec.), no. 52207/99, § 75, ECHR 2001.
[420] Nader I. Diab, Targeting Members of Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: An Attempt to Reconcile International Human Rights Law with International Humanitarian Law's (De Facto) Status-Based Targeting, International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice, Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, Manuel Ventura (eds.) T.M.C. Asser Press/Springer, s. 5. (Diab)

rejiminin uygulanacağını belirtmektedir[421]. Buna göre, silahlı şiddetin uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma olarak değerlendirilebileceği seviyeye ulaşmadığı, buna ilişkin kriterleri sağlamadığı durumda kolluk yetkisi kullanılacak; silahlı çatışmaların yürütülmesi rejimi ve UİH uygulaması söz konusu olmayacaktır. Bu halde, şiddet eylemlerini gerçekleştiren kişiler çatışmalara doğrudan katılan sivil ya da savaşan değil; terörist, haydut, isyancı vb. şeklinde adlandırılacak[422] ve insan hakları hukuku düzenlemelerine tabi olacaklardır. Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığının kabul edildiği halde ise UİH temelinde düzenlenen silahlı çatışmaların yürütülmesi rejimi uygulanacak; kişinin hedef alınabilirliği ve öldürücü kuvvet kullanımı bu nitelikteki çatışmalar için resmi olarak öngörülmüş bir çatışan statüsü mevcut olmadığı için kişinin çatışmaya doğrudan katılımı ya da sivil olması üzerinden belirlenecektir.

Günümüzde, iki rejimin birbirinden keskin çizgilerle ayrılamayacağı savunulmakta; iki rejim arasında seçim yapılması gereken durumların mevcut olabildiği ileri sürülmektedir. Bu durumun temel sebebi, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara nazaran farklı özellikler gösteren ve onun kadar detaylı UİH düzenlemesine tabi tutulmamış olan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların günümüzde meydana gelen silahlı çatışmaların çoğunluğunu teşkil etmesidir[423].

Bu tür silahlı çatışmalarda devletin silahlı kuvvetlerinin görevi düşmanla mücadele yürütmekle sınırlı değildir; hukuki düzenin fiili olarak işleyebildiği ortamı tekrar kurarak kamu düzenini ve güvenliğini tesis etmelerinin de kendilerinden beklendiği durumlar meydana gelebilmektedir. Bu hallerde devletin çatışmaların yürütülmesi rejimine ek olarak kolluk yetkisi rejimini benimsemesi

[421] Diab, s. 5.
[422] ICRC, DPH, s. 24.
[423] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. iii.

söz konusu olabilmektedir[424]. Kişilerin çatışmalara doğrudan katılımları, UİH uyarınca hedef alınabilirlikleri sonucunu doğururken; yaygın devlet uygulamasına göre devletlerin iç hukuk düzenlerini ihlal eden bir suç olarak öngörüldüğü için UİH yanında insan hakları hukuku da uygulama alanı bulabilecektir[425].

AİHM uygulamasına bakıldığında, Türkiye ve PKK arasında süregelen ve Türkiye tarafından silahlı çatışma olarak nitelendirilmeyen silahlı operasyonlar ile ilgili olarak, kolluk yetkisi rejimini tercih ettiği kararların mevcut olduğu görülmektedir. Gül Türkiye'ye karşı davasında, PKK ile bağlantılı kişileri sakladığından şüphe edilen kişinin evine giden polislerin uyarıda bulunmaksızın ve alternatif yolları denemeksizin doğrudan kuvvet kullanımına başvurması; bunu sivillerin, kadın ve çocukların yaşadığı bir ortamda hedefini net olarak belirleme imkanı olmaksızın silah kullanma yoluyla yapması; eylemin ev sahibi kişinin ölümü sonucunu doğurması Mahkeme tarafından orantısız olarak nitelendirilmiştir[426]. Kolluk yetkisi rejimi uyarınca Mahkeme, hem kuvvet kullanımını mutlak olarak gerekli kılan bir durumun söz konusu olmaması[427] hem de meydana gelen ölüm sonrasında etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle[428], AİHS m. 2 ile düzenlenen yaşam hakkının esas ve usuli yönden ihlal edildiğine karar vermiştir.

Türkiye'nin PKK ile arasındaki durumu silahlı çatışma olarak değerlendirmiyor oluşunun Mahkeme'nin yaklaşımı üzerinde etki sahibi olmuş olması ihtimaller dahilindedir. Ancak yine de Mahkeme'nin, verdiği kararların bazılarında şiddetli silahlı çarpışma (*violent armed clashes*) terimini kullanmayı uygun gördüğünü belirtmek gerekir[429].

---

[424] Diab, s. 6.
[425] Diab, s. 6.
[426] *Gül v*. *Turkey*, no:22676/93, §82, ECHR 2000.
[427] *Gül v*. *Turkey*, no:22676/93, §83, ECHR 2000.
[428] *Gül v*. *Turkey*, no:22676/93, §95, ECHR 2000.
[429] *Ergi v*. *Turkey*, no: 23818/94, §85, ECHR 1998; ECtHR, *Kaya v*. *Turkey*, no: 158/1996/777/978, § 91, ECHR 1998; *Güleç v. Turkey*, no. 54/1997/838/1044, §81, ECHR 1998; *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, § 319, ECHR 2004.

Kolluk yetkisi kullanımı ve silahlı çatışmaların yürütülmesi rejimlerinden birinin seçilmesi ya da rejimler arası geçişlilik arz eden bir uygulamanın tercih edilmesini gerektiren sebeplerden biri zaman ve yere ilişkindir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara katılan kişilerin sadece çatışma anında ve çatışma bölgesinde değil; bu sınırları aşan şekilde varlık göstermeleri, bu kişiler karşısında sağlanması gereken emniyet için uygulanması gereken rejimin UİH odaklı mı yoksa UİHH odaklı mı olması gerektiği sorusunu akla getirebilmektedir.

Uygulandıkları coğrafi alanlara bakıldığında UİH ve UİHH'nin ortak kümeye sahip olduğu noktalar mevcuttur. UİH silahlı çatışmanın yürütüldüğü bütün alana sirayet ederken UİHH, kaynağını aldığı belgede sınırları çizilen alanlarda uygulanmaktadır. Bu alanlar UİHH sözleşmesinin sözleşme ile yükümlü devletlere tanıdığı yargı alanıyla belirlenmektedir. Sözleşmelerin sınır ötesi şekilde uygulanması (*extraterritoriality*) ve kendi coğrafi sınırlarında olmasa dahi hareket ve kontrol kabiliyeti sebebiyle söz konusu devleti yükümlü tutması mümkün olabilmektedir. Özellikle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda ve işgal hallerinde UİHH'nin uygulanabilirliği doktrinde savunulmaktadır[430].

Bazı yazarlar, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda, statüsü itibariyle hedef alınabilir olan kişinin, mümkün olan her durumda hedef alınması yerine yakalanmasının, devlet için bir yükümlülük olmadığını savunmaktadırlar[431]. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda ise organize silahlı örgütün, silahlı çatışmanın yaşandığı alan üzerindeki hakimiyetinin düşük olması halinde, kişinin yakalanmasının mümkün olduğu durumda hedef alınması yerine bunun tercih edilebileceğini dile getirmektedirler[432].

---

[430] Diab, s. 5.
[431] Marco Sassoli, Laura M. Olson, The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts, International Review of the Red Cross, Volume 90, Number 871, September 2008, s. 606. (Sassoli/Olson)
[432] Sassoli/Olson, s. 607.

Rejimler arası seçim ya da geçişlilik gerekliliği doğuran diğer bir etken konu ve kişilere ilişkindir. Zira silahlı şiddetin mevcut olduğu hallerde, şiddet seviyesi ani olarak yükselip alçalabilmekte; tarafların içinde bulunduğu haller ve avantajlı/dezavantajlı konumları değişiklik gösterebilmekte; sivil nitelik taşıyan bir karışıklık ya da isyan, silahlı çatışmanın kendisine dönüşebilmekte ya da silahlı çatışmanın devlet olmayan tarafı konumunda hareket eden kişiler, sivil topluluğun arasına karışabilmektedir. İçinde bulunulan halin nitelemesinin değişiklik gösterişi ve uluslararası nitelikte olmayan çatışma teşkil edip etmediğinin tespit edilemeyişi, hangi rejimin uygulanacağı seçiminin net bir şekilde yapılmasını zorlaştırabilmektedir. Konuya ilişkin netlik sunmayan bu hale ek olarak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların günümüzde genel olarak sivil topluluklarla iç içe sürdürülmesi ve aktörlerin niteliğinin değişken ya da tespit edilmesinin zor olması[433] kişilerin konumlarının ve hedef alınabilirliklerinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu noktada çatışan, sivil, asi, çatışmalara doğrudan katılan sivil gibi kimliklerin ayırt edilmesi her zaman mümkün olamamakta; dolayısıyla söz konusu kişilere karşı benimsenmesi gereken muamele biçimi ve kuvvet kullanımının hedefi olup olamayacaklarının belirlenmesi mümkün olmayabilmektedir. Bahsedilen muamele biçimi ve kuvvet kullanımı, kuvvetin kullanılması anıyla sınırlı değildir; söz konusu uygulama için yapılan planlamalarda gözetilmesi gerekenler; yani hazırlık süreci ve buna ek olarak kuvvet kullanımı sonrası soruşturma yapılması zorunluluğunun var olup olmadığının belirlenmesi de kapsama dahildir.

UİH kapsamında yer alan silahlı çatışmaların yürütülmesi rejimi ile UİHH kapsamına giren kolluk yetkisi rejimi arasında öldürücü kuvvet kullanımının düzenlenmesine ilişkin olarak çeşitli benzerlikler bulunmakla birlikte, iki hukuk dalının konuyu ele alma biçimi farklıdır. İki rejimde de kuvvet kullanımının ya da kişinin hedef alınmasının meşru olabilmesi için buna maruz kalacak kişinin bir tehlike arz etmesi; kuvvet kullanımı sırasında rastlantısal kayıpların ve diğer

[433] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. iii.

kişilere verilecek zararın asgari düzeyde tutulması; sayılan ikinci şartın gerçekleştirilebilmesi için, kuvvet kullanımına başvuracak otoritelerce gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir[434].

İki hukuk dalı arasında konuya ilişkin terminolojik bir benzerlik de söz konusudur. İhtiyati önlem alma yükümlülüğü (*precaution*); gereklilik (*necessity*) ve orantılılık (*proportionality*) prensipleri iki rejimde de mevcuttur[435]. Ancak bu benzer noktalar, iki rejimin esas amaçlarının birbirinden farklı olması sebebiyle (UİHH için bireyin devlet karşısında korunması; UİH için ise askeri avantaj sağlamak yoluyla düşmanın yenilgiye uğratılarak silahlı çatışmanın sonlandırılması) farklı yükümlülükler yaratacak şekilde değerlendirmeye alınmaktadır. Aşağıda inceleneceği üzere iki hukuk dalı altında yaşam hakkına müdahale niteliği taşıyan eylemin yapılabileceği; yani kuvvet kullanımının hukuka uygun hale geleceği noktaya ulaşılana kadar tamamlanması gereken aşamalar ve alınması gereken önlemler nitelik ve nicelik olarak birbirinden farklılık göstermektedir.

Yukarıda belirtilen ve iki rejim arasında benzer olabilecekken uygulanma biçimleri açısından farklılaşan noktalara değinmeden önce temel farklara bakmak gerekmektedir. Bunlardan biri, UİH altında mevcut olan ve kişinin her zaman hedef alınabilirliği sonucunu doğuran kişi statülerinin (çatışan-çatışmaya doğrudan katılan sivil) UİHH'de mevcut olmamasıdır[436].

Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar açısından öngörülmüş olan çatışan statüsü, çatışmaya katılma hakkı olan ve her zaman hedef alınabilir kişiyi ifade etmektedir[437]. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların devlet olmayan tarafının üyeleri, yani savaşanlar ise bu statüye sahip olmamakla birlikte, daimi

[434] Gloria Gaggioli, L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, Édition A. Pedone, Paris, 2013, s. 358. (Nakleden: Diab, s. 6).
[435] Diab, s. 7.
[436] Diab, s. 6.
[437] Ek I No'lu Protokol, m. 43/f. 2.

çatışma fonksiyonları sebebiyle yine saldırının her zaman hedefi olabilmektedirler. Çatışmaya doğrudan katılan siviller de çatışmaya doğrudan katılımları süresince saldırının hedefi olabileceklerdir. Sonuç olarak UİH, kişinin hedef alınabilirliğini sahip olduğu statü üzerinden belirlemektedir.

Bunun karşısında UİHH, kim olduğundan ve üstlendiği fonksiyondan bağımsız olarak herkesin ayrım gözetilmeksizin yaşam hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Kuvvet kullanımının meşruiyeti kişinin, içinde bulunulan anda arz ettiği tehlikeye ilişkin olarak yapılan değerlendirmeyle belirlenmektedir[438]. Kişinin görevi, fonksiyonu, önceden çatışmaya katılmış olması vb. gibi haller, arz ettiği tehlike açısından birer unsur olarak değerlendirmeye dahil edilebilirse de, genel geçer bir statü ya da ön kabul söz konusu olmadığı için bu değerlendirme bir olaydan diğerine değişiklik gösterebilmekte; bu unsurlar tek başlarına kuvvet kullanımının meşru olması sonucunu doğurmamaktadır.

Silahlı çatışmaların yürütülmesi rejiminin kolluk yetkisi rejiminden bir diğer farkı; UİH altında askeri hedef olarak belirlenen kişilerin hedef alınması halinin olağan uygulama oluşudur. Buna karşı çıkan ve farklı bir yöntemle ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi mümkün olan kişinin hedef alınmasının UİH'ye aykırılık teşkil edeceğini savunan yazarlar[439] mevcutsa da, askeri hedef teşkil eden kişilerin (devletin silahlı kuvvet mensupları ve daimi çatışan fonksiyonuna sahip organize silahlı örgüt mensupları) her zaman hedef alınabileceği yaygın şekilde kabul edilmektedir[440]. Zira çatışmanın askeri avantaj sağlanarak sona erdirilmesi amacına hizmet ettiği ve hukuka uygun olduğu ön kabulü mevcuttur[441]. Askeri hedef olabilen kişilerin yaşam hakkının korunması için, UİH kapsamında düzenlenen asgari prensiplere uygun davranılması halinde ölüm sonucunu ortadan

[438] Diab, s. 7.
[439] Melzer, s. 288-289; Michael N. Schmitt, State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law, 17 Yale J. Int'l L. (1992), s. 640-641.
[440] Sivakumaran, s. 365; Commentary of 1987, para. 4789.
[441] Gloria Gaggioli, L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, Édition A. Pedone, Paris, 2013, s. 358. (Nakleden: Diab, s. 6).

kaldırmak için ayrıca bir çaba sarf edilmesi zorunluluğu söz konusu değildir. UİHH kapsamında ise kuvvet kullanımı en son çare addedilmekte[442], örneğin ele geçirilmesi mümkün olan kişinin öldürülmemesi gerekmektedir. Öldürme ya da öldürmeye elverişli eylemlerin yapılabilmesi, ancak atılabilecek alternatif adım, yapılabilecek farklı bir eylem kalmaması halinde hukuka uygun kabul edilmektedir[443].

Kuvvet kullanımının esas hedefi olmayan kişiler açısından bakıldığında, silahlı çatışmaların yürütülmesi rejiminde yaşam kaybının rastlantısal olarak meydana geldiği durumlar kolluk yetkisi rejimine nazaran daha olağan kabul edilmekte; doğabilecek zarar için daha büyük bir alan tanınmaktadır.

Buna ek olarak iki rejim altındaki eylemlerin planlanma biçimlerine bakıldığında da benzer bir farklılık söz konusu olmaktadır. UİHH altında yer alan kolluk yetkisi rejiminin aksine UİH, yani silahlı çatışma rejimi, öldürücü etkisi daha az olan silah kullanımı tercihini zorunlu kılmamaktadır. Vereceği zarar bakımından daha hafif nitelikteki silahın kullanılması imkanı mevcutken öldürücü etkili silahın tercih edilmesi UİHH kapsamında hukuka aykırılık teşkil edebilecektir. Ek olarak, yaşam hakkına bir müdahalenin meydana gelmesi halinde UİHH soruşturma yapma ve takibat yükümlülüğü getirirken UİH açısından böyle bir zorunluluk söz konusu olmamaktadır[444].

2.3.1 İki Rejim Arasındaki Temel Farklar

İki hukuk dalı açısından ortak olan ancak içerikleri değişiklik gösteren üç temel prensip mevcuttur:

---

[442] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 1.
[443] Gloria Gaggioli, L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, Édition A. Pedone, Paris, 2013, s. 358. (Nakleden: Diab, s. 6).
[444] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. iv.

1) Gereklilik Prensibi: İki rejimde de yer bulan gereklilik prensibi, öldürücü kuvvet kullanımına iki hukuk dalının esas amaçlarının gerektirdiğinin ötesinde başvurulmaması temeline dayanmaktadır[445]. Silahlı çatışmaların yürütülmesi rejiminde, askeri hedef olabilen kişilere karşı kuvvet kullanımı için aranan gerekliliğin var olduğu ön kabulü mevcuttur. Zira silahlı çatışmanın varlığı UİHH'den farklı olarak kuvvet kullanımını olağanlaştırmakta[446]; çatışma halinin istisnailiği, istisnai bir rejimi norm haline getirmektedir. Buna paralel olarak kişiler, içinde bulunulan anda yarattıkları tehlike üzerinden değerlendirilmeyerek sadece statüleri sebebiyle hedef alınabilmektedirler. Bu durum UİH'nin, askeri avantaj elde ederek silahlı çatışmanın en az kayıpla sonlandırılmasını sağlamak amacını desteklemektedir.

Kolluk yetkisi rejiminde, öldürücü kuvvet kullanımı için mutlak bir gereklilik aranmakta; prensip açısından gözetilen kriterin seviyesi UİH'ye göre yükselmekte; kuvvet kullanımına, alternatif bir yönteme başvurmanın mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak başvurulduğunun ortaya konulması gerekmektedir[447]. Bu durumlar dışında, kullanılması imkanı mevcut olan diğer yolların tercih edilmesi gerekmektedir. Zira hukuk düzeninin korunmasını ya da yeniden tesis edilmesini amaçlayan bu rejim için öldürücü kuvvet kullanımı istisnai olma niteliğini kaybetmemektedir; dolayısıyla başvurulması öngörülen son çaredir. Kuvvet kullanımının tercih edilecek son yol olması hali onu hukuki kılmaya yetmemektedir. Bu kullanımın meşru müdafaa, kişinin hukuka uygun olarak yakalanması, hukuka uygun şekilde yakalanmış kişinin kaçmasının engellenmesi ya da isyanın bastırılması gibi hukuki bir amacın aracı olması ayrıca aranmaktadır[448]. UİH'de gereklilik prensibinin içeriği, UİHH'de olduğu gibi varlığı aranacak belirli hallerin sayılması yoluyla netleştirilmemiş ve sınırlandırılmamıştır[449]. UİH temelinde gereklilik prensibine uygun hareket etmek

[445] Diab, s. 8.
[446] Diab, s. 9.
[447] Römer, s.103-104.
[448] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 8.
[449] Diab, s. 9.

için UİHH'ye nazaran daha az kısıtlamaya tabi olunduğu sonucuna varmak mümkündür.

2) Orantılılık Prensibi: "Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatı kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızi şekilde sebep olması beklenebilecek saldırılar"[450] UİH altında yasaklanmıştır. Buna göre meydana gelecek sivil kayıplar ile elde edilecek askeri kazanım arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir ve kaybın kazanca nazaran 'aşırı' olması halinde prensibin ihlal edildiği kabul edilmektedir.

Kast edilen kaybın konusu sadece sivil kişiler ve mallardır; askeri hedef niteliği taşıyan kişi ve mallar açısından orantılılık aranmamaktadır[451]. Kolluk yetkisi rejiminde ise orantılılık prensibiyle kast edilen, kendisine karşı kuvvet kullanılacak kişinin arz ettiği tehlike ile uygulanacak kuvvet arasında bir dengenin gözetilmesidir[452]. Kuvvetin kendisine karşı uygulanacağı kişi de gözetilecek dengenin konusu olmakta ve arz ettiği tehlike ile uygulanacak kuvvetin bu kişi üzerinde meydana getireceği zarar arasında bir orantı bulunması gerekmektedir.

3) Önlem Alma Yükümlülüğü: Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak önlem alma yükümlülüğü Ek II No'lu Protokol'de öngörülmemiş olsa da; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için de uygulanan ayrım gözetme yükümlülüğü ve orantılılık prensibi, bu yükümlülüğün varlığını dolaylı yoldan ortaya koymaktadır[453]. Zira sivillerin saldırının hedefi olmaması ve

[450] 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına Yönelik Protokol (1. Protokol), 8 Haziran 1977, m.51/5(b).
[451] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 8.
[452] Melzer, s. 101.
[453] Sivakumaran, s. 351.

çatışmanın etkilerinden korunması amaçlarının gerçekleştirilebilmesi[454] için belirli önlemlerin alınması gerekecektir.

Söz konusu yükümlülük, spesifik konulara yönelik bazı UİH düzenlemelerinde yer almakla birlikte[455], hem uluslararası nitelikteki hem de uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar açısından bir teamül hukuku kuralı teşkil etmektedir[456]. Buna göre, "Çatışmanın tarafları hakimiyetleri altındaki sivil halk ve malların çatışmanın etkilerinden korunması için elverişli tüm önlemleri almalıdır."[457]. Bu yükümlülük silahlı çatışmanın sadece saldırıda bulunan tarafına değil; kendisine saldırılan tarafa da aittir[458]. Örneğin taraflardan birinin, kendisine saldırılmasını engellemek ya da sivilleri canlı kalkan olarak kullanmak amacıyla askeri yerleşkesini sivil topluluğun yoğun olduğu bir alanda kurması, yükümlülüğün ihlali anlamına gelecektir[459].

Kuralda dikkat çeken kısım, elverişli (*feasible*) nitelemesidir. Önlemlerin içerik olarak sayılmaması yoluyla en geniş şekilde yorumlanabileceği düşünülse de söz konusu niteleme, önlemi almakla yükümlü olan taraf açısından değerlendirilecek ve bu durum taraf açısından yükümlülüğü daraltan bir unsur olabilecektir. Bu niteleme, çatışan tarafın çatışmanın yürütüldüğü bölgedeki hakimiyetinin nitelik ve seviyesine bağlı olacak; alınması gereken önlem bir durumdan diğerine; çatışmanın bir tarafından ötekine değişiklik gösterebilecektir[460].

Bazı devletlerin yorumuna göre elverişlilik ile kast edilen, önlemin hem askeri hem de insancıl yükümlülükler ışığında pratik olarak gerçekleştirilebilir, uygulanabilir oluşudur[461]. İnsancıl boyutun değerlendirmeye dahil edilişi,

[454] Ek II No'lu Protokol, m. 13.
[455] Convention on Certain Conventional Weapons, Amended protocol II, Art. 3(10); Second Protocol to the Hague Convention on Cultural Property, Art. 7(b).
[456] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 68.
[457] Henckaerts/Doswald-Beck, Kural 22.
[458] Commentary of 1987, para. 4772.
[459] Commentary of 1987, para. 4772.
[460] Sivakumaran, s. 353.
[461] Henckaerts/Doswald-Beck, s. 70.

sivillerin zarar görebilir olduğu her durumda askeri hedefe saldırının önlenmesi ya da durdurulması gerekliliğini doğurmamaktadır[462]. Burada, önlem alma yükümlülüğünü dolaylı yoldan ortaya koyan orantılılık prensibi uygulama alanı bulacaktır. Silahlı çatışmalara yönelik çeşitli askeri kılavuzlarda ve sözleşmelerde sayılan önlemler yükümlülüğün, ayrım gözetme yükümlüğü ve orantılılık prensibiyle yakın ilişkisini ortaya koymaktadır. Aynı askeri avantajı sağlayacağı anlaşıldığı durumda farklı yöntem ve araçlardan sivil halka en az zarar verecek olanın seçilmesi yükümlülüğü[463]; sivil halkın saldırı öncesinde kaçmasına ya da önlem almasına imkan tanıyacak şekilde haberdar edilmesi/uyarılması yükümlülüğü[464] bu önlemlere örnek olarak verilebilir. Sivil halkın uyarılması örneğinin yer aldığı düzenleme[465], söz konusu yükümlülüğü durumun buna elverişli olduğu haller için öngörmektedir[466]. Dolayısıyla önlemi alacak olan tarafın kendi durumuna ilişkin değerlendirmesi, yükümlülüğün kapsamında belirleyici bir etken olmaktadır.

Söz konusu yükümlülük, UİHH sözleşmelerinde yaşam hakkına yönelik hükümlerde doğrudan yer almamakla birlikte AİHM tarafından UİH literatüründen alınarak UİHH literatürüne içtihat yoluyla eklenmiştir[467]. Prensip, kolluk yetkisi rejiminde daha detaylı ve kapsamlı bir uygulama gerektirmektedir. Zira tek amaç sivil kaybının önlenmesi değildir. Genel anlamıyla kuvvet kullanımının en düşük seviyede tutulmasını elverişli kılan her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Buna göre prensip, kuvvet kullanımının hedefi olacak kişi açısından da uygulanmalıdır. Alınabilecek önlem, kuvvet kullanımı ihtiyacını ortadan kaldırmaya ya da en azından seviyesini düşürmeye elverişli ise söz konusu önlemin alınmaması kuvvet kullanımını hukuka aykırı kılabilecektir.

---

[462] Sivakumaran, s. 353.
[463] International Institute of Humanitarian Law, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary (Sanremo, 2006), s. 25.
[464] Convention on Certain Conventional Weapons, Amended protocol II, Art. 3(11).
[465] Convention on Certain Conventional Weapons, Amended protocol II.
[466] Convention on Certain Conventional Weapons, Amended protocol II, Art. 3(11).
[467] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, § 150, § 194, ECHR 1995; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, no: 86/1996/705/897, ECHR 1997; *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §79, ECHR 1998.

İki rejim arasındaki farklılık kuvvet kullanımı öncesi ve anına ek olarak, sonrasında yapılması gerekenler açısından da mevcuttur. AİHS m. 2 metninde açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte AİHM içtihatları ile ortaya çıkan bağımsız ve etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, kuvvet kullanımı sonrasındaki süreçte gözetilmesi gereken hususlardandır. Yürütülmesi gereken soruşturmanın taşıması gereken nitelikler, ölüm sonucunu doğuran eylemin bir silahlı çatışma ortamında meydana gelmesi halinde, olağan dönemde meydana gelen bir ölüm için yapılması gereken soruşturmadan farklılık gösterebilecektir[468].

Bu değerlendirme sonucunda ulaşılan nokta, kolluk yetkisi rejiminin silahlı çatışmaların yürütülmesi rejimine nazaran daha koruyucu olduğu ve yaşam hakkına müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için aranan şartların, silahlı çatışmaların yürütülmesi rejiminde arananlara nazaran daha yüksek bir eşik ile öngörülmüş olduğudur.

2.3.2 Uygulanacak Rejimin Seçilmesini Gerektiren Durumlar

Rejim seçimini gerektirebilen durumlara uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın mevcut olduğu hallerde rastlanmaktadır. Bu durum esas olarak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar kadar kapsamlı düzenlemelere tabi tutulmamış olmasından ve devletlerin bu nitelikteki silahlı çatışmaların varlığını politik sebeplerle reddetmeye meyilli olmalarından kaynaklanmaktadır.

Rejim seçiminin gerekli olması, içinde bulunulan çatışma halinin yoğunluk derecesinin değişiklik gösterebilmesi; hedef alınması söz konusu olan savaşanın, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda devletin silahlı kuvvet mensuplarına özgü çatışan statüsüne sahip olmaması ve her zaman hedef alınabileceği sonucuna doğrudan ulaşılamaması; çatışma alanının belirlenmesinin uluslararası nitelikteki

[468] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 75.

bir silahlı çatışma kadar kolay belirlenememesi gibi sebeplerden kaynaklanmaktadır. Geleneksel görüş, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olarak, içinde bulunulan durumun şartlarının değerendirilmesini gerekli görmemekte; askeri hedefin her zaman hedef alınmasının mümkün olduğunu savunmaktadır[469]. UİH bağlamında orantılılık ilkesinin askeri hedefe uygulanacak kuvvet ile bundan sağlanacak askeri fayda arasında değil; uygulanacak kuvvetin siviller üzerinde yaratacağı zarara ilişkin olarak gözetilmesi gerektiği düşünüldüğünde[470], söz konusu ilkenin askeri hedefe verilecek zararı sınırlayan bir araç olarak kullanılmayacağı söylenebilecektir. Ancak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda savaşanların çatışan statüsüne sahip olmayışı her zaman hedef alınabilirliklerini tartışmalı hale getirmektedir.

UKK'nın silahlı çatışmalarda kuvvet kullanımına ilişkin olarak düzenlemiş olduğu uzmanlar toplantısı sonrasında hazırlanan raporda[471] uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada yer alan savaşanın, içinde uyuduğu bilinen bir evin devletin silahlı kuvvetlerinin erişimine açık olduğu örnek tartışılmıştır[472]. Kişinin hedef alınması yerine, yarattığı mevcut ve yakın bir tehlikenin mevcut olmaması sebebiyle kolluk yetkisi rejiminin uygulanması ve bu bağlamda öldürülmesi yerine yakalanması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur[473]. Bu görüşe temel olarak sunulan argüman, bir silahlı çatışmanın varlığının UİH-UİHH ilişkisinde önceliğin her zaman ilkine verilmesi gerekliliğini doğurmayacağı olmuştur. Buna göre, iki rejimin de uygulanabilir olduğu kabulü ile, olaya özgü koşulların her olay bazında yeniden değerlendirilmesi ve uygulanması gereken hukuk dalının bu değerlendirme sonucunda belirlenmesi gerekmektedir. Göz önünde bulundurulması önerilen kriterler, kişinin yakın bir tehdit teşkil edip etmediği; bulunduğu alanın çatışma alanının içinde/dışında oluşu; süregelen şiddetin

[469] Sassoli/Olson, s. 606.
[470] Sassoli/Olson, s. 606.
[471] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, 2013.
[472] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 13.
[473] Melzer, s. 288.

seviyesi ve devletin çatışmanın geneli bağlamında sahip olduğu etkili kontrol/hakimiyet seviyesidir[474].

UİH'nin uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar için her zaman öncelikli olarak uygulanması gereken hukuk dalını teşkil etmediği görüşüne gerekçe olarak, kuvvet kullanımının hedefi olacak olan kişinin statüsünün belirsizliği ileri sürülmektedir. Bu görüşe karşı çıkan bir grup toplantı katılımcısı, evinde uyuyan savaşanın da çatışmaya katılımı ve daimi çatışma fonksiyonuna sahip olması sebebiyle her zaman hedef alınabilir olduğunu belirtmiş; söz konusu çatışmanın uluslararası nitelik taşıması halinde kişinin hedef alınması mümkünken çatışmanın uluslararası nitelik taşımayışının kişinin öldürülmesi yerine yakalanması gerekliliği sonucunu doğurmasının adil olmayacağını dile getirmişlerdir[475]. Aynı görüşteki Kretzmer, öldürme yerine yakalama gerekliliğinin kabul edilmesi halinde savaşanın, sivilden farkı kalmayacağını belirtmektedir[476].

[474] Sivakumaran, s. 371-372.
[475] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 20.
[476] David Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, The European Journal of International Law Vol. 16 no.2 EJIL, 2005, s. 197.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA YAŞAM HAKKINA İLİŞKİN OLARAK UYGULANMASI GEREKEN HUKUK, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI VE MAHKEME'NİN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHM, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar esnasında UİHH ve UİH dalları arasında kurulması gereken ilişkiyi açık bir şekilde ortaya koymamış olsa da[477], kendisine uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak yapılan başvurularda esas olarak UİHH'nin uygulanmaya devam edeceği kabulüyle hareket etmiştir. Bunun yanında, Mahkeme'nin vermiş olduğu Hassan kararı[478], uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmaya ilişkin olmasına ve yaşam hakkına yönelik olmamasına rağmen, UİH ile UİHH arasındaki ilişkinin Mahkeme tarafından yorumlanmış olması açısından önemlidir. Aşağıda, iki hukuk dalı arasında kurulması gereken ilişkinin niteliğine ilişkin farklı görüşler tartışılacak; esas olarak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar döneminde yaşanan olaylarda yaşam hakkının değerlendirilmesine ilişkin AİHM kararları incelenecek ve AİHM'in UİH'ye yaklaşımına dair fikir vermesi amacıyla farklı haklara ilişkin olan ya da silahlı çatışma biçiminin değiştiği durumlarda verilen bazı kararlara değinilecektir.

3.1 ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

UİH ve UİHH birbirinden bağımsız iki farklı hukuk dalı olarak doğmuş; aralarındaki ilişkinin niteliği 1960'lı yıllara kadar tartışma konusu edilmemiştir[479].

---

[477] Gerd Oberleitner, Human rights in armed conflict: law, practice, policy, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, s. 295. (Oberleitner).
[478] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, ECHR 2014.
[479] Noëlle Quénivet, "The History of the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law" in Arnold, R., & Quénivet, N. (Eds.). (2008). "International

Uzun süre boyunca birbirleriyle ilişkilendirilmemelerinin nedeni, hem düzenlenme sebeplerinin farklılığı; hem de bu iki hukuk dalının gelişiminde aktif rol oynayan kurumların (UİHH için BM ve UİH için UKK) politik tutumlarıdır[480].

UİH, savaş kavramının var olduğu antik dönemden itibaren oluşmaya başlayan en eski hukuk dallarından biriyken[481]; UİHH 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde kurulmaya çalışılan ve bazı yazarlarca BM Şartı'nın yürürlüğe girdiği 1945 yılında kurulduğu savunulan yeni düzenin hukukudur. UİH, savaş sırasında silahlı çatışmanın taraflarınca uyulması gereken; uygulanması gereken hallerin aciliyet arz edebilmesine uygun şekilde genel olarak teknik ve objektif niteliği olan kuralları[482] düzenlerken; UİHH devletin, birey karşısında sahip olduğu otoritenin sınırlarının belirlenmesi amaçlamakta; ona karşı üstlendiği yükümlülükleri genel olarak bir yargı makamının yorumuna ihtiyaç duyulacak şekilde, sübjektif olarak öngörmekte[483] ve sadece devleti bağlamaktadır. 1945 yılında inşa edildiği savunulan yeni düzen UİH'nin temeli ile zıtlık teşkil etmektedir; zira dayandırıldığı iki temel, savaşın yasaklanması ve uluslararası insan hakları rejiminin yerleşik hale getirilmesidir[484]. Bu durum barışın tesis edilmesini, sürdürülmesini, insan hakları ve temel özgürlükler bağlamında da uluslararası işbirliğinin sağlanmasını amaçlayan[485] ve kendisini UİHH'nin gelişiminde esas aktör kabul eden BM'nin bir hukuk dalı olarak UİH'ye sırtını dönmesine; bu hukuk dalının BM'nin uluslararası hukuk kurallarının geliştirilmesi ve kodifikasyonundan sorumlu organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun

---

Humanitarian Law and Human Rights Law". Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, s. 1. (Quénivet).

[480] Robert Kolb, The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions, 324 Int'l Rev. Red Cross 400, 409–419 (1998), s. 411. (Kolb, A Brief History).

[481] Kolb, A Brief History, s. 410.

[482] Robert Kolb, "Human Rights and Humanitarian Law", Encyclopedia entries, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf, s. 3, para. 13, (Son erişim tarihi: 08.03.2019) (Encyclopedia Entries).

[483] Kolb, Encyclopedia Entries, s. 3, para. 12, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf. (Son erişim tarihi: 08.03.2019).

[484] Oberleitner, s. 40.

[485] Birleşmiş Milletler şartı m. 1(3) :"…herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak…".

çalışma alanının dışında bırakılmasına sebep olmuştur. Savaş dönemlerinde uygulanmak üzere öngörülmüş temel hukuki düzenlemeyi teşkil eden UİH'nin, kuvvet kullanımını yasaklayan BM Şartı[486] ile bağdaştırılamaz olduğu ve savaş hukukuna yönelik düzenlemeler yapılmasının toplumun BM'ye karşı güvenini yitirmesine sebep olacağı görüşü bu sonucu meydana getirmiştir[487]. UİH'nin gelişiminde esas aktör olarak kabul edilen UKK, BM'nin politik tutumu ve UİH'yi yok sayan yaklaşımı sebebiyle varlığını ondan bağımsız olarak sürdürme çabasında olmuş[488]; sonuç olarak iki hukuk dalı uzun bir süre birbirlerinden ayrı şekilde varlık göstermişlerdir. Robert Kolb, bu durumun iki kurumun, oluşumlarında temel rolü üstlendikleri ve birbirlerine çok yakın zamanlarda kaleme alınan hukuk belgelerinde de kendini gösterdiğini belirtmektedir. Yazar, İHEB'in[489] insan haklarının silahlı çatışma sırasında nasıl korunacağına dair herhangi bir düzenleme içermediğini; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin hazırlanması aşamasında ise insan haklarına çok kısıtlı şekilde değinildiğini dile getirmiştir[490]. Buna karşıt bir görüşü savunan bazı yazarlar, BM'nin insan haklarını evrenselleştirme amacının 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları üzerinde kapsamlı olmasa da bir etki yarattığını dile getirmiş[491]; buna ek olarak ortak 3. maddeyi, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında devletin bireylere karşı sahip olduğu yükümlülükleri öngörmesi sebebiyle bir insan hakları hukuku kuralı olarak nitelemişlerdir[492].

---

[486] BM Şartı m. 2(4): "…Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar…".

[487] Kolb, A Brief History, s. 410.

[488] Kolb, A Brief History, s. 411.

[489] UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

[490] Kolb, A Brief History, s. 413.

[491] Dietrich Schindler, International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation, 5 Journal of the History of International Law 165–188 (2003), s. 170. (Schindler).

[492] Schindler, s. 171. Benzer yöndeki diğer bir görüş için bkz. Nancie Prud'homme, "Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?", Israel Law Review, Vol. 40, No. 2, pp. 355-395, 2007; Hebrew University International Law Research Paper No. 15-07, s. 363. (Prud'homme).

İki hukuk dalı arasında bir ilişkinin doğmasına sebep olan temel nokta iç savaşların (*civil war*) yaşanmaya başlamasıdır[493]. Meydana gelen yıkım ve sivillerin maruz kaldığı orantısız zarar, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanması için Ek II No'lu Protokol'ün düzenlenmesini gerekli kılmıştır.

İç savaşın devletin ülkesi üzerinde gerçekleşiyor oluşu devletin insan hakları hukukuyla bağlı olmaya devam etmesi sonucunu doğurmuş; bu sebeple hangi insan haklarının çatışma sırasında ve olağanüstü hallerde uygulanmaya devam edeceği sorusu gündeme gelmiştir. Buna cevaben sınırlanamayan/askıya alınamayan insan hakları (*non-derogable human rigths*) doktrini ileri sürülmüştür[494]. Olağanüstü hallerde dahi askıya alınmasına izin verilmeyen hakların belirtildiği AİHS m. 15/f. 2 bu doktrine örnek bir düzenleme teşkil etmektedir[495].

1968 yılında Tahran'da gerçekleştirilen BM İnsan Hakları Konferansı'nda alınan karar[496] iki hukuk dalı arasında kurulan ilişkiyi destekler nitelikte olmuş; bu tarih itibariyle hem BM hem de diğer uluslararası makamlar silahlı çatışmalarda UİHH'nin durumu ve UİH ile arasındaki ilişkiye dair çalışmalarını sürdürmüşlerdir[497].

İki hukuk dalının birbirinden mutlak bir şekilde ayrı uygulama alanı bulduğu görüşü artık genel olarak kabul edilmemekte[498]; silahlı çatışmanın varlığı esnasında bireylerin sahip olduğu insan haklarının uygulanmaya devam edeceği

[493] Kolb, Encyclopedia Entries, s. 4, para. 20, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf. (Son erişim tarihi: 08.03.2019).
[494] Kolb, Encyclopedia Entries, s. 4, para. 20, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf. (Son erişim tarihi: 08.03.2019).
[495] El Kouhene, M. (2017). Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, s. 27. (El Kouhene).
[496] Respect for human Rights in Armed Conflicts", UN General Assembly, Respect for human rights in armed conflicts, 19 December 1968, A/RES/2444, available at: https://www.refworld.org/docid/3b00f1d558.html (Son erişim tarihi: 08.03.2019).
[497] Kolb, Encyclopedia Entries, s. 4, para. 20, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf. (Son erişim tarihi: 08.03.2019).
[498] El Kouhene, s. 30.

görüşü[499] yaygın olarak benimsenmektedir. Bununla birlikte, iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bütünleştirici tez (*La thèse intégrationniste*) iki hukuk dalının birbirinden bağımsız şekilde varlık göstermediğini savunmaktadır. Bu görüşü benimseyenler ikiye ayrılmakta; ilk grup UİH'nin silahlı çatışma zamanında uygulanan UİHH olduğunu savunmakta, dolayısıyla UİH'nin temelinin UİHH'ye dayalı olduğunu dile getirmektedir[500]. UİH'nin kronolojik olarak UİHH'den önce var olduğu düşünüldüğünde bu yaklaşım temelsiz kalmaktadır. Aynı tezi ilk grubun görüşüne aykırı bir yönden benimseyen ikinci grup ise, UİHH'nin temelinde UİH olduğunu savunmaktadır[501]. UİH'nin silahlı çatışma zamanında uygulanmak için doğmuş; teknik ve objektif nitelikte kurallar öngören bir hukuk dalı olduğu[502]; UİHH'nin temelinin ise bireyi, devlete karşı korumaya dayandığı[503] düşünüldüğünde, tezin ikinci grup tarafından savunulan versiyonunun da mantıklı bir temele dayandığını savunmak zorlaşmaktadır.

Ayrıştırıcı tez (*La thèse séparatiste*) iki hukuk dalının sahip oldukları yapı ve konu sebebiyle ilişkilendirilmemesi; birbirlerinden ayrı varlık göstermeleri gerektiği görüşüne dayanmaktadır[504]. Buna göre UİH silahlı çatışma döneminde; UİHH ise barış döneminde uygulanması gereken hukuktur[505]. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda devletin, çatışmanın kendi ülkesinde gerçekleşmesi sebebiyle burada bulunan bireylere karşı sahip olduğu UİHH yükümlülükleriyle de bağlı kalmaya devam edeceği düşünüldüğünde, iki hukuk dalının birbiriyle ilişkilendirilemeyeceği tezi gerçekçiliğini yitirmektedir.

---

[499] Marko Milanović, "Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law", s. 95, in Ben-Naftali O, ed. "International Humanitarian Law and International Human Rights Law". Oxford University Press; 2011, 95-125, s. 95. (Milanović, Norm Conflicts).
[500] El Kouhene, s. 30.
[501] El Kouhene, s. 30.
[502] Kolb, Encyclopedia Entries, s. 3, para. 13, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf. (Son erişim tarihi: 08.03.2019).
[503] Quénivet, s. 11.
[504] El Kouhene, s. 31.
[505] Barry A. Feinstein, The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier, 4 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 238 (2005). http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol4/iss2/1, s. 301.

UİHH'nin silahlı çatışma döneminde de uygulanmaya devam edeceği mahkeme kararlarına[506] da konu olmuş, genel olarak kabul edilen yaklaşımdır.

Bazı yazarlar UİH rejiminin silahlı çatışma dönemine ilişkin olarak öngörülen spesifik kuralları içermesi sebebiyle; bu dönemlerde UİHH yerine UİH'nin uygulanması gerekliliğini *lex specialis* prensibine dayandırmışlardır[507]. '*Lex specialis derogat legi generali*', aynı konuya ilişkin iki hukuk normundan, diğerine nazaran daha spesifik düzenleme teşkil edenin uygulanacağını öngören genel bir hukuk prensibidir[508]. Uluslararası Hukuk Komisyonu da raporunda, hem genel standartlar hem de daha spesifik kurallar ile düzenlenmiş bir konuya ilişkin olarak, spesifik düzenlemenin genele nazaran öncelik kazanacağını belirtmiştir[509]. UİHH ve UİH arasındaki ilişkinin niteliğinin *lex specialis* prensibi üzerinden kurulması doktrinde tartışmalıdır[510].

UİH öldürücü kuvvet kullanımını, kişilere verilen statülere (sivil, çatışan) ilişkin olarak düzenlerken, UİHH açısından yaşam hakkı yarı mutlak nitelik taşımaktadır[511]. UİHH'ye göre herkes aralarında ayrım gözetilmeksizin (ve dolayısıyla statülerine bakılmaksızın)[512] yaşam hakkına sahiptir. Bunun istisnası olan haller, içinde bulunulan durumun şartlarına; yaşam hakkına müdahale

[506] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996, s. 240, para. 25; Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004, s. 41, para. 106; Hassan v. UK [GC], no: 29750/09, §104, ECHR 2014.
[507] Quénivet, s. 8.
[508] Quénivet, s. 8; Prud'homme, s. 367.
[509] Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law Report Of The Study Group Of The International Law Commission Finalized By Martti Koskenniemi (Http://Legal.Un.Org/İlc/Documentation/English/A_Cn4_L682.Pdf) (Son Erişim Tarihi: 10.04.2019).
[510] Melzer, s. 382.
[511] Gloria Gaggioli Gasteyger, Robert Kolb, A right to life in armed conflicts? : the contribution of the European Court of Human Rights. Israel Yearbook on Human Rights, 2007, vol. 37, p. 115-163, s.115.
[512] Nader I. Diab, "Targeting Members of Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: An Attempt to Reconcile International Human Rights Law with International Humanitarian Law's (De Facto) Status-Based Targeting in "International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice" Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, Manuel Ventura (eds.) T.M.C. Asser Press/Springer (forthcoming 2019), s. 6 (Diab).

edilmesi söz konusu olan kişinin arz ettiği tehlikeye bağlı olarak düzenlenmektedir. UİH ise kişinin statüsü üzerinden hedef alınabilmesine imkan tanımakta; orantılılık prensibine göre hareket etme yükümlülüğünü hedef alınan kişi için değil; sivil kaybı önlemek ya da asgari miktarda tutmak için öngörmektedir[513]. Bu sebeple iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin niteliğinin belirlenmesi önemli bir hal almaktadır. Konu yaşam hakkı üzerinden değerlendirildiğinde, *lex specialis* prensibinin işlerliği daha da tartışmalı hale gelmektedir.

Normlar arası genellik-özellik ilişkisine ilişkin olarak Martti Koskenniemi bunun iki şekilde söz konusu olabileceğini; ilk durumda, bir normun daha genel düzenleme öngören diğer kuralın uygulanma biçimini öngörmek suretiyle spesifik düzenleme teşkil edebileceğini; ikinci durumda ise bir normun, aynı konuya ilişkin bir diğer normun öngördüğü düzenlemenin istisnasını düzenleyebileceğini belirtmiştir[514]. İlk durumda, normlardan biri diğerinin nasıl uygulanacağına ilişkin yol gösterici olmakta; iki normun birlikte değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. İkinci durumda ise ilk durumdan farklı olarak normlar arası bir çatışma söz konusu olmakta; *lex specialis* prensibine teorik olarak, bu çatışmayı çözme işlevi yüklenmekte ve özel nitelik taşıdığı kabul edilen kuralın uygulanması sonucu doğmaktadır.

Prensibin bir norm çatışması çözüm aracı mı yoksa normların birlikte yorumlanması aracı mı olduğu konusunda bir netlikten bahsetmek mümkün değildir. Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmaya taraf organize silahlı örgüte üye olan savaşanın, evinde uyuması örneğinde[515] uygulanması gereken rejimin silahlı çatışma rejimi olduğunu savunan çoğunluk, düşüncelerini temel olarak UİH'nin silahlı çatışma dönemleri için *lex specialis* teşkil ettiği argümanına

[513] Sassoli/Olson, s. 606.
[514] Martti Koskenniemi, Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes,' International Law Commission, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004).
[515] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, s. 19.

dayandırmışlardır. Milanović, *lex specialis* prensibinin pratikteki karşılığının kesin bir şekilde ortaya konulamadığını; bu sebeple iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin buna göre belirlenmemesi gerektiğini savunmaktadır[516]. Buna ek olarak, *lex specialis* prensibinin uluslararası hukuktaki uygulamasının, uyumlu yorum tekniğinin (*harmonious interpretation*) bir alt dalı olmaktan ileri gitmediğini dile getirmiştir[517]. Quénivet, prensibin iki hukuk normunun birbiriyle uyumlu hale gelmesi sonucunu doğuracak şekilde uygulanabileceğini belirtmiştir. Bunun yapılabilirliğine temel olarak, birbiriyle uyumlu hale getirilmesi mümkün olmayan iki norm için *lex specialis* uygulamasının söz konusu olamayacak oluşunu göstermiştir[518]. Görüldüğü üzere *lex specialis* prensibinin uygulanma şekli konusunda bir görüş birliği mevcut değildir. Bu durum, herhangi bir durumda uygulanması tercih edilecek kural tespiti konusunda farklı sonuçların doğmasına sebep olabilmektedir[519].

UİH ile UİHH arasındaki ilişkide, iki daldan birinin tümüyle diğerinin istisnasını teşkil eden kurallar öngörmesi söz konusu değildir; iki hukuk dalı altında aynı konuya ilişkin olarak öngörülmüş ve aynı sonucu doğuran birçok kural mevcuttur[520]. Dolayısıyla bu iki daldan birinin blok halinde, diğeri karşısında *lex specialis* olarak nitelendirilmesi, prensibin bir norm çatışması çözüm aracı olarak kullanılması halinde mümkün gözükmemektedir.

İki hukuk dalı arasında blok olarak değil; olay özelinde bir özellik-genellik ilişkisinin kurulması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur[521]. McCarthy, bu değerlendirmenin, normun daha spesifik oluşu açısından genel geçer bir sonuca vardırmayacağını; söz konusu yorumun aynı norm için olaydan olaya

[516] Milanović, Norm Conflicts, s. 124.
[517] Milanović, Norm Conflicts, s. 116.
[518] Quénivet, s. 8.
[519] Conor McCarthy, "Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards" in Arnold, R., & Quénivet, N. (Eds.). (2008). "International Humanitarian Law and Human Rights Law". Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, s. 105. (McCarthy).
[520] Sassoli/Olson, s. 600.
[521] Sassoli/Olson, s. 603-604.

değişebileceğini belirtmiş; *lex specialis* prensibinin bu açıdan bir yorum aracı olarak kullanılması gerekliliğini dile getirmiştir[522]. Yazara göre, bir kural diğerine göre her zaman için *lex specialis* niteliği taşımayacak; içinde bulunulan şartlara daha fazla temas eden kural olay özelinde belirlenecektir. Sassoli ve Olson da, iki hukuk dalından birine, *lex specialis* prensibine dayanılarak her zaman öncelik verilmesinin doğru olmayacağını; zira hangi kuralın mevcut olay için daha detaylı/spesifik düzenleme öngördüğü incelemesinin olay bazında yapılması gerektiğini dile getirmişlerdir[523]. Örneğin, silahlı çatışma anında savaşanın hedef alınabilirliğinin belirlenmesinde, çatışmanın gerçekleştiği alanda organize silahlı örgütün sahip olduğu hakimiyetin göz önünde bulundurulması gerektiğini; devletin kontrol seviyesinin yüksek olması durumunda UİHH rejiminin silahlı çatışmaların sürdürülmesi rejimine tercih edilebileceğini belirtmişlerdir[524].

Yaşam hakkı özelinde değerlendirildiğinde UİH'nin uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olarak detaylı düzenlemeler öngörmesi ve resmi çatışan statüsünün varlığı sebebiyle özel düzenlemeyi teşkil ettiği düşünülse dahi, uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda resmi bir çatışan kavramının ve hedef almaya ilişkin spesifik kuralların yer almaması, aynı sonuca varılmasını engellemektedir. Özellikle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından, insan hakları hukukunu bertaraf etmeyen bir yorumun benimsenmesi gerektiği görüşü[525] temelini bundan almaktadır. Dolayısıyla, iki norm arasında doğrudan bir özellik-genellik ilişkisi kurulması mümkün olamamaktadır. İki hukuk dalı arasındaki ilişkinin *lex specialis* prensibine dayandırılmasına karşı çıkan bir diğer görüş[526] ise buna sebep olarak, devletlerin *lex generalis* teşkil eden düzenlemelerden kaynaklanan birçok sorumluluktan *lex specialis* prensibine dayanarak kurtulacak olmalarını sebep göstermiştir.

---

[522] McCarthy, s. 110.
[523] Sassoli/Olson, s. 614.
[524] Sassoli/Olson, s. 614.
[525] Kenneth Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", s. 34.
[526] Orna Ben-Naftali, Yuval Shany, Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories. Israel Law Review, Vol. 37, No. 1, pp. 17-118, 2003-2004, s. 56. (Ben-Naftali/Shany).

Doktrinde, prensibin UİH-UİHH ilişkisini nitelemek için kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin tartışmalar özellikle Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Nükleer Silahlar danışma görüşünden[527] sonra yaygınlık kazanmıştır. Danışma görüşünün ilişkin olduğu soru, silahlı çatışma esnasında nükleer silah kullanımının yaşam hakkını ihlal edip etmediğidir. MSHİUS'nin 6. maddesi, her insanın yaşam hakkına doğuştan sahip olduğunu ve bu haktan keyfi şekilde yoksun bırakılamayacağını öngörmektedir[528]. UAD, bir insan hakları belgesi olan MSHİUS'nin silahlı çatışmalar sırasında da uygulanmaya devam edeceğini; kişinin yaşam hakkından mahrum bırakılmasının Sözleşme'nin ihlalini teşkil edecek şekilde keyfi olarak gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesindeki keyfilik kavramının, silahlı çatışmalar açısından *lex specialis* teşkil eden UİH ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir[529].

UAD, işgal altındaki Filistin topraklarında bir duvar inşa edilmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak 2004 yılında verdiği danışma görüşünde[530], UİH'nin *lex specialis* niteliğine bir kez daha değinmiş; askıya alınma hali dışında UİHH'nin silahlı çatışma döneminde uygulanmaya devam ettiğini; yaşam hakkının MSHİUS uyarınca askıya alınmasının mümkün olmadığını belirtmiş; buna ek olarak, *lex specialis* prensibinin uygulanma biçimini netleştirmek adına, hakları üçlü bir gruplandırma ile kategorize etmiştir[531]. Buna göre, bazı hakların sadece insancıl hukuka ilişkin olduğunu; bazılarının sadece insan hakları hukukuna ilişkin olduğunu; bazılarının ise aynı anda iki hukuk dalıyla da ilişkili olabileceğini ve kendisinin, önüne gelen soruyu cevaplandırırken UİHH'yi ve *lex specialis* olarak

[527] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996.
[528] Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 6/f.1.
[529] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996, para. 25.
[530] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports (2004) 136.
[531] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports (2004) 136, para 106.

UİH'yi birlikte değerlendireceğini belirtmiştir[532]. Hangi hakkın hangi gruba dair olduğunu belirtmemiş olması sebebiyle Mahkeme'nin bu yorumu doktrinde yazarlarca eleştirilmiş[533] ve *lex specialis* prensibinin UİHH ile UİH arasındaki ilişki bakımından nasıl uygulanması gerektiği konusunda bir netlik sağlamamıştır.

UAD'nin iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin niteliğini yorumlarken *lex specialis* prensibine başvurmuş olması birçok yazar[534] tarafından eleştirilmiştir. Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımı zaman içinde değişiklik göstermiştir. Mahkeme, UİH ile UİHH arasındaki ilişkiye dair yorum yapabileceği sonraki davada *lex specialis* prensibini tekrar etmemiş[535]; hem UİHH hem de UİH kurallarının ihlal edilip edilmediği incelemesini yapmış ve iki hukuk dalına ilişkin olarak da ihlalin mevcut olduğu kararını vermiştir[536].

Mahkeme'nin, Nükleer Silahlar ve Duvar görüşlerinde *lex specialis* prensibini dile getirmiş olsa da, benimsediği uygulamanın aslında bu prensip değil; UİH ve UİHH normlarını birbiri ışığında değerlendirmek ve uyumlulaştırmak olduğunu savunan yazarlar[537] mevcuttur. Zira iki hukuk düzenlemesinden özel olanın uygulanması ve diğer dalın dışlanması söz konusu değildir. Mahkeme, UİHH altında düzenlenen yaşam hakkını, silahlı çatışma dönemi için *lex specialis* teşkil ettiğini dile getirdiği UİH ışığında yorumlama ve iki normu birlikte değerlendirme yolunu seçmiştir. Bu yaklaşım, iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin, normların birlikte yorumlanması şeklinde kurulması gerektiğini savunan yaygın görüşe[538] paralel niteliktedir.

---

[532] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports (2004) 136, para 106.
[533] Milanović, Norm Conflicts, s. 100.
[534] Milanović, Norm Conflicts, s. 100; Prud'homme, s. 359; Jean d'Aspremont; Elodie Tranchez, The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the Lex Specialis Principle?, December 17, 2012, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, s. 238. (D'aspremont/Tranchez).
[535] Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda), Judgment of 19 December 2005, para 216.
[536] Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda), Judgment of 19 December 2005, para 220.
[537] Milanović, Norm Conflicts, s. 115; Prud'homme, s. 389; D'aspremont, Tranchez, s. 238.
[538] Sassoli/Olson, s. 615; Prud'homme, s. 369-370; Milanović, Norm Conflicts, s. 105.

Bu yorum biçimi VAHS m. 31/f. 3 (c) ile düzenlenen; antlaşmanın tarafları arasındaki ilişkide uygulanması mümkün olan ilgili bütün uluslararası hukuk kurallarının, antlaşmanın yorumu sırasında dikkate alınmasını gerektiren ve doktrinde sistemik entegrasyon (*systemic integration*)[539] ya da uyumlu yorum[540] olarak adlandırılan metottur. Buna göre, uluslararası hukuk kuralları bir sistem teşkil etmekte ve antlaşmanın tarafları arasındaki ilişkiye uygulanabilir hukuk kurallarının bütünü, uygulama konusu olan diğer normların değerlendirmesi için bir araç olarak kullanılmalıdır.

Buna göre, yaşam hakkı açısından farklı düzenlemeler öngören UİH ve UİHH kuralları bir arada ve uyum içinde yorumlanmalı[541]; içinde bulunulan çatışma halinin koşulları göz önünde bulundurulmalı; devletin ve organize silahlı örgütün alan üzerindeki hakimiyet seviyesine göre, uygulanacak rejim belirlenmeli; ancak bu rejimin öngördüğü kurallar da diğer rejim ışığında değerlendirilmelidir[542]. Örneğin, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda organize silahlı örgütün hakimiyet seviyesinin yüksek olduğu durumda, savaşan hedef alınabilecek; ancak AİHS m. 2 ile yaşam hakkının istisnasını öngören haller ve şartları (mutlak gereklilik ve orantılılık) bunlara ilişkin daha düşük bir eşik ile göz önünde bulundurulabilecek ve öldürme eylemine ilişkin olarak, şayet şartlar mevcutsa, devlet tarafından bir soruşturma yürütmesi beklenebilecektir[543].

İki hukuk dalı arasındaki ilişkinin niteliği şimdiye kadar AİHM kararlarında da net bir şekilde ortaya konulmamıştır. Bu durum için politik olanlar da dahil olmak üzere çeşitli sebeplerden bahsetmek mümkünken Mahkeme'nin çalışma biçiminden kaynaklananlara da değinmek uygun olacaktır. Mahkeme'nin AİHS'e taraf devletlerden düzenli rapor alması gibi bir uygulamanın söz konusu olmaması ve Mahkeme'ye, önüne gelen dava dışında genel nitelik taşıyan sorular

[539] Milanović, Norm Conflicts, s. 106.
[540] Ben-Naftali/Shany, s. 56.
[541] Milanović, Norm Conflicts, s. 116.
[542] Sassoli/Olson, s. 605.
[543] Sassoli/Olson, s. 615.

sorulamıyor oluşu bunlardan bazılarıdır. Mahkeme'nin, önüne gelen dava özelinde sorduğu soruya genel nitelikli bir cevap vermesi, önündeki olayın nev-i şahsına münhasırlığı ve farklı olayların, kendi şartları ışığında değerlendirilmesi gerekliliğinden dolayı mümkün değildir[544].

AİHM, UİH ile UİHH arasındaki ilişkinin niteliğini net olarak ortaya koymasa da, Hassan v. Birleşik Kararı'nda[545] AİHS m. 5'e ilişkin değerlendirmesini Cenevre Konvansiyonları ışığında yapmış ve bahsedilen uyumlu yorum yöntemini uygulamıştır. Mahkeme, kişinin silahlı çatışma bağlamında özgürlüğünden alıkonulması halinin AİHS m. 5 ile sınırlı şekilde sayılan ve özgürlüğün kısıtlanmasına izin verilen hallere dahil olmamasına rağmen, VAHS m. 31/f. 3 ile öngörülen uyumlu yorum tekniğini benimsemiş[546]; uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmanın mevcut olduğu Irak'ta, Birleşik Krallık silahlı kuvvetlerince alıkonan kişinin özgürlük hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir[547]. AİHM, özgürlük hakkının kısıtlanmasının AİHS'e aykırılık doğurup doğurmayacağı yorumunu yaparken, UİH'nin özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelerini göz önünde bulundurmuş; AİHS m. 5'i bu düzenlemeler ışığında yorumlamış ve UİH düzenlemelerine uygun hareket edilmiş olması sebebine dayanarak AİHS m. 5'in ihlal edilmediği kararını vermiştir.

Milanović Mahkeme'nin bu yorumu yaparken *lex specialis* prensibini uygulamamasını ve dile getirmemesini yerinde bulsa da, Mahkeme'nin tercih ettiği uygulamayı da desteklemeyip alternatif bir uygulama önermiştir. Zira söz konusu Mahkeme yorumunun, m. 5'in sınırlı kapsamı düşünüldüğünde, taraf devletlerin iradesinden bağımsız olarak Sözleşme'nin içeriğinin değiştirilmesi

[544] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 70, dipnot 6.
[545] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, §105, §110, §111, ECHR 2014.
[546] *Hassan* v. UK [GC], no: 29750/09, §77, §100, ECHR 2014.
[547] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, §105-111, ECHR 2014.

anlamına geleceğini belirtmiştir[548]. Yazar, bu sonuç doğmaksızın Mahkeme tarafından, Sözleşme'nin ihlal edilmediği kararının verilebilmesi için Birleşik Krallık'ın m. 15 uyarınca m. 5'ten doğan yükümlülüğünü askıya almış olması gerektiğini belirtmiştir[549]. Hassan kararına konu olaydaki silahlı çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu ve Mahkeme'nin Milanović tarafından eleştirilen madde yorumunun, çatışmanın bu niteliğinden kaynaklandığını belirtmek gerekmektedir[550]. Bu sebeple uluslararası nitelikte olamayan bir silahlı çatışma için Mahkeme'nin ne şekilde yorum yapacağı hala net olarak bilinmemektedir. Ancak Milanović, *lex specialis* prensibine ilişkin AİHM yaklaşımının, yani prensibin uygulanmamasının bu nitelikteki çatışmalara ilişkin olarak da geçerli olacağını öngörmektedir[551].

İki hukuk dalının yaşam hakkına ilişkin düzenlemelerinin, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uyumlu bir yorumla ele alınması gerektiği görüşündeyiz. Buna göre, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların AİHS m. 15'te sayılan savaş terimi kapsamına girdiği kabulünde AİHM, devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüğünü askıya alıp almadığını değerlendirmeli; askıya almış olması halinde ölümün meşru silahlı çatışma eylemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirleyebilmek için UİH kurallarına başvurmalıdır. Yükümlülüğün askıya alınmamış olması ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların m. 15 bağlamında 'savaş' olarak değerlendirilmemesi ve yaşam hakkının askıya alınmasına imkan bulunmaması halinde ise değerlendirmesini AİHS m. 2 üzerinden yapmalıdır. Buna göre de incelemesinde, UİHH'nin UİH'ye

[548] Marko Milanović, "A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom", EJIL, 22 Ekim 2014, (https://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[549] Marko Milanović, "High Court Rules that the UK Lacks IHL Detention Authority in Afghanistan", EJIL, 3 Mayıs 2014, (https://www.ejiltalk.org/high-court-rules-that-the-uk-lacks-ihl-detention-authority-in-afghanistan/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[550] Marko Milanović, "High Court Rules that the UK Lacks IHL Detention Authority in Afghanistan", EJIL, 3 Mayıs 2014, (https://www.ejiltalk.org/high-court-rules-that-the-uk-lacks-ihl-detention-authority-in-afghanistan/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).
[551] Marko Milanović, "A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom", EJIL, 22 Ekim 2014, (https://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019).

nazaran daha yüksek bir eşik öngördüğü gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun hareket edilip edilmediğini denetlemelidir.

3.2 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARA İLİŞKİN KARARLAR

Aşağıda AİHM'in, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşam hakkına ilişkin yaklaşımını ortaya koyan bazı kararları incelenmektedir. Bu incelemeye Mahkeme'nin hangi kararlarının dahil edileceği hususunda, silahlı çatışmalar ve UİH/UİHH ilişkisine ilişkin literatürde söz konusu kararlara yer verilme sıklığı göz önünde bulundurulmuştur.

3.2.1 McCann v. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık, IRA ile arasında geçen olayları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirmemiş; kendi iç hukukunda yer alan ve terörü önlemeye yönelik kural ve kanunlarının uygulanmasını gerektiren terörist eylemler olarak karakterize etmiştir[552]. Cenevre Konvansiyonlarının uygulanabilirliğini reddetmekle birlikte; UKK'nin, statüsü uyarınca sahip olduğu yardım sunma hakkına dayanarak çatışma sebebiyle gözaltına alınan kişileri ziyaret etmesine izin vermiştir[553]. Birleşik Krallık ve IRA arasındaki çatışma dönemine ilişkin temel davanın McCann ve diğerleri[554] olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Mahkeme dava konusu olayı değerlendirme biçimine, Türkiye- PKK ve Çeçenistan-Rusya arasında gerçekleşen; bazı yazarlar tarafından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirilen çatışmalar ile ilgili olarak sonradan önüne gelen davalarda da başvurmuştur[555].

---

[552] Roberta Arnold, Human rights in times of terrorism. Heidelberg Journal of International Law, 662006, 297-319, (January 01, 2006). s. 318.
[553] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 76.
[554] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, ECHR 1995.
[555] Oberleitner, s. 299.

McCann davasında Mahkeme, bomba yüklü bir aracı uzaktan kumanda ile patlatacak olmalarından şüphelenilen üç IRA üyesinin güvenlik güçleri tarafından öldürülmesi eylemini AİHS m. 2 bağlamında doğrudan bir yaşam hakkı ihlali olarak nitelememiş; zira söz konusu kuvvet kullanımının maddenin 2. fırkasının (a) bendi kapsamında düzenlenen "bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması" meşru amacına uygun olduğunu belirtmiştir[556]. Ancak Mahkeme, değerlendirmesini kuvvet kullanımının meşru amaca yönelik olup olmaması ile sınırlı tutmamış; kuvvet kullanımı için aranan mutlak gereklilik halinin mevcut olup olmadığını da değerlendirmiştir. Buna göre Mahkeme, kişilerin Cebelitarık sınırında yakalanarak gözaltına alınmaları mümkünken bunun yapılmadığını[557] ve kişilerin sonradan Cebelitarık halkı açısından arz ettikleri tehlike sebebiyle kuvvet kullanımına maruz kalmaları halinin baştan engellenebilecek olduğunu belirtmiş, dolayısıyla söz konusu kuvvet kullanımının mutlak şekilde gerekli olmadığı ve yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[558].

Türkiye ile PKK arasında 1984 yılından beri[559] süregelen operasyonlar Türkiye'de ve Kuzey Irak'ta gerçekleşenler olarak ikiye ayrılmalıdır. Türkiye sınırları içerisinde Türk Silahlı Kuvvetleri ve PKK mensupları arasında yaşanan olayların şiddet seviyesinin yüksekliği sebebiyle, durumu ortak 3. madde bağlamında bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelendiren yazarlar mevcuttur[560]. Bu kabule göre, PKK mensuplarının Türkiye sınırları içerisinde etkili kontrole sahip olduğu bir alanın mevcut olmaması sebebiyle Ek II No'lu Protokol uygulama alanı bulmayacaktır. Ek II No'lu Protokol'e taraf olmayan Türkiye, doktrinde yapılan nitelemeden farklı olarak PKK ile arasında gerçekleşen olayları silahlı çatışma olarak nitelendirmemekte ve Cenevre Konvansiyonlarının

[556] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, § 200, ECHR 1995.
[557] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, § 205, ECHR 1995.
[558] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, § 213-214, ECHR 1995.
[559] Tamas Hoffmann, "Squaring The Circle? International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts", s. 36. (Hoffmann).
[560] Hoffmann, s. 39.

ortak 3. maddesinin söz konusu olaylar için uygulanabilirliğini reddetmektedir[561]. Türkiye, söz konusu olayları, terörle mücadele eylemleri ya da kolluk yetkisi kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler olarak adlandırmaktadır[562].

Yaşanan çatışmaların Kuzey Irak'ta gerçekleşen kısmında, Türkiye'nin silahlı kuvvetlerini bu bölgeye göndermiş olması sebebiyle sınır aşan operasyonlar söz konusudur. Türkiye sınırları içindeki durumun bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenmesi halinde, PKK mensupları ile Türk silahlı kuvvetleri arasında Kuzey Irak'ta yaşanan hal, sınır aşan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak nitelenebilecektir. Dolayısıyla çatışmanın niteliği değişmemektedir[563]. Irak sınırının aşıldığı yerlerde yaşanan olaylara ilişkin olarak bazı yazarlar, Türkiye ile PKK mensupları arasında yaşanan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın yanında, Türkiye ile Irak arasında bir uluslararası nitelikte silahlı çatışmanın yaşandığını dile getirmektedirler[564]. Ancak Mahkeme, ne Türkiye-PKK ne de Türkiye-Irak arasında yaşananların UİH bağlamında silahlı çatışma teşkil edip etmediği konusunda yorum yapmıştır. Bu çalışmada incelenen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bağlamında da Türkiye-PKK arasında meydana gelenlerin ortak 3. maddenin uygulanmasını mümkün kılacak şiddet eşiğini aşıp aşmadığını değerlendirmemiştir[565].

3.2.2 Ergi v. Türkiye

Ergi kararı[566], PKK ile Türkiye arasında silahlı operasyonların yürütüldüğü köyde yaşayan kişinin, evinin balkonunda vurularak öldürülmesine ilişkindir. Mahkeme her ne kadar, kurşunun devletin güvenlik güçleri tarafından ateşlendiğinin

[561] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 76.
[562] David Turns, At the "vanishing point" of international humanitarian law: Methods and means of warfare in non-international armed conflicts, German Yearbook of International Law, Vol. 45, 2002, p. 133.
[563] Hoffmann, s. 39.
[564] Kerim Yildiz and Susan Breau, The Kurdish Conflict: International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms (London: Routledge, 2010) (Nakleden: Oberleitner, s. 299).
[565] Oberleitner, s. 299.
[566] *Ergi v*. *Turkey*, no: 23818/94, ECHR 1998.

ispatlanmadığına hükmetse de, yaşam hakkı bağlamında kuvvet kullanımına izin verilen ve AİHS m. 2'de istisnai olarak sayılan durumlar için mutlak gerekliliğin var olup olmadığı tespitinde sadece eylemin kendisinin değil; eylem öncesi planlama ve kullanılan araç ve yöntemlerin de incelenmesi gerektiğini belirtmiştir[567]. Buna göre söz konusu operasyonun, köyde yaşayan sivillerin devletin güvenlik güçlerince ya da onlara karşılık veren PKK üyelerince ateşlenen silahların hedefi olmaması; yani operasyonun sivil ölümlerinin gerçekleşmemesi ya da bu ölümlerin en az seviyede tutulmasına elverişli şekilde planlanmaması ve yürütülmemesi[568] sebebiyle Mahkeme, m. 2 ile korunan yaşam hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir[569]. Türkiye tarafından silahlı çatışma olarak nitelendirilmeyen bu olay için Mahkeme "yoğun silahlı çarpışma/mücadele"[570] terimini kullanmıştır. Kuvvet kullanımının hukuka uygunluğu değerlendirmesini yaparken Mahkeme, "kazaen meydana gelen sivil ölümü", "araç ve yöntem seçimi", "meşru askeri hedef", "kullanılan silahlarda orantısızlık" gibi insancıl hukuk terimlerine yer vermiş; çatışmada kullanılan araç ve yöntemlerin sınırlanması, ayrım gözetme ve orantılılık gibi UİH'nin temel prensiplerinden bazılarına değinmiştir[571].

Melzer, Mahkeme'nin PKK ile Türkiye arasında yaşanan olayları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirmiş olduğu kararlara[572] dikkat çekmiş[573]; Ergi kararında PKK'ya karşı kuvvet kullanımı için mutlak gereklilik ilkesinin var olup olmadığının Mahkeme tarafından değerlendirme konusu edilmemesini ve operasyonun planlanması ve gerçekleştirilmesinde sivil halkın korunmasına ilişkin önleyici tedbirlerin alınıp alınmadığı değerlendirmesinde insancıl hukuk terimlerinin kullanılmış olmasını, olaya uygulanması gereken rejimin silahlı çatışmaların sürdürülmesi rejimi olduğunun Mahkeme tarafından

[567] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §79, ECHR 1998.
[568] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §79, ECHR 1998.
[569] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §86, ECHR 1998.
[570] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §85, ECHR 1998.
[571] *Ergi v. Turkey*, no: 23818/94, §79, ECHR 1998.
[572] *Avşar v. Turkey,* no. 25657/94, §285, ECHR 2001; *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, § 85, ECHR 2004.
[573] Melzer, s. 385.

üstü kapalı şekilde kabul edilmesi olarak değerlendirmiştir[574]. Buna göre Mahkeme, açıkça UİH kurallarını uygulamamış olsa da, içinde bulunulan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmada PKK mensuplarının hedef alınmalarının hukuka uygun olduğu kabulüyle hareket etmiş, mutlak gereklilik ilkesini AİHS m. 2 ile öngörülen seviyede uygulamamış; silahlı çatışmanın varlığını göz önünde bulundurarak ilkeye ilişkin daha düşük bir eşiğin varlığını yeterli görmüştür. UİHH kapsamında da kullanılmakla birlikte UİH kapsamında daha yaygın olarak kullanılan bu terimlerin AİHM kararında geçmesinin, Mahkeme tarafından UİH'nin kararın verilme aşamasında göz önünde bulundurulduğu/kullanıldığı yorumunu yapmak için yeterli olmadığını savunan yazarlar mevcuttur[575].

3.2.3 Ahmet Özkan ve Diğerleri v. Türkiye

Ahmet Özkan kararına[576] konu olan olayda, PKK üyelerinin aranması sırasında bir köye giren güvenlik kuvvetlerinin kendilerine açılan ateşe ateşle karşılık vermesi sonucu iki çocuk hayatını kaybetmiştir[577]. Davayı incelerken Mahkeme, olayın yaşandığı dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda devletin güvenlik kuvvetleri ile PKK üyeleri arasında niteliği silahlı çatışma halini de alan olaylar yaşandığı tespitinde bulunmuştur[578]. Devletin silahlı kuvvetlerinin ateşe ateşle karşılık vermesinin, içinde bulunulan durum için orantısız bir kuvvet kullanımı olmadığını[579] ve yaşamı koruma amacına yönelik olarak mutlak gereklilik teşkil ettiğini belirterek AİHS m. 2'nin söz konusu eylem açısından ihlal edilmediği kararını vermiştir[580]. Yaşananların silahlı çatışma olarak değerlendirilmesine rağmen Mahkeme tarafından UİH'ye ayrıca değinilmemiştir[581]. Melzer,

[574] Melzer, s. 385-386.
[575] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 70.
[576] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, ECHR 2004.
[577] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, ECHR 2004.
[578] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, § 305, ECHR 2004.
[579] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, § 305, ECHR 2004.
[580] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, § 306, ECHR 2004.
[581] Oberleitner, s. 301.

Mahkeme'nin AİHS m. 2 uyarınca aranan mutlak gereklilik ilkesini silahlı çatışmanın varlığını göz önünde bulundurarak olağan olandan daha düşük bir eşik ile değerlendirmiş olduğunu dile getirmiş olsa da[582] kanımızca aksi durum geçerlidir. Zira olayda, devletin silahlı kuvvetleri PKK tarafından yapılan silahlı saldırıya silahlı saldırı ile karşılık vermiştir. AİHS m. 2 uyarınca kuvvet kullanımı için hukuka uygunluk sebebi teşkil eden şartlardan "Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması" hali olayda mevcuttur. Bununla birlikte, devlet tarafından mutlak şekilde gerekli olandan daha yüksek seviyede kuvvet kullanıldığı ve bunun Mahkeme tarafından hukuka uygun bulunduğu sonucuna ulaşmak mümkün gözükmemektedir.

3.2.4 Benzer ve diğerleri v. Türkiye

Devletin güvenlik güçlerince bir köyün havadan bombalanması ve çok sayıda sivilin hayatını kaybetmesine sebep olmasına ilişkin Benzer ve diğerleri kararında[583] Mahkeme, 'ilgili uluslararası kaynaklar' başlığı altında Türkiye'nin 1954 yılında onaylamış olduğu 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin ortak 3. maddesine ve bu bağlamda, çatışmaya dahil olmayan kişilerin insancıl muameleye tabi tutulması, korunması ve yaralılar ile ilgilenilmesi yükümlülüğüne değinmiştir[584]. Mahkeme buna ek olarak aynı başlık altında, "Kolluk Kuvvetlerinin Güç ve Ateşli Silahlar Kullanıma ilişkin Temel İlkeler"i[585] de, göz önünde bulundurulması gereken kurallar kapsamında saymıştır[586]. Mahkeme, yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verirken, güvenlik güçleri tarafından köylere yönelik olarak gerçekleştirilen ve sivil ayrımının gözetilmediği hava bombardımanının demokratik bir toplumda kabul edilemez olduğunu Isayeva kararına[587] atıfta bulunarak belirtmiş; eylemin

[582] Melzer, s. 387.
[583] *Benzer and others v. Turkey*, no: 23502/06, ECHR 2013.
[584] *Benzer and others v. Turkey*, no: 23502/06, § 89, ECHR 2013.
[585] Suçun Önlenmesi ve Faillerin Muamelesine dair Sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresinde kabul edilmiştir, Havana, Küba, 27 Ağustos-7 Eylül 1990, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 112 (1990).
[586] *Benzer and others v. Turkey*, no: 23502/06, § 90, ECHR 2013.
[587] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §191, ECHR 2005.

AİHS m. 2 ve teamüli UİH kapsamındaki kuvvet kullanımına dair düzenlemelerle bağdaştırılamaz olduğunu dile getirmiştir[588].

Çeçenistan'ın Rusya'dan bağımsızlığını elde etme girişimleri, biri 1994-1996 yılları arasında yaşanan; diğeri 1999'da başlayan ve süregelen iki silahlı çatışmanın yaşanmasına sebep olmuştur[589]. Birinci çatışmayla ilgili olarak Rusya Anayasa Mahkemesi, II No'lu Ek Protokol'ün uygulanabilirliğini kabul etmiş; ancak iç hukukta buna yönelik bir düzenleme yapılmadığını belirtmiştir[590]. İkinci çatışmayla ilgili olarak ise Rusya, Cenevre Konvansiyonları'nın uygulanabilirliğini reddetmiş; gerçekleşen olayları terörist faaliyetler olarak nitelemiştir[591]. Yaşanan olaylarla ilgili olarak Rusya, olağanüstü hal ilanında bulunmamış ve AİHS m. 15 uyarınca yükümlülüklerini askıya almamıştır[592]. Bu döneme ilişkin olarak Mahkeme tarafından görülen Isayeva, Yusupova ve Bazayeva Rusya'ya karşı[593] ve Isayeva Rusya'ya karşı[594] davaları, Mahkeme'nin UİH ve AİHS arasında kurduğu ilişkinin niteliğinin net olarak ortaya konulamayacağını göstermesi açısından önemlidir[595] ve aşağıda daha detaylı şekilde ele alınacaktır. Bu iki karara ek olarak Mahkeme'nin aynı dönemde gerçekleşen olaylara dair verdiği diğer kararlar da göz önüne alındığında, Mahkeme'nin, UİH terminolojisine kararlarında yer verdiğini; devlet ile silahlı gruplar arasında yaşananları bazen silahlı çatışma olarak nitelediğini[596]; bazen taraflarca olaylara ilişkin olarak yapılan niteleme silahlı çatışma olmasına rağmen

[588] *Benzer and others v. Turkey*, no: 23502/06, § 184, ECHR 2013.
[589] Oberleitner, s. 302.
[590] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 76.
[591] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 76.
[592] Hans-Joachim Heintze, The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards during Armed Conflicts, 45 German Y.B. Int'l L. 60 (2002), s. 63. (Heintze).
[593] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, ECHR 2005.
[594] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §191, ECHR 2005.
[595] Serdar Gülener, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Geçiş Dönemi Adaleti İlişkisi: Silahlı Çatışma Süre.lerine İlişkin Verilen Kararlar Üzerinden Bir Değerlendirme", Uluslararası İlişkiler, Cilt 11, Sayı 41 (Bahar 2014), s. 3-28.
[596] *Akhmadov and others v. Russia*, no: 21586/02, §9-16, ECHR 2008; *Khatsiyeva and others v. Russia*, no: 5108/02, § 139, ECHR 2008.

Mahkeme'nin bu terimi kullanmadığını[597]; Rusya'nın olaylar sırasında olağanüstü hal ilan etmemiş oluşuna dikkat çektiğini; UİH üzerinden açık bir değerlendirme yapmaksızın yorumunu AİHS ile düzenlenen yaşam hakkı ve kolluk yetkisi rejimi ile sınırlı tuttuğunu ve UİH ile UİHH arasında net bir ilişki kurmadığını söylemek mümkündür.

3.2.5 Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Rusya (Isayeva I)

Isayeva, Yusupova ve Bazayeva kararı[598], Rus askeri uçaklarının 1999 yılında Çeçenistan'ın başkenti Grozni'de sivil bir konvoyu bombalamasına ilişkindir. Başvurucular bombalamanın ayrım gözetmeden gerçekleştirildiğini; operasyonun planlanma ve yürütülme biçiminin AİHS m. 2 ile düzenlenen yaşam hakkını ihlal ettiğini; Rus ordusu tarafından kullanılan araçların sahip olunan askeri amaca nazaran orantısız olduğunu ve son olarak 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonlarının ortak 3. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, kolluk yetkisi rejimini uyguladığı McCann davasında[599] başvurduğu argümanları kullanmış; kuvvet kullanımının AİHS m. 2 ile sınırlı olarak sayılan amaçlardan bir ya da birden fazlasının gerçekleştirilmesine yönelik olması; bu amaç ya da amaçlara ulaşılabilmesi için kuvvet kullanımının mutlak bir gereklilik arz etmesi; kullanılacak kuvvet ve sahip olunan amaç arasında orantılılığın bulunması[600] ve operasyonun, kuvvet kullanımının meydana getireceği zararı asgari düzeyde tutmaya elverişli şekilde planlanıp yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir[601]. Mahkeme, olayın gerçekleştiği dönemde Rusya'nın içinde bulunduğu durumu, hukuka aykırı silahlı isyanın bastırılarak toprak hakimiyetinin devlet tarafından tekrar kazanılmasının gerektiği ve bu sebeple istisnai yöntemlere başvurulabilecek bir dönem olarak değerlendirmiş; dolayısıyla ağır silah kullanımını doğrudan hukuka aykırı bulmayarak mutlak gereklilik prensibine

[597] *Dzhabrailova v. Russia*, no: 1586/05, ECHR 2009.
[598] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, ECHR 2005.
[599] *McCann v. United Kingdom* [GC], no: 18984/91, ECHR 1995.
[600] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §169, ECHR 2005.
[601] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §171, ECHR 2005.

riayet edilip edilmediğini inceleme altına almıştır[602]. Mahkeme, başvurucular tarafından ihlal edildiği ileri sürülen Cenevre Konvansiyonları ortak 3. maddeye değinmemiş ve hukuka aykırı silahlı isyan olarak nitelediği halin silahlı çatışma teşkil edip etmediği hususunda ayrıca yorumda bulunmamıştır. Rusya tarafından gerçekleştirilen eylemin planlanması aşamasında sivil ölümlerinin engellenmesine yönelik önlemlerin alınmamış ve azami ihtiyatın gösterilmemiş olması sebebiyle[603] AİHS m. 2'nin ihlal edildiği kararı vermiştir.[604]

3.2.6 Isayeva v. Rusya (Isayeva II)

Isayeva v. Rusya kararına[605] konu olan ve 2000 yılında gerçekleşen olayda Rus ordusu, Çeçen savaşçıları başkent Grozni dışına çekmeye çalışmış; bunun sonucunda savaşçılar önceden güvenli bölge ilan edilmiş olan Katyr-Yurt'a saklanmışlardır[606]. Başvuruculaların iddiasına göre savaşçıların köye yönlendirilişi konusunda halka bir uyarıda bulunulmamıştır. Başvuruda, köy halkının köyden çıkabilmesi için saldırıya ara verildiği, ancak yola çıktıkları sırada Rus uçaklarının tekrar harekete geçtiği ve Isayeva I davasına konu olan olayda olduğu gibi sivil ayrımı gözetmeksizin ağır silahlarla bombalama yapıldığı[607]; bu sebeple AİHS m. 2 ile düzenlenen yaşam hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür[608]. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Çeçenistan ve Rusya arasındaki çatışma esnasında kaçmaya çalışan sivil konvoylara yapılan saldırılara yönelik olarak 2003 yılında hazırlamış olduğu, ortak 3. madde ile Ek II No'lu Protokol m. 13/f. 2'ye değinen rapor başvurucular tarafından Mahkeme'ye sunulmuştur[609]. Dolayısıyla UİH

[602] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §178, ECHR 2005.
[603] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §199, ECHR 2005.
[604] *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §200, ECHR 2005.
[605] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §191, ECHR 2005.
[606] Oberleitner, s. 303
[607] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §13-22, ECHR 2005.
[608] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §162, ECHR 2005.
[609] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §113-114, ECHR 2005.

düzenlemelerine dair bir ihlal iddiası dolaylı olarak öne sürülmüştür[610]. AİHM, Rusya'nın istisnai önlemlere başvurması için elverişli bir durumun mevcut olduğunu kabul etmiş; Çeçen savaşçıların varlığının kuvvet kullanımını meşru kıldığını dile getirmiş; ancak gerçekleştirilen operasyonun sivil ölümleri en az düzeyde tutmaya yönelik şekilde planlanmamış ve gereken özen yükümlülüğünün gösterilmemiş olmasından hareketle AİHS m. 2'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir[611]. Mahkeme, "savaş dışı bir dönemde"; olaydaki gibi insan mevcudunun çok olduğu bir alanda; siviller tahliye edilmeksizin bu ağırlıktaki silahların kullanılmasının emniyetin sağlanmasından sorumlu kişilerin demokratik bir toplumda taşıdığı özen yükümlülüğü ile bağdaşmasının mümkün olmadığını dile getirmiştir[612]. Bunu belirttiği paragrafta Mahkeme, olayın yaşandığı bölgede Rusya tarafından olağanüstü hal ilan edilmediğini; sıkıyönetim kanunlarının uygulamaya sokulmadığını; AİHS m. 15 uyarınca herhangi bir yükümlülüğün askıya alınmadığını ve değerlendirmenin normal/olağan dönemin hukuki arka planında yapılacağını belirtmiştir[613]. Mahkeme'nin, gerçekleşen olayları silahlı çatışma olarak değerlendirmediği; kolluk yetkisi rejimi bağlamında yorum yaptığı görülmektedir. Mahkeme'nin olağan dönem hukukunun uygulanması konusundaki açıklaması, Rusya'nın m. 15 uyarınca yükümlülüklerini askıya almış olsa farklı bir değerlendirmeye tabi tutulacağı izlenimi verse de bu yönde yapılacak yorum bir kesinlik taşımamaktadır.

Bununla birlikte bir görüş, Rusya tarafından m. 15 'e başvurulmamış olması halinin, Mahkeme'nin olayları UİH'ye değinmeksizin kolluk yetkisi rejiminde değerlendirmesini kolaylaştıran bir etken olduğunu; ancak Mahkeme'nin yorumunun hem gerçeklik hem de hukuki niteleme açısından yaşananları yansıtmadığını savunmaktadır[614]. Yine aynı çatışma ortamında yaşananlara ilişkin olarak görülmüş olan Isayeva I davasında Mahkeme'nin olayı hukuka aykırı

[610] Oberleitner, s. 304
[611] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §200-201, ECHR 2005.
[612] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §191, ECHR 2005.
[613] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §191, ECHR 2005.
[614] Guglielmo Verdirame, "Human Rights in Wartime: A Framework for Analysis" (2008) 6 European Human Rights Law Review 701.

silahlı isyan şeklinde nitelemiş olmasının, bu davada yaptığı yorum ile çeliştiği savunulmaktadır[615]. Mahkeme'nin UİH terminolojisi kapsamında yer alan terimlerden, UİH'ye açıkça atıkfa bulunmaktan kaçınarak faydalanmış olması ayrıca eleştirilmiştir. Aynı yazarlar Mahkeme'nin, köy halkının köye giriş yapacak isyancılarla (asiler) ilgili olarak önceden bilgilendirilmiş olması gerekliliğine dair yorumunu[616] I No'lu Ek Protokol m. 57/f. 2(c)[617] ile ilişkilendirmiş ve söz konusu gerekliliğin, temelini uluslararası UİH'de bulan bir ihtiyati önlem olduğunu belirtmişlerdir[618]. Mahkeme'nin olaydaki kuvvet kullanımının orantılı olup olmadığı değerlendirmesini "*Russian Army Field Manual*" (Rus Kara Kuvvetleri El Kitabı) üzerinden yapması ve söz konusu belgenin bu olaydaki kuvvet kullanımını düzenlemek açısından yetersiz kaldığını ve ek iç hukuk düzenlemesine ihtiyaç olduğunu belirtmesi de[619], değerlendirmesindeki diğer çelişkiler olarak ifade edilmiştir[620].

3.3 AİHM'NİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKA YAKLAŞIMINA DAİR DİĞER BAZI KARARLAR

AİHM'in uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşam hakkını değerlendirdiği kararları dışında, UİH'ye yaklaşımına dair yönlendirici olabilecek bazı kararları aşağıda incelenmiştir. Mahkeme'nin bu kararlarındaki değerlendirmeleri, UİH-UİHH arasında kurduğu ilişkiye dair fikir verici niteliktedir.

[615] Oberleitner, s. 305.
[616] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §187, ECHR 2005.
[617] I No'lu Ek Protokol m.57(2)(c): "Saldırılara ilşikin olarak aşağıdaki önlemler alınmalıdır: ... şartlar izin verdiği sürece, sivillerin, etkilenmeleri ihtimali bulunan saldırılara ilişkin olarak önceden uyarılmaları gerekmektedir... .".
[618] Oberleitner, s. 305.
[619] *Isayeva v. Russia*, no: 57950/00, §199, ECHR 2005.
[620] Oberleitner, s. 305.

Kuzey Kıbrıs v. Türkiye

Türkiye'nin 1974 yılında Kuzey Kıbrıs'ta gerçekleştirmiş olduğu askeri operasyona ilişkin olarak yapılan devletlerarası başvuru[621] Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde görülmüştür. Kıbrıs tarafından yapılan başvuruda, Türkiye'nin yaptığı askeri operasyonlar sırasında sivillerin ayrım gözetilmeksizin öldürüldüğü; işkence ve zorla çalıştırma yasaklarının ihlal edildiği ve binden fazla kişinin zorla yerinden edildiği iddiaları öne sürülmüştür[622]. Türkiye'nin gerçekleştirdiği eylem BM Güvenlik Konseyi tarafından işgal olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen[623] Komisyon, söz konusu hali UİH düzenlemesine tabi olan işgal kavramı üzerinden değerlendirmemiştir. Bununla birlikte, Türkiye'nin kendi askeri birlikleri ya da kendi hükümetinin kontrolü altında hareket eden Kuzey Kıbrıs yerel hükümeti üzerinden yargı yetkisine sahip olduğunu ve Sözleşme ile bağlı olduğunu belirtmiştir. Türk askerlerince gözaltına alınan ve bazıları savaş esiri statüsüne sahip olan Kıbrıslı Rumlar açısından Komisyon, hem Kıbrıs'ın hem Türkiye'nin Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olduklarını; Türkiye'nin Sözleşme'ye uygun hareket edeceği beyanına ek olarak UKK tarafından yapılacak ziyaretlere izin verdiğini belirtmiş; bu sebeple söz konusu kişiler açısından AİHS kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. madde üzerinden ayrıca bir inceleme yapılmamasına karar vermiştir. Kararda UİH'ye ilişkin diğer bir nokta, Yargıç Sperduti'nin karşı oy yazısında belirttiği; IV No'lu Cenevre Konvansiyonu'nun korunan kişilerin yerinden edilmesini yasaklayan 49. maddesinin uygulanması gerekliliğine dair görüşüdür[624].

[621] Kıbrıs Türkiye'ye Karşı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Başvuru no: 6780/74 ve 6950/75, Karar tarihi: 10 Temmuz 1976.
[622] Kıbrıs Türkiye'ye Karşı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Başvuru no: 6780/74 ve 6950/75, Karar tarihi: 10 Temmuz 1976. (Komisyon'a üçüncü bir devletlerarası başvuru da sunulmuştur.)
[623] Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Resolution 550, UN Doc. S/550/1984 (11 Mayıs 1984), Preamble.
[624] Kıbrıs Türkiye'ye Karşı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Başvuru no: 6780/74 ve 6950/75, Dissenting Opinion of G. Sperduti, joined by S. Trechsel, on Art. 15 of the Convention, para. 6.

Varnava v. Türkiye

Mahkeme'nin önüne gelen davaların çoğunluğunda benimsediği, UİH ile ilgili yorum yapmama yaklaşımı bazı istisnai durumlarda farklılık göstermiştir[625]. 1974 yılında Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ta düzenlediği askeri operasyonlar sırasında, dolayısıyla uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma olarak nitelendirilebilecek bir durumda, on sekiz kişinin kaybolmasına ilişkin Varnava ve diğerleri[626] davasında Mahkeme, Türkiye'nin AİHS m. 2 bağlamındaki etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle yaşam hakkını ihlal ettiği kararını verirken UİH'ye doğrudan atıfta bulunmuştur. Mahkeme, AİHS m. 2 ile düzenlenen yaşam hakkının mümkün olduğunca, silahlı çatışmanın vahşetinin ve insan dışılığının azaltılmasındaki rolü evrensel olarak kabul edilmiş olan UİH kurallarını da kapsayan uluslararası hukukun genel prensipleri ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir[627]. Aynı paragrafta Mahkeme, uluslararası nitelikte bir silahlı çatışmanın mevcut olduğu durumda devletin, çatışmaya katılmamış ya da artık dahil olmayan kişilerin hayatını koruma yükümlülüğü altında olduğunu ve bu yükümlülüğün yaralılara tıbbi yardımda bulunmayı; çatışmaya katılarak hayatını kaybedenlerin bedenlerinin uygun bir şekilde devlet otoritelerince toplanmasını; bu kişilerin kimlikleri ve akıbetleriyle ilgili olarak bilgi toplanmasını ve verilmesini veya UKK tarafından bedenlerle ilgilenilmesine izin verilmesini kapsadığını da dile getirmiştir[628].

Korbely v. Macaristan

Korbely kararı[629] yaşam hakkına ilişkin olmamasına rağmen, AİHM'in ortak 3. madde değerlendirmesinde bulunmuş olması açısından önemlidir[630]. Karara konu

---

[625] Oberleitner, s. 307.
[626] *Varnava and others v. Turkey*, no: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 160668/90, 160669/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009.
[627] *Varnava and others v. Turkey*, no: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 160668/90, 160669/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 185, ECHR 2009.
[628] *Varnava and others v. Turkey*, no: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 160668/90, 160669/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 185, ECHR 2009.
[629] *Korbely v. Hungary* [GC], no: 9174/02, ECHR 2008.
[630] Aughey/Sari, Targeting and Detention, s. 103.

olayda, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma esnasında devletin silahlı kuvvet mensubu olan kişi, silahlı bir örgüt liderini hedef gözeterek öldürmüş ve buna ilişkin olarak yapılan iç hukuk yargılaması sonrasında cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Davacıların söz konusu yargılama ve cezai yaptırıma ilişkin olarak iddiası, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen AİHS m. 7'nin ihlal edilmiş olduğu yönündedir[631]. Mahkeme, silahlı bir örgütün silahını bırakmamış ve teslim olma iradesini açıkça ortaya koymamış olan lideri için çatışmaya doğrudan katılma halinin sonlanmamış olduğu; kişinin Cenevre Konvansiyonları ortak 3. madde bağlamında UİH'nin korumasından faydalanacak kişiler kapsamında yer almadığı ve dolayısıyla hedef alınabileceği[632] yorumunu yapmıştır. Buna göre, hedef alarak öldürme eylemi, fiilin işlendiği dönemde uygulanması gereken Cenevre Konvansiyonları bağlamında bir suç teşkil etmemektedir ve kişinin cezalandırılması AİHS'e aykırıdır[633].

Al-Jedda v. Birleşik Krallık

Mahkeme'nin UİH ile UİHH arasında kurduğu ilişkinin genel niteliği açısından, yaşam hakkı bağlamında olmamakla birlikte UİH düzenlemesini göz önünde bulundurmuş olması sebebiyle Al-Jedda davasına değinilmesi gerekmektedir[634]. Silahlı çatışma ya da işgal hallerinin AİHS m. 5 uyarınca özgürlük ve güvenlik hakkı için düzenlenen istisnai hallerden olmadığını belirten Mahkeme, kişinin, duruşma yapılmaksızın süresi belirsiz şekilde özgürlüğünden alıkonulması halinin 1907 Lahey Konvansiyonu m.43[635] bağlamında temellendirilebilir olup olmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Madde uyarınca, işgalci devlet işgal ettiği ülkede kamu düzeninin ve güvenliğin yeniden tesisi ve devamlılığının sağlanması için tüm önlemleri alabilecektir. Buna ek olarak, söz konusu önlemleri alırken içinde bulunulan durumun mutlak bir şekilde engel teşkil etmemesi halinde, ülkede

[631] *Korbely v. Hungary* [GC], no: 9174/02, § 58, ECHR 2008.
[632] *Korbely v. Hungary* [GC], no: 9174/02, § 89-91, ECHR 2008.
[633] *Korbely v. Hungary* [GC], no: 9174/02, §94, ECHR 2008.
[634] *Al-Jedda v. UK*, no: 27021/08, ECHR 2011.
[635] 1907 Tarihli IV Sayılı Kara Harbinin Kanunları Ve Adetleri Hakkında Sözleşme, m. 43.

yürürlükte olan hukuk düzenlemelerine uygun şekilde hareket etmelidir. Mahkeme, madde uyarınca işgalci devletin söz konusu önlemi alma yükümlülüğü altında olmadığını; önlemin başvurulacak son çare niteliği taşıdığını belirtmiştir[636].

Kononov v. Letonya

Kononov davasında[637] Mahkeme, başvurucuların 1944'te işgal edilen Letonya'da gerçekleştirmiş oldukları eylemler sebebiyle savaş suçlarından mahkum edilmiş olmalarının hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir. Değerlendirmesinde, başvurucu tarafından öldürülmüş kişilerin, Letonya mahkemelerince yapılan değerlendirmede olduğu gibi, korunması gereken siviller mi yoksa başvurucunun iddia ettiği üzere UİH bağlamında çatışan statüsüne sahip kişiler mi olduğu sorusuna cevap ararken, 1907 tarihli Lahey Konvansiyonlarına; teamüli UİH'ye ve Cenevre Konvansiyonlarına Ek I Numaralı Protokol'e atıfta bulunmuştur. Buna göre Mahkeme, öldürülen kişilerden bazılarının sivil bazılarının ise çatışan olması sebebiyle ve sayılan kaynakların geçmişe etkili ve yanlış şekilde uygulanmış olduğu gerekçesiyle, AİHS m. 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir[638]. Mahkeme'nin, söz konusu kararda benimsediği yaklaşım eleştirilmekle birlikte[639], AİHS'in ihlali üzerine karar verirken UİH'nin spesifik kurallarını dikkate alma konusunda gereken donanıma sahip olduğu şeklinde yorum yapan yazarlar da mevcuttur[640].

[636] *Al-Jedda v. UK*, no: 27021/08, § 107, ECHR 2011.
[637] *Kononov v. Latvia*, no: 36376/04, ECHR 2008.
[638] *Kononov v. Latvia*, no: 36376/04, § 188, § 246, ECHR 2008.
[639] Giulia Pinzauti, The European Court of Human Rights' Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law, 6 J. Int'l Crim. Just. 1043 (2008), s. 1052-1053.
[640] Oberleitner, s. 308.

Engel ve diğerleri v. Hollanda

Mahkeme, farklı rütbelerdeki askerlerin farklı disiplin cezalarına çarptırılmalarına ilişkin Engel ve diğeleri davasında[641], başvurucuların özgürlüklerinden hukuka aykırı şekilde alıkonuldukları iddiasını değerlendirirken Cenevre Konvansiyonlarına açık bir şekilde atıfta bulunmuştur[642]. Farklı rütbelerin sahip olduğu farklı sorumluluk dolayısıyla farklı cezaya tabi tutulabileceklerini belirten Mahkeme, söz konusu farklı muamelenin UİH bağlamında temeli olduğunu dile getirmiştir ve Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi'nin 88. maddesine atıfta bulunmuştur[643]. Karara konu olan olayda, aktif bir askeri operasyonun mevcut olmadığına dikkat çeken Oberleitner, AİHM'in bu davada benimsediği tutumu münferit bir uygulama olarak nitelemiş; Mahkeme'nin Kuzey Kıbrıs, Türkiye'nin güneydoğusu ve Çeçenistan'da olduğu gibi geniş kapsamlı askeri operasyonların gerçekleştiği ve politik olarak hassas addedilen durumlarda benzer kapsamda yorum yapmaktan ya da tartışmaya girmekten çekindiğini dile getirmiştir[644].

Hassan v. Birleşik Krallık

AİHS m. 5 ile düzenlenen özgürlük hakkına ilişkin olarak verilen Hassan v. UK kararında Mahkeme, Al-Skeini[645] ve Al-Jedda[646] kararlarından farklı olarak, devletin AİHS m. 15 uyarınca yükümlülüklerini askıya almış olmasını aramaksızın, m. 5'i içinde bulunulan silahlı çatışma şartlarında

[641] *Engel and others v. Netherlands*, no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, and 5370/72, ECHR 1976.
[642] *Engel and others v. Netherlands*, no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, and 5370/72, § 33-51, ECHR 1976.
[643] *Engel and others v. Netherlands*, no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, and 5370/72, § 72, ECHR 1976.
[644] Oberleitner, s. 309.
[645] *Al-Skeini and others v. UK* [GC], no. 55721/07, ECHR 2011.
[646] *Al-Jedda v. UK*, no: 27021/08, § 107, ECHR 2011.

değerlendirmiştir[647]. AİHS m. 5'te, özgürlük hakkının kısıtlanmasına imkan tanıyan ve sınırlı olarak sayılan istisnai hallerin karara konu olan olayda mevcut olmamasına rağmen Mahkeme AİHS'i, kişinin söz konusu şartlarda özgürlüğünün kısıtlanmasına imkan veren III ve IV no'lu Cenevre Konvansiyonları ile birlikte değerlendirmiştir[648]. VAHS m. 31/f. 3 (c) ile düzenlenmiş olan uyumlu yorum tekniğine örnek olarak verilebilecek[649] bu yargılama sonucunda Mahkeme AİHS m. 5'in ihlal edilmediğine karar vermiştir[650]. Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımınında, karara konu olayda gerçekleşen çatışmanın uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma olmasının etkili olduğu ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından Mahkeme'nin sadece kolluk yetkisi rejimi zemininde hareket ettiğini savunan yazarlar mevcuttur[651].

Gürcistan v. Rusya

AİHM'in şimdiye kadar ele aldığı davalara bakıldığında UİH ve UİHH arasındaki ilişkinin niteliğine dair açık bir yorum yaptığını söylemek mümkün değildir. Ancak şu an Mahkeme önünde beklemede olan Gürcistan Rusya'ya karşı dosyası bu konudaki eksikliği giderme potansiyeli taşımaktadır. Gürcistan tarafından, Rusya ile aralarında süregelen ve hem uluslararası nitelikte hem de uluslararası nitelik taşımayan birden fazla silahlı çatışmaya ilişkin olarak yapılmış olan ikinci devletlerarası başvuruyla ilgili olarak Rusya, Mahkeme'nin yargı yetkisine sahip olmadığı; zira konunun UİH düzenlemelerine tabi olduğu itirazında bulunmuştur. Mahkeme, söz konusu itirazın davanın esasına ilişkin olarak yapılacak incelemeye dahil edilmesi gerektiğini belirtmiş ve kabul edilebilirlik kararı vermiştir[652]. Karar

[647] Lawrence Cawthorne, "The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK, 16 September 2014", https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/ (Son erişim tarihi: 09.04.2019).
[648] Lawrence Cawthorne, "The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK, 16 September 2014", https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/ (Son erişim tarihi: 09.04.2019).
[649] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, §102, ECHR 2014.
[650] *Hassan v. UK* [GC], no: 29750/09, §105-111, ECHR 2014.
[651] Lawrence Hill-Cawthorne, "The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK", 16 September 2014, https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/ (Son erişim tarihi: 09.04.2019).
[652] *Georgia v. Russia* (II) (dec), no. 38263/08, ECHR 2011.

sonrasında, AİHM'in uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında yaşam hakkının korunmasına ilişkin olarak bugüne kadar net olarak sergilememiş olduğu yaklaşımı ortaya koyması ihtimali bulunmaktadır.

3.4 ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA YAŞAM HAKKININ AİHM TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YORUMUMUZ

AİHM'in, önüne gelen davalarda UİH bağlamında uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu birçok halde, durumu böyle nitelendirmediği; bu yaklaşımı özellikle devletlerin silahlı çatışmanın varlığını reddettiği durumlarda benimsediği; durumu silahlı çatışma olarak nitelendirdiği sınırlı hallerde ise değerlendirmesini UİHH rejimi ile sınırlı tuttuğu görülmektedir.

Mahkeme'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşam hakkına ilişkin olarak yaptığı değerlendirme, UİH ile UİHH arasında kurduğu ilişki biçimine göre iki farklı kişi kategorisi için değişen sonuçlar doğurabilecektir. Bu kişiler çatışan statüsüne sahip olmayan organize silahlı örgüt mensupları; yani savaşanlar ve sivillerdir. Devletin silahlı kuvvet mensuplarının; yani çatışanların siviller ya da organize silahlı örgüt mensupları tarafından uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma bağlamında öldürülmesinin hukukiliği tartışması, Mahkeme'nin yetki alanı dışındadır. Zira eylemlerinin AİHS'e uygunluğu denetimi yapılan hukuk kişileri sadece Sözleşme'ye taraf olan devletlerdir.

Söz konusu değerlendirme, AİHS m. 15'in yorumlanma biçimine ve buna ek olarak, daimi çatışan fonksiyonuna sahip kişilerin her zaman hedef alınabilirliğine ilişkin kabule göre farklı şekillerde yapılabilecektir.

Değerlendirilecek ilk durum, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların AİHS m. 15'te düzenlenen 'savaş' kapsamına dahil olduğunun kabul edildiği ve çatışmaya taraf devletin AİHS m. 2 ile düzenlenen yaşam hakkını m. 15 uyarınca

askıya aldığı haldir. UİH altında çatışmaya katılma yetkisine sahip olmayan savaşanların bir çatışmada hedef alınmaları sonucu hayatlarını kaybettikleri durumun AİHM önünde bir dava konusu olarak gelmesinin gerçekçi olmaması sebebiyle, değerlendirilecek ilk durum teorik bir tartışmanın konusudur ve bugüne dek örneğine rastlanmamıştır. Böyle bir durumda Mahkeme, UİH'yi doğrudan uygulama yetkisine sahip olmadığı için VAHS uyarınca uyumlu yorum tekniğini benimseyebilecektir. UİH uyarınca, savaşanların daimi çatışan fonksiyonları sebebiyle her zaman hedef alınabileceği görüşü yaygın olmakla birlikte, buna karşı çıkan görüş, içinde bulunulan durumun şartlarının değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmektedir[653]. UİH'nin öngördüğü gereklilik ilkesi uyarınca, yakalanabilecek kişinin yaralanmaması, yaralanarak etkisiz hale getirilebilecek ya da ele geçirilebilecek kişinin öldürürmemesi gerektiği görüşünün devletin silahlı kuvvet mensuplarının dahi her zaman hedef alınmasını mümkün kılmadığı yorumunun da mevcut olduğu bu durumda kanımızca daimi çatışan fonksiyonuna sahip kişiler için de, içinde bulunulan durumun şartları Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Aktif bir çatışma halinin mevcut olmadığı, çatışmanın yoğun olmadığı ya da aktif çatışma eylemlerinin sürdürüldüğü alanda devletin hakimiyet/kontrol seviyesinin yüksek olduğu durumlarda bu kişilerin yakalanması imkanı varken öldürülmemesi gerekmektedir. Söz konusu yoğunluk, hakimiyet seviyesi, öldürme eyleminin aktif çatışma eylemlerinin meydana geldiği sırada ve yerde meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi, uyumlu yorum tekniğinde ağırlığın verileceği hukuk dalının hangisi olduğuna işaret edebilecektir. Durumun şartlarına ilişkin değerlendirmenin ilk kısmı AİHM tarafından m. 15 bağlamında yapılabilecek; Mahkeme devletin yükümlülüklerine aykırı tedbirleri "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde"[654] alıp almadığını; yani yaşam hakkının askıya alınması için gereken şartların sağlanıp sağlanmadığını denetleyebilecektir. Bu şartların sağlanmaması halinde yükümlülük m. 15'e aykırı şekilde askıya alınmış olacak ve yaşam hakkının ihlalinden bahsedilebilecektir. Askıya alma halinin m.

[653] Melzer, s. 288.
[654] AİHS m. 15. "... Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.".

15'e uygun olduğu durumda ise öldürme eyleminin gerçekleştiği şartlar değerlendirilecek; öldürme eyleminin hukukiliği çatışmanın yoğunluğu yüksekse veya devletin bölgedeki kontrol seviyesi düşükse, UİHH ışığında bir UİH yorumuyla tartışılabilecektir. Buna göre, m. 2'nin öngördüğü mutlak gereklilik eşiği düşebilecektir. Ancak içinde bulunulan şartlarda kişinin yakalanması imkanı varsa ve kişinin öldürülmesi yerine yakalanması sivillerin ya da devletin silahlı kuvvet mensuplarının yaşamının riske sokulması anlamını taşımıyorsa, silahlı çatışmaların yürütülmesi yerine kolluk kuvveti paradigmasına ağırlık verilebilecek; öldürme eylemiyle yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.

Aynı durumda yaşam hakkı ihlalinin bir sivile ilişkin olarak iddia edildiği senaryoda, Mahkeme yukarıda anlatılan değerlendirme yolunu izlemelidir. Buna göre, yükümlülüğün askıya alınmasının m. 15'e uygun olmadığı halde, yaşam hakkı m. 2 üzerinden değerlendirilmeli ve UİH'ye nazaran daha yüksek olan gereklilik ve orantılılık eşikleri uygulanmalıdır. Yaşam hakkının askıya alınmasının m. 15'e uygun olduğu durumda ise bu ilkelere ilişkin değerlendirme eşiğinin düşmesi söz konusu olabilecektir. Yaşam hakkının m. 15'e uygun olarak askıya alındığı durumda dahi Mahkeme, öldürme eyleminin gerçekleştiği anı olay bazında değerlendirmeli; benimsenmesi gereken paradigmanın hangisi olduğuna karar vermelidir. Savaşanlar için yapılan değerlendirmede olduğu gibi, silahlı çatışmanın yoğunluğu, devletin bölgedeki kontrol seviyesi ve öldürme eyleminin gerçekleştiği alanın aktif çatışma eylemlerine mesafesi gibi kriterler üzerinden yapacağı yoruma göre gereklilik ve orantılılık ilkelerinin hangi hukuk dalının öngördüğü eşik üzerinden değerlendirilmesi gerektiğine karar vermelidir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların m. 15 bağlamında 'savaş' kapsamında değerlendirilmemesi ya da değerlendirilmesi ancak çatışmanın tarafı olan devlet tarafından yaşam hakkının m. 15 uyarınca askıya alınmaması halinde Mahkeme, yukarıda incelenen durumları sadece AİHS m. 2 bağlamında değerlendirmeli ve mutlak gereklilik prensibi ile UİHH'nin öngördüğü orantılılık

eşiğini uygulamalıdır. Zira AİHS'e taraf olarak Sözleşme'nin öngördüğü yükümlülükleri üstlenmiş olan devletin, m. 15 uyarınca uluslararası nitelikte olmayan savaş bağlamında yaşam hakkını askıya alma imkanı varken bunu yapmamış olması, kendi inisiyatifiyle hareket etmesi ve UİH'ye nazaran daha yüksek bir gereklilik ve orantılılık eşiği öngören UİHH'nin uygulanmasını kabul etmesi anlamına gelmektedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın m.15 bağlamında 'savaş' olarak değerlendirilmemesi durumunda ise, bu nitelikteki bir silahlı çatışmada yaşam hakkının askıya alınamamasına rağmen AİHS'e taraf olan ve yine kendi inisiyatifiyle hareket eden bir devlet söz konusu olmaktadır. Her iki durumda da Mahkeme'nin, devletin inisiyatif kullanımına rağmen durumun şartlarını göz önünde bulundurması; yani uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın şartlarına göre değerlendirme yapması, devletlerin hareket biçimine, onların gösterdiği rıza ötesinde müdahale etmek anlamına gelebilecektir.

Mahkeme'nin bu şekilde hareket etmesinin diğer ve daha önemli bir sonucu ise, yaşam hakkına ilişkin olarak sivillere UİH'ye nazaran daha kapsamlı bir koruma sağlayan UİHH'nin koruma seviyesinin düşürülmesi olacaktır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma bağlamında söz konusu kişiler, UİHH'nin de uygulanmaya devam edecek olması sebebiyle AİHS'in kuvvet kullanımına ilişkin olarak öngörüdüğü mutlak gereklilik ve AİHM içtihadıyla kabul edilen orantılılık ilkesinden faydalanabileceklerdir. Ancak askıya alınmayan ya da alınamayan yaşam hakkına rağmen, içinde bulunulan durumun verilen kararda göz önünde bulundurulması; yani kolluk kuvveti rejimi yanında ya da onun yerine silahlı çatışmaların sürdürülmesi rejiminin benimsenmesi; söz konusu ilkeler için öngörülen eşiğin düşmesi sonucunu doğurabilecektir.

Mahkeme'nin uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda münhasır olarak UİHH'nin uygulanması gerektiği görüşünde olup olmadığı, içtihatlarında bunu açıkça ifade etmemiş olması ve bazı kararları arasında yukarıda bahsedilen

çelişkilerin bulunması sebebiyle net olarak ortaya konulamamıştır[655]. AİHM'nin UİHH'nin silahlı çatışmalar sırasında da uygulanmaya devam edeceği görüşüne sahip olduğu ise net bir şekilde ortaya konulabilmektedir. Ancak bu uygulama sırasında, özellikle de uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma söz konusu olduğunda, UİH kuralları ışığında yorum yapıp yapmayacağı ve UİH kurallarının ihlaline karar verip veremeyeceği ile ilgili olarak ortaya koyduğu net bir yaklaşımdan bahsetmek mümkün değildir. UİH metinlerine doğrudan atıf yaptığı durumlar, aktif çatışma eylemlerinin sürdüğü anlar dışında gerçekleşen olaylara ilişkin davalarla sınırlıdır. Bunlar dışındaki kararlarında Mahkeme, başvuruculara buna yönelik bir iddiasının mevcut olduğu durumlarda dahi UİH kurallarının ihlaline dair yorum yapmamış; şayet bir ihlal mevcutsa bu kararı AİHS metni ve AİHS'e Ek Protokoller ile sınırlı olarak vermiştir. Her ne kadar UİH terminolojisine kararlarında sık yer veriyor olsa da, Mahkeme'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşam hakkına yönelik olarak UİH ışığında hareket ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira, dava konusu edilen olaylarda çatışmanın/silahlı eylemlerin şiddet seviyesinin yüksekliğine rağmen, değerlendirmesini kolluk yetkisi rejimi bağlamında yapmaktadır. Mahkeme'nin genel yaklaşımı bu iken bazı kararlarında silahlı çatışma tabirini kullanmış olmasını rastlantısal olarak değerlendirmek mümkündür.

AİHM'in, yaşam hakkıyla ilgili değerlendirme yaparken ihlal sonucunu değiştirmemekle birlikte, belki de devletler üzerinde yaratabileceği müdahale algısını azaltmak için, karara gidiş yolunu değiştirdiği durumlara rastlanmaktadır[656]. Örneğin kuvvet kullanımı için mutlak gerekliliğin mevcut olmadığı bir durumda AİHM, orantılılık ilkesine uygun hareket edilmediği yorumunda bulunmuştur[657]. İhlal edilip edilmediği değerlendirilen kavramın farklı yönden değişiklik gösterdiği karar örnekleri de mevcuttur. Örneğin yaşadığı

[655] Abresch, A Human Rights Law of Internal Armed Conflict, The European Journal of International Law Vol. 16 no.4, EJIL 2005, s.756-760.
[656] Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, The ICRC, Appendix 3, Françoise Hampson, s. 74.
[657] *Haran v. Turkey*, no. 25754/94, ECHR 1996.

köyde ayrım gözetmeksizin açılan ateş sonucu yaşamını yitiren kişi ile ilgili davada Mahkeme, güvenlik kuvvetlerinin köye girdikten sonra yaptığı diğer hareketleri değerlendirmeye almış, yaralanma sonucu tıbbi müdahalayede ihtiyaç duyan kişi olup olmadığını sormaları ve cevap alamamaları üzerine bunu kendi inisiyatifleriyle araştırmış olmamaları sebebiyle yaşam hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir[658]. Söz konusu olayda ayrım gözetmeyen kuvvet kullanımının ihlal sebebi olarak değerlendirilmemiş olması, ihlalin tespiti amacının ortadan kalkmasa da önemini yitirmesine sebep olabilecektir. Zira benzer eylemin tekrarının önlenmesinin yolu, devleti dolaylı bir şekilde herhangi bir ihlalden sorumlu tutmak yerine gerçek anlamda sorumlu olduğu hareket sebebiyle eleştirmekten geçmektedir.

Mahkeme'nin UİH'yi görmezden gelme halinin sebepleri tam olarak ortaya konulamamakla birlikte, UİHH'yi kendine has/nev-i şahsına münhasır bir rejim olarak değerlendirdiği ve UİH'yi buna dahil etmediği savunulabilir. Söz konusu halin ileride devam etmeyeğini öngören yazarlar mevcuttur[659]. AİHM'in, kararlarında silahlı çatışmanın yarattığı şartlara ve UİH kurallarına açık bir şekilde yer vermemesinin sebebinin, Mahkeme'nin AİHS'in etkili bir şekilde uygulanmasını amaçlaması olduğunu söylemek de mümkündür. Zira AİHS bir insan hakları hukuku sözleşmesidir ve AİHM bir insan hakları yargı mekanizmasıdır. Buna ek olarak, UİH ve UİHH aynı konuya ilişkin paralel ya da farklı düzenlemeler öngörebilmekle birlikte, iki farklı hukuk dalıdır. Buna göre, bir devletin UİH'ye uygun hareket ettiği durumda UİHH'ye de uygun hareket ediyor olduğu sonucuna varılması şartı bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk düzenlemelerinin birbiriyle uyumlulaştırılması girişimi, bu hukukun özneleri olan devletlerin inisiyatifinde olmalı; yargı mekanizmalarının kendi yorumlarıyla gerçekleştirilmemelidir.

[658] *Ahmet Özkan v. Turkey*, no: 21689/93, ECHR 2004.
[659] Heintze, s. 70.

SONUÇ

Günümüzde meydana gelen silahlı çatışmaların çoğunluğu uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma niteliğindedir. Buna ilişkin UİH düzenlemelerinin uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olanlar kadar detaylı ve açık düzenlenmemiş olması, bu çatışmalarda tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesini zorlaştırabilmektedir.

Buna ek olarak, silahlı çatışmalar esnasında UİHH'nin de UİH yanında uygulama alanı bulacağı giderek yaygınlaşan bir görüştür. Bu sebeple aynı konunun iki hukuk dalı tarafından birbirinden farklı şekilde düzenlendiği konulara ilişkin olarak hangi hukuk dalına ya da kuralına öncelik verileceği meselesi uzun süreden beri devam eden bir tartışmanın konusudur. Bu çalışma ile uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda AİHM'in yaşam hakkına ilişkin olarak yaptığı değerlendirme şimdiye kadar önüne gelen davalardaki yaklaşımı üzerinden ortaya konulmaya çalışılmış ve Mahkeme'nin söz konusu çatışmalarda iki hukuk dalı arasında kurması gerektiği ilişkinin VAHS ile öngörülmüş olan uyumlu yorum tekniği olduğu kanaatine varılmıştır.

Buna göre, ortak 3. maddenin öngördüğü eşiği aşan bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın varlığı halinde Cenevre Konvansiyonları'na taraf olan devletin ortak 3. madde uyarınca; Ek II No'lu Protokol'ün öngördüğü eşiği aşan bir çatışmanın varlığı halinde ise Ek II No'lu Protokol'e taraf olan devletin bu Protokol uyarınca sahip olduğu yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Buna ek olarak söz konusu devlet, AİHS'e taraf olması halinde Sözleşme'nin 2. maddesi ile öngörülen yaşam hakkını koruma yükümlülüğü altındadır.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların AİHS m. 15 bağlamında 'savaş' kapsamında değerlendirilmesi ve devletin bu madde uyarınca çatışmaya ilişkin olarak yaşam hakkını askıya almış olması halinde Mahkeme devletin söz konusu yükümlülüğü askıya alarak işlediği fiillerin durumun kesinlikle gerektirdiği

ölçüde olup olmadığı değerlendirmesi yapmalı ve buna ek olarak devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediğini denetlemelidir. Bir insan hakları sözleşmesi olan AİHS'i ve Ek Protokollerini uygulamakla yükümlü olan AİHM bu değerlendirmeyi VAHS uyarınca uyumlu yorum tekniğini benimseyerek yapmalıdır. Buna göre yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının bir savaşana ilişkin olması halinde Mahkeme, yaşam hakkını askıya alan devletin bu bağlamda icra ettiği hedef alma eyleminin hukuka uygunluğunu denetlerken, AİHS m. 2'de kuvvet kullanımı için öngörülen mutlak gerekliliği UİH ışığında yorumlamalı ve daha düşük bir gereklilik eşiğinin varlığını aramalıdır. Yaşam hakkı ihlali iddiasının bir sivile ilişkin olarak ileri sürülmüş olması halinde Mahkeme, hem mutlak gereklilik hem de orantılılık ilkelerini UİH ışığında yorumlamalı ve AİHS m. 2 ile öngörülen mutlak gereklilik ve kendi içtihatlarıyla geliştirmiş olduğu orantılılık ilkeleri için UİH'nin öngördüğü daha düşük eşiğe ulaşılıp ulaşılmadığı değerlendirmesinde bulunmalıdır. Bunları yaparken aynı zamanda, davaya konu olayın gerçekleşme biçimini olay bazında değerlendirmeli; çatışmanın yoğunluğu, davaya konu olayın meydana geldiği yerin aktif çatışma eylemlerinin yaşandığı bölgeye mesafesi ve bu bölgede devletin sahip olduğu kontrol seviyesi gibi kriterleri değerlendirmek suretiyle kuvvet kullanımı ya da çatışmaların sürdürülmesi paradigmalarından birine ağırlık vermelidir. Bu değerlendirme sonrasında varacağı sonuç, gereklilik ve orantılılık ilkelerine ilişkin olarak arayacağı eşiğin seviyesini belirleme imkanı sunabilecektir.

Çatışmaya taraf devletin AİHS m. 15 uyarınca yaşam hakkını askıya almadığı ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların m. 15 bağlamında 'savaş' kapsamında değerlendirilmediğinin kabul edildiği durumda Mahkeme yaşam hakkına ilişkin değerlendirmesini AİHS m. 2 üzerinden yapmalı ve sadece kolluk kuvveti paradigması üzerinden hareket etmelidir.

AİHS'e ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya taraf olan devletin AİHS m. 2 uyarınca yaşam hakkına ilişkin yükümlülüğünü askıya almamış olması

ya da zaten bu nitelikteki çatışmalarda yaşam hakkının askıya alınamadığının kabul edildiği durumlarda Mahkeme'nin kendi inisiyatifiyle hareket ederek, yaşam hakkına ilişkin değerlendirmesinde çatışma koşullarını göz önünde bulundurmaması gerekmektedir. Zira yükümlülüğü askıya almamak ya da askıya alınamayan bir yükümlülüğün öngörüldüğü bir sözleşmeye taraf olmak devletlerin kendi takdirindedir.

Buna ek olarak, aynı konulara ilişkin farklı düzenlemeler öngörebilen UİH ve UİHH ayrı hukuk dallarıdır. Bunlardan birine uygun olarak hareket eden devletin diğer dala ilişkin bir ihlalde de bulunmadığı sonucuna varılması gibi bir şart söz konusu değildir. Hangi yükümlülük ile bağlı olacağına, bir hukuk dalına uygun hareket ederken diğerinin ihlal edilebileceği bilincinde olan egemen devletler kendi inisiyatifleriyle karar verebilmeli ve bunun sonuçlarına katlanmalıdırlar. UİH'nin ihlali için başvurulabilecek bir yargı mekanizmasının henüz öngörülmemiş olması AİHM'in bu görevi üstlenmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Zira AİHM'in yargı yetkisini kabul eden AİHS'e taraf devletler, bu yetki kabulünü Sözleşme ve Ek Protokolleri bağlamında ortaya koymaktadırlar.

Son olarak, Mahkeme'nin yaşam hakkının askıya alınmadığı ya da alınamadığı bir durumda bu hakka ilişkin olarak karar verirken çatışma koşullarını göz önünde bulundurması, siviller için daha kapsamlı bir koruma sağlayan UİHH'nin daha düşük eşikte gereklilik ve orantılılık arayan UİH'nin etkisi altında kalması anlamına gelebilecektir. UİHH'nin silahlı çatışmalar esnasında UİH yanında uygulanmaya devam ettiğinin kabul edildiği ve Mahkeme kararlarında da görüldüğü günümüzde, bu kişileri söz konusu korumadan faydalandırmamak ya da bu korumanın kapsamını daraltmak, AİHM'in bir insan hakları yargı mekanizması olarak sebebi olmaması gereken bir sonuçtur.

Uygulamada, uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışma olarak değerlendirilebilecek durumlarda devletlerin m. 15 uyarınca yaşam hakkını askıya

almış olduğu bir örneğe henüz rastlanmamıştır. Mahkeme'nin bu şekilde nitelenebilecek olan hallerde gerçekleşen ölümlere ilişkin olarak önüne gelen davalarda bazen çatışmanın var olduğu tespitini yapmış olmasına rağmen, kolluk kuvveti paradigmasını uygulamayı seçtiği ve değerlendirmesini AİHS m. 2 üzerinden yaptığı görülmektedir.

Uluslararası nitelikte bir silahlı çatışmaya ilişkin olarak gerçekleşen ve AİHS m. 5 ile düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme önüne gelen Hassan v. Birleşik Krallık davasında Mahkeme, Birleşik Krallık'ın AİHS m. 5'ten doğan yükümlülüğünü m. 15 uyarınca askıya almamış olmasına rağmen; özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak m. 5 kapsamında öngörülmemiş bir hali, UİH bağlamında yaptığı değerlendirmeye dayanarak hukuka aykırı bulmamıştır. Buna göre Mahkeme Birleşik Krallık'ın UİH'nin *lex specialis* teşkil edeceği için UİHH'nin uygulanmayacağı itirazını kabul etmemiştir. Devletin AİHS m. 5'ten doğan yükümlülüğünü askıya almaksızın Cenevre Konvansiyonlarınca izin verilen eylemi buradaki düzenlemelere uyacak şekilde gerçekleştirmesinin m. 5'e aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varılmış olması Mahkeme'nin UİH'ye yaklaşımının değişiklik göstermeye başladığı şeklinde yorumlanabilirse de bu yorumun yapılabilmesi için tutarlı bir içtihadın varlığından bahsetmek henüz mümkün değildir. Buna ek olarak, Hassan kararına konu olan olayın uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma bağlamında gerçekleşmiş olması önemli bir unsurdur. Zira uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından devletlerin yaklaşımı, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olarak gösterdiklerinden farklı olabilmektedir. Devletler, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın aktörlerine, yani savaşanlara, uluslararası hukuk altında bir statü verilmesine karşı olmaları, bu aktörlere karşı benimsedikleri uygulamaların uluslararası hukuk düzenlemelerine değil iç hukuklarına tabi olmalarını istemeleri gibi sebeplerle genel olarak bu nitelikteki çatışmaların varlığını reddetmektedirler. Bu sebeple bu nitelikteki silahlı çatışmalara ilişkin olarak meydana gelen olaylarda Mahkeme'nin Hassan kararında yaptığı şekilde

hareket etmesi ve UİH kurallarını yaşam hakkının askıya alınmadığı durumda re'sen değerlendirmesi ihtimali yakın bir gelecek için düşük gözükmektedir.

KAYNAKÇA

ABRESCH, William	A Human Rights Law of Internal Armed Conflict, The European Journal of International Law Vol. 16 no.4, EJIL 2005.
AKKUTAY, Ali İbrahim	Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (1) 2016: 1-61.
ARNOLD, Roberta	Human rights in times of terrorism. Heidelberg Journal of International Law, 662006, January 01, 2006, 297-319.
AUGHEY, Sean /SARI, Aurel	Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohammed and the Limits of Human Rights Convergence, February 3, 2015, 91 International Law Studies s. 60–118. (Targeting and Detention)
BATUR-YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre/KURTDARCAN, Bleda/UZUN, Mehmet C	12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve International Committee of the Red Cross.
BEN-NAFTALI, O./SHANY, Y	Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories. Israel Law Review, 37(1), 2003, 17-118. (Ben-Naftali/Shany)
BOOTHBY, Bill	And for Such Time as: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 741 (2010). (Boothby)

CARNAHAN, Burrus — Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 2 (Apr., 1998), pp. 213-231.

CHEVALIER-WATTS, Juliet — Has human rights law become lex specialis for the European Court of Human Rights in right to life cases arising from internal armed conflicts?, The International Journal of Human Rights, 2010, 14:4, 584-602.

CRAWFORD, Emily — The Treatment of Combatants and Insurgents Under the Law of Armed Conflict, Oxford University Press, 2010.

CRAWFORD, Emily — Identifying the Enemy-Civilian Participation in Armed Conflict, Oxford University Press, 2015. (Identifying The Enemy)

CRAWFORD, Emily/PERT, Alison — International Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2015. (Crawford/Pert)

D'ASPREMONT, Jean/TRANCHEZ, Elodie — The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the Lex Specialis Principle? (December 17, 2012). Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Robert Kolb and Gloria Gaggioli, eds., Edwar Elgar, 2013. (D'aspremont / Tranchez)

DIAB, Nader I. — Targeting Members of Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: An Attempt to Reconcile International Human Rights Law with International Humanitarian Law's (De Facto) Status-Based Targeting,

International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice, Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, Manuel Ventura (eds.) T.M.C. Asser Press/Springer (forthcoming 2019). (Diab)

DOSWALD-BECK, Louise — The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers, International Review of the Red Cross 88, No. 864 (December 2006): 883. (Doswald-Beck)

DROEGE, Cordula — Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians, International Review of the Red Cross, Vol. 94, No. 886, June 2012.

EL KOUHENE, M. — Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme. Leiden, The Netherlands, 2017, Brill | Nijhoff. (El Kouhene)

FEINSTEIN, Barry A. — The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier, 4 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 238 (2005).

FLECK, D. — The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2008.

GAGGIOLI GASTEYGER, Gloria/KOLB, Robert — A right to life in armed conflicts?: the contribution of the European Court of Human Rights. Israel Yearbook on Human Rights, 2007, vol. 37, p. 115-163.

GIOIA, Andrea — The Role of the European Court of Human Rigths in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict, in Orna Ben-Naftali (ed.), International Humanitarian Law and International Human Rights Law (Oxford. Oxford Univeristy Press, 2011. (Gioia)

GÜLENER, Serdar — Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Geçiş Dönemi Adaleti İlişkisi: Silahlı Çatışma Süreçlerine İlişkin Verilen Kararlar Üzerinden Bir Değerlendirme, Uluslararası İlişkiler, Cilt 11, Sayı 41 (Bahar 2014), s. 3-28.

HAMPSON, Françoise J — Direct Participation in Hostilities and the Interoperability of the Law of Armed Conflict and Human Rights Law, International Law Studies - Volume 87, International Law and the Changing Character of War, Raul A. "Pete" Pedrozo and Daria P. Wollschlaeger (Editors).

HARRIS, David John/O'BOYLE, Michael/WARBRICK — Law of the European Convention on Human Rights (2nd ed). Oxford University Press, New York, 2009. (Law of the ECHR)

HEINTZE, Hans-Joachim — The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards during Armed Conflicts, 45 German Y.B. Int'l L. 60 (2002). (Heintze)

HENCKAERTS, Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise — Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules, Cambridge University Press, 2005. (Henckaerts/Doswald-Beck)

HOFFMANN, Tamás — Squaring the Circle? – International Humanitarian Law and

Transnational Armed Conflicts. Hague Academy of International Law, 2010, Rules And Instıtutıons Of Internatıonal Humanıtarıan Law Put To The Test Of Recent Armed Conflicts (Les Regles Et Institutions Du Droit International Humanitaıre A L'epreuve Des Conflıs Armes Recents), s. 217-274, Michael J. Matheson, Djamchid Momtaz, eds., Martinus Nijhoff Publishers, 2007. (Hoffmann)

International Committee of the Red Cross — Convention (I) For The Amelioration Of The Condition Of The Wounded And Sick in Armed Forces in The Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 1952. (Commentary of 1952)

International Committee of the Red Cross — Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016. (Commentary of 2016)

International Committee of the Red Cross — Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, May 2009. (ICRC, DPH)

KOLB, Robert — The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions, 324 Int'l Rev. Red Cross 400, 409–419 (1998). (A Brief History)

KOLB, Robert/HYDE, Richard — An Introduction to the International Law of Armed Conflicts, Oxford, Portland Oregon 2008. (Kolb/Hyde)

Kretzmer, David	Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, The European Journal of International Law Vol. 16 no.2 EJIL, 2005.
LUBELL, Noam	Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict, International Review of the Red Cross 87(860), 2005.
MCCARTHY, Conor	Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards, Arnold, R./ Quénivet, N., International Humanitarian Law and Human Rights Law, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2008. (McCarthy)
MELZER, Nils	Targeted Killing in International Law, Oxford University Press, 2008. (Melzer)
MELZER, Nils	The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants. In (Ed.), The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict. : Oxford University Press Edited By: Andrew Clapham, Paola Gaeta, Tom Haeck (Assistant Editor), Alice Priddy (Assistant Editor), March 2014.
MERON, Theodor/REISMAN, W. Michael/CONDORELLI, Luigi/ALDRICH, George H./KOSIRNIK, René/ROACH, J. Ashley	Application of Humanitarian Law in Non International Armed Condlicts, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 85 (April 17-20, 1991), s. 83-101

MILANOVİĆ, Marko — Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law, BEN-NAFTALİ O, ed. International Humanitarian Law and International Human Rights Law, Oxford University Press, 2011, s. 95-125. (Milanović, Norm Conflicts)

MOIR, Lindsay — The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law, ed. Robert Kolb and Gloria Gaggioli, Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MOKHTAR, Aly — Human rights Obligations v. derogations: article 15 of the European convention on human rights, The International Journal of Human Rights, 8:1, 65-87, 2004.

MURRAY, Daragh/WILMSHURST, Elizabeth/HAMPSON, Francoise/GARRAWAY, Charles/LUBELL, Noam/AKANDE, Dapo — Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflic, Oxford University Press, 2016. (Practitioners' Guide)

OBERLEITNER, Gerd — Human rights in armed conflict: law, practice, policy. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. (Oberleitner)

OELLERS-FRAHM, Karin — A Regional Perspective on the Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations: The European Court of Human Rights, Erika de WET/Jann KLEFFNER, Convergence and

Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations, Pretoria University Law Press, 2014.

ORAA, Jaime — Human Rigths in States of Emergency in International Law, Clarendon Press, Oxford, 1992. (Oraa)

ÖZKAN-DUVAN, Ayşe — Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 660-681. (Özkan Duvan)

PINZAUTI, Giulia — The European Court of Human Rights' Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law, 6 J. Int'l Crim. Just. 1043 (2008).

PRUD'HOMME, Nancie — Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?, Israel Law Review, Vol. 40, No. 2, s. 355-395, 2007, Hebrew University International Law Research Paper No. 15-07. (Prud'homme)

RÖMER, Jan — Killing in a Gray Area Between Humanitarian Law and Human Rights-How Can the National Police of Colombia Overcome the Uncertainty of Which Branch of International Law to Apply?, Springer, 2010. (Römer)

QUÉNIVET, Noëlle — The History of the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law in Arnold, R./Quénivet, N., International Humanitarian Law and Human Rights Law, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2008. (Quénivet)

SANDOZ, Yves *et al*. — Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Martinus Nijhoff Publishers, 1987 (Commentary of 1987)

SASSOLI, Marco/OLSON, Laura M. — The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts, International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 871, September 2008, s. 599-627. (Sassoli/Olson)

SCHABAS, William A — The European Convention on Human Rights; a commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015. (Schabas)

SCHMITT, Michael N. — State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law, 17 Yale J. Int'l L. (1992)

SCHMITT, Michael N. — Deconstructing Direct Participation in Hostilties: The Constitutive Elements, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, p. 697, 2010.

SCHINDLER, Dietrich — International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation, 5 Journal of the History of International Law 165–188 (2003). (Schindler)

SIVAKUMARAN, Sandesh — International Humanitarian Law, MOECKLI, Daniel/SHAH, Sangeeta/SIVAKUMARAN, Sandesh/HARRIS, D. J., 2010, International human rights law, Oxford: Oxford University Press.

SIVAKUMARAN, Sandesh — The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, 2012. (Sivakumaran)

SOLIS, Gary D. — The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War, Cambridge University Press, 2016. (Solis)

TURNS, David — At the Vanishing Point of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts, 45 German Y.B. Int'l L. 115 (2002).

United Kingdom Ministry of Defence — Manual of the Law of Armed Conflict, Oxford University Press, 2004.

VERDIRAME, Guglielmo — Human Rights in Wartime: A Framework for Analysis (November 1, 2008). European Human Rights Law Review, Vol. 6, pp. 689-705, 2008.

VITE, Sylvain — Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations, International Review of the Red Cross, Volume 91, Number 873, March 2009.

WATKIN, Kenneth — Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, The American Journal of International Law Vol. 98, No. 1, Jan., 2004, s.

1-34.

WATKIN, Kenneth — Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 641 (2010). (Opportunity Lost)

RAPORLAR

Council of Europe, Consultative Assembly, Parliamentary Conference on Human Rights, Vienna, 18-20 October 1971, Yearbook of the European Convention on Human Rights, The European Commission and European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff - The Hague, 1972

Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, 2010

Extract from the Annotation of the Draft International Covenants on Human Rights Prepared by the United Nations Secretary-General (Doc. A/2929, pp. 65-69)

Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law Report Of The Study Group Of The International Law Commission Finalized By Martti Koskenniemi (Http://Legal.Un.Org/İlc/Documentation/English/A_Cn4_L682.Pdf) (Son Erişim Tarihi: 10 .04.2019)

Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.9, rev. 1, 1999 (Son

Erişim Tarihi: 10.05.2019)

International Committee of the Red Cross, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, ICRC Opinion Paper, March 2008

International Committee of the Red Cross, Interpretive Guidance On The Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, May 2009

International Committee of the Red Cross, Summary Report, Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, 27–28 November 2006

International Committee of the Red Cross, Expert Meeting The Use of Force in Armed Conflicts Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, November 2013

International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the International Law Commission UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 Nisan 2006), as corrected UN Doc. A/CN.4/L.682/Corr.1 (Aug. 11, 2006)

KOSKENNIEMI, Martti. Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes,' International Law Commission, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1 (2004)

MAHKEME KARARLARI

A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05, AİHM 2009.

Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004.

Ahmet Özkan v. Turkey, no: 21689/93, ECHR 2004.

Akhmadov and others v. Russia, no: 21586/02, ECHR 2008.

Al-Jedda v. UK, no: 27021/08, ECHR 2011.

Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom, no. 61498/08, ECHR 2009.

Al-Skeini and others v. UK [GC], no. 55721/07, ECHR 2011.

Andronicou and Constantinou v. Cyprus, no: 86/1996/705/897, ECHR 1997.

Avşar v. Turkey, no. 25657/94, ECHR 2001.

Bankovic and Others v. Belgium and 16 other Contracting States (dec.), no. 52207/99, ECHR 2001.

Benzer and others v. Turkey, no: 23502/06, ECHR 2013.

Brannigan and McBride v. UK, no: 14553/89, §68, ECHR 1993.

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda), Judgment of 19 December 2005.

Cyprus v. Turkey, Report of the Commission (10 Temmuz 1976).

Dzhabrailova v. Russia, no: 1586/05, ECHR 2009.

Engel and others v. Netherlands, no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, and 5370/72, ECHR 1976.

Ergi v. Turkey, no: 23818/94, ECHR 1998.

Esmukhambetov and others v. Russia, no. 23445, ECHR 2011.

European Commission of Human Rights. (1970). The Greek case: report of the Commission: application no. 3321/67-Denmark v. Greece; application no. 3322/67-Norway v. Greece; application no. 3323/67-Sweden v. Greece; application no. 3344/67-Netherlands v. Greece. Strasbourg.

Georgia v. Russia (I), no. 13255/07, ECHR 2014.

Georgia v. Russia (II) (dec), no. 38263/08, ECHR 2011.

Gül v. *Turkey*, no:22676/93, ECHR 2000.

Güleç v. *Turkey*, no. 54/1997/838/1044, ECHR 1998.

Haran v. *Turkey*, no. 25754/94, ECHR 1996.

Hassan v. *UK* [GC], no: 29750/09, ECHR 2014.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Tadić, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 70; Tadić Judgment, ICTY, IT-94-1-T, 7 May 1997.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj (Haradinaj *et al*.), Trial Chamber Judgement, 3 April 2008, Case No. IT-04-84-T.

Isayeva v. *Russia*, no: 57950/00, ECHR 2005. (Isayeva II)

Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. *Russia*, no: 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, ECHR 2005. (Isayeva I)

Issa and others v. *Turkey*, no. 31821/96, ECHR 2004.

Jaloud v. *Netherlands* [GC], no: 47708/08, ECHR 2014.

Kaya v. *Turkey*, no: 158/1996/777/978, ECHR 1998.

Khatsiyeva and others v. *Russia*, no: 5108/02, ECHR 2008.

Kıbrıs Türkiye'ye Karşı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Başvuru no: 6780/74 ve 6950/75, Karar tarihi: 10 Temmuz 1976.

Kononov v. *Latvia*, no: 36376/04, ECHR 2008.

Korbely v. *Hungary* [GC], no: 9174/02, ECHR 2008.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996.

Loizidou v. *Turkey* (Preliminary Objections), no: 15318/89, ECHR 1995.

Mahmut Kaya v. *Turkey*, no: 22535/93, ECHR 2000.

McCann v. *United Kingdom* [GC], no: 18984/91, ECHR 1995.

Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski, IT-04-82-T, Judgment, 10 July 2008.

Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu, IT-03-66-T, Judgment, 30 November 2005.

Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

Serdar Mohammed v. Ministry of Defence [2014] EWHC 1369 (QB).

Supreme Court of Israel, Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel, Case No. HCJ 769/02, 13 December 2006. (Targeted Killings)

Varnava and others v. *Turkey*, no: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 160668/90, 160669/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009.

Wasilewska and Kalucka v. *Poland*, no. 28975/4, 33406/04, ECHR 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

HILL-CAWTHORNE, Lawrence/AKANDE, Dapo. Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?, (https://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019)

UN Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 para. 3 (https://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (Son erişim tarihi: 08.01.2019)

KOLB, Robert. Human Rights and Humanitarian Law, Encyclopedia entries, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17219.pdf (Son erişim tarihi: 08.03.2019) (Encyclopedia Entries)

Respect for human Rights in Armed Conflicts",UN General Assembly, Respect for human rights in armed conflicts, 19 December 1968, A/RES/2444, available at: https://www.refworld.org/docid/3b00f1d558.html (Son erişim tarihi: 08.03.2019)

International Institute of Humanitarian Law, The Manual on the Law of Non International Armed Conflict, Sanremo, 2006 (https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_26125.pdf) (Son erişim tarihi: 08.04.2019)

European Commission on Human Rights, Preparatory Work on Art. 15 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH(56)4-EN1675477.pdf s. 10-11 (Son erişim tarihi: 19.01.2019)

MILANOVİĆ, Marko. High Court Rules that the UK Lacks IHL Detention Authority in Afghanistan, EJIL, 3 Mayıs 2014, (https://www.ejiltalk.org/high-court-rules-that-the-uk-lacks-ihl-detention-authority-in-afghanistan/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019)

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Harvard, 2009), https://www.researchgate.net/profile/Claude_Bruderlein/publication/264036862_Manual_on_International_Law_Applicable_to_Air_and_Missile_Warfare/links/59a911d50f7e9b27900e2f0e/Manual-on-International-Law-Applicable-to-Air-and-Missile-Warfare.pdf, (Son erişim tarihi: 13.05.2019).

MILANOVİĆ, Marko. A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom, EJIL, 22 Ekim 2014, (https://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/) (Son erişim tarihi: 07.03.2019)

MILANOVİĆ, Marko. UK to Derogate from the ECHR in Armed Conflict, 5 October 2016, https://www.ejiltalk.org/uk-to-derogate-from-the-echr-in-armed-conflict/ (Son erişim tarihi: 04.12. 2018)

Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II, Section B (https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf) (Son erişim tarihi: 08.03.2019)

HILL-CAWTHORNE, Lawrence. The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK, 16 September 2014, https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/ (Son erişim tarihi: 09.04.2019)

ROBINSON, Ed. The European Convention on Human Rights in Non-International Armed Conflict – Revisiting Serdar Mohammed, EJIL, 22 Ağustos 2016, https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-on-

human-rights-in-non-international-armed-conflict-revisiting-serdar-mohammed/ (Son erişim tarihi: 07.03.2019)

Council of Europe, Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 114, (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=rzF1gjy1) (Son erişim tarihi: 19.10.2018)

Council of Europe, Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 187, (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=rzF1gjy1) (Son erişim tarihi: 19.10.2018)