



ANKARA  
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU KAPSAMINDA  
ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN İNCELENMESİ**

**Başar Emre SOYDAN**

**Tez Danışmanı**

**Doç. Dr. Ali İbrahim AKKUTAY**

**YÜKSEK LİSANS**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**HAZİRAN 2021**



**SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU KAPSAMINDA ASKERİ  
GEREKLİLİK İLKESİNİN İNCELENMESİ**

**Başar Emre SOYDAN**

**YÜKSEK LİSANS  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**HAZİRAN 2021**

## ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Başar Emre SOYDAN

09/06/2021

# SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU KAPSAMINA ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN İNCELENMESİ

(Yüksek Lisans Tezi)

Başar Emre SOYDAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Haziran 2021

## ÖZET

Askeri gereklilik; zorunlu askeri sebeplerin varlığı halinde belirli sınırlar içerisinde güç kullanımına olanak sağlayan ve bu kuvvet kullanımının ortaya çıkardığı sonuçların hukuka aykırılığını ortadan kaldıran silahlı çatışmalar hukuku ilkesidir. Bu prensip askeri bir kuvvetin, düşmanın en kısa sürede teslim olmasını sağlamak amacıyla, savaş hukuku hükümleri ile yasaklanmamış ve zaruri olan savaş araç ve yöntemleri marifetiyle kontrollü güç kullanma yetkisini ifade eder. Bu çalışmada; askeri gereklilik ilkesinin gelişimi, kavramsal temelleri, unsurları, uygulamaları ve bu ilkenin uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkan hukuki sonuçlar; uluslararası andlaşmalar, örf ve adet hukuku ve uluslararası yargı kararları çerçevesinde incelenmiştir. Askeri gereklilikte sınırın aşılması ve silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlali halinde ortaya çıkan hukuki sorumluluk ele alınmış, askeri gereklilik ve insancılık dengesi üzerine bir değerlendirme yapılarak askeri gerekliliğin modern hukuktaki konumu tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bilim Kodu : 51201

Anahtar Kelimeler : Askeri Gereklilik, Silahlı Çatışmalar Hukuku, Şiddetin Sınırlandırılması, Cenevre Sözleşmeleri, Lahey Sözleşmeleri, Lieber Yasası, Kriegrason Doktrini, Askeri Gerekliliğin Unsurları.

Sayfa Adedi : 177

Tez Danışmanı : Doçent Doktor Ali İbrahim AKKUTAY

REVIEW OF MILITARY NECESSITY PRINCIPLE İN TERMS OF THE LAW OF  
ARMED CONFLICTS  
(M.Sc. Thesis)

Başar Emre SOYDAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY  
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

June 2021

**ABSTRACT**

Military necessity is the principle of the law of armed conflicts which enables the use of force within certain limits in the presence of imperative military exigencies and eliminates the illegality of the consequences of this use. This principle expresses the authority of a military unit to use controlled force by means of war equipment and methods that are not prohibited and obligatory by the provisions of the law of war in order to ensure the capitulation of the enemy as soon as possible. In this study; the development of the military necessity principle, its conceptual foundations, elements, applications and the legal consequences resulting from the application of this principle have been examined within the framework of international treaties, customary law and international judicial decisions. The legal responsibility arising in the event of crossing the border in military necessity and violation of the rules of the law of armed conflicts was discussed. An evaluation was made on the balance of military necessity and humanitarianism, and the position of military necessity in modern law was tried to be determined.

Science Code : 51201

Key Words :Military Necessity, Law of Armed Conflicts, Regulated Violence, Geneva Conventions, Hague Conventions, Lieber's Code, Kriegraison Doctrine, Elements of Military Neveesity.

Page Number : 177

Supervisor : Associate Professor Ali İbrahim AKKUTAY

## TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın tamamlanması sürecinde göstermiş oldukları sabır ve hoşgörü nedeniyle sevgili eşime ve çocuklarıma, çalışmanın konusunun belirlenmesinden tamamlandığı aşamaya kadar fikirlerinden istifade ettiğim değerli hocam Doç.Dr. Berat Lale AKKUTAY'a, çalışmanın her safhasında birikimleri ve görüşleriyle sürece ışık tutan ve desteğini esirgemeyen değerli danışman hocam Doç.Dr. Ali İbrahim AKKUTAY'a sonsuz şükranlarımı sunarım.



## İÇİNDEKİLER

|                                                                                                           | Sayfa |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| ÖZET .....                                                                                                | iv    |
| ABSTRACT .....                                                                                            | v     |
| TEŞEKKÜR .....                                                                                            | vi    |
| İÇİNDEKİLER .....                                                                                         | vii   |
| GİRİŞ .....                                                                                               | 1     |
| BİRİNCİ BÖLÜM .....                                                                                       | 5     |
| GENEL OLARAK SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU VE ASKERİ<br>GEREKLİLİK İLKESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ .....          | 5     |
| 1.1. Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsancıl Hukuk Kavramlarına Genel Bakış .....                           | 5     |
| 1.2. Silahlı Çatışmalar Hukukunun Temel Özellikleri .....                                                 | 7     |
| 1.2.1. Tarihsel Gelişimi .....                                                                            | 7     |
| 1.2.2 Kaynakları .....                                                                                    | 9     |
| 1.2.3. Amacı .....                                                                                        | 12    |
| 1.2.4. Kapsamı .....                                                                                      | 15    |
| 1.2.5. İlkeleri (Prensipleri) .....                                                                       | 16    |
| 1.2.5.1. Askeri Gereklilik İlkesi .....                                                                   | 17    |
| 1.2.5.2. Ayırt Etme İlkesi .....                                                                          | 17    |
| 1.2.5.3. Orantılılık İlkesi .....                                                                         | 17    |
| 1.2.5.4. Gereksiz Acı ve Izdırabın Önlenmesi İlkesi .....                                                 | 17    |
| 1.2.5.5. Onur İlkesi .....                                                                                | 18    |
| 1.3. Askeri Gereklilik İlkesinin Kavramsal Olarak İncelenmesi .....                                       | 18    |
| 1.3.1. Zaruret Halinin Silahlı Çatışmalar Hukukundaki Özel Bir Görünümü<br>Olarak Askeri Gereklilik ..... | 21    |
| 1.3.2. Meşru Müdafaa Hakkı Ekseninde Askeri Gereklilik Kavramı .....                                      | 24    |

|                                                                                                            | <b>Sayfa</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1.4. Askeri Gerekliklik İlkesinin Tarihsel Süreçteki Kümülatif Gelişimi.....                               | 26           |
| 1.4.1. Lieber Yasası .....                                                                                 | 27           |
| 1.4.1.1. Muharip Ayrıcalığı.....                                                                           | 29           |
| 1.4.1.2. Lieber Yasası’nın Analizi .....                                                                   | 31           |
| 1.4.2. Kriegrason Doktrini .....                                                                           | 34           |
| 1.4.2.1. Kriegrason Doktrininin Kapsamı ve Özellikleri .....                                               | 35           |
| 1.4.2.1. Kriegrason Doktrininin Değerlendirilmesi .....                                                    | 37           |
| 1.4.3. 1899 Tarihli ve II Sayılı Lahey Sözleşmesi.....                                                     | 39           |
| 1.4.4. 1907 Tarihli ve IV Sayılı Lahey Sözleşmesi .....                                                    | 41           |
| 1.4.5. 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri .....                                                             | 44           |
| 1.4.6. 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının<br>Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi..... | 47           |
| İKİNCİ BÖLÜM.....                                                                                          | 53           |
| ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN UNSURLARI VE UYGULAMALARI...                                                   | 53           |
| 2.1. Genel Olarak.....                                                                                     | 53           |
| 2.2. Unsur Tespitinin Teorik ve Normatif Altyapısı .....                                                   | 53           |
| 2.3. Askeri Gerekliklik İlkesinin Unsurları .....                                                          | 55           |
| 2.3.1. Geciktirilmesine Olanak Bulunmayan Acil Bir İhtiyacın Varlığı .....                                 | 58           |
| 2.3.1.1. Mitchell v. Harmony Davası .....                                                                  | 59           |
| 2.3.1.2. United States v. Russel Davası.....                                                               | 61           |
| 2.3.1.3. Llandovery Castle Davası (The Llandovery Castle Trial) .....                                      | 62           |
| 2.3.1.4. Darlan – Eisenhower Örneği.....                                                                   | 64           |
| 2.3.1.5. Peleus Davası (The Peleus Trial) .....                                                            | 67           |
| 2.3.1.6. Rehine Davası (Hostages Trial) .....                                                              | 69           |
| 2.3.1.7. Üst Komuta Davası (The High Command Trial).....                                                   | 71           |

|                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.1.8. Acil İhtiyacın Analizine Yönelik Kriter Tespiti ve Değerlendirme                                                                                                                                                                | 72  |
| 2.3.2. Düşmanı Mümkün Olan En Kısa Sürede Teslim Olmaya Zorlayacak Tedbirlerin Zaruri Olması.....                                                                                                                                        | 72  |
| 2.3.2.1. Hasarın Askeri Harekât Kapsamında Gerçekleşmesi .....                                                                                                                                                                           | 75  |
| 2.3.2.2. Düşmana Ait Mallara El Koyma, Esir Alma ve Harp Esiri Sayılmayacak Sivilleri Enterne Etme Tedbirlerinin Hukuka Uygun Şekilde Gerçekleştirilmesi .....                                                                           | 77  |
| 2.3.2.2.1. Eisenhower Direktifi Örneği .....                                                                                                                                                                                             | 80  |
| 2.3.2.2.2. Krupp Davası (The Krupp Trial).....                                                                                                                                                                                           | 82  |
| 2.3.2.3. Kamuya ve Gerçek Kişilere Ait Mülkler ile Kültürel Varlıkların Tahrip Edilmesi, İletişimin Engellenmesi ve Sivil Halkın Geçim Kaynaklarının Kısıtlanması için Uygulanan Tedbirlerin Yetki Dâhilinde ve Hukuka Uygun Olması..... | 84  |
| 2.3.2.3.1. Juragua Iron Company, Limited v. United States davası .....                                                                                                                                                                   | 85  |
| 2.3.2.3.2. Hardman davası .....                                                                                                                                                                                                          | 87  |
| 2.3.2.3.3. Monte Cassino muharebesi örneği .....                                                                                                                                                                                         | 88  |
| 2.3.2.3.4. United States v. Von Leeb. davası.....                                                                                                                                                                                        | 93  |
| 2.3.2.3.5. Prosecutor v. Milan Martić davası.....                                                                                                                                                                                        | 98  |
| 2.3.2.3.6. The Prosecutor v. Jadranko Prlić (et al.) davası .....                                                                                                                                                                        | 102 |
| 2.3.2.4. Düşman Ülkenin Sağladığı İstifade Edilebilir Her Türlü Kaynağın Tahsisinin Ordunun Yaşamını Sürdürmesi için Zorunluluk Arz Etmesi ...                                                                                           | 107 |
| 2.3.2.4.1. Sherman'ın Denize Yürüyüşü (Savannah Harekâtı) Örneği ..                                                                                                                                                                      | 107 |
| 2.3.2.4.2. The High Command Case (Üst Komuta Davası) Kapsamında Nuremberg Askeri Mahkemesi'nin Görüşleri .....                                                                                                                           | 109 |
| 2.3.2.5. Askeri Aldatma Harekâtının Güveni Kötüye Kullanma Niteliği Taşımaması .....                                                                                                                                                     | 110 |
| 2.3.3. Şiddetin Düzenlenmesi (Şiddetin Kontrolü).....                                                                                                                                                                                    | 111 |

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.4. Tedbirlerin Silahlı Çatışmalar Hukuku Kural ve Teamülleri ile Yasaklanmamış Olması .....                            | 114 |
| 2.3.4.1. Prosecutor v. Stanislav Galić Davası .....                                                                        | 114 |
| 2.3.4.2. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo .....                                                                       | 116 |
| ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....                                                                                                         | 119 |
| ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN UYGULANMASINA BAĞLI HUKUKİ SONUÇLAR .....                                                      | 119 |
| 3.1. Askeri Gerekliklik İlkesinin Sınırlayıcı ve Hukuka .....Aykırlığı Giderici İşlevleri .....                            | 119 |
| 3.2. Askeri Gerekliliğin Olağanüstü ve Ölçüsüz Tedbirlere Meşruluk Kazandırıp Kazandıramayacağına Dair İnceleme .....      | 125 |
| 3.2.1. Uluslararası Adalet Divanı'nın Yaklaşımı.....                                                                       | 126 |
| 3.2.2. Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I Kapsamında Benimsenen Yaklaşım .....                                           | 131 |
| 3.2.3. Askeri Gerekliliğin Olağanüstü Nitelikli Eylemleri Meşrulaştırması ile İlgili Değerlendirme.....                    | 133 |
| 3.3. Askeri Gerekliklikte Sınırın Aşılması ve Silahlı Çatışmalar Hukuku Kurallarının İhlali Halinde Hukuki Sorumluluk..... | 138 |
| 3.3.1. Devletin Sorumluluğu.....                                                                                           | 138 |
| 3.3.2. Şahısların Sorumluluğu .....                                                                                        | 142 |
| 3.3.3. Amirin Emirlerinin İfasından Doğan Sorumluluk .....                                                                 | 145 |
| 3.4. Askeri Gerekliklik ve İnsancılık Dengesi Üzerine.....                                                                 | 148 |
| SONUÇ .....                                                                                                                | 153 |
| KAYNAKÇA.....                                                                                                              | 155 |
| ÖZGEÇMİŞ .....                                                                                                             | 177 |

*“Savaş zarurî ve hayatî olmalıdır. Ulusun hayatı tehlikeye girmedikçe, savaş cinayettir.”<sup>1</sup>*

*Mustafa Kemal ATATÜRK*

## GİRİŞ

Son derece eski bir insan geleneği olan savaş, insanlık tarihinin en yıkıcı, karmaşık ve değişken olgularından birisidir. Bilinen insanlık tarihinde savaş ve çatışmaların olmadığı süre oldukça kısıtlıdır. Son üç bin dört yüz yılda insanların tamamen barış içinde geçirdikleri toplam süre iki yüz altmış sekiz yıl olarak tespit edilmiştir. Bu da kayıtlı tarihin yüzde sekizine tekabül etmektedir. Sadece yirminci yüzyıldaki savaşlarda en az yüz sekiz milyon insan ölmüştür. Tüm insanlık tarihinde, savaş ve çatışmalardan kaynaklı toplam can kaybının yüz elli milyon ila bir milyar arasında olduğu tahmin edilmektedir.<sup>2</sup> Halen devletlerin ordularında yaklaşık yirmi bir milyon asker görev yapmakta olup, savaşın insanlık tarihinden silinmesi uzak bir olasılık olarak görülmektedir.

Savaş, iki veya daha fazla devletin<sup>3</sup> iradelerini birbirlerine kabul ettirebilmek maksadıyla uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak silahlı kuvvetleri vasıtasıyla giriştikleri silahlı bir mücadeledir.<sup>4</sup> Ulusal güvenliğin sağlanması ve ulusun varlığını sürdürebilmesi adına savaşa başvurmak, devletin egemenliğinin göstergesi olarak kabul görmüştür.<sup>5</sup>

Savaşın neden olduğu vahşeti ve acıları asgari seviyeye indirme çabası ve savaşın yıkıcı etkilerini hafifletme düşüncesi eski çağlardan beri mevcuttur. Bu düşünce; savaş sebebiyle yapılması gereken askeri eylemler ile insancıl gereklerin bağdaştırılması gayretiyle birlikte savaş hukukunun temellerinin atılması sonucunu doğurmuştur. Açıkça ilan edilmiş olsun veya olmasın, bütün savaşları düzenlemeyi

<sup>1</sup> Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı. (2006). *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, Ankara, s.305.

<sup>2</sup> Hedges, Chris. (2003). *What Every Person Should Know About War*, New York Times, On.Ed. Erişim Linki: [<https://www.nytimes.com/2003/07/06/books/chapters/what-every-person-should-know-about-war.html>] (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

<sup>3</sup> Taraflarından birinin devlet olmadığı iç silahlı çatışmaların ve uluslararası nitelikteki çatışmaların kazandığı nitelik itibarıyla; artık savaş kavramının kapsamında da bir genişleme söz konusudur. Bu husus silahlı çatışmalar hukukunun kapsamının incelendiği bölümde detaylı olarak ele alınmıştır.

<sup>4</sup> İnan, Yüksel. (1972). “Harp Esirleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 27 (3), s.258.

<sup>5</sup> Çakmak, Cenap. (2014). *Uluslararası Hukuka Giriş*, 1. Baskı, Bursa, s. 179.

amaçlayan ‘savaş hukuku’, savaşan devletlerin birbirleriyle ve savaşa katılmayan devletlerle olan ilişkilerini düzenlemekte, ayrıca bireylerin savaştaki hak ve sorumluluklarını belirlemektedir.<sup>6</sup>

Devletler tarihsel süreç içerisinde bir taraftan savaşı yasaklamaya gayret ederlerken, diğer taraftan da savaşta uygulanacak kuralları düzenleme yoluna gitmişlerdir. Uluslararası düzenin korunması için hukuk kurallarına başvurulmuştur. Savaş tamamen yasaklanıp kaldırılamadığı için, savaşın doğurduğu zararların bu şekilde en aza indirilmesi amaçlanmıştır.<sup>7</sup> Bu doğrultuda; devletlerin yüzlerce yıllık savaş deneyimlerinden süzülegelmiş ve uluslararası savaş hukukunun temüllerini yaratmış kurallar dayanak alınarak ‘silahlı çatışmalar hukuku’ kodifiye edilmeye başlanmıştır.

Savaş müddetince, tarafların birbirlerine karşı uygulayacakları kuvvet ve yaptırımların bir sınırı olduğu geçmişten beri kabul edilmektedir. Bu sınırlamalar; savaşta kullanılan silah ve teçhizat, uygulanan strateji, şiddetin derecesi ve şiddetin yönlendirildiği kişilere göre değişkenlik göstermektedir. ‘Savaş suçları’ kavramının doğuşu bu sınırların aşılması ile gerçekleşmiştir.<sup>8</sup> İşte bu sınırların tespiti ve muhafazası için, ‘silahlı çatışmalar hukuku’ çatışma sırasında uygulanacak prensipleri belirtmiştir. Silahlı çatışmalar hukukunun; *Askeri Gereklilik (Military Necessity)*, *Gereksiz Acı ve İstirabın Önlenmesi (Humanity/Unnecessary Suffering)*, *Orantılılık (Proportionality)*, *Ayırt Etme İlkesi (Distinction/Discrimination)* olmak üzere 4 farklı ilkesi bulunmasına rağmen bazı kaynaklar *Onur (Chivalry/Honor)* ilkesini de silahlı çatışmalar hukukunun prensiplerinden birisi olarak kabul etmektedirler.<sup>9</sup>

Bunlardan ‘askeri gereklilik’ ilkesi; hem devletlerin belirli sınırlar içerisinde askeri güç kullanmasını meşrulaştıran<sup>10</sup> (savaş suçları isnat edilmesine mani olan), hem de düşmanın zayıflatılması amacı ile gerekli olan kuvvet oranının tespiti ve bu üst sınırın üzerine çıkılmaması için sınırlama getiren (aşırı olarak nitelendirilebilecek

<sup>6</sup> Aslan, M.Yasin. (2008). “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, *TBB Dergisi*, Sayı 79, s.235.

<sup>7</sup> Aslan, a.g.m., 2008, s.236-237.

<sup>8</sup> Wells, Donald A. (1988). “The Limits of War and Military Necessity”, *Journal of Social Philosophy*, 19 (1), s.3.

<sup>9</sup> Erendor, M. E. (2019). “Silahlı Çatışma Hukuku İlkelerinin Değerlendirilmesi: Askeri Gereklilik, Gereksiz Acı ve İstirabın Önlenmesi ve Onur”, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8 (2), s.1993.

<sup>10</sup> Wells, Donald A., 1988, a.g.m., s.3.

şiddet eylemlerinin engellenmesine hizmet eden)<sup>11</sup> önemli bir kavram olarak doktrinde yerini almıştır.

Silahlı çatışmalar hukukunda hiçbir ilke, askeri gereklilik kadar esaslı ama aynı zamanda da yanlış yorumlanmaya müsait bir nitelikte değildir. Zira bu ilke; hem savaşı tarafların askeri eylemlerini kısıtlayıcı tedbirler getirmek hem de silahlı çatışmalar sırasındaki korkunç ihlalleri haklı çıkarmak için kullanılmıştır.<sup>12</sup> Bu nedenle; askeri gereklilik kavramının günümüz silahlı çatışmalar hukuku yaklaşımı çerçevesinde detaylı olarak irdelenmesi gerekmektedir.

Askeri gereklilik kavramının uluslararası hukukta açık ve anlaşılır şekilde yerleşik hale gelmesi; silahlı çatışmalarda muharip güçlerin başvurabilecekleri lüzumlu şiddet fiillerinin ve zorunlu tedbirlerin kriterlerinin tespitine evrensel düzeyde bir bakış açısı kazandırabilecektir. Bu şekilde modern uluslararası toplumun; kaçınılmaz hale gelen çatışma sürecinde dahi, insan hakları öğretisine aykırı eylemleri yasaklayabileceği, bu eylemleri yargı denetimine tabi tutabileceği değerlendirilmektedir.

Bu çalışmanın amacı; askeri gereklilik ilkesinin haksız şiddeti meşrulaştırmak için kullanılan bir bahaneden ibaret olmadığı, aksine sınırlayıcı ve düzenleyici yapısı ile kuvvet kullanımının sınırlandırılmasına hizmet eden ve hukuki dayanakları olan bir fonksiyona sahip mesnetli bir doktrin olduğunun ortaya konulmasıdır. Önyargılardan uzak ve tarafsız bir bakış açısı sağlamak maksadıyla inceleme; askeri gereklilik ilkesinin tüm pozitif ve negatif yönlerini ortaya koyarak kurgulanmış, uluslararası hukukun asli ve yardımcı kaynakları ile gerekçelendirilmiş ve objektif eleştirilerle zenginleştirilmiştir.

Bu çalışmada; öncelikle özel nitelikli askeri gereklilik ilkesinin temellendirilebilmesi maksadıyla silahlı çatışmalar hukukuna dair genel ve kavramsal bir inceleme yapılmış; çatışmalar hukukunun tarihi, kaynakları, amacı, kapsamı ve ilkeleri kısaca tetkik edilmiştir. Akabinde ‘askeri gereklilik ilkesi’ ele alınarak bu ilkenin tarihsel gelişimi ve kaynakları, kavramsal içeriği, doktrindeki dayanakları ve unsurları incelenmiştir. Devamında ise; askeri gereklilik ilkesinin

<sup>11</sup> Güneysu, Gökhan. (2012). “Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, s.101.

<sup>12</sup> Schmitt, Michael N. (2010). “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal of International Law*, 50 (4), s. 796.

uygulanmasına bağlı hukuki sonuçlar ele alınarak ilkenin sınırlayıcı ve hukuka aykırılığı giderici fonksiyonları ve sınırının aşılması halinde ortaya çıkan hukuki sorumluluk incelenmiş, askeri gereklilik ve insancılık dengesi tahlil edilerek askeri gereklilik ilkesine ilişkin objektif bir yaklaşım ortaya konulmuştur. Askeri gerekliliğe dair yapılacak incelemelerin her aşamasında; uluslararası andlaşmaların ve teamüllerin yarattığı teorik zeminden istifade edilmiş, askeri gerekliliğin unsurları ve uygulamalarının incelendiği bölümde tarihsel olaylar ve uluslararası yargı organlarının kararlarına müracaat edilerek yapılan analizler somutlaştırılmış ve örneklendirilmiştir.

Çalışma; silahlı çatışmalar hukukunun ‘askeri gereklilik’ ilkesi ile sınırlandırılmış olup; bu alanın diğer ilkeleri ve çatışmalar hukukuna genel bakış, doğru bir perspektif oluşturulması bakımından önem arz ettiğinden özet olarak kapsama dâhil edilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU VE ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

#### 1.1.Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsancıl Hukuk Kavramlarına Genel Bakış

Devletlerin ordularında görevli hukukçular<sup>13</sup> ve askeri bürokratlar ile insan hakları hukuku ve insancıl hukuk alanında faaliyet gösteren akademisyen ve hukuk uygulayıcılarının<sup>14</sup> silahlı çatışmalar hukukuna yaklaşımları farklıdır. Askeri hukukçular için başlangıç noktası askeri gerekliliktir ve baskın varsayım silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemelerin askeri gerekliliği barındırması gerektiğidir. İnsan hakları alanında uzmanlaşmış hukukçular içinse başlangıç noktası insan onuru ve insan haklarıdır. Bu durum; sadece silahlı çatışmalar hukuku normlarının yorumlanması konusunda değil, uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinin kaynakları konusunda da sürekli anlaşmazlık içinde bulunan iki farklı grubu ortaya çıkartmıştır. Bu iki grup da iki farklı perspektifin temsilcileri olmuşlardır: *Silahlı Çatışmalar Hukuku Görüşü (Law of Armed Conflicts Vision)* ve *Uluslararası İnsancıl Hukuk Görüşü (International Humanitarian Law Vision)*.<sup>15</sup>

Silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallar önceden savaş hukuku olarak adlandırılıyor iken, sonradan silahlı çatışmalar hukuku adını almış, daha yakın bir zamanda ise uluslararası insancıl hukuk boyutuyla da uygulanmaya başlanmıştır.<sup>16</sup> Bu değişim, uluslararası toplumun tarihi seyri içinde insan hakları ve insancılığa yönelimin doğal bir sonucu olarak değerlendirilebilir.<sup>17</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku görüşü; savaşın dehşetini azaltmak için çatışmaların ve askeri eylemlerin uç noktalara erişmesini engelleyecek yasal düzenlemelerin

<sup>13</sup> ‘Military Lawyers’ kavramına karşılık geldiğinden çalışmanın devamında ‘Askeri Hukukçular’ olarak ifade edilecektir.

<sup>14</sup> ‘Humanitarian Lawyers’ kavramına karşılık geldiğinden çalışmanın devamında “İnsan Hakları Hukukçuları” olarak ifade edilecektir.

<sup>15</sup> Luban, David. (2013). “Military Necessity and the Cultures of Military Law”, *Leiden Journal of International Law*, 26 (2), s. 315.

<sup>16</sup> Shaw, Malcolm N. (2018). *Uluslararası Hukuk*, Tüba Bilimler Akademisi, Çeviri Editörü: Kaya, İbrahim; Ankara, s.853. (Orijinal İngilizce Baskısı: Shaw, Malcolm N. (2017). *International Law*, Cambridge University Press, 8th Edition.)

<sup>17</sup> Çalışmanın devamında ‘savaş hukuku’ ve ‘silahlı çatışmalar hukuku’ kavramları, tarihsel süreçte kabul gördükleri dönem esas alınarak kullanılmıştır. Silahlı çatışmalar hukuku konseptinin henüz yerleşmediği dönemlere ilişkin ifadelerde ‘savaş hukuku’ terimi tercih edilmiştir.

yapılmasını benimser. Bu sınırlandırma askerliğin kutsal rolünü ve askerlerin onurlandırılmalarını engelleyecek nitelikte değildir.<sup>18</sup> Öyle ki; onur bir devletin silahlı gücünün en önemli motivasyon kaynağı ve ihtiyacıdır.

Uluslararası insancıl hukuk görüşü ise; insani değerleri ön plana alarak insan onuru ve insan haklarını birincil bir konuma yerleştirir. Hukuku, insan onurunun gelişimi için vazgeçilmez bir araç olarak görür ve barışı insan yaşamının normal koşulu olarak vasıflandırır. Savaşı, insanoğlunun adaletsizlik ve sefaletle sonuçlanan başarısızlığı kabul eder.<sup>19</sup>

Bu farklılığı analiz ederken, orduların savaşı arzulayan ve insan haklarını hiçe sayan bir eğilimi olduğu sonucuna varmak isabetsiz olacaktır. İki görüş arasındaki temel bölünme; orduların savaş gereklerini insan haklarıyla uzlaştırma çabasındaki realizm ile kardeşlik, birlik ve beraberliğe dayanan insancıl yaklaşımın idealizmi arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır. İki kültürün farklılığını basmakalıp bir terminoloji ile yüzeyselleştirmek doğru değildir. Yani bütün askeri hukukçuların insancıl hukuk görüşüne karşı çıktıkları veya insan hakları hukukçularının silahlı çatışmalar hukukunun tüm argümanlarını görmezden geldiğini söylemek mümkün değildir. Perspektif farkı bir bakıma da; hukuki çalışmaları yürüten kişilerin kurumsal kültürlerinden ve mensubu oldukları organizasyonların amaçlarından kaynaklanmaktadır.<sup>20</sup>

Dolayısıyla silahlı çatışmalar hukuku ve uluslararası insancıl hukuk eş anlamda kullanılmakta ise de; öncelik verdikleri prensipler farklıdır. Silahlı çatışmalar hukuku ‘askeri gereklilik’ ilkesini başlangıç noktası olarak kabul ederken, insancıl hukuk ‘onur ilkesi’<sup>21</sup> ve insan haklarını birinci planda tutmaktadır. Ayrıca; silahlı çatışmalar hukuku en genel anlamıyla savaşan taraflar arasındaki savaş kurallarını

---

<sup>18</sup> Luban, David; a.g.m., 2013, s.316.

<sup>19</sup> Luban, David; a.g.m., 2013, s.316.

<sup>20</sup> Luban, David; a.g.m., 2013, s.316.

<sup>21</sup> Bu ilkenin esas itibarıyla silahlı çatışma hukukunun bir ilkesi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Silahlı çatışmalar hukukunun diğer dört ilkesinin nitelikleri itibarıyla savaşların belirli kurallar içerisinde ve şiddetin hudutları aşılmadan yapılmasını sağlamaya özgüldüğü görülmektedir. Yani çatışmanın başlamasından sonraki gereklilik durumunun tespitinde ve devam eden çatışmanın seyri esnasında uygulanacak tedbirlerin belirlenmesinde temel yaklaşımların belirlenmesi amaçlanmaktadır. ‘Onur ilkesi’ ise spesifik olarak silahlı çatışmanın başlamasından sonraki çatışma sürecine özgülenmiş bir prensip değil, insan hakları ile doğrudan ilintili olarak çatışma öncesi ve sonrası tüm dönemi kapsayıcı özellikte bir ilkedir.

düzenlerken, insancıl hukuk savaş veya çatışma sırasında savaş mağdurlarının, sivillerin, hasta ve yaralıların ve savaş esirlerinin, çevre ve kültürel mirasın korunması ve savaştan kaynaklanan zararları en aza indirmeyi amaç edinmiştir.<sup>22</sup> Bu iki kavramın hem amaç hem de nitelik bağlamında iç içe geçmiş olması ve aynı hukuk dalını birlikte isimlendiriyor olmaları tabiidir.<sup>23</sup> Kökenlerindeki amaç ve konu ayrımının, farklı bir isimle ile anılmayı gerekli kıldığını iddia etmek manasız olacaktır. Lakin silahlı çatışmalar hukukunun savaş mevzilerinde doğduğu ve geliştiği unutulmamalıdır.

## **1.2.Silahlı Çatışmalar Hukukunun Temel Özellikleri**

Silahlı çatışmalar hukukunda askeri gereklilik ilkesini incelemeden önce; tarihsel gelişimi, kaynakları, amacı, kapsamı ve genel anlamda tüm ilkelerinin gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Böylece; uluslararası toplumun çatışmalar ve neticelerine olan duyarlılığının tarihsel seyri, bu alanın normatif düzendeki yeri, kodifikasyon çalışmalarının safhaları, maksat ve ilkeleri belirgin şekilde görülebilecektir.

### **1.2.1. Tarihsel Gelişimi**

Savaşın tarihi insanlık tarihi kadar eskidir. Uluslararası toplum içerisinde, bu topluluğun önde gelen kişileri olan egemen devletlerin, kendilerine özgü bir hak olarak gördükleri savaş yoluna sık sık başvurdıkları bilinen bir gerçektir.<sup>24</sup>

Uluslararası toplumun güç kullanımını sınırlama ve savaş kurallarını belirleme çabalarının yeni bir fikir olmadığı daha önce belirtilmişti. Savaş tarihinde savaş kural ve kaidelerini düzenleme amacını taşıyan teamül niteliğindeki normları ve hukuk metinlerini izlemek mümkündür.

---

<sup>22</sup> Özsoy, Şule. (1997-1998). “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, s.118’den aktaran Altınok, Müberra. (2018). “İnsancıl Hukuk”, *Hukuk Gündemi (Ankara Barosu)*, Sayı 2, s.35.

<sup>23</sup> ‘Soykırımın önlenmesi’ ve ‘koruma sorumluluğu doktrini’ gibi askeri insani müdahaleleri muteber kabul eden yaklaşımların insancıl hukuk kültüründen kaynaklandığını belirtmek gerekir. Savaş insanlığın ayıbı olarak nitelendirmekle birlikte insancıl hukuk, insanlık onurunun korunması için askeri müdahaleyi meşrulaştırmaktadır. Böyle bir ihtiyacın varlığı halinde askeri gerekliliğin varlığının kabul edildiğini söylemek mümkün olacaktır. Bu nedenle; insancıl hukuk görüşünü silahlı çatışma hukuku görüşünden soyutlamak mümkün değildir. Bkz. Luban, David; a.g.m., 2013, s.316.

<sup>24</sup> Gray, Chris Hables. (2000). *Postmodern Savaş/Yeni Çatışma Politikası*, İstanbul, s. 126. (Çeviren Derya Kömürcü)’dan aktaran Aslan, a.g.m., 2008, s.249.

Modern silahlı çatışmalar hukukunun kökleri 1860'lı yıllara uzanır. Bu yıllarda ilk Cenevre görüşmeleri yapılmış, bazı belirli silahların yasaklanmasını sağlayan çok taraflı antlaşmalar ve St. Petersburg Deklarasyonu gerçekleşmiş<sup>25</sup>, Lieber Yasası kabul ve tasdik edilmiştir.<sup>26</sup>

1864 yılında imzalanan ilk Cenevre Sözleşmesi; yaralı ve hasta, yaralı, kazazede, savaş esirleri ve sivillerin çatışmalardan korunmasıyla ilgilidir.<sup>27</sup> Savaşta yaralananlara yapılacak sıhhi yardımları düzenlemesi açısından önemli bir hukuki doküman olmakla birlikte tüm silahlı çatışmaların uluslararası toplum tarafından uluslararası hukuk kapsamına dâhil edilmesi de yine bu sözleşme ile birlikte olmuştur.<sup>28</sup>

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile birlikte de; belli başlı kuralların oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir. 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerinin temel amacı genel itibari ile bakıldığı zaman 1864 sonrası uygulanmaya çalışılan, uygulandığı düşünülen ya da tamamen düşünce aşamasında kalan savaş kurallarını bir araya getirerek askerlerin bilgisine sunmaktır. Her ne kadar hem 1899 hem de 1907 Lahey Sözleşmeleri silahlı çatışma kurallarını oluşturmuş olsa da 1907 sonrası ortaya çıkan iki büyük dünya savaşında da bu kurallar uygulanamamıştır. Bu durum bir anlamda 1899 ve 1907 Lahey sözleşmelerinin ölü doğmuş hukuki kurallar olduğunu ortaya çıkarsa da silahlı çatışmalar hukukunun temelini oluşturan kurallara sahiptirler. Kısaca belirtmek gerekirse Lahey Sözleşmelerinin temel amacı muhariplerin lüzumsuz acı çekmelerinin önüne geçmek ve savaşa dâhil olmayan sivil unsurların hedef haline gelmesini engellemektir.<sup>29</sup>

İki büyük dünya savaşının yarattığı tahribat ve yıkım, savaşların insanlığa verdiği zararların engellenmesi noktasında uluslararası toplumun yetersiz kaldığını göstermiştir. Daha radikal ve etkili tedbirlerin yürürlüğe konulması gerektiği kabul

<sup>25</sup> Carnahan, Burris M. (1998). "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", *American Journal of International Law*, 92 (2), s.213.

<sup>26</sup> Solis, Gary D. (2010). *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*, New York, s.39.

<sup>27</sup> Geneva Convention (1864), Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Erişim Linki: [<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/120>] (Erişim Tarihi: 05.04.2020).

<sup>28</sup> Pazarcı, Hüseyin. (2000). *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Ankara, s.127'den aktaran Erendor, a.g.m., 2019, s.1992.

<sup>29</sup> Erendor, a.g.m., 2019, s.1992.

edilmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kuvvet kullanma yasağı ve meşru müdafaa hakkını düzenleyen<sup>30</sup> hükümleri ile birlikte uluslararası toplum kuvvet kullanılmasının yasaklanmasını kabul etmiştir.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kabulü ile birlikte çatışma hukuku kodifikasyonu ve silahlı güç kullanımının sınırlandırılmasına yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Uluslararası uyuşmazlıkların politik ve hukuki zemindeki çözüm mekanizmalarının artışının yanı sıra, devletlerin savaşların yıkıcı etkilerinden kolektif olarak nasibini alması bu sürecin hızlanmasının gerekçelerinden biridir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri; silahlı çatışmalar hukuku ile ilgili en önemli belgeler olması ve etkin bir şekilde uygulama imkânı bulması nedeniyle bu tarihi akıştaki kilometre taşlarından biridir.<sup>31</sup>

Uluslararası hukukta, silahlı çatışmalar hukuku konusundaki ilk ciddi adımların on dokuzuncu yüzyılda atıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, hukuk alanında devletleri bağlayıcı uluslararası sözleşmeler ancak bu dönemde yansımaya başlamıştır. Bu uluslararası belgeler savaşta dost veya düşman ayırımı yapılmaksızın; yaralılara, hastalara, kazaya uğramış denizcilere, savunmasız veya teslim olmuş bir düşmana, savaş esirlerine, işgal edilmiş bir ülkenin sivil halkına, sağlık kurumlarına, personeline, araçlarına, taşıtlarına, kültür ve sanat varlıklarına saygı, koruma ve ayrıcalıklar öngörmektedir.<sup>32</sup>

### 1.2.2 Kaynakları

Silahlı çatışmalar hukuku iki temel kaynaktan türemiştir. Bunlar *andlaşmalar* (*Treaties*) ve *örf/adet hukuku kuralları* (*Custom*) olmak üzere iki asli kaynak olarak kabul edilir. Andlaşmalar kavramı ile anlaşılması gereken, Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri gibi devletlerin karşılıklı iradelerine dayanarak akdedilen her türlü hukuk metnidir. Örf ve adet hukuku kuralları ise; devletlerin teamülleri ile oluşmuş

---

<sup>30</sup> Bkz. Birleşmiş Milletler Antlaşması Md.2/4 ve Md.51, Yürürlük Tarihi: 24 Ekim 1945. Erişim Linki: [[http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm\\_01.pdf](http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf)](Erişim Tarihi: 07.05.2020).

<sup>31</sup> Erendor, a.g.m., 2019, s.1993.

<sup>32</sup> Meray, Seha L. (1979). *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara, s. 247'den aktaran Aslan, a.g.m., 2008, s.236.

ve uluslararası hukuk otoriteleri tarafından tanımlanmış normlar bütününe ifade eder.<sup>33</sup>

Genel anlamda uluslararası hukukun kaynakları ile silahlı çatışmalar hukukunun kaynakları arasında bir kıyaslamaya gidilirse, kaynak teorisi bakımından aynı neticeye varılacaktır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38/1. maddesi<sup>34</sup> ile Divanın kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözerken; devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan genel ve özel nitelikli uluslararası antlaşmaları, hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını ve uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini uygulayacağı belirlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca uluslararası hukukun bağlayıcı kaynakları; uluslararası antlaşmalar, yapılageliş ve hukukun genel prensipleridir. Aynı madde kapsamında yardımcı kaynaklarda yargı kararları ve öğretisi olarak düzenlenmiştir.

Silahlı çatışmalar hukuku bakımından da öğretilde andlaşmalar ve örf-adet hukuku kurallarının iki asli kaynak olarak benimsendiği yukarıda ifade edilmişti. Uluslararası andlaşmaların her iki alan için de farklılık arz eden bir yönü yoktur. Örf ve adet hukuku kuralları bakımından Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, hukuk kuralı olarak kabul görmüş genel bir uygulamanın kanıtı olarak yapılageliş kurallarını hukuk kaynağı saymıştır. Yani bir teamül (ya da yapılageliş) kuralının oluştuğundan söz edebilmek için, bu kuralın bir hukuk kuralı olduğuna dair inancın varlığı aranmaktadır. Silahlı çatışmalar bakımından da örf ve adet hukuku kurallarının tespitinde; ‘hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın varlığı’ kriterinin araştırılması gerekmektedir. Savaşın köklerinin tarihin derinliklerine kadar uzandığı düşünüldüğünde; tüm devletlerce kabul edilmiş savaş kurallarının var olduğunu söylemek zor değildir. Bu savaş kuralları, yıllara sair bir uygulanagelişin neticesinde hukuk kuralı olduğu inancını devletler nezdinde oluşturmuş ve genel uygulamalar halini almışlardır. Haliyle; silahlı çatışmaların örf ve adet hukuku kuralları, uluslararası hukukun kaynakları ile aynı eksendedir. Uygar uluslarca kabul edilmiş genel hukuk ilkeleri bakımından yapılacak değerlendirmede; silahlı

---

<sup>33</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.12.

<sup>34</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Md.38.

ErişimLinki[[https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/ankara\\_charter\\_turkish.pdf](https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/ankara_charter_turkish.pdf)] (Erişim Tarihi:09.01.2021)

çatışmalar hukukunun bu türden bir kaynağı olduğunun peşinen kabulü tartışılabilir. Silahlı çatışmalar hukukunun yerleşik teamüllerinin varlığına rağmen, bu alana özgü uygar uluslarca kabul edilmiş genel ilkelerin var olduğu rahatça söylenebilecek midir? Kavramsal açıdan; yapılageliş kurallarının zaman içerisinde uygar uluslarca kabul edilmiş evrensel ilkelere evrilebileceği öne sürülebilmektedir. Zira bu evrensel nitelikli genel hukuk ilkelerinin kaynağı da bir anlamda teamüllere dayanmaktadır. Uluslararası hukukun genel ilkelerini; farklı ulusal hukuk sistemlerinin anayasalarına, kanun hükümlerine, yargı kararlarına ve genel prensiplerine dayalı olarak şekillenen örf ve adet hukukunun bir türü olarak kabul etmek mümkündür.<sup>35</sup> Bu çerçevede; silahlı çatışmalar hukuku bağlamındaki yapılageliş kurallarının tüm uluslarca kabul edilen evrensel çatışma hukuku ilkeleri olarak bu alana kaynak teşkil edebileceği şeklindeki yorum, mesnetsiz bir yorum olmayacaktır. Savaşın öyle kuralları mevcuttur ki, uzun devlet pratikleri ile evrenselleşmiş ve tüm uygar uluslarca kabul gören ilkeler haline gelmiştir. Bu kapsamda kanaatimce; uygar devletlerce kabul edilmiş genel hukuk ilkelerinin çatışmalar hukukuna da kaynak teşkil edeceği söylenebilir. Yardımcı kaynaklar bakımından ise farklılık arz eden bir husus bulunmamaktadır.

Silahlı çatışmalar hukukunun kaynaklarının genel anlamıyla uluslararası hukukun kaynaklarından farklılık arz eden bir özelliği yoktur. Uluslararası hukukun kaynakları pek çok hukuk metninde belirtildiği şekilde; genel kabul görmüş devlet pratikleri, antlaşmalar ve uygar uluslar tarafından tanınan evrensel hukuk ilkeleridir. Uluslararası mahkemelerin görüş ve kararları ile hukuk otoritelerinin öğretideki yorumları da kaynaklar arasında ifade edilebilir.<sup>36</sup>

Her ne kadar silahlı çatışmalar hukuku öncelikli olarak belli başlı uluslararası andlaşmadan kaynaklanmaktaysa da, bu kurallardan bazıları tamamen veya kısmen mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtmaktadır. Ayrıca bu konudaki birçok uluslararası örf ve adet hukuku ilkesinin antlaşma kurallarının üstünde yer aldığını

---

<sup>35</sup> Byers, Michael. (1997). "Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law*, 66, s.225.

<sup>36</sup> Downey, William Gerald Jr. (1953). "The Law of War and Military Necessity", *The American Journal of International Law*, 47(2), s.251-252.

söylemek de mümkündür. Bununla beraber uluslararası silahlı çatışmalar hukuku aynı zamanda uluslararası hukukun en fazla kodifiye edilmiş alanlarından biridir.<sup>37</sup>

### 1.2.3. Amacı

Silahlı çatışmalar hukukunun uluslararası hukukun diğer alanlarına kıyasla en ayırt edici fonksiyonu; en yoğun tehdit ve cebir koşullarında dahi asgari ve elverişli seviyede düzenin tespit ve muhafaza edilmesini sağlamasıdır.<sup>38</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunun tarihsel olarak kullandığı yöntem ise; çatışma ve düşmanlığın icrasında hukuksuzlukla hukuka uygunluk arasındaki ayrımı doğru bir şekilde yapmak suretiyle, askeri gereklilik ve insani kaygıların dengelenmesini sağlamak olmuştur.<sup>39</sup>

Bu nedenle ulus devletler bu hukuk dalında; askeri gerekçelerle taban tabana zıt olmayan hükümler öngörmüş, kaçınılmaz silahlı eylemleri tamamen yasaklayacak şekilde gerçeklikten uzak düzenlemelerden kaçınmışlardır. Bunun yerine uygulanabilir olan, askeri gereklilikler ile insancıl amaçlar arasında belli bir dengeyi gözetken düzenlemeler getirmeye çalışmışlardır.<sup>40</sup>

Silahlı çatışmalar hukukuna amaçsal bir perspektiften yaklaşıldığında; bu hukuk dalının çatışmaya dâhil olan tarafların kuvvet kullanımı hususunda haklılığını değil, uluslararası hukuka aykırı olarak başlamış olsa dahi *de facto* bir çatışmanın temel ve asgari insan hakları nispetinde yürütülmesini konu edindiği görülecektir.<sup>41</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku; silahlı çatışmalarda uygulanacak ilke ve kuralları tespit eder. Çatışmanın düzenini sağlayan ve hudutlarını belirleyen normları içermesi sebebiyle öğretide savaşı meşrulaştıran bir düzen yarattığı eleştirileri yapılmıştır. Oysa bu alanın kodifikasyonu, uluslararası toplumun kaçınılmaz eylemlerinden biri olan silahlı çatışmaların menfi etkilerini en aza indirmeyi amaçlamaktır. Şiddet döngüsünün belli bir seviyede tutulması, insani değerlerin korunmasının yanı sıra savaş sonrasında barış masasına oturabilme opsiyonunun muhafaza edilmesine katkı

---

<sup>37</sup> Shaw, *a.g.e.*, 2017, s.853.

<sup>38</sup> McDougal, Myres. (1984). “Law and Minimum World Public Order: Armed Conflict in Larger Context”, *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3 (21), s.28.

<sup>39</sup> McDougal, a.g.m., 1984, s.29.

<sup>40</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.96.

<sup>41</sup> Çaycı, Sadi. (1994). *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, s.110.

sağlamaktadır. O halde bu alanın amacı, herhangi bir çatışmayı meşrulaştırmak veya kuvvet kullanımına zemin hazırlamak değil, ortaya çıkmış bir silahlı eylemin kontrol altında seyrini sağlamaktır. Silahlı çatışmanın önlenmesi ve anlaşmazlıkların sadece barışçı yollarla çözümünün sağlanmasına yönelik çalışmalar farklı hukuk alanlarının konusudur.<sup>42</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunun savaşı meşrulaştırdığı iddiası bir noktada *jus ad bellum* (savaşın meşruluğu, savaş yapma hakkı) ve *jus in bello* (silahlı çatışmanın hukuku) kavramlarının içeriği ve algılanma şeklinden kaynaklanmaktadır. Bu ayrım; silahlı çatışmanın başlamasının meşruluğu bağlamında *jus ad bellum* ile ilgili sorgulamadan bağımsız olarak, savaşan tarafların *jus ad bellum* açısından konumu ne olursa olsun *jus in bello* kurallarına tabi olmasını ifade eder. Esasen bu iki kavram arasında keskin bir ayrım vardır. *Jus ad bellum* güç kullanımının yasalılığına ilişkin kurallar ve bu kuralların uygulanması neticesinde silahlı çatışmaların başlamadan önce engellenmesini kapsar.<sup>43</sup> *Jus in bello* ise silahlı çatışmalarda neyin yasal olduğunu tanımlar.<sup>44</sup>

*Jus ad bellum* çatışmanın ortaya çıkmasının meşruluğu ile ilgilidir. Devletlerin silahlı çatışmayı nasıl başlattıkları ve hangi şartlar altında bu çatışmanın ahlaken ve hukuken meşru sayılabileceğini inceler. Çatışma öncesi dönem ve başlayan silahlı çatışmanın meşruluk sorununu ele alır. Uluslararası hukukun kuvvete başvurmaya düzenleyen kuralları *jus ad bellum* kapsamındadır. *Jus in bello* ise husumetin yahut düşmanlığın kuralları ile ilgilidir ve çatışmaların yürütülmesini düzenler. Çatışma başladıktan sonra devletlerin eylemlerini düzenleyen alandır. Süregelen savaşın yasal ve ahlaki sınırlamalarını inceler. Bu iki teori eş zamanlı ancak düzensiz olarak gelişmişlerdir. Her ne kadar silahlı çatışmalar hukuku başlayan çatışmanın seyri ve yönetimi ile ilgili süreci düzenlese de; çatışmanın başlaması ve gerekçelerine ilişkin meşruluk incelemesi de bu hukuk sistematığına dâhildir. Çoğu toplum bu hukuk dalının sadece kuvvet kullanımının meşruiyeti hususundaki normlarıyla ilgilenmiştir. Savaşı haklı kılan koşullar ortaya çıktıktan sonra, savaşı yürütmek için kullanılan yöntemlerde sınırlama olgusu göz ardı edilmiştir. Bu anlamda; *jus ad bellum* tarihsel

<sup>42</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.98.

<sup>43</sup> Giladi, Rotem. (2008). “The Jus ad Bellum / Jus in Bello Distinction and The Law of Occupation”, *Israel Law Review*, 41 (1 & 2), s.247.

<sup>44</sup> Bouvier, Antoine. (2006). “The Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello: Past, Present, Future”, *American Society of International Law Proceedings (Panel Discussion)*, Vol.100, s.110.

akışta *jus in bello* tezini önelemektedir.<sup>45</sup> Bu nedenle; bu hukuk dalının kuvvet kullanımının meşrulaştırdığı yönündeki görüşlerin, *jus ad bellum* teorisi bağlamında ortaya çıkmış olma ihtimali vardır.

Ancak bir devlet; *jus ad bellum*'a aykırı olarak meşru dayanaktan yoksun bir çatışma başlatmış olsa bile; silahlı çatışmalar hukuku yine de artık başlamış bu çatışmanın dahi kurallarını ve sınırlarını belirlemektedir. Silahlı çatışmalar hukuku kişisel ölçekte bir dereceye kadar kuvvet kullanımına imkân tanımaktadır. Bu, bir şekilde başlamış olan bir silahlı çatışmada muharip imtiyazına sahip kişilerin hukuka uygun askeri eylemleri nedeni ile kovuşturulmalarının önlenmesinden kaynaklanır. *Güneysu* bu konuya ilişkin antitezinde; muharip imtiyazının söz konusu olmaması halinde, silahlı çatışmayı başlatan eylemi ifa eden ve dolayısıyla *jus ad bellum*'u ihlal eden devletin askerlerinin, hukuka aykırılıktan dolayı cezalandırılma korkusuyla, asla teslim olmama yoluna gideceklerini belirtmektedir. Bu suretle silahlı çatışmanın daha uzun ve daha şiddetli bir hal alacağı açıktır. *Güneysu*'ya göre; silahlı çatışmalar hukukunun sırf bazı askeri eylemleri, hukuk kurallarına aykırı olmamak koşuluyla kovuşturmadan bağışık tutması, savaşı meşrulaştıran bir unsur olarak görülemez. Aksine bu metodu ile silahlı çatışmalar hukuku, şiddetin artmasını engelleyen bir kurguya sahiptir.<sup>46</sup> Sırf belirli durumlarda ve belirli oranda şiddet kullanımına ilişkin düzenlemeler içerdiği için silahlı çatışmalar hukukunun savaşı meşrulaştıran bir unsur olarak görülmesi gerçeklikten uzaktır.

Silahlı çatışmalar hukukunun oluşumundaki ön kabul, devletlerarası ilişkilerde savaşın mutlak olarak önlenmesinin mümkün olmayacağıdır. Tarih bunun yaşayan tanığıdır. Zaten önlenemeyecek bir şiddetin dizginlenmesi için kodifiye edilen bir hukuk sisteminin hiç var olmamasının daha makbul olacağını öne sürmek gerçeklikten uzaklaşmaktır. *Güneysu*'nun yaklaşımı isabetli ve realisttir. Bu gerçekçilik; çalışma alanımızın insancılık (insan onuru ve insani değerlerin korunması) dışında, askeri gereklilik gibi başka bir belirleyici değerinin de bulunmasından ileri gelmektedir.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Puls, Keith. E. (2005). *Law of War Handbook*, Virginia, s.4-15.

<sup>46</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.99.

<sup>47</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.99-100.

#### 1.2.4. Kapsamı

Klasik savaş kavramının süjesi devlettir. Savaş, devletin savaş ilanı ve bunun resmi bildirimi veya diğer bir devlete karşı silahlı kuvvet kullanarak düşmanca davranışlarda bulunmasıyla başlar. Klasik savaş kültüründe hukuken savaşın tarafı olma statüsü devletlere tanınmıştır. Bu nedenle; savaş icra etme yetkisi de savaşa taraf olan devletlerin silahlı kuvvetlerine aittir. Dolayısıyla muharip (savaşan, çarpışan) kavramı, devletin silahlı gücünü fiziksel olarak kullanarak askeri eylemleri ifa etmeye yetkili kişi veya birlikleri ifade etmektedir.<sup>48</sup> Klasik yaklaşımda silahlı çatışmalar hukukunun yürürlükte olabilmesi; çatışmanın her iki tarafının da bir uluslararası hukuk süjesi olmasını gerektirmektedir. Devlet dışı silahlı unsurlar genel olarak bir uluslararası hukuk süjesi değildir.<sup>49</sup>

Savaş kavramının kapsamındaki esas aktörler devletlerdir. Devlet niteliğini taşımayan örgütsel yapılara ait silahlı unsurların birbirleri arasındaki çatışmaları veya bu silahlı unsurların devletlerle olan silahlı çatışmaları; geleneksel uluslararası hukukta devletlerin iç sorunları olarak kıymetlendirilmiştir. Dolayısıyla iç silahlı çatışmalar başlangıçta savaş kavramının dışında tutulmuştur. Ancak; devletlerin organizasyonel dönüşümü ve eşgüdümlü çalışma becerilerinin gelişmesi neticesinde; iç silahlı çatışmalar belirli şartların varlığı halinde modern uluslararası hukukun kapsamında kabul edilmeye başlanmış, devletlerin iç sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun konusu haline gelmişlerdir. İç silahlı çatışmaların kazandığı uluslararası nitelik itibarıyla; artık savaş kavramının kapsamında da bir genişleme söz konusudur.<sup>50</sup>

Lahey ve Cenevre Hukuku esasen devletler arasında cereyan eden silahlı çatışmaları düzenleyen kuralları ihtiva eder. Ancak 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ile uluslararası mahiyette olamayan silahlı çatışmaların taraflarının tabi olacağı yükümlülükler düzenlenmiş ve devlet dışı

<sup>48</sup> Tütüncü, Ayşe Nur. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir, s.70-74.

<sup>49</sup> Roberts, Adam. (2002). "Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War", *Survival*, 44 (1), s.11.'den aktaran Taşdemir, Fatma. (2012). "Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (1), s.119.

<sup>50</sup> Akkutay, A. İbrahim. (2016). "Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (1), s.9-10.

aktörlerin dâhil olduğu çatışmaların silahlı çatışmalar hukuku ile yaratılan zeminde cereyan etmesi amaçlanmıştır.<sup>51</sup>

İç silahlı çatışmaların tarafı olan isyancıların, asilerin ya da gerillaların savaş hukuku kapsamına dâhil edilmesi ve devletin silahlı güçlerinin bunlarla yürüttüğü silahlı çatışmalarda hukuk kuralları ile bağlı kılınması hususu; tarihte silahlı çatışmalar hukukunun ilk kodifikasyon çalışmalarına kadar uzanır. Amerikan İç Savaşı esnasında düzenli bir ordunun isyancı çeteleri ile olan mücadelesini ve ilişkilerini yönetecek hukuk kurallarının yoksunluğu tespit edilmiştir. Lieber Yasası<sup>52</sup>; yazıldığı dönemde isyancılara karşı yürütülen bir askeri mücadeleye ilişkin kuralları düzenlemek için kaleme alınmış, sonradan genel bir nitelik kazanarak devletler arasında cereyan eden çatışmalara uygulanır hale gelmiştir. Lieber Yasası uluslararası hukukun devlet dışı aktörlere bakışını ortaya koyan ve Cenevre Sözleşmelerinin tasarımına etki eden bir çalışma niteliğindedir.<sup>53</sup>

Devlet dışı aktörlerin savaşan statülerinin kabul edilip edilmeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte; silahlı çatışmalar hukuku kuralları devlet dışı silahlı aktörler bakımından geçerli kabul edilmeye başlanmıştır. Bu anlamda; modern anlayışta silahlı çatışmalar hukukunun kapsamı artık devletlerle sınırlı değildir.

### 1.2.5. İlkeleri (Prensipleri)

Silahlı çatışmalar hukukunun ilkeleri bu kısımda yalnızca en genel içerikleriyle ifade edilmiştir. Askeri gereklilik ilkesinin analizinden önce, tüm prensiplerin kapsamının özetle bilinmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Silahlı çatışmalar hukukunun bu çekirdek prensipleri arasında organik bir ilişki mevcut olup her durumda bütünsel olarak dikkate alınmaları gerekmektedir. Askeri gereklilik ilkesi ise yapısı itibarıyla diğer bütün prensiplerle sıkı sıkıya bağlıdır.

---

<sup>51</sup> Akkutay, a.g.m., 2016, s.10.

<sup>52</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun ilk kodifikasyon örneklerinden biri olarak kabul edilen bu çalışmanın devlet dışı silahlı unsurlar bakımından değerlendirmesi için devlet dışı silahlı unsurlar bakımından değerlendirmesi için bkz. *Lieber Yasası / Muharip Ayrıcılığı*.

<sup>53</sup> Bosco, David. (2008). "Moral Principle vs. Military Necessity", *The American Scholar, Onl.Ed.*, p. 1-5. ErişimLinki:[<https://theamericanscholar.org/moral-principle-vs-military-necessity/>](Er.Tar.:31.01.2021)

#### 1.2.5.1. Askeri Gereklilik İlkesi

Bu prensip çalışmanın çatısını teşkil etmesi sebebi ile farklı bir başlık altında detaylı olarak ele alınmıştır. Bu bölümde yalnızca kavramsal bütünlüğün sağlanması açısından isminin sayılması ile yetinilmiştir.

#### 1.2.5.2. Ayırt Etme İlkesi

Çatışmada taraf olanların her zaman sivil halk ile askerleri ve sivil nesneler ile askeri nesneleri birbirinden ayrı tutmaları, operasyonlarını doğrudan askeri hedeflere yöneltmeleri yükümlülüğünü temellendiren ilkedir. 1977 tarihli Ek Protokoller bu ilkeyi daha ayrıntılı ve anlaşılır hale getirmiştir.<sup>54</sup>

#### 1.2.5.3. Orantılılık İlkesi

Kuvvet kullanımından beklenen somut fayda ve elde edilecek askeri avantaj ile ortaya çıkacak insan ve mal kaybı arasındaki dengeyi kurmayı hedefleyen çatışma ilkesidir. Orantılılık ilkesi uluslararası hukukun her alanında geçerli olmakla birlikte, çatışma hukukunda müdahalenin türü ve şiddetin düzeyinin belirlenmesinde kritik önemi mevcuttur.<sup>55</sup>

#### 1.2.5.4. Gereksiz Acı ve Izdırabın Önlenmesi İlkesi

Savaşan tarafları gereksiz eylemlerden, zorlamadan ya da diğer bir deyişle zorlayıcı askeri taktikleri kullanmaktan men eden prensiptir. Savaşın amaçları için gerekli olmayan her türlü gücün hizmetini yasaklamıştır.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Uluslararası Kızılhaç Komitesi. (2004). *Uluslararası İnsancıl Hukuk, Sorularınıza Cevaplar*, s.11. Erişim Linki: [[https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/82543505\\_77468056\\_uluslararasi-insancil-hukuk.pdf](https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/82543505_77468056_uluslararasi-insancil-hukuk.pdf)] (Erişim Tarihi: 12.01.2021)

<sup>55</sup> Detaylı bilgi için Bkz. Dost, Süleyman. (2012). “Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (12), s.361-399.

Erişim Linki: [<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/41103/496888>] (Erişim Tarihi: 12.01.2021)

<sup>56</sup> Erendor, a.g.m., 2019, s.1998-1999.

#### 1.2.5.5. Onur İlkesi<sup>57</sup>

Çatışma ya da savaşta, düşmanların karşılıklı olarak iyi niyet sahibi olmalarını ve anlaşmalara saygı göstermeleri gerektiğini ifade eder. Bu ilke kapsamında; teslim olmuş gibi yapma, ateşkesi ihlal ya da vahşeti de içerenler dâhil olmak üzere ihanet yasaklanmıştır ancak sadece ‘hile’ savaş ortamında kullanılabilir. Buna ilave olarak anlaşmalar iyi korunmalı ve iyi niyet ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir.<sup>58</sup>

Bu prensiplerin birbirinden bağımsız fonksiyonlar ifa ettiği söylenemez. Her prensip bir diğerinin tamamlayıcısı niteliğindedir ve yakın ilişki içerisindedir. Hepsinin en önemli müşterek amacı da; savaşın negatif etkilerinin belirli ölçüde sınırlanması ve şiddetin koşullu ve derecesinin belirlenmesidir.

### 1.3. Askeri Gereklilik İlkesinin Kavramsal Olarak İncelenmesi

Askeri gereklilik ilkesi; bir muharip birliğin yahut bireysel anlamda savaşının, düşmanın en kısa sürede teslim olmasını sağlamak amacıyla, silahlı çatışmalar hukuku hükümleri ile yasaklanmamış ve zaruri olan savaş araç ve yöntemleri marifetiyle kontrollü güç kullanma yetkisini ifade eder.<sup>59</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku; insani değerlerin korunması çabası ile askeri gereklilik arasındaki bir uzlaşmadır. Öyle bir uzlaşma ki; çoğunlukla insancıl hukukun beklentilerini tatmin edememektedir ama devletler tarafından savaşta dahi saygı duyulacak kuralların kabul edilmesini sağlayan muazzam bir fayda barındırmaktadır.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun bir ilkesi olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalı olup, konu makalenin ‘silahlı çatışmalar hukuku ve insancıl hukuk kavramlarının genel olarak incelendiği ilgili bölümünde kısaca ele alınmıştır. Burada; onur ilkesinin diğer dört ana ilke ile birlikte sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı tartışılmayacak, ancak modern anlayışta prensipler içerisinde sayılmaya başlandığı belirtilmekle yetinilecektir.

<sup>58</sup> O’Brien, W. V. and Arend A. C. (2003). “Just War Doctrine and The International Law of the War”, *Military Medical Ethics*, Vol. 1,s.221-249’dan aktaran Erendor, a.g.m., 2019, s.2001.

<sup>59</sup> Cohan, John A. (2003). “Modes of Warfare and Evolving Standards of Environmental Protection Under the International Law of War”, *Florida Journal of International Law*, s.491.

<sup>60</sup> Sassòli, Marco. (2007). “The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol.10, (online edition 2009), s.50.

Askeri gereklilik; silahlı çatışmalar hukukunun çıkış noktası, modern silahlı çatışma eyleminin de ilk adımıdır. Çatışmanın taraflarının savaş araç ve metotlarının seçiminde kısıtlanmamış bir hakka sahip olamayacakları kuralını ifade eder.<sup>61</sup>

*Francis Lieber*<sup>62</sup>, kimilerine göre modern savaş hukukuna sağlanmış en büyük katkı niteliğindeki *1863 Yasasının* (Lieber Yasası olarak da bilinir) 14. maddesinde askeri gerekliliği medeni uluslarca anlaşıldığı şekliyle; savaşı sonlandırmayı teminat altına almak için kaçınılmaz olan ve modern hukuk ile savaş teamüllerine göre hukuka uygun olan zaruri tedbirlere yönelik bir ihtiyaç olarak ifade etmektedir.<sup>63</sup>

*Napoleon* askeri gerekliliği tarif ederken; savaşta kurallar imkân verse dahi düşmana verilen her türlü zararın ancak mutlak surette gerekli olduğu sürece maruz görülebileceğini ve bunun ötesindeki her şeyin suç niteliği taşıyacağını açıkça ifade etmiştir.<sup>64</sup>

Alman hukukçu *Oppenheim*'a göre; saldırı ve savunma amacıyla düşmanın malvarlığına verilen yıkım ve zarar, gerekli bir yıkım ve zarar ise meşrudur. Savaş sırasında savaş alanındaki malvarlıklarının zarar görmelerine ve yok edilmelerine müsaade edilebilir ve yok edilmeleri maruz görülebilir. Bir savunma hattını güçlendirmek için taşınmazlara hasar verilebilir veya bazı yapılar yıkılabilir. Bir ordunun geri çekilmesini himaye etmek için savaş meydanında bir meskûn mahalle ateş açılabilir. Savaşan tarafın elindeki bir düşman müstahkem mevki etrafındaki bölge yerle bir edilebilir ve buna bağlı olarak tüm özel ve kamusal binalar tahrip edilebilir ve belirli arazilerdeki tüm köprüler patlatılabilir. Eğer bir yerleşim yeri veya içerisinde bulunan özel yahut kamusal bir mülk, silahlı çatışmada savunmaya hazırlanmış ise zarara uğratılması ya da tümünden yok edilmesi gerekli olabilir.<sup>65</sup>

*William Downey Jr.* tarafından yapılan askeri gereklilik tanımında ise; askeri gerekliliğin; bir komutan tarafından, kontrollü şiddet vasıtaları ile düşmanı en kısa

---

<sup>61</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.99.

<sup>62</sup> Francis Lieber'in hayatı ve akademik çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Solis, a.g.e., 2010, s.39-41. ve Miles, Col. James R. (1990). "Francis Lieber and the Law of War", XXIX-1-2, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 256.

<sup>63</sup> Lieber's Code, General Orders No. 100, Art. 14

<sup>64</sup> Best, Geoffrey F.A. (1994). *War and Law Since 1945*, Oxford: Clarendon Press, s.242.'den aktaran Solis, a.g.e., 2010, s.258.

<sup>65</sup> Oppenheim Lassa. (1912). *International Law, A Treatise*, London, Newyork, Bombay, Calcutta, para.150'den aktaran O'Keefe, Roger (2006). *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press: New York, s.23.

sürede tamamen teslim olmaya zorlamak için zaruri nitelikte, savaş hukuku kural ve teamülleri ile yasaklanmamış, geciktirilmesine olanak bulunmayan tedbirlere başvurmaya ilişkin acil bir ihtiyacı ifade ettiği vurgulanmıştır.<sup>66</sup>

*Hayashi*'ye göre askeri gereklilik iki yönlü bir gerçekliği temsil eder. Bunlardan birincisi; askeri harekâtın yönetimi kapsamında gerekli ve zorunlu olanı tespit edip uygulamaktır. İkinci yönü ise; amaçlanan neticeyi elde etmek için mevcut koşullar altında ihtiyaçları doğru analiz ederek gereksiz olan her türlü şiddet eyleminden kaçınmaktır.<sup>67</sup>

*Hassner* tarafından yapılan güncel bir tanıma göre askeri gereklilik; olağanüstü koşullar nedeniyle güvenlik endişelerinin, yarışan diğer kaygıların önüne geçmesini ifade eder. Böyle bir durumda tercih edilen hareket tarzı, icrası neticesinde ortaya çıkacak olan ciddi bedellere rağmen uygulanmak zorundadır.<sup>68</sup>

Tüm bu yaklaşımların sentezinden askeri gereklilik olgusunun içeriğinde iki farklı önermenin bulunduğu sonucuna varılabilir. Bunlardan birincisi, gerekli olan askeri tedbirlerin uygulamaya konulmasına hukuk ile çizilen çerçeve ile sınırlı kalmak kaydıyla meşruluk kazandırmak; ikincisi ise başlamış bir çatışmada mutlak surette gerekli olmayan yoğunluktaki veya hukuka aykırı şiddet eylemlerini yasaklamak ve düşmanı bertaraf etmeye yeter düzeydeki lüzumlu güç kullanımından fazlasının engellemektir.<sup>69</sup>

Askeri gereklilik ilkesi, uluslararası hukukun çok yönlü bir ilkesidir. Askeri gerekliliğe; uluslararası hukukun kaynağı niteliğindeki andlaşma hükümlerinde, yapılagelişte ya da yargı kararlarında rastlanmakta olup, bu ilke uluslararası çatışma kurallarının uygulanması için bazen bir koşul teşkil ederken ve bazen de eylemlerin haksızlığını önleyen bir mevkide yer alır.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.254.

<sup>67</sup> Hayashi, Nobuo. (2016). *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge Handbooks Online (Edited by: Liivoja, R. and McCormack T.), s. 89-93.

<sup>68</sup> Hassner, Ron E.. (2014). "Military Necessity", *Encyclopedia Britannica*, Onl.Ed. Erişim Linki: [https://www.britannica.com/topic/military-necessity](https://www.britannica.com/topic/military-necessity)(Erişim Tarihi:01.02.202)

<sup>69</sup> Askeri gereklilik ilkesinin maddi ve normatif anlamada incelenmesi ve özellikle disiplinler arası bir bakış açısı ile ele alınması hususunda ayrıca bkz. Hayashi, Nobuo. (2013). "Contextualizing Military Necessity", *Emory International Law Review*, 27 (189), s 195-252.

<sup>70</sup> Tsagourias, Nicholas. (2010). "Necessity and the Use of Force: A Special Regime, Necessity Across International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 41, s.12.

Hangi şiddet eyleminin çatışma taktiği açısından uygun ve yeterli olduğu, hangi durumlarda askeri bir eylemin kaçınılmaz şekilde zorunluluk arz ettiği hususlarının tespiti her zaman kolay değildir. Bugünkü anlamıyla askeri gereklilik ilkesine, kullanılan kuvvetin sınırlandırılması misyonu yüklenmiş olsa da; bu kavram tarihte her zaman bu şekilde algılanmamış, bazen şiddeti arttırıcı ve meşrulaştırıcı<sup>71</sup> bir araç olarak görülmüştür. Geçmişte askeri gereklilik kavramı, savaşan tarafların her türlü kuvvet kullanımını, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın gerçekleştirmelerinin mazereti olarak kullanılmıştır.

“Askeri gereklilik günümüzde silahlı çatışmalar sırasında, düşmanın kısmen veya tamamen kontrol altına alınabilmesi ve düşman silahlı kuvvetlerinin zayıflatılması için gerekli olan kuvvetten fazlasının kullanılmasını yasaklamaktadır. Günümüz uygulamasında düşmanın zayıflatılması amacı için gerekli olan kuvvet oranının tespiti ve bu üst sınırın üzerine çıkılmaması silahlı çatışmanın taraflarından beklenmektedir. Dolayısıyla askeri gereklilik, aşırıya kaçan şiddet eylemlerinin engellenmesine hizmet eden bir hal almıştır.”<sup>72</sup>

Halen öğretilde askeri gereklilik ilkesinin yalnızca askeri kuvvet kullanımı için gerek ve yeter şartları tespit eden meşruluk fonksiyonunu ön plana çıkararak bu kavramı eleştiren düşünürler mevcuttur.

Askeri gereklilik ilkesine yönelen eleştirilen tamamının kabul edilebilir olduğu söylenemez. Fakat kendi içinde hiçbir kesinlik barındırmayan bu kuralın haksız eylemleri maruz göstermeye elverişli bir araca dönüşmesi de olasıdır. Tarihte bu tür hadiseler veya algılayış biçimlerine rastlanmaktadır.

### **1.3.1. Zaruret Halinin Silahlı Çatışmalar Hukukundaki Özel Bir Görünümü Olarak Askeri Gereklilik**

Zaruret hali genel olarak; hukuken korunan menfaatlere yönelen ve başkasının menfaatlerinin ihlal edilmesinin dışında kurtuluş çaresinin bulunmadığı bir tehlike hali olarak ifade edilebilir.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.101.

<sup>72</sup> Kuran S., Türkay Kahraman F.Ş. (2017). “Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak ‘Askeri Gereklilik’: Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (1), s.99.

<sup>73</sup> Toroslu, Nevzat. (1968). *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, s.5

Zaruret hali pek çok ulusal hukuk sisteminde, bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerine bakış açısında; Kıta Avrupası ve Anglosakson sistemlerinin yaklaşımlarının paralel olduğu görülmektedir. Bu hukuk sistemlerinin zaruret haline yaklaşımı hususundaki benzerlik ve bu durumun ulusal hukuk sistemlerine yansımaları; farklı kültürleri temsil eden hukukçular arasında soyut düzeyde bir uzlaşma sağlamıştır.<sup>74</sup> Bu uzlaşmanın; zaruret hali kavramının uluslararası hukukta yer edinmesi sürecini kolaylaştırdığı değerlendirilmektedir.

Uluslararası hukukun kurgusunda da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller yer bulmaktadır. Belirli koşulların varlığı halinde meydana gelen hukuka aykırı eylemlerin haklı görülebilmesi mümkün olmaktadır. Bu durumda hukuka aykırı bir eylemden dolayı sorumluluğun doğmayacağından da söz edilebilmektedir.<sup>75</sup> Hemen hemen bütün hukuk sistemlerince kabul edilmiş bu türden hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller<sup>76</sup>, uluslararası hukuk tarafından da kabul edilmiştir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller; iç hukuk sistemlerinde benimsenen sistematikte benzer nitelikte olmakla birlikte uluslararası hukukun tabiatı itibarıyla özel görünümde karşımıza çıkabilmektedir.<sup>77</sup>

Uluslararası hukuk öğretisi ve pratikleri hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halleri tanımaktadır. Esasen uluslararası hukukta devletin sorumluluğu ve bu sorumluluk bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller örf ve adet hukuku kuralları ile düzenlenmiştir. Söz konusu örf ve adet hukuku kuralları; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir alt organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan 2001 tarihli *Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı*

---

<sup>74</sup> Fletcher, George P. (2007). *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International, Volume I: Foundations*, New York, Oxford University Press, s.19-20. 'den aktaran Dülger, M. Volkan. (2014). "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:24, s.132.

<sup>75</sup> Uzun, Elif. (2016). *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Ankara, s. 62.

<sup>76</sup> 'Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller' olarak kullanılan bu ifade konuyu inceleyen farklı kaynaklarda 'Hukuka uygunluk nedenleri' olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Uzun, a.g.e., 2016, dipnot 186 (s.63). Bu iki kullanımdan herhangi birinin tercih edilmesi mümkün olup uluslararası hukuk bağlamında içeriği itibarıyla herhangi bir özellik arz etmemektedir. Her iki kavramında hukuka aykırılığı gideren ve eylemi hukuka uygun hale getiren halleri tarif ettiğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

<sup>77</sup> Uzun, a.g.e., 2016, s.63.

*Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*<sup>78</sup> dokümanı ile kodifiye edilerek hukuka aykırılığı ortadan kaldıran altı durum tespit edilmiştir. Bunlar; rıza, meşru müdafaa, karşı önlem, mücbir sebep, zaruret hali ve tehlikedir.<sup>79</sup>

Zaruret hali (*necessity*) uluslararası hukukta; devletlerin çıkarlarını büyük ve yakın bir tehlikeden korumak için uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri hilafında hareket etme mecburiyetini açıklamak için kullanılan bir kavramdır. Hangi hallerin zaruret kapsamına dâhil olduğunun tespiti son derece güç olduğundan bu durum hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller arasındaki en tartışmalı kavramdır.<sup>80</sup>

Askeri gereklilik kavramı; zaruret halinin silahlı çatışmalar hukukundaki yansıması niteliğindedir. Silahlı çatışmalar hukuku bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilebilecek olan askeri gereklilik (*military necessity*); zaruret halinin bu alandaki özel bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>81</sup> Askeri gereklilik ilkesini düzenleyen pozitif hukuk metnlerinin

<sup>78</sup> Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session. (2008). “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001”, International Law Commission, Chapter V, s.71. Erişim Linki:[[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)] Erişim Tarihi: 25.01.2021.

<sup>79</sup> Crawford, J., & Bodeau, P. (2000). “Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility Further Progress. *International Law FORUM Du Droit International*, 2 (1), s.50.

<sup>80</sup> Jagota, S. P. (1985). “State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.16, s.267’den aktaran Uzun, a.g.e., 2016, s.72.

<sup>81</sup> Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ‘tehlike’ halinin de silahlı çatışmalar hukuku bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmeyeceği konusu incelemeye değerdir. Tehlike (*Distress*); başlı başına askeri güç kullanımını hukuka uygun hale getirebilecek ve hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecek bir kavram gibi görünmektedir. Ancak tehlike (*distress*) ve zaruret (*necessity*) kavramlarının ayrıştırılması bakımından belirgin bazı farklılıkların ifade edilmesinde yarar vardır. Tehlike hali, bir kişinin ya da sorumluluğundakilerin, başka türlü bir davranış biçimi benimsemeleri halinde hayatları ile ilgili ciddi risk faktörü barındıran durumu ifade eder. Tehlike durumunda devlet adına eylemde bulunacak kişinin uygulayacağı hareket tarzları bakımından seçimlik bir iradesinin varlığından bahsetmek mümkündür. Serbest iradeyi uluslararası hukuka aykırı şekilde kullanmaya zorlayan etken; kişinin veya sorumluluğundakilerin hayatıdır. Bu serbest iradeyi hukuka aykırı eylemleri gerçekleştirmeye yönlendiren güdü eğer devletin çıkarı ise burada artık tehlikeden değil zaruret halinden bahsedilecektir. (Uzun, a.g.e., 2016, s.71. ve Jagota, a.g.m., 1985, s.264-265) Askeri gereklilik kavramı bakımından hareket noktası da; muhariplerin tehlike altındaki hayatta kalma motivasyonu ve buna bağlı seçimlik hareketleri değil, devletin çıkarlarının gerçekleştirilmesi noktasında ortaya çıkan zaruret halidir. Uzun, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere ilişkin tasnifinde ‘*distress*’ terimi için ‘tehlike’ yerine ‘zorunluluk’ sözcüğünü tercih etmiştir. ‘*Distress*’ sözcüğünün çevirisini ‘tehlike’ olarak Türkçe kaynaklara ithal etmek isabetli mütalaa edilmektedir. Zira bu terimin karşılığı zorunluluk olarak kabul edilirse Türk dili bakımından kavram karmaşasına neden olacaktır. Zorunluluk ve zaruret kavramları Türkçe’de eş anlamlıdır ve birbirlerinin yerine kullanılabilirler. Zaten Türk iç hukuk sisteminde ‘zaruret hali’ ve ‘zorunluluk hali’ ifadeleri yaygın

kodifikasyonunda da bu kavram; hukuk sistemlerinin ulusal ve uluslararası alanda hukuka aykırılığı giderici normları düzenlediği sistematikte benzer şekilde işlenmiştir.

Sonuç olarak askeri gereklilik özünde bir zaruret halidir. Bu zaruret alelade bir tehlikenin varlığından değil; devletlerin varlığını, bütünlüğünü ve yüksek öncelikli silahlı çatışma hedeflerinin gerçekleştirilmesini ciddi şekilde riske sokacak çaresizlik durumundan kaynaklanmaktadır. Zaruretin varlığı halinde de uluslararası toplumun hukuka aykırılık gerekçesi ile sorumluluk isnat etme imkânı ortadan kalkmaktadır.

### 1.3.2. Meşru Müdafaa Hakkı Ekseninde Askeri Gereklilik Kavramı

Birleşmiş Milletler Antlaşması ile getirilen düzenlemelere kadar olan süreçte meşru müdafaa; egemenlik hakları kapsamında olduğundan, ‘varlığını koruma’, ‘zaruret hali’ gibi kavramlarla bir arada değerlendirilmiştir.<sup>82</sup> Meşru müdafaa hakkının doğasında; düşman tarafından yöneltilen haksız bir saldırıya karşı koymak için güç kullanma eylemi vardır. Meşru müdafaada; devletin kendisine yöneltilen bir askeri kuvvet kullanımını bertaraf edebilmek için uygun vasıtalarla karşı askeri kuvvet uygulama gereksinimi ve zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle ilk bakışta; askeri anlamda kuvvet kullanma gereksiniminin meşru müdafaa hakkına dayanak teşkil edebileceği ve bu iki kavramın iç içe geçmiş olduğu değerlendirilebilir.

Öyle ki; meşru müdafaa hakkının doğması, durdurulması ancak karşıt güç kullanımı ile mümkün olan bir silahlı saldırının varlığına bağlıdır. Silahlı bir saldırının varlığı da kuvvet kullanma yönünde askeri bir gerekliliği ortaya çıkarmaktadır. Oysa burada bahsi geçen askeri güç kullanımı gereksinimi, silahlı çatışmalar hukuku kapsamındaki askeri gereklilik kavramından oldukça farklıdır. Bu hatalı algılayış biçimi; askeri gerekliliğin silahlı çatışmayı meşrulaştıran bir fonksiyonu ifa ettiği yönündeki eleştirileri tetikleyici bir rol oynamaktadır.

---

şekilde birbirlerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu yönüyle zaruret hali ile zorunluluk hali arasında anlamsal bir ayrıma gidilmesi işlevsel değildir. Netice olarak; askeri gereklilik halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak zarurete yahut zorunluluğa eşdeğer kabul edilmesinde tartışmalı herhangi bir durum bulunmamaktadır. Burada esas tartışmaya açık husus; tehlike halinin askeri gereklilik bağlamında özel görünümlü bir hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılamayacağıdır.

<sup>82</sup> Başeren, Sertaç. (2003). *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara, s. 1.’den aktaran Karadağ, Ulaş. (2016). “Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru Müdafaa Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), s.172.

Dolayısıyla; askeri gerekliliğin teorik bir tartışma çerçevesinde ele alındığı bu bölümde, iki olgu arasındaki ayrımın netleştirilmesi ve kavramsal altyapının sağlamlaştırılması önem arz etmektedir.

Meşru müdafaa hakkı, kuvvet kullanma yasağının bir istisnasıdır. Kuvvet kullanma yasağı; dünya savaşlarının yarattığı yıkıma karşı uluslararası toplumun tepkisidir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/4. maddesi ile kuvvet kullanımı yasaklanmıştır. Yine Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesi ile istisna niteliğindeki meşru müdafaa hakkı güvence altına alınmıştır. Aynı antlaşma çerçevesinde meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanımı belirli koşullara bağlanmıştır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın çizdiği çerçeve dışında kuvvet kullanımı uluslararası hukuka aykırıdır. Bu kapsamda savaşın uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak başlayıp başlamadığı ve buna bağlı olarak savaşın meşruluğu sorunu, silahlı çatışmalar hukuku kapsamındaki askeri gerekliliğin konusu değildir. Savaşa başvurma hakkına dayanak sağlayacak gereklilikler *jus ad bellum* ilkesi ile ilgilidir. *Jus ad bellum*; haklı savaş geleneği bağlamında hangi savaşların haklı, hangi savaşların haksız olacağı konusu ile ilgilenmektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan günümüze kadar olan süreçte *jus ad bellum*'un pozitif hukuk sistemindeki konumu tespit edilmiştir.<sup>83</sup> Meşru müdafaa hakkı *jus ad bellum*'a ilişkindir ve savaşı başlatan eylemin uluslararası hukuka uygunluğu da bu ilkenin kapsamındadır.

Meşruiyetine ilişkin değerlendirmeden bağımsız olarak silahlı çatışmanın başlamasından sonraki süreçte doğan askeri gereklilikler ise silahlı çatışmaların yönetimine ilişkin bir konudur. Bu alan *jus in bello* ilkesi kapsamında olup; silahlı çatışma sırasındaki davranışlara yönelik ilkeler burada şekillenmektedir.<sup>84</sup> *Jus in bello* tarif edilirken silahlı çatışmanın kurallarının belirlendiği bir fonksiyona işaret edilmektedir. Ancak bu kavramın silahlı çatışmaların taktik anlamda nasıl yürütüleceğine ilişkin kurallar koyduğunu varsaymak hatalı olacaktır. *Jus in bello* aslında savaşın sivil ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmaya çalışan

<sup>83</sup> Kalaycı, Caner. (2018). *Uluslararası İnsancıl Hukuku: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler*, (Editörler: Taşdemir F., Albayrak G.), Ankara, s.70-71.

<sup>84</sup> Kalaycı, a.g.e., 2018, s.70.

sınırlayıcı kurallar koymaktadır.<sup>85</sup> İşte bu alan; silahlı çatışmalar hukuku kapsamında askeri gereklilik ilkesinin ilgi alanıdır.

“Meşru müdafaa problemi, harbin meşruiyeti problemine sıkı sıkıya bağlıdır.”<sup>86</sup> Meşru müdafaa kapsamında kullanılması gereken askeri güç ve bunun zarureti; farklı bir çalışmanın konusudur. Diğer taraftan; silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında sınıflandırılan askeri gereklilik kavramı, silahlı çatışmanın seyri esnasındaki eylemler ile yakın ilişkilidir. Bu kavram bakımından ele alınacak meşruiyet sorunu, silahlı çatışmalara ilişkin sınırlamaların ihlaline yönelik gerekçelere göre yapılacak değerlendirmeleri içermektedir.

#### **1.4. Askeri Gereklilik İlkesinin Tarihsel Süreçteki Kümülatif Gelişimi**

Bu başlık altında; askeri gereklilik ilkesi fikrinin doğuşu ve askeri eylemlerin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ‘hukuka uygunluk sebepleri’ benzeri niteliğinin doktrinde yerini alması sürecine katkı sağlayan görüşler ve düzenlemeler incelenecektir.

Bu görüşler ve düzenlemeler; askeri gerekliliğin hukuk düzeninde temellendirilmesi ve meşruluk kazanmasına temel teşkil eden yaklaşımlardır. Bu yaklaşımlardan bazıları; bugün benimsediğimiz anlamda askeri gereklilik kavramının eş değeri niteliğinde olmasa dahi, prensibe dair tarihsel ayak izlerini ihtiva etmektedirler.

Askeri gerekliliğin düzenlendiği normatif sistem; tarihsel süreçte bir biri üzerine eklenen kurallar bütününden oluşmaktadır. Doktrindeki her yaklaşım ve uluslararası andlaşmalardaki hükümler; kendilerinden önceki düzenlemelerin üzerine inşa edilmiştir. Bu yönüyle askeri gereklilik ilkesi kümülatif bir nitelik arz etmektedir. İlkenin günümüzdeki algılanış biçimini doğru anlamak için; gelişim sürecini tahlil etmek ve bu kapsamda yapılan düzenlemeleri yapıldıkları çağın

---

<sup>85</sup> Stahn, Carsten. (2007). “‘Jus ad bellum’, ‘jus in bello’ . . . ‘jus post bellum’? – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force”, The European Journal of International Law, 17 (5), s.927-928.

<sup>86</sup> Akipek, İlhan. (1955). *Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru Müdafaa'nın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerden Farkı*, Ankara, s. 18.'den aktaran Karadağ, a.g.m., 2016, s.172.

şartları paralelinde irdelenmek gerekmektedir. Bu bölümde askeri gereklilik ilkesinin gelişimine tesir önemli aşamalar incelenecektir.<sup>87</sup>

#### 1.4.1. Lieber Yasası

Küçük yaşlarından itibaren pek çok savaşta bulunmuş, Avrupa’da cereyan eden muharebe ve işgallerin yarattığı tahribata şahit olmuş, tarih, ekonomi-politik, askeri hukuk alanlarında çalışmalar yapmış, anti-otoriter ve protest çizgisi ile tanınan *Francis Lieber*; Amerikan İç Savaşının sürdüğü 1871 yılında Kolombiya’da savaş örf ve adetleri üzerine çalışmalar yürütüyordu. 1872 yılında *Birlik Ordusunda (Union Army)*<sup>88</sup> görev yapan General Halleck’in çalışmalarına ilgi duymasını fırsata çevirerek öncelikle Birlik Ordusu subaylarının<sup>89</sup> yararlanması için savaşa dair uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını anlatan bir kitapçık hazırladı. Aynı sene, yine savaşa dair uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını kapsayan, hükümetin fiilen görevdeki orduları için düzenleyici bir mevzuat hazırlamak üzere görevlendirildi. İşte kendi adını taşıyan yasanın çalışmaları böyle başlamıştır.<sup>90</sup>

Lieber; bu yasanın hazırlık aşamasında kendisine verilen görevin asaletinin yanı sıra sorumluluğunun da ağırlığını hissettiğini, insanlık tarihi için etkisi ve kalıcılığı olan bir çalışma yürüttüğünün bilincinde olduğunu ifade etmiştir. Lieber insanlığa karşı bir sorumluluk üstlenmiş ve savaş hukuku geleneksel kurallarını

---

<sup>87</sup> Bu çalışmanın kapsamına alınmamış olmakla birlikte; savaş araç ve yöntemleri ekseninde silahlı çatışmalar hukukunun sınırlayıcı rolünün geleneksel örneklerinden olan 1864 tarihli I. Cenevre Sözleşmesi ve 1868 tarihli St.Petersburg Deklarasyonu bu sistematikte yer işgal etmektedir. Anılan düzenlemeler; bu çalışmanın içeriği ve sınırları bakımından askeri gereklilik müessesine doğrudan baskın vurgu yapmamaları nedeniyle bilinçli olarak detaylı incelemeye tabi tutulmamışlardır. Ancak insani gerekliliklerinin savaşın gerekliliklerine tercih edildiği bu örnekler; silahlı çatışmalar hukukunun oluşum ve gelişim sürecinde sınırlayıcı fonksiyonları ile basamak teşkil etmektedirler.

<sup>88</sup> ‘Kuzey’ olarak da bilinir. Amerikan İç Savaşında birleşik devletleri temsilen kolektif olarak kurulan ve birliği korumak için savaşan, daha sonra ABD Ordusu’nu teşkil edecek olan kara gücünün adıdır. Federal Ordu olarak da bilinir. Amerika Birleşik Devletlerinin düzenli ordusu olarak kurulmakla birlikte ihtiyaca binaen pek çok gönüllü unsurla takviye edilmiştir. Detaylı bilgi için *bkz.* <https://www.historynet.com/union-army> (Erişim Tarihi:08.04.2020)

<sup>89</sup> Kitapçıkta o dönem gerilla harekâtı icra eden unsurların düzeni amaçlanmıştır. Bu unsurların komuta edilmesi gerektiği, disiplin altına girmelerinin zorunluluğu, kendilerini sivillerden ayrı tutmaları gerektiği hususları vurgulanmıştır. *Bkz.* Miles, a.g.m., 1990, s.260’dan aktaran Solis, a.g.e., 2010, s.40.

<sup>90</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.40.

kodifiye ederek Lahey ve Cenevre tipi sözleşmelere temel teşkil edecek bir hukuk metni yaratmıştır.<sup>91</sup>

Bu çalışmanın Amerikan İç Savaşı'nda tamamlanmış olması son derece ironik olup Lieber adına önemli bir başarıdır. 1873 yılı itibarıyla tüm Birlik Ordusu komuta kademelerinin, savaşta uygulanabilecek hareket tarzlarının bir sınırı olduğu konusunda bilgileri olmuştur. Askeri eylemlerin tam olarak nasıl sınırlandırıldığı konusunda mutabakata varılamamış olsa da, siviller ve savaş esirlerinin sıhhat ve refahı korunmaya başlanmıştır. Çalışmanın esas maksadı, federal kuvvetlerin komutanları ve kurmay subaylarının sınırlı tecrübelerinden doğan savaş teamüllerine ilişkin bilgi eksikliğini gidermektir. Daha sonra Başkan Lincoln'ün direktifi ile Birlik Ordusu için yazılan bu metin “*100 Numaralı Devamlı Emir (General Orders No:100)*” haline dönüşmüştür.<sup>92</sup> Ne var ki; bu çalışma silahlı çatışmalar hukukunun ilk kodifikasyon safhası olarak anılacak ve evrensel bir nitelik kazanacaktır.

Lieber'in kaleme aldığı bu kurallar; bir iç savaşta kullanılmak üzere tasarlanmış olmasına rağmen büyük bir bölümü silahlı çatışmalara ilişkin genel kuralları içermektedir ve başka devletlerce de benimsenmiştir. Alman Hükümeti, 1870 yılında Fransa ile gerçekleştirdiği savaş esnasında bu kuralları kendi ordusu için uygulamıştır. Lieber Yasası; yalnızca doğduğu devlet ile sınırlı kalmamış, dönemin bir diğer büyük devleti Almanya tarafından da kabul edilmiştir. Yasanın dönemin iki güçlü devleti tarafından etkin şekilde kullanılması; daha önce uluslararası bir amaç için tasarlanmış yahut kodifiye edilmiş hiçbir hukuk normunun erişemediği bir düzeyde etkinlik kazanmasını sağlamıştır. Daha sonra başka büyük devletlerin de bu kuralları benimsemedeki isteği, savaş hukuk kurallarının kodifikasyonu açısından önemli bir sürecin başlamasını sağlamıştır.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Paust, Jordan J. (2001). “Dr. Francis Lieber and the Lieber Code”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 95, s.112-113.

<sup>92</sup> Roberts, A. (2019). “Foundational Myths in the Laws of War: The 1863 Lieber Code, and the 1864 Geneva Convention”, *Melbourne Journal of International Law*, 20(1), 164-165.

<sup>93</sup> Root, Elihu. (1913). “Francis Lieber”, *American Journal of International Law*, 7 (3), 456.

Lieber Yasası yalnızca savaş hukuku kodifikasyonunun öncüsü olması nedeni ile değil, bunun yanı sıra uygar devletlerin ordularına getirilecek sınırlamaların tanımlanması bakımından ilk adım niteliği taşımasıyla da önem ifade etmektedir.<sup>94</sup>

#### 1.4.1.1. Muharip Ayrıcalığı<sup>95</sup>

Muharip ayrıcalığı her zaman önemli bir savaş hukuku geleneği olmuş ve silahlı çatışmanın temelini teşkil etmiştir. Muharip askerler; savaş hukuku dâhilinde savaşta gerçekleştirdikleri öldürme ve yaralama eylemlerinden dolayı cezaî sorumluluklarının bulunmaması imtiyazı ile donatılmıştır. Hukuksuz bir askeri müdahale olmadığı sürece bu ayrıcalık göreve iştirak eden herkesi kapsar.<sup>96</sup> Bir savaşta esir düşen askerler; esir alan ülke tarafından hukuka uygun araçlarla gerçekleştirdikleri öldürme fiilinden dolayı suçlanamazlar ve yargılanamazlar. Onların öldürme ve savaşa dair diğer eylemleri, bireysel suç ve saldırı sayılmaz. Bunlar; işledikleri suçlardan dolayı değil, savaşa geri dönmelerini engellemek için esir tutulurlar. Savaş hukukuna aykırı fiilleri gerçekleştirenler ise bu ayrıcalıktan yararlanamazlar.<sup>97</sup>

Muharip ayrıcalığı; savaşçıların savaş hukukuna uygun eylemlerini suç olmaktan çıkaran müessese olup askeri gereklilik fikrinin de temellerinde yer işgal etmektedir.

<sup>94</sup> Shepard, William S. (1963). “One Hundredth Anniversary of the Lieber Code”, *Military Law Review*, 21, s.162.

<sup>95</sup> Akademik yayınlarda ‘Muharip İmtiyazı’ olarak da yer alır.

<sup>96</sup> Lieber, savaş hukuku kurallarının kodifikasyonunda, çatışmanın her iki tarafını teşkil eden muhاریpleri ahlaki açıdan eşit profesyonel askerler olarak kabul etmiştir. Bu nedenle Lieber Yasası, muhاریp ayrıcalığının işlevsel görüşünü desteklemektedir. Önemli olan, askerlerin yasalara uyup uymadığıdır. Muhariplerin meşru bir hükümdar yahut hükümet adına savaşmalara bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Lieber’in silahlı çatışmalar tanımı, devletler arasındaki çekişmelerle sınırlı değildir. Savaş tanımında devlet merkezli bir modelin reddedilmesi, bu kodifikasyonun iç savaşta kullanılmak üzere hazırlanması ile ilgilidir. Zira Lieber Yasası’nın başlangıçtaki amacı, Amerikan İç Savaşı’nda yürütülecek çatışmaları düzenlemektir. Muharip imtiyazı bakımından savaşan tarafların devlet olma zorunluluğun bulunmaması yönündeki bu yaklaşım; günümüzde iç silahlı çatışmalar, terörizmle mücadele ve asimetrik savaş kapsamında muhاریplerin ayrıcalıklarının temellendirilmesinde kullanılmaktadır. Devletlerin, devlet niteliği taşımayan silahlı güçlere karşı yürüttükleri silahlı çatışmalarda kendi muhاریplerinin ayrıcalıkları ve çatışmada uygulayacakları kurallar bakımından silahlı çatışmalar hukuku kurallarının cari olduğundan bahsetmek mümkündür. Aynı şekilde; devletlere karşı silahlı eyleme girişen unsurların fiil ve eylemlerinden doğacak sorumlulukları bakımından da silahlı çatışmalar hukuku çerçevesinde değerlendirme yapılması mümkündür. Kaynak: Ohlin, D. Jens. (2015). “The Combatant’s Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts”, *Yale Journal of International Law*, Vol.40, s. 353.

<sup>97</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.42.

Muharip ayrıcalığı, Lieber Yasasının 57. maddesinde “*Bir adam, sadakat yemini ederek egemen hükümet tarafından silahlata alındığı andan itibaren savaşıdır. Öldürmesi, yaralaması veya diğler savaşı benzeri fiilleri bireysel suç veya saldırı sayılmaz...*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>98</sup>

Muharip ayrıcalığı esasen; düşman savaşılarının öldürölmesi ve yaralanması ile düşman askeri hedeflerinin imhasına cevaz veren bir ehliyettir.<sup>99</sup>

Lieber Yasasının yayınlanmasının üzerinden yüz yıl sonra Nuremberg Başsavcısı Tuğgeneral Telford Taylor muharip ayrıcalığı konusunda şunları söylemiştir: “*Savaşı; barış zamanında gerçekleştirilecek olsa suç niteliğı taşıyacak olan pek çok ‘görünüşte suç’ fiili içerir. Bu tür davranışlar, savaşıin seyri içerisinde gerçekleştirilse suç sayılmaz çünkü savaşı durumu, savaşıçıların üzerine bir bağışıklık örtüsü serer. Ancak bu bağışıklık alanı sonsuz değildir ve sınırları savaşı hukuku ile çizilmiştir.*”<sup>100</sup>

Muharip ayrıcalığının eksikliği savaşı fiilen ifasını imkânsız kılar. Savaşıin veya herhangi bir çatışmanın tamamen engellenmesi mümkün olmadığı için, bu türden bir ayrıcalığın bulunmasının, savaşıin sonunu getirmek ve barış yollarını açık tutmak bakımından önemli olduğı söylenebilir. Aksi halde savaşı sonunda insan öldürme, yaralama veya savaşıta gerçekleştirdiğı diğler fiillerden dolayı hasım ülke tarafından veya uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanma ihtimali bulunan bir askerin savaşı sonlandırma eğilimi ortadan kalkacaktır. Bu durumda; teslim olmak gibi savaşıin sona ermesini sağlayacak yollardan çekinen askerlerde, savaşı muharip gücün tükendiğı ana kadar sürdürme eğilimi ortaya çıkacaktır. Devletler askerlerini suç nitelikli fiiller için görevlendirmezler. Bu durum her ülke askeri için geçerli olup ülkesi için savaşıa katılmak yüceltilmiş bir insan davranışıdır. Savaşı alanı uygulamalarının suç niteliğı taşıması bu anlamdaki manevi güdölari de engelleyecektir.

<sup>98</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 57.

Erişim Linki: [[https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#sec3](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec3)] (Erişim Tarihi:08.01.2021)

<sup>99</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 Oct. 2002, para. 68’den aktaran Solis, *a.g.e.*, 2010, s.42.

<sup>100</sup> Taylor T. (1970). *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy*, Chicago, s.19.

Muharip ayrıcalığı askeri gereklilik ilkesinin kalbindedir. Askeri gerekliliğin şiddeti meşru kabul ettiği hallerde evleviyetle şiddeti fiilen icra eden muharip gücün korunması gereklidir.

#### 1.4.1.2. Lieber Yasası'nın Analizi

Lieber'in görüşlerinin felsefi temelleri eski dönemlere dayanmaktadır. Klasik dönem teologlarından *St. Augustine* ve *Thomas Aquinas*'ın geliştirdiği '*adil savaş doktrini*', silahlı çatışmalarda orantılılığın önemini ve barışın yeniden tesis edilmesini imkânsız kılacak eylemlerden kaçınma ihtiyacını vurgulamaktadır. 18. ve 19. yüzyılın başlarında, *Emmerich de Vattel*, *Jean Jacques Rousseau* ve *Immanuel Kant* gibi bilim adamları ve filozoflar da savaş esirlerinin hakları ve sivillerin korunması gibi insani kurallara temas etmişlerdir.<sup>101</sup>

Lieber'in silahlı çatışmalar hukukuna katkısı, ortaçağdan bu yana gelişen mevcut düşünsel ön hazırlığın derlemesini yapmak, eserleri özetlemek ve sentezlemek, bunları modern uygulamalarla örneklendirmek, askeri komutanlara yönelik kısa ve öz bir davranış kuralları bütünü hazırlamak olmuştur.<sup>102</sup>

Lieber Yasasının tüm maddelerinin bu çalışmada detaylandırılması konu kapsamı bakımından uygun değildir. Fakat savaş hukukunun temellerinin atıldığı bu Yasa'nın, askeri gereklilik konseptinin özünün kavranması anlamında önemi ortadadır. Bu çalışmada; yayınlanmasının üzerinden geçen yüz elli yılda savaş hukukuna bakışın nasıl evirildiğinin tespiti bakımından; Lieber Yasasının modern çatışma hukuku doktrini ile farklılık arz eden ve eleştiriye açık yönleri ile askeri gereklilik ilkesine temel teşkil eden belirgin maddeleri incelenecektir.

Francis Lieber tarafından Yasa'nın 14. maddesinde yapılan askeri gereklilik tanımı; savaşı sonlandırmayı teminat altına almayı amaçlayan ve bu amacın gerçekleşmesi için alınması zorunlu olan tedbirlere işaret etmektedir. Bu tedbirlerin zorunluluğunun yanında; modern savaş hukuku teamüllerine uygun olması ve savaşın icrasını düzenleyen hukuk normlarına aykırı olmaması şartları da birlikte

---

<sup>101</sup> Bosco, a.g.m., 2008, p.10.

<sup>102</sup> Bosco, a.g.m., 2008, p.11.

aranmaktadır.<sup>103</sup> İşte bu tanımlama, askeri gereklilik kavramının savaşın örf ve adet hukuku kuralı olmaktan çıkmaya başladığını ve pozitif hukuktaki yerini almaya yüz tuttuğunu gösteren ilk belirgin adımdır.

Maddenin kısıtlayıcı rolü belirgindir, ancak bu formülasyon esasen kaleme alındığı dönemde savaşa ilişkin uluslararası örf ve adet kurallarında zaten mevcuttur. Yani mevcut silahlı çatışma kurallarına somut bir katkı sağlamamış veya yeni bir fikir sunmamıştır. Bununla birlikte; askeri gerekliliğin silahlı çatışmayı düzenleyen pozitif hukuk normlarında ek bir sınırlama olarak yer alması, devlete getirilen ek bir kısıtlamayı da pozitif bir hukuk metnine bağlamıştır.<sup>104</sup>

Bu tanımdan hareketle; askeri gereklilik kapsamında gerçekleştirilecek bir eylemin modern hukuk kurallarına ve savaş usullerine uygun olmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda icra edilecek eylemin ‘kaçınılmaz’ olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.<sup>105</sup>

Lieber Yasası’nın askeri gereklilik kapsamında uygulanacak askeri tedbirlere getirdiği bu kısıtlamalar; modern silahlı çatışmalar hukuku kaynaklarına tesir eden en belirgin ve önemli aşamalardır.

Lieber Yasası 15. madde<sup>106</sup> “*Askeri gereklilik, silahlı düşmanın ya da savaş mücadelesi içerisinde kazara tahribatı kaçınılmaz olan üçüncü kişilerin hayatının veya uzuvlarının imhasına ve tahribatına izin verir...*” düzenlemesi, askeri eylemin masum üçüncü kişilere verebileceği potansiyel hasarı meşrulaştırmaktadır. Günümüz askeri terminolojisinde bu durum ‘istenmeyen hasar’ olarak anılır. Bu şekilde bir düzenleme her ne kadar sınırlamaları barındırsa da esas itibarıyla dönemin şartlarında orduların hareket edebilmesine imkân sağlayacak bir çıkış noktası arayışını da ihtiva etmektedir. Günümüz silahlı çatışmalar hukuku doktrininde de yer etmiş bu kabul, askeri gerekliliğin istenmeyen hasara neden olabileceğini ve bu durumun hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağını belirtmektedir.

<sup>103</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 14: ‘*Medeni uluslarca anlaşıldığı şekliyle askeri gereklilik, savaşı sonlandırmayı teminat altına almak için kaçınılmaz olan ve modern hukuk ile savaş teamüllerine göre hukuka uygun olan tedbirlerin zaruretine dayanır.*’

<sup>104</sup> Gardam, Judith. (2004). *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, s. 7.

<sup>105</sup> He, Hannah G. (2015). “Protecting Ancient Heritage in Armed Conflict: New Rules for Targeting Cultural Property During Conflict with ISIS”, *Maryland Journal of International Law*, Vol.30, s.176.

<sup>106</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 15.

Yasanın 17. maddesinde<sup>107</sup>; savaşın yalnızca silahlarla yapılmadığı, bu nedenle sadece silahlı unsurların değil silahsızlarında aç bırakılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu durumun gerekçesi de 21. maddede *“Bir ülkenin vatandaşı veya yerlisi de düşman sayılır ve savaşın zorluklarına katlanmaya mecburdur...”* şeklinde açıklanmıştır. Ancak takip eden 22. maddede sivillerle silahlı unsurlar arasında ayırım yapılması savaş şartlarının elverdiği ölçüde sivillerin kişilik hakları, mülkleri ve onurlarının korunması gerektiğine vurgu yapılmıştır.<sup>108</sup> Her ne kadar sivillerin ayrıştırılması hususunda sınırlayıcı hükümler getirilmiş olsa da; sivillerin maruz bırakılabileceği yaptırımların insaniliği konusunda günümüz konseptinden daha köşeli bir bakış açısının mevcut olduğu görülecektir.

Yasanın 60. maddesi<sup>109</sup> bir komutana çok büyük sıkıntıların mevcut olduğu durumlarda kendi selameti düşmanın esir alınmasını imkânsız hale getiriyorsa, ‘aman vermeme/merhamet göstermemek’ yetkisi tanımaktadır. Burada ‘merhamet göstermemek’ ile anlaşılan şey teslim olan bir düşmanın infaz edilebilmesidir. Bu durum da modern silahlı çatışmalar hukuku ile bağdaşır nitelikte değildir. Modern öğreti de teslim olmuş savaşçının hayatının sonlandırılması mümkün değildir.<sup>110</sup>

Yüz elli yıl önceki muharebe ortamının şartları nazara alınarak kaleme alınan bu metnin elbette ki modern askeri gereklilik algısı ile tamamen örtüşmesi beklenemez. Ancak Lieber’in askere vahşeti ve caniliği yasakladığı, savaşın olmanın tanıdığı ayrıcalıkların kısıtlı olduğu olgusunu kazandırdığı ortadadır. Lieber Yasası’nın 44. maddesi ile işgal edilen ülkede şahıslara karşı gerçekleştirilen her türlü kasıtlı şiddet, yetkili biri tarafından emredilmediği sürece kişisel mülklere hasar verilmesine yönelik eylemler, her türlü hırsızlık ve yağma, asli kuvvet tarafından bir yerin ele geçirilmesinden sonra bile yerel halka yönelmiş her türlü tecavüz, yaralama, sakatlanma fiilleri yasaklanmıştır. Bu ihlaller; ölüm cezası veya suçun ciddiyeti için yeterli görülebilecek diğer ağır cezalarla yaptırıma bağlanmıştır. Düzenlemeye göre; rütbe ayırımı yapılmaksızın her asker, bu türden suçların işlenmesi esnasında tespit edilmesi halinde bu davranıştan kaçınması için üstleri tarafından verilen emirlere itaat etmediği taktirde, bu üstler tarafından olay yerinde hukuka uygun olarak

<sup>107</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 17.

<sup>108</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 21,22.

<sup>109</sup> Lieber’s Code, General Orders No. 100, Art. 60.

<sup>110</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.44.

öldürülebilecektir. Lieber Yasası'nın bu maddesi ile vahşet ve suç fiilleri son derece net bir şekilde yasaklanmış ve sert yaptırımlara bağlanarak caydırıcılık arttırılmıştır.<sup>111</sup>

Lieber, modern savaş hukukunda bağlayıcı ve sınırlayıcı yazılı kuralların varlığını ve askeri gerekliliğin koşullarını açıklaması bakımından önemli bir kilometre taşıdır. Ancak gerçek anlamda muharebe sahasındaki etkinliği ve çözüm üretebilme kapasitesi tartışmalıdır. Lieber'in askeri gereklilik tezi ağır eleştirilere de maruz kalmıştır.

Ahlakbilimci ve filozof *James Childress*'in Lieber'in askeri gereklilik yaklaşımına getirdiği eleştiri şöyledir: Askeri gereklilik, sivillere veya askeri liderlere hukuku mevcut şartlara uyarlama imkânı tanımaktadır. Askeri gereklilik yaklaşımı; muhriplerin kazanma stratejilerini ve taktiklerini uygulamada *jus in bello*'nun ihlali ile sonuçlansa dahi serbest olmak zorunda oldukları algısı yaratmaktadır. Lieber'in açıkladığı savaş hukuku konseptinde; savaşın amacı ne olursa olsun ve savaş nasıl gerçekleştiriliyor olursa olsun, düşmana karşı bazı yükümlülükler devam ettiği inancı vardır. Askeri gereklilik bu inanç bakımından adaleti sağlamada yetersizdir. Ne yazık ki Lieber Yasası; bu karşıt eğilimleri yeterince kavrayamamakta ve uzlaştıramamaktadır.<sup>112</sup>

Eleştiriye açık yönlerine rağmen Lieber Yasası'nı dönemin şartları içerisinde ele almak isabetli olacaktır. Savaş hukukuna ilişkin kural ve kaidelerin belirsiz olduğu bir ortamda, silahlı çatışmalar hukukunun temelleri atılmış ve bu çalışma kendisinden sonra gelen pek çok sözleşme için dayanak teşkil etmiştir.

#### 1.4.2. Kriegraison Doktrini

Askeri gerekliliğin uluslararası hukukun koyduğu katı kurallardan uzaklaşmayı meşrulaştırabileceğini ifade eden bu görüşün kökleri; 19. yüzyıl Almanya'sında doğan *Kriegsraison Doktrini* ile “*savaştaki zorunluluk, savaş usulünü hükümsüz kılar*” (*Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*) tezi üzerine inşa edilmiştir.<sup>113</sup> Alman

---

<sup>111</sup> Lieber's Code, General Orders No. 100, Art. 44.

<sup>112</sup> Roberts, a.g.m., 2019, 174.

<sup>113</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s. 796.

yazınında *Kriegsmanier*<sup>114</sup> kavramı; savaşın hukuk ve teamüller çerçevesinde icrasını ifade etmektedir. Bunun karşıtı olarak *Kriegsraison*<sup>115</sup> ise; savaş hukuku kurallarına ve geleneklerine riayet edilmemesi anlamına gelmektedir. *Kriegsraison*, ‘*Kriegsrecht (olağanüstü hal)*’ kavramından daha mühim ve olağanüstü halin önüne geçen bir içeriğe sahiptir. Alman teorisyenlerce geliştirilmiş bir kavramdır. Bu görüş, 1871’den İkinci Dünya Savaşı’na kadar olan süreçte azınlık bir grup Alman politikacı ve subay tarafından benimsenmiştir.<sup>116</sup>

Birinci Dünya Savaşı öncesinde bazı Alman yazarlar; olağanüstü gerekliliğin savaş hukuku kurallarının bağlayıcı gücünü kaybettirebileceğini öne sürmüştür. Özellikle, ciddi bir şiddet fiilinden sakınmanın tek yolu hukuku ihlal etmekse ve hukuka riayet muharebenin esas hedeflerini tehlikeye sokacaksa, askeri gerekliliğin hukuk normları karşısında üstünlük kazanmasını meşru kabul etmişlerdir.<sup>117</sup>

#### 1.4.2.1. Krieграison Doktrininin Kapsamı ve Özellikleri

Krieграison doktrini; olağanüstü bir tehlikenin varlığı halinde, askeri gerekliliğin savaşın olağan hukuk kurallarını, geleneklerini ve yöntemlerini hükümsüz hale getireceğini ve işlevsiz kılacağını ifade eder. Öyle ki; bir kimse bu aşamadan sonra tehlikeyi karşılayabilmek için silahlı çatışmalar hukuku kurallarını bir kenara bırakabilir.<sup>118</sup> Askeri gereklilik muharebeyi sevk ve idare eden komutana gerektiğinde yenilgiden kurtulmak, olağanüstü bir tehlikeden kaçınmak ve muharebenin amacını gerçekleştirmek için savaş hukukunu görmezden gelme imkânı tanır. Krieграison savaşan taraflara ve hatta bireysel anlamda savaşçılara bile; silahlı çatışmada galip gelmek için gerekli olduğuna inandıkları her şeyi ne olursa olsun yapma hakkı verir. Öyleyse Krieграison, askeri gerekliliğin sınırsız uygulanmasıdır.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> ‘*Krieg*’ sözcüğü savaş anlamına gelir. ‘*Manier*’ sözcüğü ise usul, üslup, tavır gibi anlamalara gelmektedir. *Kriegsmanier* kavramını ‘*savaştaki usul ve davranış biçimi*’ olarak açıklamak yerinde olacaktır.

<sup>115</sup> ‘*Kriegsraison*’ sözcüğü savaştaki zorunluluk ve gereklilik anlamında kullanılmaktadır.

<sup>116</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.266.

<sup>117</sup> Schmitt, *a.g.m.*, 2010, s.796-797.

<sup>118</sup> Doswald-Beck, Louise. (1997). “International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *International Review of the Red Cross* No:316, s.33.

<sup>119</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.266.

Bu fikre ait karşı çıkan görüşlerden biri *Michael Walzer*'dir. *Walzer*'e göre birbirine düşman orduların savaşı kazanmaya çalışma hakları vardır. Ancak onlara göre zorunlu olan veya zorunlu görünen her şeyi yapmaya hakları yoktur. Onlar devletlerin taraf oldukları andlaşmalardan kaynaklanan bir dizi sınırlamalara tabidirler. Ancak bunlardan bağımsız olarak ahlaki değerler kapsamında bir temellendirmeye de sahiptirler.<sup>120</sup> Ahlaki temellere yapılan vurgu son derece önemlidir. Ahlaki konseptin yokluğu halinde tüm hukuk kuralları, komutanın vicdanından başka herhangi bir yaptırımı olmayan, her türlü askeri eyleme elverişli bir yasaya dönüşürdü.<sup>121</sup>

Francis Lieber tarafından hazırlanan Lieber Yasası'nın 15. maddesinde de; uluslararası bir savaşta birbirlerine karşı silahlanan insanların, ahlaki varlıklar olmaktan, birbirlerine ve Tanrı'ya karşı sorumlu olmaktan vazgeçemeyecekleri ve güçlü maneviyata sahip varlıkları olmaları gerektiği vurgusu yapılmıştır.<sup>122</sup>

Kreigraison Doktrininin Alman menşeli olduğu ve bazı Alman yazarlarca benimsendiği yukarıda belirtilmiştir. Ancak Almanlar dışında başka milletlere mensup bazı askeri bürokratlarca da benimsendiği görülmektedir. Doktrinin savaşı kazanmak için gerekenlerin yapılması yönünde kısıtlama kabul etmeyen temellerine yakın destekleyici görüşler de mevcuttur. *George Patton*; savaşın yumuşakça yürütülen bir rekabet olmadığını söyleyerek savaşa yalnızca yasaların (kurallar) işe yaramadığı zamanlarda başvurulduğunu ifade etmiş, savaşın dayandığı normatif ve örf/adet kurallarını kökten reddetmiştir.<sup>123</sup> Birinci Dünya Savaşı dönemi İngiliz Amirali *John A. Jackie Fisher*, 1907 Lahey Sözleşmesine atıfta bulunarak; “*Savaşın insanileştirilmesi! Aynı zamanda cehennemin insanileştirilmesinden de bahsedebilirsiniz. (...) Savaşın uygarlaştırılması mümkünmüş gibi... Savaş çıktığında eğer komuta bende ise şu emri veririm. Savaşın özü şiddettir. Savaşta ılımlaşmak*

<sup>120</sup> Walzer, Michael. (2000). *Just and Unjust Wars*, New York, s.131.

<sup>121</sup> Green, Leslie C. (2000). *The Contemporary of Armed Conflict*, Second Edition, Manchester University Press, s.123.

<sup>122</sup> Francis Lieber; General Orders No. 100: The Lieber Code, Art15.

Erişim Linki: [[https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#art15](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art15)] (Erişim Tarihi: 07.01.2021)

<sup>123</sup> Patton , Maj. George S. Jr. (1930). “The Effect of Weapons on War”, *Cavalry Journal*, Online Ed. Erişim Linki:[<http://www.pattonhq.com/textfiles/effect.html>] (Erişim Tarihi: 13.01.2021)

*aptallıktır.*” ifadelerini kullanmıştır ki bu da harp teorisini nefret ve yersiz saldırganlığa dayandırdığının iddia edilebilmesine olanak sağlayacak niteliktedir.<sup>124</sup>

İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman liderler; ticari gemilerin batırılması, sivil nüfus ve savaş dışındaki unsurların alıkonulması gibi son derece şüpheli bir dizi uygulamayı haklı çıkarmak için *Kriegsraison*'a müracaat etmişlerdir. Fakat bu argüman tek başına yeterli olmamış, Nüremberg ve Tokyo mahkemelerinde *Kriegsraison Doktrini* dayandığı iddia edilen eylemler bakımından cezai kovuşturmalar yürütülmüştür.<sup>125</sup> *Kriegsraison* fikrini ihtiva eden bazı tarihsel olaylar ile bunlara ilişkin yapılan yargılamalardaki mütalaalar, askeri gerekliliğin unsurlarının tartışıldığı bölümde ayrıca incelenmiştir.

#### 1.4.2.1. *Kriegsraison Doktrininin Değerlendirilmesi*

Askeri gereklilik savaş hukukunun kurallarını geçersiz kılamaz. ‘Neye mal olursa olsun görevin yapılması’ anlayışı ile beslenen *Kriegsraison*, açık bir şekilde ‘*hukuksuz aşırılık*’ potansiyelini doğasında barındırmaktadır. Doktrin uygulamada; savaşın taraflarından birinin yürüttüğü harekâtın başarısı için uluslararası hukuku ihlal etmesi gerekiyorsa, ihlalin kabul edilebilir olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Olaya taraf muharip, gerekliliği takdir etmeye muktedir yegâne kişi olacağından; kendi askeri çıkarları doğrultusunda hukuk kurallarını ihlal etme, inkâr etme ya da görmezden gelme keyfiyetine sahip olacaktır.<sup>126</sup>

*Kriegsraison Doktrini* uluslararası camiada ilgi görmemiştir. Fakat hukuk düzeni karşısında yarattığı risk de aşikârdır.<sup>127</sup> Bir askeri harekâtta; planlanan hedeflerin gerçekleştirilmesi ve düşmanın yaratabileceği potansiyel ağır şiddet risklerinin gerçekleşmeden önlenmesi gerekçeleri, askeri gereklilik ilkesini istismar edilmeye son derece uygun bir konuma getirmektedir.

Lieber Yasası; savaşta uygulanacak tedbirlerin modern hukuk normlarına ve savaş teamüllerine uygun olması zorunluluğunu vurgulamak suretiyle *Kriegsraison*'ı

<sup>124</sup> Bacon R.H. (1929). *The Life of Lord Fisher of Kilverstone, Admiral of the Fleet*, London, s.120-121.’den aktaran Solis, a.g.e., 2010, s.267.

<sup>125</sup> Horton, Scott. (2006). “*Kriegsraison or Military Necessity? The Bush Administration’s Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War*”, *Fordham International Law Journal*, 30 (3), s.588.

<sup>126</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.267.

<sup>127</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.797.

açıkça reddetmektedir.<sup>128</sup> *Kriegsraison* yaklaşımının; eylemin insanlık için sonuçlarını bir kenara bırakarak düşman askeri kapasitesinin yok edilmesi uğruna her türlü tedbiri maruz gören yanı benimsenmemiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonunda kurulan savaş suçlarını yargılayan mahkemeler, tartışmayı sona erdirerek doktrinin uluslararası hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ortaya koymuştur. Nuremberg yargılamaları kapsamında ikinci kademedeki Nazilerin yargılandığı *Takip Eden / Müteakip Nuremberg Davaları* olarak anılan on davadan birisi olan *Rehine Davasında*<sup>129</sup> (*The Hostage Case/Trial*) Alman generaller; askeri gerekliliğin işgal müddetince ‘misilleme niteliğindeki sivilleri öldürme eylemini’ meşru kılacağını öne sürmüşlerdir. İddiaları reddeden mahkeme karar gerekçesinde; “Askeri gereklilik savaşa, yasalara tabi kalarak, düşmanı mümkün olan en az para, zaman ve can kaybı ile teslim olmaya zorlayacak derecede her seviyede ve türde güç kullanma hakkı verir. Yine askeri gereklilik; silahlı düşmanın veya silahlı çatışma esnasında kasıt olmaksızın kaçınılmaz şekilde etkilenen diğer şahısların öldürülmesini/ölümünü meşru kabul eder. Ancak bu prensip; masum yerel halkın intikam veya öldürme arzusunun tatmini saiki ile öldürülmesine cevaz vermez. Mülklerin yıkımı ve tahribatının hukuka uygun olması, savaş gereksinimlerinin zorunlu kılınmasına bağlıdır.(...) Askeri gereklilik; pozitif hukukun ihlali anlamına gelmez. Uluslararası hukuk yasaklayıcı huktur.”<sup>130</sup> şeklindeki mütalaası ile askeri gerekliliğin rasyonel anlamda taktik zorunluluk dışında geniş yorumlanmasını ve keyfiyete cevaz verecek nitelikte serbestçe takdir edilmesini hukuka aykırı kabul etmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlarına ilişkin yargılamaları yapan mahkemeler; *Kriegsraison*'a karşı çok şüpheli bir tutum benimsemiş ve geleneksel Alman yaklaşımının temelde silahlı çatışmalar hukuku ile zıtlığını vurgulamıştır.<sup>131</sup>

Askeri gereklilik ilkesine getirilen eleştirilerin hedefinde de; *Kriegsraison* ile temellenen ve hukuka aykırı eylemleri meşrulaştırma gayesi olan yaklaşımlar vardır. Tarihte askeri gereklilik kisvesi altında vahşet içeren eylemlerin hukuka uygun

<sup>128</sup> McClintock, Andrew D. (1993). “The Law of War: Coalition Attacks on Iraqi Chemical and Biological Weapon Storage and Production Facilities”, *Emory International Law Review*, 7(2), s.644.

<sup>129</sup> The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, s. 34-76.

<sup>130</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.797.

<sup>131</sup> Horton, a.g.m., 2006, s. 588.

sayıldığı örnekler mevcuttur. Günümüzde askeri gerekliliği, her türlü şiddet eyleminin önünü açabilecek bir dayanak olarak görmek ya da hukuka aykırı kuvvet kullanımına sebep üretme mekanizması haline getirmek çağ dışı kalmış bir yaklaşımdır.<sup>132</sup> Fakat gelecekte devletlerin üstün çıkarları ve güvenlik kaygısı gerekçeleriyle istismar edilme olasılığı vardır.

#### **1.4.3. 1899 Tarihli ve II Sayılı Lahey Sözleşmesi**

Silahlı çatışmalar hukuku ile ilgili kaynaklarda 1899 ve 1907 tarihli iki farklı Lahey Sözleşmesi sıkça referans alınan uluslararası hukuk normlarıdır. “Her iki Lahey Sözleşmesi’nin amacı da öncelikle mevcut teamülleri kodifiye etmek, sonra da uzunca bir süre düşünce aşamasında kalan savaş kurallarını devlet ordularının bilgisine sunmaktır. Oldukça ayrıntılı düzenlemeler getiren bu sözleşmeler ile savaşın yürütülmesi konusundaki hukuksal boşluklar kapatılmaya çalışılmıştır. Bu sözleşmelerde kara savaşının nasıl yürütüleceği, düşman ticaret gemilerinin tabi olacağı muamele, ticaret gemilerinin savaş gemilerine dönüştürülmesi, deniz yüzeyinin altında kendiliğinden faaliyette bulunan temas mayınlarının yerleştirilmesi, savaş zamanlarında deniz silahlı kuvvetlerinin bombardımanı, deniz savaşına ilişkin Cenevre Sözleşmesi kurallarının uygulanması ve deniz savaşında ganimet hakkının kullanılmasına getirilen kısıtlamalar yer almış bulunmaktadır.”<sup>133</sup>

Savaş hukuku kuralları asırlar öncesine uzanmaktadır fakat bu kuralların modern dönemde 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile oluştuğu kabul edilmektedir. Geleneksel hükümler vasıtasıyla yönetilen devletlerarası silahlı çatışmalardaki askeri eylem biçimleri, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır. Kurallar, askeri gereklilik istisnasını kapsamaktadır.<sup>134</sup>

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri; Hollanda’nın Lahey şehrinde gerçekleşen bir dizi uluslararası toplantılar ve bildiriler serisinin adıdır. İlki 1899 yılında, ikincisi de 1907 yılında gerçekleşmiştir. Bu toplantı dizileri Birinci ve İkinci Lahey Barış Konferansları olarak da literatürde yer almaktadır. Her ne kadar Türkçe çevirilerinde

---

<sup>132</sup> Güneysu, a.g.m., 2012, s.101.

<sup>133</sup> Aslan, a.g.m., 2008, s.240.

<sup>134</sup> Posner, Eric A. (2006). “International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Obseervations”, *University of Chicago, Public Law Working Paper*, No.141, s.3.

Lahey Sözleşmeleri olarak kullanımları yaygın olsa da, bir ana sözleşme ve bir dizi alt sözleşmelerden meydana gelmektedirler.

Bu bölümde; 1899 tarihli Lahey Sözleşmelerinin bir alt sözleşmesi niteliğindeki

‘29 Temmuz 1899 tarihli ve II sayılı Kara Savaşının Kurallarını Düzenleyen Lahey Sözleşmesi’<sup>135</sup> ele alınacaktır.<sup>136</sup> 1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi’nin genel olarak önemi, yapılandırılmış kurallar aracılığıyla askeri gerekliliğin sınır tanımayan savaş yöntemlerini sınırlandırmasıdır. Bununla birlikte; sözleşme ile savaşta uygulanacak yöntemlerin sınırlandırılması amaçlanırken ‘askeri gereklilik’ yeni yapılandırılmış kurallar sisteminde meşrulaştırıcı bir vasıta olarak yeniden tanımlanmıştır.<sup>137</sup>

1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi’nin<sup>138</sup> askeri gereklilik bağlamında kısıtlayıcı ve meşrulaştırıcı iki belirgin normu bu kapsamda incelenecek ve sözleşmenin askeri gerekliliğe yaklaşımı değerlendirilecektir.

1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi’nin 22. maddesi genel nitelikli sınırlayıcı normdur ve silah çatışmalar hukuku sisteminde ‘savaşın sınırlandırılması’ yönünde atılan ilk ciddi adımlardandır. Sözleşmenin 22. maddesine göre; *savaşın tarafların düşmana zarar verme yollarını seçme hakkı sınırsız değildir*. Sözleşmenin takip eden 23. maddesi ise özel nitelikli sınırlayıcı hükümleri içermektedir. Buna göre; zehir ve kimyasal silahların<sup>139</sup> kullanılması; düşman ordusuna mensup kişilerin zalimce yaralanması ve öldürülmesi; silah bırakan, savunma aracı kalmayan veya teslim olan düşmanın öldürülmesi veya yaralanması; düşmana aman verilmeyeceğinin ilanı, lüzumsuz yaralanmaya neden olacak nitelikte silah,

<sup>135</sup> 9 Temmuz 1899 tarihli Lahey Sözleşmeleri; II Nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme ve eki, III Nolu Deniz Savaşı Kurallarını Düzenleyen Cenevre Sözleşmesinin Uyarlanmasına Dair Sözleşme, IV Nolu Balonlardan Mermi ve Patlayıcıların Fırlatılmasının Beş Yıl Süreyle Yasaklanmasına, Boğucu Gazların ve Vücutta Genişleyen Mermilerin Kullanılmamasına Dair Sözleşmeler’den oluşmaktadır. *Kaynak*: Aslan, a.g.m., 2008, s.238-239.

<sup>136</sup> 29 Temmuz 1899 tarihli ve II sayılı Kara Savaşının Kurallarını Düzenleyen Lahey Sözleşmesi için bundan sonra yalnızca ‘1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi’ ifadesi kullanılacaktır.

<sup>137</sup> Forrest, Craig. J.S. (2007). “The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts”, *California Western International Law Journal*, 37 (2), s.190.

<sup>138</sup> Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, July 29, 1899, 32 Stat. 1803. Erişim Linki:[<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0247.pdf>] (Erişim Tarihi:02.02.2021)

<sup>139</sup> Orijinal metinde *zehirli silahlar (poisoned weapons)* terimi kullanılmakla beraber günümüz koşullarında *kimyasal silahlara* tekabül ettiğinden bu terim tercih edilmiştir.

mühimmat veya malzeme kullanılması; düşman ülke bayraklarının, ateşkes bayrağının, askeri üniformaların ve ayırıcı işaretlerin uygunsuz kullanımı, savaşın gerekliliklerinin mecburi kıldığı haller dışında düşmana ait malların tahrip edilmesi ve bunlara el konulması yasaklanmıştır.

Sayma usulü ile tespit edilen bu özel sınırlayıcı normlardan sonuncusu 23/g fıkrası olup askeri gereklilik argümanını içermektedir. Buna göre düşmana ait malvarlığına el konulması ve bu malvarlığının hasara uğratılması bakımından askeri gereklilik istisnası kabul edilmektedir.

Bazı yazarlar; konferansta kurallar kaleme alınırken, sözleşmenin askeri perspektiften uygulanabilir kılınması için askeri gereklilik ilkesinin fazlaca gözetildiği kanısındadır. Bu yaklaşıma göre; bir kural tasarlanırken askeri gereklilik istisnası ile karakterize edilmediyse, askeri endişelerin nazara alınmadığı kanısı oluşmaktadır. Sözleşmenin ön sözünde; sözleşmeci tarafların askeri gerekliliğin izin verdiği ölçüde savaşın kötülüklerini azaltma arzusunda olduğu ve bu kuralların tarafların birbirleriyle ve sivillerle ilişkilerini düzenleyen davranış kuralları olarak hizmet edeceklerine dair inanç ifade edilmiştir.<sup>140</sup>

#### **1.4.4. 1907 Tarihli ve IV Sayılı Lahey Sözleşmesi**<sup>141</sup>

Kara savaşının kurallarını düzenleyen 29 Temmuz 1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesini takip eden kısa bir sürenin ardından 1907 tarihli İkinci Lahey (La Haye) Barış Konferansı toplanmıştır. Bu toplantının neticesi olan 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri<sup>142</sup> dizisi ise on iki alt sözleşmeden<sup>143</sup> oluşmaktadır. Çalışmanın

---

<sup>140</sup> Forrest, a.g.m., 2007, s.189.

<sup>141</sup> 'La Haye Sözleşmesi' olarak da yazılır.

<sup>142</sup> 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri; III Nolu Çatışmaların Başlamasına Dair Sözleşme, IV Nolu Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi, V Nolu Kara Savaşında Tarafsızların Hak ve Yetkilerine Dair Sözleşme, VI Nolu Çatışmaların Başlangıcında Ticaret Gemilerine Uygulanacak İşlemlere Dair Sözleşme, VII Nolu Ticaret Gemilerinin Savaş Gemisi Durumuna Sokulmasına Dair Sözleşme, VIII Nolu Denizaltı Mayınlarının Dökülmesine Dair Sözleşme, IX Nolu Savaş Zamanında Denizden Bombalamaya Dair Sözleşme, X Nolu Deniz Savaşı Kuralları Sözleşmesi, XI Nolu Deniz Savaşında Müsadere Hakkının Sınırlandırılması Sözleşmesi, XII Nolu Uluslararası Zorlun Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme, XIII Nolu Deniz Savaşında Tarafsız Devletlerin Hak ve Görevlerine Dair Sözleşme, XIV Nolu Balonlardan Patlayıcı Madde Atılmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşmelerinden oluşmaktadır. *Kaynak:* Aslan, a.g.m., 2008, s.239-240.

<sup>143</sup> Sözleşmelerin bazı Türkçe çevirilerinde, ek sözleşmelerin 'ek yönetmelik' ya da 'ek düzenleme' adı altında ifade edildiğine rastlanmıştır. Bu çalışmada; alt sözleşmeler için, asıl sözleşmeden ayrı

bu bölümünde; 18 Ekim 1907 tarihinde Lahey’de imzalanmış, ‘IV sayılı Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme’<sup>144</sup> ile bu sözleşmeye ‘Ek Yönetmelik’ incelenecektir. Zira konu itibarıyla askeri gereklilik ilkesinin ayak izlerine bu metinde de aynı kapsam ve içerikte rastlanmaktadır. Yani bir önceki sözleşmenin 22 ve 23/g maddesi hiçbir değişiklik yapılmaksızın yeni sözleşmeye ithal edilmiştir.<sup>145</sup> Yeni sözleşmede aynı hükümler aynı madde ve fıkra numaraları ile yer almaktadır.

1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi’nin<sup>146</sup> 22. maddesi aynı kapsamda “*Muharip Devletler düşmana zarar verme vasıtalarının seçiminde hudutsuz bir hakka sahip değildirler.*” düzenlemesi ile şiddet kullanımının genel bir hüküm çerçevesinde sınırlara tabi tutulduğu görülmektedir.

Yine 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi’nin 23. maddesinde bir önceki sözleşmedeki yasaklar sayma yolu tekrar edilmektedir.<sup>147</sup> Her iki Lahey Sözleşmesi bakımından da ortak olan askeri gereklilik istisnasını ifade eden norm 23/g maddesidir. Bu hükmeye göre; “*savaşın gerektirdiği tahrip ve müsadere halleri müstesna, düşman mallarını tahrip ve müsadere etmek yasaklanmıştır.*” 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri’nin her ikisinde de askeri gereklilik kavramının zikredildiği 23/g fıkrası, silahlı çatışmalar hukuku kaynaklarında sıklıkla rastlanan yaygın bir normdur.<sup>148</sup> Savaşın gerektirdiği tahrip ve el koyma hallerinin istisna tutulduğu bu norma; bu hukuk dalının ilerleyen sürecinde yargılama ve kodifikasyon faaliyetlerinde ekseriyetle müracaat edilmiştir.

---

olarak bahsedilirken ‘sözleşme’ terimi kullanılacaktır. Asıl sözleşme ile birlikte anıldığı durumlarda karışıklığa mahal vermemek için ‘yönetmelik’ terimi tercih edilmiştir.

<sup>144</sup> Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, 36, Stat. 2277, Treaty Series 539. Erişim Linki:[ <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0631.pdf>] (Erişim Tarihi.:02.01.2021)

<sup>145</sup> Bkz. 1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi ve 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi erişim linkleri ve Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.108.

<sup>146</sup> 18 Ekim 1907 tarihinde Lahey’de imzalanmış, IV sayılı, ‘Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme’ ile bu sözleşmeye ‘Ek Yönetmelik’ için bundan sonra yalnızca ‘1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi’ ifadesi kullanılacaktır.

<sup>147</sup> 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesinin 23. maddesine, 1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi’nden farklı olarak (h) fıkrası eklenmiştir. Bu fıkra; hasım devlet vatandaşlarının dava ve haklarının bir zaman için yasak edildiğini, zaman aşımına uğradığını ve mahkeme tarafından bakılamayacağını beyan etme yasağına ilişkindir.

<sup>148</sup> Dinstein, Yoram. (2004). *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, s.18.

Diğer bir örnek de 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi'nin 26. maddesinde mevcuttur.<sup>149</sup> Bu madde ile hücum eden askeri birliklerin komutanına, bombardımanı yapmadan önce, *çok şiddetli taarruz hali müstesna*, yetkilileri bundan haberdar etmek için mümkün olan her şeyi yapma mecburiyeti verilmiştir. Düzenlemedeki amaç; bombardımandan önce hedef bölgesindeki sivillerin güvenliğini sağlamaktır. Ancak bu yükümlülük, çok şiddetli taarruz hallerinde ortaya çıkan askeri gereklilikler kapsamında istisnai bir rejime tabi tutulmuştur.

Sözleşmenin 4. maddesi ile getirilen istisna da dikkate değerdir. Düzenlemeye göre; harp esirlerinin şahsi eşyalarının mülkiyetine bırakılması esastır. Ancak; *silahlar, atlar ve askeri evrak müstesna* tutulmaktadır. Görüleceği üzere düzenleme ile askeri gereklilikle kapsamında mülkiyet hakkının ihlal edilmesi hukuka uygun hale getirilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi; silah ve atların askeri ikmal sistemine katkısı yahut askeri evrakta mevcut bilgilerin harekâtın seyrine olası tesirinin askeri bir gereklilik olarak kabul edilmesidir.

Örnekleri çeşitlendirmek mümkündür. Sözleşmenin kurgusunda; savaş eylemlerinin sınırlandırılması ancak askeri gereklilik başkaca bir seçenek bırakmıyor ise bu halde alınacak tedbirlerin hukuka uygun kabul edilmesi eğilimi mevcuttur.

1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi; Lieber ile başlayan silahlı çatışmaların örf ve adet hukuku kurallarının kodifikasyonu sürecinin devamı niteliğindedir. Uzun yıllar denenmiş ve olgunlaşmış savaş kuralları pratikleri, artık uluslararası andlaşmalar çerçevesinde somutlaşıp yazılı hale gelmiş ve pozitif hukuk içerisindeki yerini almaya başlamıştır.<sup>150</sup>

Silahlı çatışmaları düzenlemeyi amaçlayan en önemli sözleşmeler arasında sayılabilecek olan 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesi "*Madde 1'de göz önünde tutulmuş Yönetmelikte ve işbu Sözleşmede muhtevi hükümler, ancak Akit Devletler arasında ve sadece, eğer muhاریplerin hepsi Sözleşmede taraf iseler, uygulanacaklardır.*" hükmü ile genel iştirak şartını ihtiva etmektedir. Öte yandan; sözleşme ile belirlenen kuralların ihlali halinde de savaş suçlarının takibini sağlayacak bir ceza müeyyidesi kabul edilmiş değildir. Bu nedenle

<sup>149</sup> Aynı düzenleme 1899 Lahey Sözleşmesi'nde de yer almaktadır. Bu ve bunun gibi pek çok düzenleme 1899 Sözleşmesi ile aynı içeriğe sahiptir. Bu iki sözleşmenin belli başlı bazı değişiklikler dışında aynı içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

<sup>150</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.54.

sözleşmenin pratikteki işlevselliği ve başarısı tartışmaya açıktır. Silahlı çatışmalar hukukunun pozitif kurallarının evrenselleşmesi bakımından da sınırlı bir nitelik arz etmektedir.

Ancak; burada sözleşmeye önem atfedilmesinin esas gerekçesi, savaşın kurallarının kodifikasyonuna yaptığı katkı ve askeri gereklilik ilkesini pozitif hukuk düzenine dâhil etmiş olmasıdır. Devamındaki uluslararası hukuk düzenlemelerine ışık tutmuş ve çatışma hukuku kodifikasyonu geleneğinde esaslı bir yer işgal etmiştir.

#### 1.4.5. 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri

1949 Sözleşmeleri, 12 Ağustos 1949 tarihinde imzalanmış, 21 Ekim 1950 tarihinde yürürlük kazanmıştır. 1949 Sözleşmeleri; Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi olmak üzere dört sözleşme ve bunların ek protokollerinden oluşmaktadır.<sup>151</sup> Bu sözleşmeler silahlı çatışmalar hukukunun temel belgelerindendir.

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin içerdiği düzenlemelerin; savaşta hastalar, yaralılar, esirler, kazazedeler ve sivillerin korunması ve bunlara yapılacak muamelelere özgülendiğini rahatlıkla görebiliriz. Kodifikasyonun, savaşın insancılaştırılmasına yönelmesi; iki dünya savaşını takip eden dönemde ortaya çıkan acı manzara ve insan haklarının korunması konseptinin öneminin anlaşılması ile paralellik arz etmektedir.

1949 Cenevre Sözleşmeleri kodifiye edilirken 'askeri gereklilik' kavramı titizlikle ele alınmış ve sözleşmenin pek çok maddesine yansıtılmıştır. Askeri

---

<sup>151</sup> İşbu sözleşmeler Türkiye tarafından 10 Şubat 1954 tarihinde onaylanmıştır. 1977 Protokolleri, 8 Haziran 1977 tarihinde imzalanıp 7 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. III. Protokol ise 8 Aralık 2005 tarihinde imzalanmış ve 14 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu protokolü, kendisinin I. ve II. protokollere taraf olmadığını hatırlatan bir bildirim eşliğinde 7 Aralık 2006 tarihinde imzalamıştır. *Kaynak:* Yamaner M., Öktem E., Kurtdarcan B., Uzun M.; 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları:42, s.3.

gereklilik olgusunun izlerine dört sözleşme ve ek protokollerin pek çok yerinde rastlamak mümkündür. Bu sözleşmeler serisi, askeri gerekliliğin en çok işlendiği ve en fazla detaylandırıldığı modern bir dokümandır. ‘Askeri zaruret’ istisnasına çok farklı konularda yer verilmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri özelinde askeri gereklilik istisnasına dair her madde inceleme yapılması, bu çalışmanın kapsamı bakımından mümkün değildir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin sırf askeri gereklilik istisnalarının tetkiki, tek başına ayrı bir çalışmaya konu olacak niteliktedir.

Araştırmanın sınırları itibarıyla bu bölümdeki incelemenin amacı; Cenevre hukukunun askeri gereklilik ilkesine kaynak teşkil ettiğinin örneklendirme usulü ile tespiti ve kaynak niteliğinin ortaya konulmasıdır. Ayrıca Cenevre hukuk sisteminin askeri gereklilik ilkesine yaklaşımının analizi ile bu ilkenin olgunlaşmasına katkısı belirginleştirilecektir.

İçeriği itibarıyla bu çalışmada; ‘Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ ve ‘I Numaralı Ek Protokol’ ele alınacak, bu düzenlemelerin barındırdığı askeri gereklilik ilkesine ilişkin bazı örnekler tetkik edilecektir.

Askeri gereklilik ilkesi 1949 Cenevre Sözleşmelerinde de sınırlayıcı hükümlerin istisnası niteliğinde kodifiye edilmiştir. Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nde; askeri durumun gerektirdiği zorunlulukların bazı hukuka aykırı askeri eylemleri meşru hale getirebileceği yönündeki ön kabul tespit edilebilmektedir.

Örneğin; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin<sup>152</sup> 53. maddesi “*Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların imhası, askerî harekât bu imhayı kat’i olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.*” hükmünü içermektedir. Görüleceği üzere askeri harekâtın kesin olarak zorunlu kıldığı hallerde istisnai olarak devlete ve özel şahıslara ait menkul ve gayrimenkullerin imhasına izin verilmektedir.

Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin 143. maddesi kapsamında hâmi devletlerin temsilci veya delegelerinin himaye gören

<sup>152</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.121. veya [www.madde14.org]

şahısların bulunduğu yerlere olan ziyaretleri düzenlenmektedir. Bunların, himaye gören şahıslarca kullanılan bütün mahallere girebilmeleri, onlarla şahitsiz ve gerekiyorsa bir tercüman delâletiyle görüşebilmelerine imkân sağlanmaktadır. Ancak askeri gereklilikler kapsamında bu görüşmelerin istisnai ve geçici nitelikte kısıtlanmasına izin verilmektedir.

Aynı şekilde I Numaralı Ek Protokolün<sup>153</sup> 71. maddesi; yardım personelinin yardım malzemelerini taşınması ve dağıtılmasına izin verilmesini, bu personelin saygı görmesi ve korunmasını, yardım personeline görevlerini yürütmesi sırasında yardımda bulunulmasını düzenlemektedir. Bu maddenin 3. fıkrası ise askeri gereklilik istisnasını içermektedir. Düzenlemeye göre; sadece zorunlu askeri gerekliliklerde, yardım personelinin faaliyetleri sınırlandırılabilir ya da hareketleri geçici olarak kısıtlanabilir.<sup>154</sup> Bu madde askeri gereklilik hallerinde yardım faaliyetlerinin dahi kısıtlanabileceğini düzenlenmiştir. Askeri gereklilikler; enterne edilen düşman ülke halkına veya savaş esirlerine yardım amacıyla yapılan yiyecek, tıbbi malzeme ve kıyafet yardımı içeren sevkiyatların kısıtlanmasına imkân sağlamaktadır.<sup>155</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri ile; Lieber Yasası ve devamında akdedilen Lahey Sözleşmeleri'nde olduğu gibi askeri gereklilik halleri istisna olarak mahfuz tutulmaktadır. Askeri taktik durumun ve savaşın seyrinin savaşan tarafları neye zorlayacağının öngörülmesi çok zordur. Devletlerin ve bu alanda çalışan hukukçuların; bu türden askeri gereklilikleri kabul ettiğini ve bu gereklilikler nedeni ile alınan bazı tedbirlerin savaş sonunda devletleri ve icracı askerleri birtakım suçlamalarla karşı karşıya bırakmasını engellemek adına ön aldıklarını söylemek hatalı bir yaklaşım olmayacaktır.

1949 Cenevre Sözleşmeleri; insan yaşamının kutsallığı ve savaşta haysiyetle ilgili uluslararası bir fikir birliğinin ürünü ve silahlı çatışmalar hukukunun en modern kaynaklarından biridir. Sözleşmenin tarafları; barışın hüküm sürdüğü bir uluslararası sistemin devamı için samimi isteklerini ortaya koymuşlar, hukukun üstünlüğünün

---

<sup>153</sup> 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I. Ek Protokol) bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008.

<sup>154</sup> Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.231.

<sup>155</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.268.

önemini kabul etmişlerdir.<sup>156</sup> Ancak insanlığın korunması maksadıyla uluslararası hukuk düzeninin kurulması ve benimsenmesi için girişilen bu gayret içinde dahi devletler; askeri gereklilikler çerçevesinde ortaya çıkabilecek ihtiyaçları istisna tutmuş ve askeri zaruret fikrinin yok sayılması şeklinde bir hayalciliğe kapılmamışlardır. Bu bir tercih değil, bir zorunluluktur. Uluslararası hukukun egemen aktörlerinin ulusal çıkarları uzun vadede gözettileri hususu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak devletlerin uluslararası sözleşmelere askeri gereklilik istisnasını ilave etmelerinin bir başka nedeni de; devlet tüzel kişiliği anlamında insani değerleri görmezden gelmeleri değil, uygulanabilir bir sözleşme akdetme ve buna sadık kalma iradeleridir.

#### **1.4.6. 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi**

Askeri gereklilik ilkesinin son yüzyıldaki belirgin ayak izlerinden biri de 14 Mayıs 1954’de Lahey’de imzalanan Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Sözleşme’dir.<sup>157</sup>

1907 tarihli IV sayılı Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Lahey Sözleşmesi ile karşılaştırıldığında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ndeki askeri gereklilik istisnası uzunca bir sürede kodifiye edilmiş ve silahlı çatışmalar hukukunun en önemli kilometre taşı olarak kabul edilmişse de askeri gereklilik meselesi 1954 Konferansı’ndaki tekrar değerlendirmeye alınmıştır.<sup>158</sup> Kültürel varlıkların korunması bakımından askeri gereklilik istisnasının 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne<sup>159</sup> dâhil edilmesi hususu ciddi görüş ayrılıklarına ve tereddütlere neden olmuştur.

---

<sup>156</sup> Barber, Rebecca. (2019). “70 Years of Geneva Conventions and Why We Need Them More Than Ever”, *The Lowly Institute*, Onl.Ed.

<sup>157</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. [<https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263666/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html>] (Erişim Tarihi: 11.01.2021). Sözleşmenin orijinal metni için bkz. Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, Erişim Linki:[ <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187580>] (Erişim Tarihi: 12.01.2021)

<sup>158</sup> Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.117.

<sup>159</sup> 14 Mayıs 1954’de Lahey’de imzalanan Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Sözleşme’yi ifade eder.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin askeri gereklilik istisnası son derece muğlak ve sorunludur. Bu nedenle sözleşmenin doğurduğu yükümlülüklerin ve getirdiği istisnaların dikkatli tetkik edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin 2, 3 ve 4. maddeleri analiz edilerek kısıtlama ve askeri gereklilik istisnası açıkça ortaya çıkarılacaktır.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile kültürel varlıkları koruma ve varlıklara saygı gösterme yükümlülüğü ortaya konulmuştur. Sözleşmenin 3. maddesi ise varlıkların korunması için en iyi maddi koşulların sağlanması amacıyla barış zamanında alınacak tüm hazırlık tedbirlerini alma yükümlülüğünü açıklamaktadır. Yani sözleşmenin 2 ve 3. maddeleri ile taraflara iki yükümlülük tevdi edilmiştir. Bunlar; *kültürel varlıklara saygı gösterme ve kültürel varlıkları korumak için barış zamanından itibaren tedbir alma* yükümlülükleridir. Bu iki madde ile ilgili beis yoktur. Sözleşmenin amacına uygun iki temel sorumluluğu açıklamaktadır.<sup>160</sup>

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4/1 maddesi ile kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanılması ve askeri harekât kapsamında bu varlıklara zarar verilmesi kural olarak yasaklanmıştır.<sup>161</sup> Bu düzenleme genel kısıtlayıcı nitelikteki düzenlemedir. Sözleşmenin 'kültür mallarına riayet' hususunu düzenleyen 4/1 maddesi kapsamında bu genel kısıtlayıcı hükümler; *'silahlı bir çatışma halinde bu eserleri tahribe veya bozulmaya maruz bırakabilecek maksatlar için kullanmaktan sakınmak'* ve *'bu mallara karşı her türlü düşmanca davranıştan kaçınmak'* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla taraf devletlerin kültürel varlıkları askeri amaçlarla kullanmama ve bunlara zarar vermeme yükümlülükleri vardır. Bu iki yükümlülük de son derece açıktır.

Aynı sözleşmenin 4/2 maddesinde ise askeri gereklilik istisnası mevcuttur. Buna göre; 4/1 maddesi ile *açıklanan taahhütler, ancak askeri bir zaruretin kaçınılmaz hükmü altında ihlal olunabilir*. Yani istisnayı düzenleyen ikinci fıkra; iki yükümlülüğe birden askeri gereklilik istisnası getirmiştir. O halde; askeri gereklilik mevcutsa hem kültürel varlıkları askeri amaçlarla kullanmama yükümlülüğü, hem de bunlara zarar vermeme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Görüleceği üzere sözleşme; *'askeri zaruretin kaçınılmaz halleri'* için yükümlülüklerin ihlaline cevaz

<sup>160</sup> Erdem, Merve. (2018). "Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), s.191-192.

<sup>161</sup> Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.119.

vermiştir. Dolayısı askeri zaruretin kaçınılmaz halleri hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerdir. Bu durumda ortaya iki farklı sonuç çıkmaktadır.

Birincisi; kültürel varlıkları askeri maksatlarla kullanma yasağının istisnasıdır. Kültürel varlıklar; silahlı çatışmalarda tahribe ve bozulmaya maruz kalacak şekilde askeri amaçlarla kullanılamaz. Ancak bu varlıklar; askeri zaruret mevzu bahis ise askeri amaçla kullanılabilir. Buradaki askeri amacın ne olabileceği ile ilgili bir kıstas yoktur. Bir askeri birliğin ne maksatla kültürel varlığı askeri amaçlı kullanabileceği öngörülmemiştir. Bu anlamda takdir hakkı devletlere bırakılmıştır. Dolayısı ile çok soğuk hava koşulları, gizlenme, ikmal gibi pek çok gerekçe askeri gereklilik olarak öne sürülebilir. Eğer bir kültürel varlık askeri amaçla kullanılmaya başlandı ise; artık dokunulmazlıktan yararlanamayacağı anlaşılmaktadır. Öyleyse; bir devlet askeri gereklilikler kapsamında kültürel bir varlığı askeri amaçla kullanmaya başlamış ise, artık düşman olan diğer devlet bakımından saldırı yasağı ortadan kalkmış olmaktadır. Zaten ikinci istisna da bunu açıklamaktadır.

İkincisi; taarruz yasağının istisnasıdır. Kültürel varlıklara taarruz ve diğer düşmanca hareketler yasaktır. Kültürel varlıklar askeri hedef olarak belirlenemezler. Ancak askeri gereklilik kaçınılmaz kılıyorsa; bu kural geçerli değildir. Başka bir ifadeyle sözleşme; kültürel varlıklara yönelik düşmanca eylemleri yasaklamakta ancak söz konusu yasaklamadan askeri gereklilik durumunda vazgeçilebileceğini öngörmektedir.<sup>162</sup> Yani eğer bir kültürel varlık düşman tarafından askeri bir amaçla kullanılıyor ve güvenlik tehlikesi oluşturuyorsa, artık bu kültürel varlığın askeri hedefe dönüştürülmesi mümkündür.

Bu açıklamalardan hareketle askeri gereklilik istisnası bakımından bazı sonuçlara varılabilmektedir. Kültürel varlığın askeri amaçlı kullanımı yasaktır. Savaşan taraflardan biri kendi askeri gereklilik mülahazası içerisinde veya hukuka aykırı olarak bu varlığı askeri amaçla kullanmaya başlayabilir. Bu aşamadan sonra; karşı taraf (diğer savaşan) için artık burası bir askeri tehdittir ve askeri gereklilik kapsamında hedef alınmasında uluslararası hukuka aykırılık bulunmayacaktır. Düşmanın kültürel bir varlığı askeri bir amaç için kullandığı ya da bu türden bir yerin

---

<sup>162</sup> Haque, Adil Ahmad. (2015). “Cultural Property Under the Law of Armed Conflict”, *Stockholm Center for the Ethics of War and Peace*, Onl.Ed.’den aktaran Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.119. Haque, a.g.m., 2015 için güncel (01.02.2021) erişim linki: [http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/]

yakınına ‘savaş silah veya aracı’ yerleştirdiği anda, sözleşmenin sağladığı güvence ortadan kalkacaktır. Bu durumda askeri bir maksatla kullanıma ilişkin alınan bir istihbarat, hatalı bir gözetleme değerlendirmesi ya da bir tahmin; kültürel varlıkları hedef haline getirmeye yeterli olacaktır. Devletler; meşru bir askeri, politik veya ekonomik hedef olabilecek her türlü kültürel varlığı savaş vasıtalarından uzak tutmalı ve askerden arındırmalıdır. Aksi halde sözleşmenin gerçekçi bir koruyuculuğu kalmamaktadır.<sup>163</sup>

Böylesi izafi bir hukuksal alt yapıda askeri gereklilik argümanının her zaman öne sürülmesi mümkün olup kısıtlayıcı düzenlemelerin kesinliğinde problem mevcuttur. Yaratılan bu kısır döngü; savaşın hiçbir şekilde konusu olmayan insanlığın kültürel mirasını riske sokmaktadır. Eğer sözleşmenin kurgulanmasında kültürel varlıkların hiçbir şekilde askeri amaçlar için kullanılmasına olanak tanınmamış olsaydı, askeri hedefe dönüşme riskinin objektif olarak azalabileceği değerlendirilmektedir.

1954 yılındaki konferansta, 4. madde ile getirilen istisnasının sözleşmenin amacı ile bağdaşmayacağı mütalaası ile uzun tartışmalar gerçekleşmiş, bazı devletler askeri gereklilik istisnasının eklenmesinin düzenlemeye askeri açıdan uygulanabilirlik yeteneği kazandırmanın yegâne yolu olduğu ve taraf devlet sayısını arttırmak adına özendirici olacağını öne sürmüşlerdir.<sup>164</sup>

Askeri gerekliliğin sözleşmede yer alması konusunda getirilen eleştirilerden biri; askeri karar alıcıların diğer bazı değerleri, kültürel değerlerin önüne koyarak askeri durumun süratli değişkenliğini istismar edebilecekleri ihtimali üzerinedir. Zira askeri gerekliliğin bu sözleşme bakımından belirsizliği ve son derece geniş yorumlanabilme kapasitesi ortadadır.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Boylan, Patrick J. (1993). *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, London (UNESCO), s.55-56.

<sup>164</sup> Toman, Jiri. (1996). *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Paris, s. 75 ’den aktaran Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.120.

<sup>165</sup> Merryman, John Henry. (1986). “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, *The American Journal of International Law*, 80(4), s.838.

*Birov'a* göre; askeri gereklilik doktrini hukuk düzeninin sağladığı kormayı kültürel varlıkların üzerinden alarak yerine askeri komutanın kararını koymakta ve böylece keyfi uygulamaların önünü açmaktadır.<sup>166</sup>

Bütün olası hatalı uygulama risklerine rağmen; uluslararası toplum askeri gereklilik kapsamında kültürel varlıkların tahribatını tamamen yasaklamamıştır. Zira kültürel miras da olsa; bu yapıların düşmanca amaçlarla kullanılması ve kültürel değerinden kaynaklanan manevi koruma kalkanının istismar edilmesi mümkündür. Yani askeri gerekliliğin kötüye kullanılma riski kadar, bu yapıların taktik maksatlarla da kötüye kullanılması olasılığı da mevcuttur.



---

<sup>166</sup> Birov, V. A. (1997). “Prize and Plunder: The Pillage of Works of Art and the International Law of War”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 30(2), s.243.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN UNSURLARI VE UYGULAMALARI

#### 2.1. Genel Olarak

Askeri bir tedbirin uygulanmasına ilişkin ihtiyacın nasıl tespit edileceği ve askeri gerekliliğin varlığının somut olarak nasıl ortaya konulacağı hususları son derece tartışmalıdır. Öğretide askeri gereklilik ilkesi ile ilgili birçok teorik inceleme ve temellendirme gayreti mevcut olmakla beraber; askeri gerekliliğin varlığının hangi kriterler nispetinde öne sürülebileceğine yönelik değerlendirmeler sınırlıdır.

Askeri gereklilik olgusu kötüye kullanılmaya yatkındır. Bundan daha vahim olan konu ise; iyi niyetin varlığı halinde dahi, kusurlu istihbarat ve yetersiz hukuk bilgisi nedeniyle askeri gereklilik kapsamında hatalı uygulamaların vuku bulmasıdır.<sup>167</sup>

Bu başlık altında incelenecek konu; bir askeri karar alıcının, çatışmanın yönetimi sürecinde silahlı çatışmalar hukuku kapsamında yapacağı askeri gereklilik değerlendirmesinin yasal sınırlarıdır. Silahlı çatışmalar hukuku çerçevesinde askeri gereklilik değerlendirmesine tesir edecek kısıtların neler olduğu; yine bu hukuk dalının kaynaklarının incelenmesi ile belirlenebilmektedir. Silahlı çatışmayı yürüten komutanın askeri gerekliliğe dair yapacağı değerlendirmede takdir hakkının sınırları esasen hukuk düzeni çizilmiştir. Ancak; bu sınırlamaların somutlaştırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>168</sup>

Bu bölümde; silahlı çatışmalar hukukunun askeri gereklilik analizine yönelik olarak, askeri gereklilik ilkesinin unsurlarının tespiti kapsamında bir çerçeve çizilerek, gerçekleşen uygulamalar ve yargı pratikleri tahlil edilecektir.

#### 2.2. Unsur Tespitinin Teorik ve Normatif Altyapısı

Modern silahlı çatışmalar hukuku konseptinde askeri gerekliliğin unsurlarının tespitine yönelik pek çok yaklaşım mevcuttur. Temelde bu yaklaşımlar; Lahey ve Cenevre tipi sözleşmeler ile ortaya çıkan pozitif hukuk normları ile örf ve adet hukuku kurallarından beslenmektedir.

<sup>167</sup> Johansen, Sigrid Redse. (2019). *The Military Commander's Necessity: The Law of Armed Conflict and Its Limits*, Cambridge University Press. s.3.

<sup>168</sup> Johansen, a.g.e., 2019, s.5-6.

Örneğin; 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek I ve II Protokollerinin ağır ihlalleri durumunda, sözleşmenin taraflarına ağır ihlallerden her hangi birini gerçekleştiren veya gerçekleştirilmesini emreden kişiler için etkin şekilde cezalandırılmalarını sağlayacak gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü verilmektedir. Bu tür ağır ihlaller arasında; askeri gereklilik bulunmaksızın sebep unsurundan yoksun şekilde hukuka aykırı olarak kamu ve şahıs malvarlığının tahribi, müsadere, koruma altındaki kişilerin hukuksuz şekilde sürgün edilmesi veya tahliyesi ile rehine alma yer almaktadır. Mal müsadere, taşınmaz tahribi, sürgün, rehin alma gibi eylemler bu kapsamda kısıtlayıcı unsurlar olarak sayılmış ve bunlara ilişkin istisnalar ancak askeri gereklilikle mümkün kılınmıştır.<sup>169</sup>

Aynı şekilde 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin kültür varlıklarına askeri müdahaleyi meşrulaştıran hükümleri; askeri gereklilikle ilgili unsurları belirlemiştir. Buna göre; bir kültür varlığının askeri amaçlarla kullanılması durumundan dokunulmazlıktan yararlanamayacağı ve bu varlıkların ancak zorunlu askeri gereklilikler nedeni ile askeri bir etkiye maruz bırakılabileceği belirtilmiştir. Sözleşme burada sıradan bir askeri gereklilikten daha vahim bir askeri gereklilik halinin aranmasını ve ancak kaçınılmaz bir ihtiyaç mevcutsa müdahalenin gerçekleştirilmesini birer unsur olarak tespit etmiştir.

Askeri gerekliliğin unsurlarının tespiti noktasında öğreti de çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin *Johansen* askeri gereklilik ilkesinin unsurlarını silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında sekiz bileşenli bir ayrıma tabi tutmuştur.<sup>170</sup>

*Leveringhaus*'a göre; kuvvet kullanımının kesin ve nihai bir hedefe yönlendirilmesi, askeri gerekliliğin bir unsurunu teşkil etmektedir.<sup>171</sup> Bu değerlendirmeden; askeri gayretlerin kesin sonuçlu muharebelere tahsis edilmesi ve harekâtın nihai hedefleri dışında ortaya çıkan tesadüf muharebelerinden imkânlar nispetinde kaçınılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Askeri gereklilik bu noktada çatışmanın kesin ve bir an önce sona ermesini sağlayacak hedeflere yönelmektedir.

<sup>169</sup> Shaw, Malcolm N. (2018). *Uluslararası Hukuk*, (Çeviri Ed.: Kaya, İ), Ankara, s.280.

<sup>170</sup> Bkz. Johansen, a.g.e., 2019, s.25-47.

<sup>171</sup> Leveringhaus, Alex. (2016). *Ethics and Autonomous Weapons*, London, s.17'den aktaran Albayrak G., Taşdemir F. (2018). *Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler*, Ankara, s.234  
(Bölüm Yazarı: Özer A.)

*Kastan* tarafından gereksiz kuvvet kullanımı yasağı askeri gerekliliğin bir unsuru olarak ele alınmış, vahşetin ve yanlış yahut tesadüfi öldürmenin askeri gereklilikle meşruluk kazanamayacağı öne sürülmüştür.<sup>172</sup> O halde silahlı çatışmalarda ölçülülük esastır. Düşmanı etkisiz hale getirmeye yeten kuvvet miktarından fazlası yahut gereksiz acı veren silah türlerinin kullanılması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu yaklaşım; istenmeyen hasar kavramına da şüpheli yaklaşmakta, kesin olarak tespit edilen hedefler dışındaki askeri girişimleri kısıtlamakta ve hata ile oluşan zayıatı askeri gereklilik müessesesine dâhil etmemektedir.

*Shaw'a göre*; askeri gereklilik ile insani mülahazalar arasındaki dengenin muhafazası bağlamında, çatışmalar sırasında taraflarının her zaman sivil ve askeri hedefleri birbirinden ayırmaları, gayretleri askeri hedeflere yönlendirmeleri gerekmektedir. Bu anlamda harekâtın sadece askeri hedeflere özgülenmesi bir unsur olarak tespit edilmiştir.<sup>173</sup>

Bu kapsamda farklı içerik ve tasnif yöntemlerini içeren pek çok görüşe rastlamak mümkündür. Öğretideki görüşlerin bütünsel bir yorumu ile çatışmayı en hızlı şekilde sonlandırma vasıtası olarak askeri gereklilik anlayışının iki çekirdek unsurundan bahsetmek mümkündür. Bunlar; kuvvet kullanımı yoluna gitmeyi zarurî kılacak bir askeri gereksinimin varlığı ve ortaya çıkan gereklilik nedeniyle uygulanacak hareket tarzının silahlı çatışmalar hukukuna aykırı olmamasıdır. Böylece kuvvet kullanmaya yönelik değerlendirme yapan bir askeri karar alıcı; öncelikle askeri bir gerekliliğin varlığını açıkça ortaya koymalı, akabinde ise uygulayacağı tedbirin hukuka aykırı olmadığından emin olmalıdır.<sup>174</sup>

### **2.3. Askeri Gereklilik İlkesinin Unsurları**

Askeri gereklilik ilkesinin unsurlarının sistematik olarak derlenmesi ve askeri gerekliliğin varlığının tespiti için gerekli kriterlerin somutlaştırılması bakımından *Downey* tarafından yapılan sınıflandırma son derece fonksiyoneldir. Bu kriter belirleme çalışması görece eski tarihli olmakla birlikte; modern silahlı çatışmalarda askeri gereklilik araştırmalarına halen nesnel bir dayanak sağlayacak niteliktedir.

<sup>172</sup> Kastan, Benjamin. (2013). "Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal 'Singularity'?", *Journal of Law, Technology and Policy*, 2013 (1), s.55.

<sup>173</sup> Shaw, *a.g.e.*, 2018, s.870.

<sup>174</sup> Johansen, *a.g.e.*, 2019, s.26.

*Downey'nin* askeri gereklilik konseptine dair çözümlemesi, oldukça yetkin ve özgün bir kaynak özelliği göstermekte olup; silahlı çatışmalar hukuku ve özelinde askeri gereklilik ilkesini konu edinen pek çok yakın güncel akademik çalışmaya çeşitli bölümleriyle referans teşkil etmektedir.<sup>175</sup> Bu vasıfları itibarıyla; askeri gereklilik ilkesinin unsurlarının analizinde *Downey'nin* sistematığı esas alınmış, bu tasnif çatısı altında öğretilerdeki farklı yaklaşımlar, uluslararası yargı kararları ve devlet teamülleri ışığında bir sentez yapılmıştır.

Askeri gereklilik ilkesine ilişkin yaklaşımların çeşitliliği ve konunun doğası gereği içinde barındırdığı izafiyet, tam olarak tanımının yapılmasına ve somut olarak hukuk dilinde açıklanmasına imkân vermemektedir. Ancak çeşitli ulusal ve uluslararası yargı organlarının kararları ve öğretilerdeki yaklaşımlar çerçevesinde

---

<sup>175</sup> *Bakınız:* Schmitt, Michael N. (2010). "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, 50 (4), s.795-840. Hayashi, N. (2010). "Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law", *Boston University International Law Journal*, 28(1), s.39-140. Johansen, Sigrid Redse. (2019). *The Military Commander's Necessity: The Law of Armed Conflict and Its Limits*, Cambridge University Press. Solis, Gary D. (2010). *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*, New York. Horton, S. (2006). "Kriegsraison or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War", *Fordham International Law Journal*, 30(3), s.576-598. Ragone, P. A. (1984). "The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age", *New York University Journal of International Law and Politics*, 16(4), s.701-714. Cohan, J. (2006). "Necessity, Political Violence and Terrorism", *Stetson Law Review*, 35(3), s.903-982. Forrest, C. J. (2007). "The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts", *California Western International Law Journal*, 37(2), s.177-220. Hayashi, N. (2013). "Contextualizing Military Necessity", *Emory International Law Review*, 27(1), s.189-284. Gehring, R. W. (1980). "Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I", *Military Law Review*, Vol.90, s.49-88. Low, L., & Hodgkinson, D. (1995). "Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War", *Virginia Journal of International Law*, 35(2), s.405-484. Gross, O. (1995). "The Grave Breachers System and the Armed Conflict in the Former Yugoslavia", *Michigan Journal of International Law*, 16(3), s.783-830. Ohlin, J. (2013). "The Duty to Capture", *Minnesota Law Review*, 97(4), s.1268-1342. Glazier, D. (2005). "Ignorance is Not Bliss: The Law of Belligerent Occupation and the U.S. Invasion of Iraq", *Rutgers Law Review*, 58(1), s.121-194. Güneysu, Gökhan. (2012). "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4. Almond, H. (1977). "Law and Armed Conflict: Some of the Shared Policies", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 9(2), s.175-204. Meyrowitz, E. L. (1987). "The Opinions of Legal Scholars on the Legal Status of Nuclear Weapons", *Stanford Journal of International Law*, 24(1), s. 111-178. Linnan, D. K. (1991). "Iran Air Flight 655 and Beyond: Free Passage, Mistaken Self-Defense and State Responsibility", *Yale Journal of International Law*, 16(2), s.245-390. Fenrick, W. W. (1981). "New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflict", *Canadian Yearbook of International Law*, 19, s. 229-256. Chang, K. S. (2011). "Enemy Status and Military Detention in the War Against Al-Qaeda", *Texas International Law Journal*, 47(1), s. 1-74. O'Brien, W. V. (1961). "Some Problems of the Law of War in Limited Nuclear Warfare", *Military Law Review*, 14, s.1-28. ve diğerleri.

Downey tarafından yapılan aşağıdaki tanım; doyurucu ve ilkesin unsurlarının tespitine elverişlidir:

*“Askeri gereklilik; bir komutan tarafından, kontrollü şiddet vasıtaları ile düşmanı en kısa sürede tamamen teslim olmaya zorlamak için zaruri nitelikte, savaş hukuku kural ve teamülleri ile yasaklanmamış, geciktirilmesine olanak bulunmayan tedbirlere başvurmaya ilişkin acil bir ihtiyaçtır.”*<sup>176</sup>

Bu tanımdan hareketle; askeri gereklilik ilkesinin dört temel unsuru bulunduğundan bahsetmek mümkündür. Bunlar maddeler halinde aşağıda sıralanmıştır:

- Geciktirilmesine olanak bulunmayan acil bir ihtiyacın (derhal uygulanması gereken bir tedbirin) varlığı,
- Düşmanı mümkün olan en kısa sürede teslim olmaya zorlayacak tedbirlerin, zaruri tedbirler olması,
- Şiddetin kontrollü olması (Ölçülü ve gereksiz ızdırabı önleyecek şekilde düzenlenmiş şiddet eylemlerinin uygulanması),
- Uygulanacak tedbirlerin silahlı çatışmalar hukuku kural ve teamülleri ile yasaklanmamış olması (Tedbirlerin hem pozitif hukuk, hem de örf ve adet hukuku kurallarına aykırılık teşkil etmemesi).

Bu unsurlar; savaş ortamında savaşıyan taraflarca uygulanacak askeri mahiyetteki her türlü eylem ve tedbirin askeri gereklilik olarak kabul edilmesi için ihtiyaç duyulan şartlardır. Bu unsurların sınırlarını aşan eylem ve tedbirlerin, askeri gereklilik arz ettiği gerekçesi ile meşru kabul edilmesi bu sistematik bakımından mümkün değildir. Silahlı çatışmalar hukuku öğretisi muhariplere; çatışmaları lehine sonuçlandırmak için bir takım yöntem ve vasıtaların seçimi ve kullanımı hususunda yetki ve güvence vermektedir. Bu şekilde silahlı çatışmalar hukuku; muhariplerin silahlı çatışmanın kaotik ortamının gerektirdiği tedbirleri alırken endişeden uzak olmalarını ve savaş sonunda bir takım suçlamalara maruz kalabilecekleri endişesi ile görevin gereklerini yerine getirmekten geri durmalarını engellemektedir. Aynı hukuk sistemi; aynı zamanda çatışmaya dâhil olan veya savaştan etkilenen insanların onurlarını korumak, harbin amacından ziyade acı ve ızdırıp çekmelerini önlemek,

---

<sup>176</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.254.

savaşın neden olduğu dehşeti azaltmak, çatışmanın savaşçı onuruna yakışır şekilde yürütülmesini sağlamak için de normatif bir düzen kurgulamaktadır. Bu bağlamda; askeri gerekliliğin sınırlarının titizlikle tespit edilmesi gerekmektedir. Gerçek anlamda askeri bir gereklilik mevcut ise şiddetin kullanımını meşru sayan bu sistem, askeri gereklilik kapsamına dâhil olmayan eylemleri hukuka aykırı kabul etmektedir.

Askeri gereklilik ilkesinin unsurları, takip eden başlıklar altında sırası ile detaylı olarak incelenecektir.<sup>177</sup>

### **2.3.1. Geciktirilmesine Olanak Bulunmayan Acil Bir İhtiyacın Varlığı**

Bu unsur; ani ve yakın bir tehlikenin varlığı ile birlikte geciktirilmesi durumunda telafisi mümkün olmayacak askeri müdahale ihtiyacının ortaya çıktığı koşulları ve farklı bir hareket tarzı için yeterli zamanın bulunmadığı, öngörülen eylemin gerçekleştirilmesinin dışında başka bir seçeneğin kalmadığı hallerde, askeri durumun komutanın derhal karar almasını gerektirmesini ifade eder.<sup>178</sup>

Askeri otorite tarafından doğrudan karar alınması, gecikmesi halinde büyük kayıpların ortaya çıkmasına neden olacak bir durum ve harekât ortamının imkân sağladığı doğru veri akışı nispetinde acil bir karar verilmesi gereken bir halin varlığı şartlarına işaret etmektedir.

Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda her somut olayın kendi içerisinde ayrıca değerlendirmesi daha sağlıklı olacaktır. Acil müdahale ihtiyacının vücut bulup bulmadığının tahlil edilmesi anlamında tüm durumları kapsayacak tahdidi kriterlerin tespiti gerçeklikten uzak olmakla birlikte; evrensel olarak kabul görmüş belirgin nesnel kriterlerin tespiti mümkündür. Ayrıca; özellikle çatışma esnasında bir acil müdahale durumunda hızlı reaksiyon verilmesini sağlamak, müdahale yöntemini ve kullanılacak askeri vasıtayı belirlemek önem arz etmektedir. Bu nedenle acil askeri müdahale gereksinimini tespit etmek üzere kullanılan çeşitli metotlar mevcuttur.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> ‘Askeri Gereklilik İlkesinin Unsurları’ kapsamında yapılan incelemede; konuya ilişkin öne çıkan örnek olaylar ve yargı kararları her başlık altında incelenmiş ve unsurların somutlaştırılması bağlamında detaylı olarak ele alınmıştır.

<sup>178</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.254.

<sup>179</sup> Aplaç, S. Hakan. (2018). “Karar Verme Yöntemleri ve Askerî Muharebe Fonksiyonları Alanlarına Yönelik Uygulamaları”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 7 (1), s.101.

Geciktirilmesi mümkün olmayan ihtiyaç kavramı; derhal tatbik edilmesi gereken aktif bir askeri eylemi ya da askeri gücün maksadına ve görev ihtiyacına hizmet etmek ve yararına olmak kaydıyla askeri eylemden kaçınmayı sağlayacak ve çatışmayı engelleyebilecek başkaca bir hareket biçimini ifade edebilir. Dolayısıyla bu kavramı yalnızca zorunluluk halinde şiddet kullanımına cevaz veren ve şiddeti meşru hale getiren negatif yönlü bir olgu olarak kabul etmek doğru değildir. Aynı zamanda; vazifenin ifası ve politik/askeri durumun zorunlu kıldığı amacı elde edebilecek şekilde, çatışmanın meşru eksenini dışına çıkmadan zorunlu olmadıkça şiddetten kaçınma ve şiddeti engelleyebilecek tedbirleri alma amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla acil ihtiyaç, güvenlik ihtiyacı ve meşru menfaatler çizgisinde aktif bir askeri müdahaleyi ya da müdahalenin zorunlu olmaktan çıkmasını sağlayacak başkaca bir stratejik hamleyi ifade edebilir.

Geciktirilmesine olanak bulunmayan acil ihtiyaç hallerinin nasıl tezahür edeceği hususunu somutlaştırmak maksadıyla bazı uygulamalar ve yargı kararları aşağıda incelenmiştir.

#### **2.3.1.1. Mitchell v. Harmony Davası**

Geciktirilmesine olanak bulunmayan acil bir ihtiyacın varlığı hususunda incelenecek yargı kararlarından biri *Mitchell v. Harmony*<sup>180</sup> davasıdır. Davanın konusu, Meksika Savaşında ordu harekât alanında ticari faaliyet gerçekleştiren Harmony isimli şahsın mülkiyet hakkının ihlalidir. Amerika Birleşik Devletleri ile Meksika arasındaki savaş sırasında tüccar Harmony; ABD'nin ilgili yürütme organının da müsaadesi ile bölgenin yerel sakinleri ile ticaret yapmak için Amerika Birleşik Devletleri'nin askeri otoritelerinin elinde bulunan bitişik Meksika eyaletlerine gitmiştir. Uyuşmazlık, askeri yetkili tarafından tüccara ait mülke düşmanla ticaret yaptığı gerekçesiyle el konulması üzerine çıkmıştır. Yüksek Mahkeme askeri gerekliliğin bulunmadığı el atmayı hukuka aykırı bulmuştur. Bir askeri birlik komutanı tarafından özel mülkiyete; ancak taşınmazın düşmanın eline geçmesini önlemek veya kamu hizmetine sunulması amacıyla el konulabilir. Ancak el atmaya gerekçe teşkil eden tehlike, acil ve yaklaşan bir tehlike niteliğinde olmalı veya kamu yararı için acil bir gereksinim mevcut olmalıdır. Hizmet, gecikmeyi kabul

<sup>180</sup> Mitchell v. Harmony, 54 U.S. 13 How. 115, 1851. Erişim Linki: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/115/] (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

etmeyecek mahiyette olmalı ve konuyla ilişkili olarak yetkili sivil makamın eyleminin, durumun gerektirdiği araçları sağlamada çok geç kalacağı hususu objektif olarak tespit edilebilmelidir. Ancak somut olayda subay, henüz başlamamış müteakip bir harekâtın başarısını garanti altına almak amacıyla özel mülkiyeti işgal etmiştir.<sup>181</sup> Mahkeme karar gerekçesinde el atma hakkının ortaya çıkmasının acil bir ihtiyaç halinde mevcut olabileceği, acil bir gereksinim mevcut değil ise el atma hakkının da bulunmayacağını<sup>182</sup>, el atma fiilini ika eden subayın ise, amirinin emirlerini gerekçe göstererek suçunu haklı çıkarmayacağını hüküm altına almıştır. Dava neticesinde mağdur lehine tazminata hükmedilmiştir.<sup>183</sup>

Görüleceği üzere askeri gereklilik ilkesi çerçevesinde özel mülklere müdahalenin sınırı; yaklaşan tehlike, birliğin veya bölgenin düşman eline geçmesi yönündeki tehdit yahut kamu hizmeti maksadıyla kullanım ihtiyacı ve nihayet müdahaleye acil gereksinim bulunması kriterleri ile çizilmiştir.<sup>184</sup>

Bu kararın hemen akabinde hukuksal muhakemenin doğal seyrinde akla iki temel soru gelecektir. Bunlardan birincisi gecikmeye olanak tanımayan acil durumun varlığına kimin karar vereceği hususudur. İkincisi ise; karar vericinin, eyleminin gelecekte aleyhine bir yargılamaya sebep olabileceği riskinin bilincinde olarak bu kararı nasıl alacağı sorunsalıdır. Birinci sorunun cevabı son derece açık bir şekilde ‘komuta sorumluluğunu üstlenen subay’ olacaktır. İkinci sorunun cevabı ise *Mitchell v. Harmony* davasına ilişkin hüküm gerekçesinde Yüksek Mahkeme tarafından şöyle açıklanmıştır:

*“Davaya bakan mahkeme vak’ayı, gerçekleştiği esnada görevde bulunan subaya tezahür ettiği biçimde ele almalıdır(...)Elde mevcut itibar edilebilir bilgiler ışığında görevli subayın acele ve tehdit içeren bir tehlikenin varlığına veya acil gerekliliğe inanmak için makul gerekçelerinin bulunması halinde buna göre hareket etme hakkı vardır. Müdahaleye dayanak teşkil eden bilgilerin hileli, hatalı veya yanlış olduğunun sonradan anlaşılması, sorumlu subayın mütecaviz kabul edilmesine gerekçe teşkil etmez. Müdahale kararını veren subay, elde mevcut bilgilere itibar*

<sup>181</sup> Mitchell v. Harmony, 54 U.S. 13 How. 115, 1851, p.1-8.

<sup>182</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.255.

<sup>183</sup> Mitchell v. Harmony, 54 U.S. 13 How. 115, 1851, p.7.

<sup>184</sup> Schneeberger, Ernst. (1946). “Property and War, in Particular, The Swiss-American-German Conditions”, *Georgetown Law Journal*, 34 (3), 267-269.

*etmesine ilişkin makul gerekçeleri açıkladığı gibi, acil durumun mahiyetini ve niteliğini kanıtlamakla mükelleftir.*"<sup>185</sup>

Bu gerekçede göze çarpan çok önemli iki husus mevcuttur. Mahkeme; somut olayı incelerken, olayın cereyan ettiği anda komuta eden subaya nasıl yansıdığını dikkate alarak kendisini karar alıcının yerine koymak suretiyle muhakeme yapmaktadır. Diğer bir husus ise; tehdit içeren acil bir halin varlığına nasıl karar verilebileceğine ilişkin kriterdir. Mahkeme burada komuta eden subayın askeri gerekliliğe olan inancını (mahiyeti ve niteliğini kanıtlamak kaydıyla), askeri gerekliliğe kanaat getirmek için yeterli saymıştır.

### **2.3.1.2. United States v. Russel Davası**

ABD ile Russell isimli buharlı vapur sahibi bir şahıs arasında İç Savaş yıllarında yaşanan mülkiyetin gaspı hakkındaki görülen *United States v. Russell* <sup>186</sup> davası askeri gereklilik ilkesinin acil ihtiyaç unsuruna bir örnektir. İç Savaş esnasında hükümet, zaruri askeri ihtiyacın varlığı ve devletin kendi imkânlarının yetersizliği gerekçesiyle Russell'ın üç adet buharlı gemisine el koymuştur. ABD'nin şahsın tazminat talebini reddetmesi üzerine açılan davada Yüksek Mahkeme; devletin şahıs mallarına kamu hizmeti ihtiyacı nedeni ile el koyması için ağır, önemli ve ani bir tehlikenin varlığı şartını aramıştır. Olayda devletin kamu yararı maksadıyla gerçekleştirdiği eylemdeki askeri gerekliliğin; acil ihtiyaç unsurunun eksikliği nedeni ile mevcut olmadığı kanaatine varılmıştır. Russell lehine tazminata hükmedilmiştir.<sup>187</sup>

Devletin kamu hizmetinin ifası maksadıyla şahıs mallarına el atmasının çok belirgin gereksinimleri ve hudutları vardır. Karar içeriğinde; el koymanın ağır, önemli ve ani bir tehlikenin varlığı halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir tehdidin varlığı da tek başına yeterli kabul edilmemiş, askeri gereklilik unsurunun vücut bulabilmesi için acil ihtiyacın da varlığı bunlarla birlikte aranmıştır.

---

<sup>185</sup> Mitchell v. Harmony, 54 U.S. 13 How. 115, 1851'den aktaran Downey, a.g.m., 1953, s.256.

<sup>186</sup> United States v. Russell, 80 U.S. (13 Wall.) 623, 1871.

Erişim Linki: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/80/623/>] (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

<sup>187</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.255.

Uluslararası hukukta gelişen güncel doktrin, özel mülkiyetin askeri gereklilikler mecbur bırakmadıkça savaş zamanında korunması gerektiği fikrini benimsemiştir.<sup>188</sup>

### 2.3.1.3. Llandovery Castle Davası (The Llandovery Castle Trial)

Bu dava Alman Leipzig Savaş Suçları Davalarından birisidir. Birinci Dünya Savaşından sonra Versay Antlaşması kapsamında; Alman savaş suçlularının yargılanması için Alman Yüksek Mahkemesi tarafından Leipzig’de (1921 yılında) yargılamalara başlanmıştır. Dava, Birinci Dünya Savaşı esnasında; Kanada bandıralı hastane gemisi *Llandovery Castle*’ın bir Alman denizaltısı tarafından torpido ile vurulması ve sağ kalanların makinalı tüfekle öldürülmesi olayına ilişkindir.

Llandovery Castle, Birinci Dünya Savaşı esnasında Kanadalı askerleri Avrupa’daki savaş bölgelerinden Kanada’ya taşıyan bir deniz hastane gemisiydi. 1918 yılının Haziran ayında gemi hasta ve yaralıların tahliyesini tamamladıktan sonra Kanada’nın Halifax Limanı’ndan ayrılmış ve İngiltere’ye dönmekteydi. İçinde Kanada’nın sıhhiye birliklerinden 258 kişilik bir mürettebat bulunuyordu. Geminin sıhhiye görevi icra ettiği deklare edilmişti. 27 Haziran 1918’de Llandovery Castle; U-Boat 86 tipi bir Alman denizaltısı tarafından torpido atışı ile Atlantik Okyanusu’nda (İrlanda açıklarında) batırıldı. Gemiden kurtulmayı başarıp cankurtaran botlarında hayatta kalmaya çalışanlar da denizaltının güverte silahı olan bir makinalı tüfek ile vurularak öldürülmüştü.<sup>189</sup> Denizaltının yüzeye çıkmasını müteakip, geminin uluslararası hukuka uygun şekilde hastane gemisi olarak işaretlenmiş olduğu ve bu işaretlerin denizaltı komutanınca açıkça görülmüş olduğu tutanaklara geçirilmiştir. Geminin komutanı firari durumda olduğundan; sanık sıfatı ile geminin iki kıdemsiz subayı Üsteğmen Ludwig Dithmar ve Üsteğmen John Bolt yargılamaya dâhil edilebilmişlerdir. Sanıklar; denizaltının ateş gücünün, hastane gemisi olduğu açıkça anlaşılan bir deniz aracının savunmasız sıhhiye mürettebatına yönlendirilmesi ve bunların öldürülmesi ile suçlanmışlardır.<sup>190</sup>

<sup>188</sup> Belz, Herman. (2008). “Review: Military Necessity and the Demands of Justice“, *The Review of Politics*, 70 (3), s.506.

<sup>189</sup> Surg, Can J. (2018). “Massacre Of Canadian Army Medical Corps Personnel After The Sinking Of HMHS Llandovery Castle And The Evolution Of Modern War Crime Jurisprudence“, *Canadian Journal of Surgery*, 61 (3), Onl.Ed., p.1-6.

<sup>190</sup> Hospital Ship “Llandovery Castle” Case. (1921). *German War Trials: Report of Proceedings Before The Supreme Court in Leipzig*, London, s.45-51.

Sanıkların savunması; eğer gemi mürettebatını öldürmemiş olsalardı onların kısa sürede denizden kurtarılacağı, denizaltının son konumunun ve bölgedeki varlığının ortaya çıkacağı hususuna dayanıyordu. Bu dava bakımından öne sürülen askeri gereklilik argümanı; gemiden sağ kalanların öldürülmesi eyleminin, denizaltının konumunun ihbar edilmesi ve denizaltının yerinin tespit edilmesi ihtimalinin varlığı nedeniyle geciktirilmesine olanak bulunmayan acil bir askeri ihtiyaç olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Savunma makamının tanıklarından Amiral Adolf Von Trohta (Alman Açık Deniz Filosu Kurmay Başkanı); denizaltı komutanlarının hiçbir insani duygusunun görevin ifasının önüne geçmeyeceği hususunda ikna edildiklerini iddia etmiştir. O dönemde; yargılamayı yapan mahkeme pek çok eleştiriye maruz kalmış, yargılamalarının göstermelik ve yasak savma niteliğinde olduğu iddia edilmiştir. Tarafsızlığı ve gerçek anlamda savaş suçlarını cezalandırma iradesi tartışmalı olan bu Alman Mahkemesi dahi, Kriegrason tezine itibar etmemiştir.<sup>191</sup> Mahkemenin konuya ilişkin mütalaasının ilgili bölümü aşağıya çıkarılmıştır:

*“(...) Üstlerinin emirlerini sorgulamadan uygulamak zorunda olmaları ve üstleri tarafından verilen emirlerin hukuka uygun olduğuna güvenebilecekleri hususu, kesinlikle astlar lehine ileri sürülebilir. Ancak; eğer böyle bir emrin, suçlamalarda mevcut olduğu üzere, hukuka aykırılığı herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde evrensel olarak herkesçe bilinebilir nitelikte ise bu türden bir güvence varlığını sürdüremez. Bu yalnızca nadir ve istisnai durumlarda mümkün olabilir. Ama somut olayda; sanıkların cankurtaran botlarındaki masum insanları öldürmesinin hukuka aykırılıktan başka bir şey olmadığı hususu son derece şekilde açıktır. Bu nedenle mevcut vaka; hukuka aykırılığı herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde evrensel olarak herkesçe bilinebilir nitelikteki hallerden biridir. Deniz Kuvvetleri Bilirkişisi Saalwacter’in de çarpıcı şekilde belirttiği gibi; sanıklar, profesyonel deniz subayları olarak kimsenin savunmasız insanları öldürme yetkisinin bulunmadığının pekâlâ farkındadırlar. Davaya konu olayın cereyanı esnasında durumun ne olduğunu çok iyi biliyorlardı. Gemiden kurtulanların botlarını durdurup sorguladıklarında gerçekleri çabucak öğrenmişlerdi. Denizaltı komutanının verdiği emirlerden, astlarının hukuku ihlal etmelerini talep ettiğini hemen anlayabilirlerdi.*

---

<sup>191</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.267.

*Bu nedenle itaat etmeyi reddetmeleri gerekirdi. Bunu yapmadıkları için cezalandırılmaları gerekir.”<sup>192</sup>*

Dava neticesinde sanıklar; suçun içeriği itibarıyla oldukça hafif olan dört yıl hapis cezasına çarptırılmışlardır.<sup>193</sup> Bu dava bakımından öne çıkan husus; mahkemenin ‘üstün hukuka uygun emrinin ifası’ eylemini hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak teoride kabul etmesi ancak somut olayda gerekçe olarak kabul etmemesidir. Emrin ifası, modern uluslararası hukuk sisteminde kural olarak hukuka aykırılığı kaldıran hallerden biri niteliğinde olmamakla birlikte; İkinci Dünya Savaşı öncesinde bu hususa yaklaşım farklılık arz etmekte ve astların, üstlerin emirlerinden dolayı yargılanmaması geleneği süregelmektedir.<sup>194</sup> Yine de; askeri gereklilik mülahazası bakımından mahkeme ‘üstün emri’ savunmasını tek başına kabul etmemiş ve failerin eylemlerini incelemiştir. Mahkemenin hukuka uygunluk gerekçelerine bakışı, gelecekteki uluslararası yargılama pratiklerine tesir edebilecek niteliktedir. Mahkeme; konusu suç teşkil ettiği açıkça bilinen ve açık hukuka aykırılık teşkil eden bir emrin ifasını gerekçe olarak kabul etmemektedir. Suç niteliğindeki emir; olağanüstü savaş şartlarında dahi bir def’i olarak öne sürülememiştir. Açıkça hukuka aykırı olan ve bu niteliği hayatın olağan akışına göre kolaylıkla anlaşılabilir bir askeri eylem bakımından askeri gereklilik iddiasının dinlenmemesi isabetlidir. Bu eylemin; üstün emri üzerinde yapılmış olması da niteliğine tesir etmeyecektir.

#### **2.3.1.4. Darlan – Eisenhower Örneği**

Geciktirilmesine olanak bulunmayan acil bir ihtiyacın varlığı unsuru kapsamında, General Eisenhower’ın 1942 Kasımında Kuzey Afrika’da karşılaştığı durumu incelemek isabetli olacaktır.

İkinci Dünya Savaşında Müttefikler, “*Meşale Operasyonu*” (*Operation Torch*) kapsamında Fas’a ve Cezayir’e 8 Kasım 1942’de çıkartma yapmaya karar verdi. Müttefikler, Vichy Fransası’nın kontrolündeki topraklara çıkartma yapacaklardı. O dönemde Fransız Devletinin içerisinde bulunduğu siyasi durum ve savaşın seyrinin

<sup>192</sup> Hospital Ship “Llandoverly Castle” Case. (1921). *German War Trials: Report of Proceedings Before The Supreme Court in Leipzig*, London, s.56.

<sup>193</sup> Hospital Ship “Llandoverly Castle” Case, *a.g.e.*, 1921, s.57.

<sup>194</sup> Aslan, M. Yasin. (2007). “Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 73, s.247.

getirdiği karmaşa, harekâtın akışına olumsuz tesir edecek nitelikteydi. Kuzey Afrika’da bulunan ve ülkesini savunma refleksi gösterebilecek Fransız askerleriyle çatışma ihtimali son derece yüksekti. Diğer taraftan, ABD’nin Vichy Fransası ile diplomatik ilişkileri de devam etmekteydi. ABD ve İngiltere; Vichy Hükümeti ile temas arayışına girmişlerdi. Bu gizli görüşmeleri makam itibarıyla ABD’nin Cezayir’deki konsolosluğu yürütüyordu fakat buradaki Vichy generalleri ile Amerikalı muhatapları arasında da ayrıca bir dizi gizli görüşmeler cereyan etmekteydi. Görüşmelerden beklenen netice, çatışmayı engelleyebilecek bir askeri yetkilinin Vichy Kuzey Afrika birliklerinin başına geçmesi ve bu şekilde Müttefiklere direnişin önüne geçilebilmesiydi.<sup>195</sup> Amerikalı General Dwight D. Eisenhower<sup>196</sup> komutasındaki Amerikan ve İngiliz Kuvvetleri söz konusu cephede görev aldı.

Amerikalılar, bölgede etkili ve önemli bir isim olan Amiral François Darlan<sup>197</sup> ile de dolaylı kanallardan temas sağlamışlardı.<sup>198</sup> Tüm gizli görüşmelerin sonucunda, Kuzey Afrika’daki Fransız unsurlarının başına Amiral Darlan geçti. Bu şekilde Vichy Fransası’nın önemli siyasi ve askeri ismi Darlan taraf değiştirdi ve Fas ile Cezayir’in kontrolü kısa sürede Müttefiklerin eline geçti. Eisenhower-Darlan anlaşması, sömürgelerin Vichy yöneticilerinin yerinde kalmasını; buna karşılık, Müttefiklerle hareket etmeyi kabul etmelerini içermekteydi.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Özen, Çınar ve Akdevelioğlu, Atay. (2016). “II. Dünya Savaşı’nda Fransa’da Liderlik Mücadelesi: III.Cumhuriyet’ten Vichy Fransası’na Fransız Siyasetinde Yapısal Salınım”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 15 (1), s.163-164.

<sup>196</sup> Dwight David Eisenhower (14 Ekim 1890, Denison, Teksas – 28 Mart 1969, Washington, ABD), ABD’nin 34. başkanı (1953-1961). II. Dünya Savaşı’nda 1944-45 yıllarında Batı Avrupa’daki Müttefik kuvvetlerinin başkomutanlığını yapmıştır. 1951’de NATO’nun ilk başkomutanı olmuştur. West Point mezunudur. *Kaynak*: Biyografi İnf. Erişim Linki: [<https://www.biyografi.info/kisi/dwight-david-eisenhower>]. (Erişim Tarihi: 13.01.2021.)

<sup>197</sup> Jean Louis Xavier François Darlan (d. 7 Ağustos 1881 – ö. 24 Aralık 1942) bir Fransız amirali ve siyasetçi. Filo Amirali ve 1939’da İkinci Dünya Savaşı’nın başında Fransız Deniz Kuvvetleri komutanı olarak görev yaptı. Fransa, 1940’ta Nazi Almanyası’na teslim olduktan sonra, Alman yanlısı Vichy rejiminde görev yaptı ve bir süre için başkan vekili oldu. Müttefikler, 1942’de Fransız Kuzey Afrika’sını istila edince, orada en üst düzey yetkili olan Darlan’dı ve Kuzey Afrikalı Fransız kuvvetlerini kendi yanlarına katılmak karşılığında kendisine kontrol eden bir anlaşma yapıldı. İki aydan kısa süre sonra öldürüldü. *Kaynak*: Vikipedi, özgür ansiklopedi. Erişim Linki: [[https://tr.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois\\_Darlan](https://tr.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois_Darlan)]. (Erişim Tarihi: 13.01.2021)

<sup>198</sup> Özen ve Akdevelioğlu, a.g.m., 2016, s.164.

<sup>199</sup> Özen ve Akdevelioğlu, a.g.m., 2016, s.165-166.

Düşman kuvvetlerine mensup bir yetkili ile görüşmeler yapmak, bunun da ötesinde bir düşman generali ile kendi devletin onayı olmaksızın anlaşma gerçekleştirmek, askeri ve politik perspektiften hoş görülecek bir durum değildi. Ancak çatışmaların devam etmesi halinde ise büyük kayıpların yaşanması mümkündü. Bu aşamada şiddetin ve zayıatın engellenmesi ön plana alınmıştı. Çatışmayı engelleyecek bir çözüm yolu şiddetin ve ölümlerin de önüne geçebilecekti. Eisenhower için; ateşkesi tesis edebilmek maksadıyla orada Fransız kuvvetleri üzerinde otoritesi olan bir yetkili ile görüşmeler yapmak bir zorunluluktur. Bu kişi Darlan'dı. Eisenhower daha sonra bu süreci anlatırken *“Müttefikler ile işbirliğinin sağlanmasında iletişime geçebileceğimiz tek Fransız Darlan'dı. Konunun süratle ve yerinde çözülmesi gerektiğini fark ettim. Durumu Washington ve Londra'ya bildirmek uzun sürecek görüşmeler nedeni ile kaçınılmaz bir gecikmeye neden olacaktı. Bu gecikme çok ve kan ve acıya mal olacaktı. Fransız kuvvetlerini dostça çözümlerle kendi tarafımıza çekmekten başka seçenek kalmamıştı”* ifadelerini kullanmıştır.<sup>200</sup>

Eisenhower, bu tutumu karşısındaki sert eleştirilere cevaben, düşman generalini bir müttefik olarak değil ancak uygun ve faydalı bir araç olarak gördüğünü belirtmiştir.<sup>201</sup> Bu yaklaşım; kayıpların engellenmesi ve şiddetin önüne geçilmesi bağlamında askeri gereklilik ilkesinin çatışmayı önleyici fonksiyonunu öne çıkaracak niteliktedir. Acil ve gecikmesinde sakınca bulunan bir hale istinaden yetkisiz bir anlaşma tesis edilmiştir. Zira çatışmanın böyle bir usulle engellenmesi uygun kabul edilmemekle birlikte; kuvvet kullanımının önlenmesi için başkaca bir tedbir alınmış ve bu süreç hükümetlerin onayından bağımsız olarak çatışma bölgesindeki askeri yetkililerce yürütülmüştür. Eisenhower tarafından gerçekleşen bu uygulamanın eleştiriye açık birçok yönü mevcut olmakla birlikte askeri gereklilik çerçevesinde kuvvet kullanımına dair bir zorunluluğun engellenmesi bakımından çalışma kapsamına alınmıştır.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Eisenhower, Dwight D. (1948). *Crusade in Europe*, s. 106'dan aktaran Downey, a.g.m., 1953, s.254.

<sup>201</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.255.

<sup>202</sup> Bu örnekten hareketle kuvvet kullanacak unsurun; çatışmanın aleyhte sonuçlanmasına, devlet menfaatinin olumsuz etkilenmesine, görevin gerçekleştirilememesine ve savaşçı onuruna uygun düşmeyecek bir vaziyete düşülmesine cevaz verecek şekilde çatışmadan kaçınması hususunun askeri gereklilik ilkesi kapsamında mütalaa edilmesi uygun değildir. Askeri gereklilik, şiddetin önlenmesi

### 2.3.1.5. Peleus Davası (The Peleus Trial)

Askeri gereklilik ilkesinin bir savunma olarak öne sürüldüğü davalardan biri de *Peleus Davası*'dır.<sup>203</sup> Davanın konusu; bir Alman denizaltısının komutanının Müttefik ülkelerden birine ait batık bir ticaret gemisinden sağ kalanların öldürülmesi emrini vermesi ve deniz altında bulunan dört mürettebatın bu emri tatbik etmesidir.<sup>204</sup>

Peleus, İngiliz Savaş Ulaştırma Bakanlığı tarafından kiralanan bir Yunan gemisiydi. Mürettebat çeşitli milletlerden oluşuyordu. Gemide on sekiz Yunan, sekiz İngiliz denizci, Aden'den bir denizci, iki Mısırlı, üç Çinli, bir Rus, bir Şilili ve bir Polonyalı vardı. 13 Mart 1944'te gemi, sanık Heinz Eck'in<sup>205</sup> komutasındaki 852 numaralı Alman denizaltısı tarafından Atlantik Okyanusu'nun ortasında batırıldı. Peleus mürettebatının üyelerinin çoğunluğu suya atladı ve etrafta yüzen iki sal ile gemi enkazının parçalarına sığındı. Akabinde denizaltı su yüzeyine çıktı ve gemi komutanının emri ile mürettebat suda ve sallarda hayatta kalanlara makineli tüfek ve el bombası atışı yaptı. Peleus mürettebatından yalnızca üç kişi hayatta kaldı.<sup>206</sup> Heinz Eck savunmasında; gemi komutanı sıfatıyla zalimlik veya intikam saiki ile hareket etmediğini, batığın izlerinin ortadan kaldırılmasının bir askeri gereklilik olduğunu öne sürdü.<sup>207</sup> Sanık Heinz Eck'in askeri gereklilik itirazının dayanağı sallarin kendisi için bir tehlike oluşturduğu düşüncesi idi. Çünkü enkaz ve salları uçaklar tarafından görülebilirdi. Ayrıca o dönemde kurtarma amaçlı kullanılan sallarin/filikaların yer tespitine yarayan modern iletişim ve sinyalizasyon sistemleri olduğu bilinmekteydi. Bu nedenle gemi komutanı, enkazı tamamen ortadan kaldırarak kendi güvenliğini sağlamanın bir zorunluluk olduğu iddiasındaydı. Eck ateş açtığı zaman, sallarda hiçbir insan görmediğini, sadece makineli tüfek ateşinin salları batırmayacağını anladıktan sonra el bombası atılmasını emrettiğini iddia ediyordu. Hayatta kalanların sallardan atladığını düşünmüştü. Emri uygulayan denizaltı mürettebatının

---

gerekçesi altında harbe özgülenen devlet kuvvetinin muharebeden kaçınmasına izin verecek mahiyette yorumlanamaz.

<sup>203</sup> United Nations War Crimes Commission. (1947). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. I*, London, s.1-21. (The Peleus Trial)

<sup>204</sup> The Peleus Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1947, s.1.

<sup>205</sup> Olayda adı geçen Alman U-Boat Komutanı ve davanın birinci sanığıdır.

<sup>206</sup> The Peleus Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1947, s.2-3.

<sup>207</sup> The Peleus Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1947, s.4.

savunmaları da amirleri tarafından verilen emre itaat ettikleri ve emre uymakla mükellef oldukları iddiasına dayanıyordu.<sup>208</sup>

Mahkeme; denizaltı personelinin beş saat süreyle gemi enkazına ve zaten o anda tehdit oluşturmayan, gemiden kurtulan silahsız ve savunmasız insanlara atış yapmasının askeri gereklilikle açıklanamayacağı, deniz altının süratle batığın bulunduğu bölgeden ayrılma imkânının bulunduğu ve enkazı ortadan kaldırmanın acil bir gereksinim olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>209</sup> Olayda uygulanan tedbir; geciktirilmesine imkân bulunmayan acil bir ihtiyaçtan kaynaklanmamaktadır. Muharip denizaltının; ticaret gemisinin yerinin tespit edilebileceği varsayımında dahi bölgeden uzaklaşacak imkân ve kabiliyeti vardır. Bunun yerine beş saat süre ile enkazın ve hayatta kalanların imhasına uğraşılması, eylemin konum tespiti endişesinden kaynaklanmadığını ortaya koymaktadır.

Görüldüğü üzere mahkeme burada kuramsal olarak askeri gereklilik savına dayanılmasına karşı çıkmamış; sadece olayın öznel şartları ışığında bu savunmanın doğruları yansıtamayacağına hükmetmiştir.<sup>210</sup>

Kanımca bu davada *Leveringhaus* 'un kesin ve nihai bir hedef yaklaşımı; somut olaya uygulanabilir niteliktedir. *Peleus* silahlı çatışmanın kesin ve nihai hedefi değildir.<sup>211</sup> Bu geminin batırılmasının yahut mürettebatının öldürülmesinin harekâtın genel seyrine objektif katkısı zayıftır. Öyleyse askeri gereklilik kapsamında bu türden bir çatışmadan kaçınılması hatalı bir yaklaşım olmayacaktır. Geminin batırıldığı safhadan sonraki süreç için de aynı değerlendirme geçerlidir. Geminin yer tespitinden kurtulmak ve gizlenerek bölgeden ayrılmak için zaman ve imkân mevcuttur. Öyleyse çatışmanın sivillere yönlendirilmesinde askeri gereklilik bakımından hukuka uygunluk mevcut değildir.

---

<sup>208</sup> The Peleus Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1947, s.4-5.

<sup>209</sup> The Peleus Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1947, s.11-21.

<sup>210</sup> Güneysu, *a.g.m.*, 2012, s.105.

<sup>211</sup> Leveringhaous, *a.g.e.*, 2016, s.17'den aktaran Albayrak ve Taşdemir (Bölüm Yazarı: Özer A.), *a.g.e.*, 2018, s.234.

### 2.3.1.6. Rehine Davası (Hostages Trial)

Benzer bir soruna Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin *Rehine Davası (Hostages Trial)*<sup>212</sup> içeriğinde de rastlanmaktadır. Davadaki sanıkların hepsi eski yüksek rütbeli Alman ordu subaylarıydı ve Yunanistan, Yugoslavya, Arnavutluk ve Norveç'in işgali sırasında komutaları altındaki birlikler tarafından işlenen suçların sorumluluğu ile suçlanmışlardı. Bu suçlar esasen; işgal edilen bölgelerdeki gerilla muhalefeti karşısında düzeni sağlama girişimleri kapsamında gerçekleşen 'sözde misilleme cinayetleri' veya askeri gereklilik kapsamında haklı gösterilemeyen 'mülkün kasıtlı olarak yok edilmesi' eylemleri ile ilgilidir. Sanıklar, savaş suçları ve insanlığa karşı suç işlemekle suçlanmıştır.<sup>213</sup> İddia makamınca yöneltilen suçlamalar özetle; düşman düzenli ordu unsurları ve kimliği belirsiz şahıslarca Alman kuvvetlerine ve tesislerine yöneltilen saldırılara istinaden Alman ordusunun misilleme adı altında gerçekleştirdiği sivil halkın asılarak ve vurularak infazı eylemleri idi. Buna ilave olarak yerel halkın öldürülmesini de kapsayan sivil mülklerin (köy, kasaba ve şehirlerin hedef alınması suretiyle) imhası fiilleri de suçlamaların kapsamında dâhil edilmişti.<sup>214</sup>

Sivillere karşı gerçekleştirilen eylemlere ilişkin görülen dava neticesinde mahkeme "(...)Bir topluluğun üyelerinin misilleme esnasında yargısal bir yaptırım kararı bulunmaksızın öldürülmesinin başlı başına hukuka aykırı olduğunun kabulünde tereddüdümüz yoktur." ifadesi ile sivillerin misilleme yahut kuvvetle mukabele esnasında öldürülmesinin hukuka aykırılığı hususunda genel hükmü ifade etmiştir. Gerekçenin devamında ise bu kurala tek bir istisna getirmiş ve bu istisnayı 'misilleme mecburiyetinin arzulanan amaca ulaşılması için acil misilleme hareketi gerektirmesi' olarak tanımlamıştır. Karar gerekçesinde bu istisna "(...) Acil eylem gerekliliği kesin bir şekilde zuhur etmedikçe; tutsakların veya mahkûmların infaz edilmesi hukuka aykırıdır. Hukuki muamele yalnızca nüfusun masum üyelerine değil,

<sup>212</sup> Trial of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial), United States Military Tribunal, Nuremberg, Case 47, 1947-1948.

<sup>213</sup> United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, London, s. 34. (The Hostages Trials)

<sup>214</sup> The Hostages Trials, United Nations War Crimes Commission, a.g.e., 1949, s. 35.

*adil ve tarafsız biçimde nihai kararı almakla mükellef komutana da koruma sağlar.”* şeklinde ifadesini bulmuştur.<sup>215</sup>

Rehine Davası kapsamında anlaşılacağı üzere; işgal edilen topraklardaki sivil halkın işgal ordusuna karşı direnişi ve misilleme hareketleri karşısında, usulüne uygun yapılacak yargılama neticesinde sübut bulan eylemler yaptırıma bağlanmadıkça, sivil halkın infazı yahut şiddet kullanımına maruz bırakılması kural olarak kabul edilmemektedir.

Aynı şekilde sivil halka ait mülklerin imhası da aynı kısıtlama kapsamında değerlendirilmektedir. Silahlı çatışmalarda sivil halkın nasıl korunacağı uluslararası sözleşmelerle düzenlenmiştir.<sup>216</sup> Meğerki sivil halk tarafından gerçekleşen sivil direniş, misilleme yahut gerilla eylemleri işgal eden ordu birliklerinin hareket emniyetini ve güvenliğini tahdit edecek acil bir askeri mukabele gerektirmesin.

Sivil halka ait mülklerin imhasına yönelik eylemler bakımından dava tarihi itibarıyla<sup>217</sup> olaya uygulanabilecek hukuk Lahey Hukuku’dur. 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri’nin her ikisinde de ortak düzenlenen 23/g maddesi kapsamında; savaşın gerekliliklerinin mecburi kıldığı haller dışında düşmana ait malların tahrip edilmesi ve bunlara el konulması yasaklanmıştır.<sup>218</sup>

Savaşın doğal seyri içerisinde devlet ordularının başka devletlerin topraklarında faaliyet göstermesi ve bu süreçte personel ve tesislerinin güvenliği kapsamında endişeli ve tedbirli hareket tarzları izlemesi son derece olağandır. Aynı kapsamda; işgal altındaki devletin düzenli veya düzensiz silahlı güçlerle, sivil halkın protesto gösterileri ile veya münferit girişimlerle tepkisel hareket etmesi beklenen bir durumdur. Bu aşamada askeri gereklilik ilkesine dayanarak güvenlik kaygısı ile sivil halka ve sivil/kamu mülklerine yapılacak müdahalelerin son derece dengeli ve ölçülü olması uluslararası hukuktan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu çerçevede sivil hakla yönlendirilecek eylemlerin acil müdahale ihtiyacının zorunlu olduğu hallerle sınırlandırılması gerekmektedir. Acil müdahale ihtiyacının tespitinde ise; sivillerin,

<sup>215</sup> The Hostages Trials, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*, 1949, s.64-65.

<sup>216</sup> Sarıbeyoğlu Skalar, Meltem. (2014). “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (123-124), s.39-41.

<sup>217</sup> Rehine Davası; 8 Temmuz 1947 – 19 Şubat 1948 tarihleri arasını kapsamaktadır. Davaya konu olaylar elbette daha önceki tarihlerde gerçekleşmiştir. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri dava tarihinde yürürlükte değildir ve bu davaya tatbik edilme imkanı yoktur.

<sup>218</sup> Dinstein, *a.g.e.*, 2004, s.18.

tutsakların, harp esirlerinin, göstericilerin yahut bu kapsamda sayılabilecek diğer aktif saldırı/tehdit unsurlarından kaynaklanan, soruşturulması ve kovuşturulmasının beklenmesini imkânsız kılan yakın ve muhtemel tehdit ile derhal müdahale ihtiyacının varlığı şartları aranmalıdır. Nihayet; sivil halkın korunması ve haksız şiddetin engellenmesinin yanı sıra uluslararası uygun şekilde savaş icra eden meşru devlet ordularının da korunması, yine uluslararası hukuktan kaynaklanan bir hak niteliğini haizdir.

### 2.3.1.7. Üst Komuta Davası (The High Command Trial)

Acil bir ihtiyaç kapsamında herhangi bir gecikmenin veya ertelemenin mümkün kabul edilemeyeceği bir durumun varlığı önermesine özgülenebilecek bir diğer örnek de *Üst Komuta Davası (The High Command Trial)*<sup>219</sup> kapsamında vücut bulmuştur.<sup>220</sup> Davanın konumuz ile ilgili kısmı, geri çekilmekte olan Alman kuvvetlerini komuta eden bir generalin askeri gereklilik kapsamında bazı köylerin tahrip edilmesine ilişkin verdiği emrin meşruluğu ile ilgilidir. Mahkeme; geri çekilmekte olan kuvvetin, gecikmesine olanak bulunmayan acil bir ihtiyacın varlığı gerekçesi ile bazı köyleri tahrip etmesini askeri gereklilik çerçevesinde meşru mütalaa etmiştir.<sup>221</sup> Mütalaa içeriğinde; “*Bu davadaki sanıklar, zor koşullar altında geri çekilmekte olan birliklere komuta etmekteydi ve emir komutanın ciddi şekilde kesilme tehlikesi mevcuttu. Böyle şartlar altında bir komutan, ortaya çıkan duruma tedbir getirmek için hızlı karar almak zorundadır. Bu nedenle ona geniş bir serbestlik tanınmalıdır. Böyle durumlarda askeri gerekliliğin sınırlarını aşan bir tahribat ve hasarın oluştuğundan bahsedebilmek için operasyonel ve taktik nitelikte bir kanıt gereksinim vardır. Somut durumda sanığa suç isnat edecek yeterli kanıt görmüyoruz.*” ifadelerine yer verilmiştir.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> The High Command Case Trial. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals Under Control Counsil Law No:10, Vol.XI*, Washinton, s.1-707.

<sup>220</sup> Üst Komuta Davası (The High Command Case/Trial) olarak anılan davanın literatürdeki resmi adı The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.[13 Others] (US v. Von Leeb. et al) olup Wilhelm von Leeb ve 13 General hakkında yapılan Alman Üst Komuta Kademesinin yargılamaları ifade etmektedir.

<sup>221</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.256.

<sup>222</sup> The High Command Case Trial. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals Under Control Counsil Law No:10, Vol.XI*, Washinton, s.541.

### 2.3.1.8. Acil İhtiyacın Analizine Yönelik Kriter Tespiti ve Değerlendirme

Yargı kararlarının bütünsel muhakemesi ile; geciktirilmesine olanak bulunmayan acil bir ihtiyacın varlığının tespitinde, askeri karar vericinin içerisinde bulunduğu şartların değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması mümkündür.

Askeri eyleme karar veren yetkilinin, olayın cereyan ettiği ve eylemde bulunduğu esnada mevcut olgusal gerçekler ve eldeki istihbarat nispetine; taktik ve stratejik durumun kendisinde acil askeri bir gerekliliğin var olduğu kanaatini objektif olarak oluşturması gerekmektedir. Yargı mercilerinin; müdahale kararını veren otoritenin, içinde bulunduğu şartlar altında fevkalade halin varlığına dayanak teşkil eden makul gerekçeleri göstermesini beklediği anlaşılmaktadır. Aynı şekilde yine yargı mercilerinin somut olayı komuta eden otoritenin içinde bulunduğu şartları gözeterek ele alma eğiliminde olduğu görülmektedir.

Öte yandan; olağanüstü bir durumun ve acil bir ihtiyacın bulunmadığı gerekçeleri ile askeri gereklilik ilkesinin göz ardı edildiği iddiasında bulunan mağdurlar bakımından da iddiaların objektif olarak isnat edilebilir olması gerekmektedir. Yargı mercileri; askeri gerekliliğin aşıldığı iddiasının öne sürülmesi halinde, operasyonel ve taktik duruma ilişkin nesnel verilere dayalı güçlü kanıtların varlığını aramaktadır. Aynı şekilde askeri eylemi ifa eden komutanın da; eylemde bulunduğu esnada mevcut olgusal gerçekler çerçevesinde acil ve baskı yaratan bir müdahale gereksiniminin bulunduğunu açıkça ortaya konulmasını beklemektedir.

### 2.3.2. Düşmanı Mümkün Olan En Kısa Sürede Teslim Olmaya Zorlayacak

#### Tedbirlerin Zaruri Olması

Bu çerçevede uygulanacak tedbirlerin askeri gereklilik kapsamında kabul edilebilmesi bazı şartlara (5 koşul) bağlıdır.<sup>223</sup> Düşmanı en kısa sürede teslim olmaya sevk edecek müdahalelerin bir sınırı vardır. Aksi takdirde düşmanı en kısa sürede çaresizliğe, korkuya ve yılgınlığa sürüklemek için sınırsız hareket özgürlüğünden kaynaklı vahşi ve ölçüsüz fiillerin ortaya çıkması söz konusu olabilir.<sup>224</sup> Sırf düşmanı kısa sürede teslim olmaya mecbur bıraktığından bahisle yapılacak her eylem meşru görülemez. Düşmanı teslim olmaya zorlayacak tedbirlerin zorunlu olması gereklidir.

<sup>223</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.256.

<sup>224</sup> Dinstein, a.g.e., 2004, s.16.

Peki, bu zorunluluk kavramı tam olarak neyi ifade etmektedir? Bu zorunluluktan; düşmanın teslim olması için uygulanacak başkaca bir hal tarzı ve çare kalmayan durumların anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Sadece silahlı çatışmanın tarafları bakımından değil, çatışmaya aktif olarak dâhil olmayan unsurlar bakımından da bazı sorumluluklar mevcuttur. Üçüncü kişilere (savaşçı olmayan siviller) ve mülkiyet haklarına karşı askeri gereklilik kapsamında gerçekleşen eylemlerde de sorumluluktan kurtulmak ya da verilen zararın zorunluluk kapsamında hukuka aykırı kabul edilmemesi için de bu şartların sağlanması gerekir.<sup>225</sup>

Düşmanı en kısa sürede teslim olmaya zorlamak savaşın amaçlarından biridir. Bunun da ötesinde; savaşın uzaması durumunda ortaya çıkacak acı, keder ve ızdırap artacağından, düşmanı olabilecek en kısa sürede teslim olmaya zorlayacak şekilde savaşın mümkün olabilecek en kısa sürede bitirilmeye çalışılması bir gerekliliktir. Bu itibarla; düşmanı mümkün olan en kısa sürede teslim olmaya zorlama maksadı hem silahlı çatışmanın süresini kısaltarak kayıpları engellemek yönünde, hem de ordunun her bakımdan maliyet etkin bir biçimde silahlı çatışmayı tamamlaması yönünde iki pozitif fonksiyona hizmet eder.

Tarihsel süreçte teslim olma fiilinin hukuki niteliğinde değişiklikler olmuştur. Modern silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uluslararası arenada yer edinmesinden önce silahlı çatışmalar kanunsuz bir niteliği sahiptir. Onur yasası, savaşçıların teslim olmalarını yasaklamış, muhripler merhamet olmadan kazanmak ya da ölmek zorunda kalmıştır. Yakın geçmişte ise çatışmaların kurallarını düzenleme gayreti artmış ve böylece jus in bellonun değerlendirmesi ile teslimiyeti düzenleme eğilimi gelişmiştir.<sup>226</sup>

Düşmanı en kısa sürede çaresizliğe sürüklemek ve çatışmaktan vazgeçmeye zorlamak için kullanılacak yöntemlerin vahşete, sınır tanımayan şiddete ve kitlesel yok edişe dönüşmesi ihtimali mevcuttur. Uluslararası hukuk işte bu noktada insan hayatının ve onurunun korunacak hukuki değerler kapsamında ön planda tutulmasını

---

<sup>225</sup> Bond, James. E. (1971). "Protection of Non-Combatants in Guerrilla Wars", *William and Mary Law Review*, 12(4), s.787-804.

<sup>226</sup> Buchan, Russel. (2018). "The Rule Of Surrender in International Humanitarian Law", *Israel Law Review*, 51 (1), s. 5-7.

sağlamaktadır. Öyle ki; bu amaca hizmet eden yöntemlerin hudutları mevcuttur ve bu sınırlar uluslararası hukuk tarafından çizilmekte ve korunmaktadır.

Aşağıda başlıklar altında izah edilecek beş koşul; düşmana karşı uygulanan ve düşmanı en kısa sürede teslim olmaya iten bir askeri eylem biçiminin zaruri olduğunun öne sürülebilmesi için gerek şartları ifade eder. Bu koşulların yokluğu yahut ihlali durumunda; eylemin zaruri olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Düşmanı teslim olmaya zorlamak bir savaş ihtiyacı ve görevidir. Ancak bu zorlama; uygulanması mecbur gelen tedbirlerle yapılabilir.<sup>227</sup> İhtiyarî tedbirler ile düşmanın teslim olmaya zorlanmasının kabul görmesi durumunda; yetkinin kötüye kullanılması ve savaşın doğurabileceği öfke, kin ve sağduyudan yoksun tepkisel davranış biçimleri yoluyla vahşetin artması gibi uygulamalara vücut verebilir. Zira düşmanı savaştan vazgeçirmek için uygulanabilecek insani kaygılardan uzak eylem türleri gaddar bir maneviyatın hayal gücü ile sınırlıdır. Savaş hukuku; harpteki zorlayıcı tedbirleri insan inisiyatifine bırakmama yolunu seçmiştir. Bu nedenle; düşmanın teslim olmaya zorlanması için girişilecek işlerin bazı koşulları sağlaması gerektiği fikri doğmuştur. Bu koşullar ki; noksanlığı veya ihlali halinde eylemlerin zorunluluğu savını ispatsız bırakacaktır. Tabiatı ile bu durumda askeri gerekliliğin varlığı hususu da dayanaksız kalacak ve silahlı çatışmalar hukukunun ihlali söz konusu olacaktır.

Aşağıda açıklanan bu şartlar<sup>228</sup>; tek başına insan faktörünü ve silahlı çatışmayı idare eden muharip liderlerin vicdani hasletlerini işlevsiz bırakmaya yeterli değildir. Bunlar; düşmanı teslim olmaya zorlarken göz önüne alınacak en genel kriterlerdir. Ancak bu koşulların varlığı halinde dahi bir takım hak ihlallerin önüne geçilebilmesi, bir yönüyle sübjektif manada muhariplerin hakkaniyet duygusu, hukuka ve insan haklarına saygısı ile manevi olgunluğuna da bağlıdır.

---

<sup>227</sup> Buchan, a.g.m., 2018, s. 8-11.

<sup>228</sup> Koşulların tasnifinde Downey'in sistematığına sadık kalınmış olmakla birlikte; içerikleri güncel uluslararası hukuk normları çerçevesinde günümüz koşullarına uygun olacak şekilde tadil edilmiştir.

### 2.3.2.1. Hasarın Askeri Harekât Kapsamında Gerçekleşmesi

Öncelikle (birinci koşul) silahlı kuvvet mensuplarının doğrudan imhası ya da istenmeyen hasar niteliğindeki sivil can kayıplarının askeri harekât kapsamında gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>229</sup>

Askeri harekâtın stratejik ve taktik tabiatı ile gereksinimlerinden doğmamış bir zararın ve şiddet içeren tedbirin, askeri gereklilik bağlamında meşrulaştırılmasına olanak bulunmamaktadır. Askeri harekâtın bu anlamdaki algılanış biçimi; sadece aktif çatışma safhası değil, geri bölgeden birinci kademe birliklerine kadar harekât kapsamında yapılan tüm faaliyetleri ve savaşın fiziksel, psikolojik ve kavramsal yönünü ifade edecek şekilde sürecin bütününe kapsamaktadır.<sup>230</sup> Haliyle operasyonel faaliyetlerdeki askeri gerekliliğin tespiti noktasında harekât kavramını geniş yoruma tabi tutmak isabetli olacaktır.

Ortaya çıkan tahribatın askeri bir eylem içerisinde gerçekleşmiş olması gerekliliği noktasında fail ve mağdur bakımından bir ayrım gündeme gelmektedir. Zararı meydana getiren unsurun fiilinin askeri gereklilik içerisinde mütalaa edilebilmesi için askeri harekât kapsamında gerçekleşmiş olması bir gerekliliktir. Yani fiili ika eden silahlı gücün hareketlerinin bir askeri harekât içerisinde gerçekleşmiş olması gerek şarttır. Zararı meydana getiren gücün harp halinde olması, hasım silahlı kuvvetlerinin de bir askeri harekât yürüttüğünün kabulünü gerektirir. Hasım devlet bakımından harekât türünün savunma niteliğinde olması, mağdurun seferi halde olmadığı sonucunu doğurmayacaktır.

Askeri harekât kapsamında ortaya çıkan zararın mağduru bakımından da ikili bir ayrım mevcuttur. Zararın bir silahlı kuvvetin unsurlarında meydana gelmesi veya zararın silahlı güce dâhil olmayan üçüncü kişilerde (yahut bunların malvarlığında) meydana gelmesi durumlarını ayrı ayrı ele almak gereklidir. Savaş mevcut ve silahlı çatışmalar hukuku cari ise; hasımların her ikisinin de savaş halinde olduğunun kabul edilmesi makuldür. Mağdurun sivil halk olması durumunda ise; istenmeyen sivil kayıpların ya da malvarlığına yönelik tecavüzlerin/malvarlığında oluşan tahribatın meşruluğu bakımından sivillerin aktif askeri eyleme dâhil olması şartını aramak mümkün değildir. Bu durumda; incelemeye tâbi konu istenmeyen sivil hasar ise

<sup>229</sup> The Hostage Case, U.S. v. List (Wilhelm)'den aktaran Downey, a.g.m., 1953, s.257.

<sup>230</sup> Johnson, Robert. (2018). *Savaşın Değişen Modeli: Hibrit Savaş*, İstanbul, s.3-4.

(kamu mallarının tahrip edilmesini de bu kapsama dâhil etmek gerekir), bu durumda mağdurun askeri harekâta dâhil olması yönünde araştırma yapmak yersiz olacaktır.<sup>231</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunun kapsamında askeri harekâtlar ve bununla ilgili faaliyetler vardır.<sup>232</sup> Zararı meydana getiren tarafın eylemlerinin kendi askeri harekâtının stratejisi çerçevesinde karşı tarafın askeri hedeflerine yönelmiş olması esastır. Bu hedefler yalnızca aktif çatışma unsurları değil, tüm geri bölge faaliyetlerini ihtiva eder. Bu yaklaşımla; askeri gücün eylemlerinin hasım askeri hedeflerine yönelmiş olması ve bu eylemlerin süregelen askeri faaliyetler kapsamında gerçekleşmiş olması durumundan meydana gelen zararlarda, askeri gerekliliğin öne sürülmesi ve uluslararası hukuka aykırılığın giderilebilmesi imkân dâhilinde olabilecektir.<sup>233</sup>

Bu şartın uygulanmasına ilişkin tipik bir örnek, İkinci Dünya Savaşı esnasında Fransa Versay'da bir tren istasyonu ve askeri araç yükleme bölgesinin imhası esnasında gerçekleşmiştir. 1944 baharında Müttefikler; Almanların Paris'in batısındaki demiryolunu kullanmalarını engellemek için askeri operasyon planlamıştır. ABD Hava Kuvvetleri Versay'daki askeri araç yükleme bölgesini vurmuş, ama bu esnada bazı bombaların kısa düşmesi üzerine yakınlarda bulunan bir otel binası da isabet almış ve otelde konaklayanların çoğu ölmüştür.<sup>234</sup>

Bu örnekte; bombardımanın silahlı kuvvetin gerçekleştirdiği bir operasyon kapsamında hasım devletin ikmal faaliyetlerine yönlendirildiği ve yine düşman silahlı gücün kendi harekâtına özgülediği askeri yükleme noktasını hedef aldığı görülmektedir. Ancak hedefteki sapma nedeni istenmeyen sivil hasar<sup>235</sup> meydana gelmiştir. Hasarın devam eden bir harekât kapsamında vuku bulduğu ortadadır. Silahlı çatışmalar hukuku kapsamında hukuka uygun bir tahrip görevi nedeni ile masum sivillerin hasara uğraması durumunu askeri gereklilik ilkesi kapsamında meşru kabul etmek mümkün müdür? Somut olayda; hasım silahlı gücün ikmal

<sup>231</sup>International Committee of the Red Cross. (2002). *The Law of Armed Conflict: Conduct of Operations Part-A*, Geneva, s.2-3.

<sup>232</sup> Fidel, Eugene R. (2011). "Military Law", *Daedalus*, 140 (3), s. 171-173.

<sup>233</sup> Ayrıca bkz. Gözen Ercan, Pınar. (2013). "Legitimacy, Legality and Lawfulness: Questioning Humanitarian Military Intervention in a Changing International Political Milieu", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), s.9-30.

<sup>234</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.257.

<sup>235</sup> Odora-Obote, Alex. (2010). *Protecting Humanity*, E-Book. (Edt: Eboe, C.-Osuji), s.789-790.

faaliyetini sivil yerleşime bu denli yakın bir noktada gerçekleştirmesi, bombardımanın hedefinin askeri güç olması ve hatanın sivil kayba neden olması bakımından herhangi bir kasıt bulunmadığının ortaya konulmuş olması koşulları göz önüne alındığında meydana gelen zararın askeri gereklilik kapsamına dâhil edilebileceği yönünde değerlendirmeler mevcuttur. Bu olayda hava harekâtını gerçekleştiren Amerika Birleşik Devletleri'nin de zarardan sorumlu tutulamayacağına kabulü hakkaniyet ölçüğünde mümkün görünmektedir.<sup>236</sup>

“Silahlı çatışmalar hukuku açısından önem arz eden faktörlerden biri; muharip unsurlar ile diğer askeri hedefleri içeren askeri alanlarla, sivil kişi ve malları içeren sivil alanların birbirinden yeterince uzak konumlandırılmasıdır.”<sup>237</sup>

#### **2.3.2.2. Düşmana Ait Mallara El Koyma, Esir Alma ve Harp Esiri Sayılmayacak Sivilleri Enterne Etme Tedbirlerinin Hukuka Uygun Şekilde Gerçekleştirilmesi**

İkinci koşul; silahlı bir düşman unsurunun esir alınması, harp esiri kabul edilmeyen silahlı mücadele unsurlarının yakalanması ve zapt edilmesi, hasım silahlı güç lehine görev ifa eden önemli sivil şahsiyetlerin yakalanması ve düşmana ait malların işgal edilmesi gibi askeri eylem biçimlerinin uluslararası hukuk çerçevesinde tanınan yetkiler dâhilinde gerçekleştirilmesidir.<sup>238</sup>

Peki, bu kapsamdaki yetkiler nelerdir ve kaynakları nedir? Bu başlık altında analiz edilecek olan husus; esir alma, yakalama ve taşınmaz işgali gibi tedbirlerin askeri harekâtın parçası ve dolayısı ile askeri gereklilik ilkesinin kapsamında sayılması için dayanaklar ve yetkililerdir. Bu tedbirler düşmanı derhal teslim olmaya zorlayacak zaruri tedbirler niteliğini haiz olup; zorunluluğun içeriği ve sınırının, uluslararası hukukun bu konudaki kaynakları nispetinde gözden geçirilmesi gerekmektedir. Tarihsel süreçte bazı savaş hukuku kurallarının değişkenlik gösterdiği izlenmektedir. Örneğin savaşa ilişkin örf ve adet hukuku kurallarının geçmişte düşman topraklarındaki şahıs ve kamu mallarının tahrip edilmesi ve işgal edilmesi ile ilgili sınırlamalar getirmediği, hatta muhariplere bu eylemler için sınırsız bir hak

<sup>236</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.257.

<sup>237</sup> Çaycı, a.g.e., 1994, s.146.

<sup>238</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.257.

tanıldığı görülmektedir. Oysa modern sişahlı çatışmalar hukukunun bu husustaki yaklaşımı son derece sınırlayıcıdır.<sup>239</sup>

Harp esirleri ile ilgili kurallar esasen teamül kurallarıdır. Gelişen süreçte devletlerce bu kuralların kodifiye edilmesine lüzum görülmüştür. Lahey Sözleşmeleri'nde harp esirlerine ilişkin hükümler vardır. Harp esirleri ile ilgili kurallar 1929 ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile geliştirilerek bugünkü şeklini almıştır. 'Harp Esirlerine Tatbik Edilecek Muameleye Dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi' konuyu düzenleyen son derece isabetli ve ihtiyaca cevap veren hükümleri içermektedir.<sup>240</sup>

Savaş, iki veya daha fazla devletin iradelerini birbirlerine kabul ettirebilmek maksadıyla uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak silahlı kuvvetleri vasıtasıyla giriştikleri silahlı bir mücadeledir.<sup>241</sup> Bir devletin silahlı kuvvetlerine direkt veya endirekt olarak dâhil olmayan şahıslar ise, devletler hukuku kurallarına göre kural olarak savaşa da katılamazlar.<sup>242</sup> Esasen devletler hukuku, bir savaşta herkesin düşmanca fiillere katılmasını yasaklamıştır.<sup>243</sup> Bu durumun en doğal sonucu da harp esiri kavramının herkes için geçerli bir kavram olarak kabul edilemeyeceğidir.<sup>244</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri<sup>245</sup> kapsamında harp esiri olabilecek kişiler tahdidi olarak açıkça sayılmıştır. Bunlar; silahlı kuvvetler mensupları, milis ve gönüllü birlikleri, teşkilatlı mukavemet hareketine iştirak edenler, kitle halinde ayaklanmış ve silaha sarılmış ülke halkı, ticaret gemilerinin ve sivil uçakların mürettebatı, askeri uçakların sivil personeli ve harp muharıplerinden müteşekkil olup düşman eline geçtikleri takdirde harp esiri sayılacaklardır.<sup>246</sup> Dolayısıyla bunların ele geçirilmesi ve ele geçirilmeyi müteakip harp esirlerine özgülenmiş yükümlülük ve güvencelere tabi tutulmaları uluslararası hukuka uygundur.

<sup>239</sup> Detling, Karen J. (1993). "Eternal Silence: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia", *The Maryland Journal of International Law*, 17 (1), s.53.

<sup>240</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.257.

<sup>241</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.258.

<sup>242</sup> Meray, Seha L. (1965). *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt 2, Ankara, s.429-430'dan aktaran İnan, a.g.m., 1972, s.258.

<sup>243</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.258.

<sup>244</sup> Bu genel kuralın istisnası olarak silahlı çatışmalarda taraf niteliğine ilişkin değişim ve genişleme için bkz. 'Birinci Bölüm/Temel Özellikler/Kapsam'.

<sup>245</sup> Türkiye'nin taraf olduğu, 21 Ekim 1950'de yürürlüğe giren Harp Esirlerine Tatbik Edilecek Muameleye Dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümleri kastedilmektedir.

<sup>246</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.259-262.

Aynı sözleşme kapsamında harp esiri olarak kabul edilmeyecekler de açıkça ifade edilmiştir. Düşmana karşı veya düşmanın arkasından açıkça veya gizlice faaliyette bulunan, harp kanun ve adaletini hiçe sayarak mücadele eden kişiler harp esiri olarak sayılmamakta ve düşman devletin kanunlarına tabi tutularak genellikle ölüm cezasına çarptırılmaktadırlar.<sup>247</sup> Casuslar ve gerillalar bu kapsamda sayılmaktadır.<sup>248</sup>

Harp esiri sayılmayacak kategoride bulunan siviller hakkında tatbik edilecek hükümler ve bunlara ilişkin uygulanması meşru tedbirler Cenevre Sözleşmeleri içeriğinde kısıtlı olarak dile getirilmiştir. Casuslar ve gerillalar gibi aktif silahlı mücadele unsurlarının yanı sıra, düşman devletin önemli sivil şahsiyetlerinin de bu kapsamda ele geçirilmesi caiz şahıslardan sayılabileceği unutulmamalıdır. Düşmanın önemli sivil şahsiyetlerinin ele geçirilmesi konusu tarihin kadim zamanlarından beri kabul görmüş bir harp teamülüdür.<sup>249</sup> Esasen harp esirleri ile casus ve gerillalar bakımından tatbik edilecek hüküm ve alınacak tedbirler ekseriyetle belirgindir. Hukuki uyuşmazlıklara konu bir mesele de, nispeten izafî nitelikte kaidelere tabi olan ‘düşmanın önemli addedilebilecek sivil şahsiyetlerinin ele geçirilmesi hususu’; bir problem sahası olarak gün yüzüne çıkmaktadır. Savaş icra eden devlet, hasmın önemli sivil şahıslarını ele geçirmek sureti ile önemli avantajlar elde edebilir. Bu avantaj; düşmanın moral gücünü kırmaktan mühim istihbarat teminine kadar farklı mahiyette tezahür edebilir.<sup>250</sup> Bu türden bir alıkoymanın mutlaka yetkili makam tarafından verilecek emirlere dayanması gerektiği görüşü öğretilde hâkimdir. Bu yönde bir uygulamayı ifa edecek komutanın askeri gereklilik bağlamında tek başına böyle bir karar alması hukuka aykırı olacaktır. Harp esnasında veya harp sonucunda sivillerin alıkonulması yönünde tesis edilen inzibat faaliyetlerine ilişkin olarak; görevi ifa eden unsur komutanının askeri gereklilik gerekçesini öne sürebilmesi, bahse konu güç kullanımı için yetkilendirilmiş olması şartına bağlıdır.

---

<sup>247</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.262.

<sup>248</sup> İnan, a.g.m., 1972, s.262-263.

<sup>249</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.257.

<sup>250</sup> Böylece; savaş alanında ele geçirilen insanların tasnifi, bunlara uygulanacak tedbirlere ilişkin yetki, yükümlülük ve sorumluluklar, bunların tabi kılınacağı hukuk kuralları, bunlara sağlanan güvenceler ve tatbik edilebilecek yaptırımların içeriği uluslararası sözleşmelerle ve uluslararası hukuk teamülleri ile belirlenmektedir. Düşmanı teslim olmaya mecbur edecek zaruri tedbirlerin tespitinde tabi olunan uluslararası yükümlülüklerin göz önünde bulundurulması zaruridir.

### 2.3.2.2.1. Eisenhower Direktifi Örneği

Düşmen lehine hizmet eden sivillerin yakalanması ve alıkonulması konudaki örnek bir vaka yine İkinci Dünya Savaşı esnasında gerçekleşmiştir. General Eisenhower'ın talimatı ile Müttefik Kuvvetler Kurmay Başkanlığı ABD'nin Alman İşgal Kuvvetleri Komutanlığına bir direktif yayınladı. Direktifin 8. maddesinin a fıkrası ile Müttefik birliklerine; müteakip emre kadar, vahşet ve savaş suçu içeren veya bunlarla sonuçlanan Nazi girişimlerinin planlanmasında veya icrasında dahil olan Adolf Hitler'in, onun Nazi işbirlikçilerinin, savaş suçlularının ve bu amaç doğrultusunda ilgili olduğu değerlendirilen diğer herkesin aranması, tutuklanması ve zaptedilmesi bildiriliyordu. Aynı maddenin b fıkrası ile de; serbest kalmasına izin verildiği takdirde görevin ifasını engelleyecek olan herkesin, işgal kuvvetleri bünyesinde kurulacak uygun yargı makamı<sup>251</sup> önünde mahkeme edilene kadar tutuklanacağı veya gözaltına alınacağı hususu bildirilmekteydi.<sup>252</sup>

Bu direktifin yansımalarına ilişkin olarak 1949 yılında ilginç bir dava gündeme geldi. 1945 yılında Polonya Alman Askeri Hükümetinde görevli üst düzey bir sivil yetkili, direktifin bu maddesi uyarınca mahkeme önünde temize çıkana kadarki süre ile sınırlı olarak tutuklandı. Serbest bırakıldıktan sonra ABD aleyhinde hukuka aykırı tutuklama ve özgürlüğün kısıtlanması iddiası ile yargıya başvurdu. Mahkemenin karar gerekçesinde özetle; iddianın mesnetsiz olduğu, tutuklamanın savaş hukukunun gereklerine uygun şekilde kurmay başkanlığı makamının yayınladığı direktifin verdiği yetki ile gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.<sup>253</sup> Kararda; yetkili makamdaki alınan bir emrin varlığının, savaşta alıkoyma, tutukluluk, gözaltı gibi kişisel özgürlükleri sınırlandırıcı eylemleri meşru hale getireceği kabul edilmiştir. Bu meşruiyet, askeri gerekliliğe dayandırılmıştır.

Savaş esnasında yahut savaşın ardından galip devletin kendi menfaatlerini temin etmesi, silahlı kuvvetlerinin ve halkının güvenliğini sağlaması, savaş

---

<sup>251</sup> Direktifin orijinal metninde bu yargı makamı için *semi-judial body* tabiri kullanılmıştır. Bu anlamda bağımsız mahkemeler önünde olmasa dahi, işgal kuvvetleri bünyesinde kurulan yarı yargısal işlevli bir birimin önünde yapılacak muhakemelerden bahsedilmektedir.

<sup>252</sup> Cassidy, Velma Hastings. (1950). *Germany 1947-1949, The Story in Documents*, Washington, s.25. Erişim Linki:

[<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015026602626&view=1up&seq=83>](Erişim Tarihi:13.01.2020)

<sup>253</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.258.

müddetince işlenen savaş suçlarına ilişkin suç ve suçluların araştırılması kapsamında bir takım tutuklamalar yapması hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak kararı; sadece üst makam tarafından yetki verilmesi durumunu hukuka uygunluk sebebi saydığı kısmını dikkate alarak incelemek doğru olmayacaktır. Somut olayda mahkeme tarafından kişi özgürlüğünü kısıtlayan eylemlerin hukuka uygun kabul edilmesinin dayanağı; hem üst makam tarafından verilen emirlerin uluslararası hukuka uygun kabul edilmesi, hem de emirleri yerine getiren askeri yetkilinin üst makamlar tarafından geçerli bir işlemle yetkilendirilmiş olmasıdır. Kanımca; her somut olayda üst makam tarafından verilen emirlerin peşinen uluslararası hukuka uygun kabul edilmesi yoluyla askeri eylemin ihya edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Üst makamdaki tarafından verilen bir emrin, icra eden ast bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal sayılması; uluslararası hukuk ölçeğinde geçmişte de günümüzde de tartışma konusu olmuştur. Bu nedenle kısaca değinmekte fayda görülmektedir. Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nden önce, uluslararası sistemde üstlerin emirleri kapsamında suç işlenmesi hallerinde, çoğunlukla emir veren üstün savaş suçlusu olarak yargılanması, emri uygulayan astlar bakımından bu durumun hukuka uygunluk sebebi sayılması eğilimi vardır. Ancak, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün bireysel sorumluluğu düzenleyen hükümleri<sup>254</sup> ile artık suçu icra edenler, liderler, planlayıcılar, azmettirenler ve iştirak edenler için yargılama yetkisi kabul edilmiş; üstlerin emrinin ifasının faili sorumluluktan kurtarmayacağı ancak böyle bir durumda, 'hakkaniyetin öyle gerektirmesi halinde', cezada indirim sebebi olarak kabul edebilmesini öngörmüştür.<sup>255</sup>

Böyle bir durumda esasen konusu suç teşkil eden bir emrin ifası bakımından emri uygulayan kişinin bu gerekçeye dayanması mümkün görülmemektedir. O dönemin hukuk sistetiğine göre; fail ve emri verenin müşterek sorumluluğu mevcuttur. Elbette uluslararası hukuka uygun bir eylem için verilmiş usulüne uygun bir yetkinin varlığı iddiası ile askeri gereklilik ilkesi çerçevesinde öne sürülebilecek bir argümandır. Kişiler eylemlerin savaş hukukuna uygun olduğunu ve bu eylemleri

<sup>254</sup> Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü, Md.6, 7 ve 8. (Nuremberg IMT-Statute,1945) Erişim Linki:[<https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/img1945e.pdf>] (Erişim Tarihi:02.02.2021)

<sup>255</sup> Bassiouni, M.Charif. (1992). *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, s. 369.'dan aktaran Aslan, a.g.m., 2007, s.247.

üstlerden alınan yetki ile gerçekleştirdiklerini her zaman öne sürebilecektir. Ancak bu dava bakımından; özgürlüğün keyfi olarak kısıtlanmasına cevaz veren dayanaksız alıkoyma ve tutuklamalar için verilen bir yetkinin hukuka uygun kabul edilmesi, bu nedenle icracılar bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılması eleştiriye açıktır.

#### 2.3.2.2.2. Krupp Davası (The Krupp Trial)

*Krupp Davası (The Krupp Trial)*<sup>256</sup>, suça konu eylemlerin içeriği itibarıyla askeri gereklilikler nedeniyle; savaş esirlerinin tabi olduğu hukuki rejimin görmezden gelinmesi, esirlerin zorla çalıştırılması, harp esiri sayılmayan sivillerin yakalanması ve zorla çalıştırılması eylemlerini ihtiva etmektedir. Savaşa dâhil olmayan sivillerin alıkonulması, bunların angarya yükümlülüğü altında hukuka aykırı olarak çalıştırılması, harp esirlerine hukuka aykırı olarak muamele edilmesi sureti ile askeri gereklilik sınırının aşılması açısından davanın bu başlık altında incelenmesi isabetli görülmüştür.

Davada; Krupp Grubu'nun<sup>257</sup> on iki eski yöneticisi, Alman askeri kuvvetlerinin silahlanmasını sağlamakla, böylece Nazilerin saldırgan savaş hazırlıklarına aktif olarak katılmakla ve ayrıca şirketlerinde savaş esirleri ve toplama kampı tutsaklarını zorla çalıştırmakla suçlanmışlardır.

Konumuz itibarıyla davanın 'askeri gereklilik kapsamında zorla çalıştırma' kısmı incelenecektir. Savaş esirleri ve toplama kampı tutsaklarının zorla çalıştırılmaları hususunda; üstten gelen emirler ve zaruret bağlamında öne sürülen savunma argümanları ve iddialar çarpıcıdır. Savunma tarafından; zorla çalıştırma durumunun esasen ilgili Bakanlık tarafından konulan üretim kotaları nedeni ile gündeme geldiği ileri sürülmüştür. Belirlenen kotalarda üretim yapmanın bir zorunluluk olduğu, bunu yapacak yeterli iş gücü bulunmadığı için de hükümet tarafından müsaade edilen savaş esirlerinin ve toplama kampı tutsaklarının kullanılmasının bir gereklilik halinde geldiği, üretim talebinin karşılanmaması

---

<sup>256</sup> United States v. Alfried Krupp et al. (The Krupp Trial), Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and Eleven Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November 1947 – 30th June 1948.

<sup>257</sup> Almanya'da çelik, top, mühimmat ve silah üretimi ile ilgilenen köklü bir aile şirkettir.

halinde hükümet otoritelerince şirket aleyhinde her manada sıkı tedbirler alınacağı argümanı ortaya atılmıştır.<sup>258</sup>

Özetle sanıkların savunması; iki temel gerekçeye üzerine kuruludur. Bunlardan birincisi; şirket yetkililerinin hükümetin talimatlarını icraya mecbur kaldığı iddiası, ikincisi ise devletin savaşa yönelik üretim ihtiyacının; askeri gereklilikler kapsamında zorla çalıştırmayı hukuka uygun hale getireceği iddiasına dayanmaktadır.

Savunmanın ilk kısmı şirket yöneticilerinin üstten gelen emirleri tatbik etmeye mecbur kalmaları ve bu kapsamda ortaya çıkan zorunluluğun hukuk kurallarının ihlalini meşru kılabileceği hususuna ilişkindir. Sanıklar; hükümet tarafından davaya konu eylemlere icbar edildiklerini, olağanüstü şartların geçerli olduğu ülke atmosferinde bu talimatlara direnmelerinin neticelerine katlanmalarının kendilerinden beklenmesinin hakkaniyete uygun olmayacağını iddia etmişlerdir.

Savunmanın diğer bir bölümünde ise ‘ulusal bir olağanüstü hale’ vurgu yapılmaktadır. Savunma bu kez de; şikayete tabi eylemlerin, Alman savaş ekonomisinin içerisinde bulunduğu fevkalade durum nedeni meşru sayılacağı iddiasını öne sürmüştür.<sup>259</sup>

Davaya konu eylemlerin, gerekçeleri bakımından Kriegrason yaklaşımının izlerini taşıdığı görülmektedir. Savaşın getirdiği koşulların, normal şartlarda hukuk zemininde meşru görülemeyecek bazı fiillerin kabul edilebilir hale getireceği yönündeki savunma özü itibarıyla bu doktrine referans yapıldığına işaret etmektedir.

Davaya konu eylemler; ulusal bir olağanüstü durumun ya da hükümetin bir şirket üzerinde uygulayabileceği baskının ulusal ve/veya uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmeye gerekçe teşkil edebileceği yaklaşımına dayanmaktadır. Savaş esirlerinin ulusal üretim hizmetlerinde çalıştırılmayacağına dair uluslararası ve ulusal hukuk normları karar içeriğinde teferruatı ile izah edilmiştir. Toplama kampı tutsaklarının ise alıkonulması dahi uluslararası hukuk ile bağdaşmazken bunların zorla çalıştırılmasının hukuka aykırılığı son derece belirgindir. Davaya konu eylemlere bağlı olarak pek çok insan yasadışı zorla çalıştırma ve kötü muamele

<sup>258</sup> The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. X, The I.G. Farben and Krupp Trials*, London, s.146.

<sup>259</sup> The Krupp Trial, United Nations War Crimes Commission, *a.g.e.*(Vol. X), 1949, s.139.

mağduru olmuştur.<sup>260</sup> Bu denli somut hukuka aykırı eylemler dahi, savunma yapan taraflarca ‘savaşın olağanüstü halinin yarattığı zorunluluk ve gereklilikler’ gerekçesinin altında meşrulaştırılmaya çalışılmıştır.

Askeri gereklilik ilkesinin; sivillerin uluslararası hukuka aykırı olarak alıkonulmasına veya bunların harp esirleri ile birlikte düşman devlet savunma sanayisi için çalışma yükümlülüğüne tabi tutulmasını açıklaması mümkün görünmemektedir. Askeri gerekliliğin yetkilendirici niteliğinin bu denli geniş yorumlanması, sınırlayıcı fonksiyonunu işlevsiz hale getirebilecektir. Savaşın taraflarından birinin yürüttüğü harekâtın başarısı için uluslararası hukukunu ihlal etmesi gerekiyorsa, ihlalin kabul edilebilir olduğu sonucunu ortaya koyan Kriegrason yaklaşımı; bu olayda kendisini hukuksal aşırılık potansiyeli ve sivillerin korunmasına yönelik kuralların sistematik olarak ihlaline mazeret teşkil etmesi yönüyle göstermektedir.<sup>261</sup>

#### **2.3.2.3. Kamuya ve Gerçek Kişilere Ait Mülkler ile Kültürel Varlıkların Tahrip Edilmesi, İletişimin Engellenmesi ve Sivil Halkın Geçim Kaynaklarının Kısıtlanması için Uygulanan Tedbirlerin Yetki Dâhilinde ve Hukuka Uygun Olması**

Üçüncü koşul başlı başına bir inceleme konusu teşkil etmekte olup yitirilen malvarlığı ve mülkiyet hakkına ilişkin talepleri doğasında barındırmaktadır. Savaşın seyri sürecinde mülkiyetin kaybı yahut malvarlığında oluşan zarara ilişkin taleplerin dinlenme imkânı genellikle olmamakla birlikte, savaş sonrası dönemde bu türden talepler sıklıkla öne sürülmektedir. Pek çok inceleme komisyonu, silahlı çatışmalardan kaynaklanan mülkiyetin kaybı hususlarında taleplerle karşılaşmış ve bu yönde pek çok dava mahkemeler nezdinde görülmüştür.

Bu koşula dair inceleme; farklı olay/dava örnekleri ve bunlara ilişkin değerlendirmeleri içerecek şekilde somut olaylar üzerinden sürdürülecektir.

---

<sup>260</sup> Taylor, Telford. (1953). “The Krupp Trial: Fact v. Fiction”, *Columbia Law Review*, 53 (2), s.207.

<sup>261</sup> Keck, Trevor A. (2012). “Not All Civilians Are Created Equal: The Principle Of Distinction, The Question Of Direct Participation in Hostilities And Evolving Restraints On The Use Of Force in Warfare”, *Military Law Review*, Vol.211, s.120-121.

### 2.3.2.3.1. Juragua Iron Company, Limited v. United States davası

Savaşa kapsamında alınan tedbirlere istinaden mülkiyet hakkının ihlali ve özel mülkün tahrip edilmesine ilişkin önemli bir dava da *Juragua I.C. v. U.S. Davasıdır*.<sup>262</sup> Dava ABD’de devlet aleyhinde açılan tazminat davalarına bakan mahkemede (The Court of Claims) açılmıştır. Davanın konusu; Amerikan-İspanyol savaşı sırasında Küba’da görev yapan Amerikan birliklerinin başındaki komutanın emri üzerine, askeri harekâtın gerçekleştiği bölgedeki özel bir mülkün tahrip edilmesi nedeni ile uğranılan zararın tazminine ilişkindir. The Juragua Iron Company, Pensivanya menşeli bir firma olup olay tarihinde ticari şirketinin merkezi Pensilvanya’dadır. Ancak şirketin Küba’da bazı taşınmaz ve taşınır malvarlığı mevcuttur. Temmuz 1898’de, ABD’nin Küba’daki kuvvetlerini komuta eden General Miles, sarı umma salgını nedeni ile davacıya ait bir mülkün imha edilmesi emrini vermiştir. Davayı gören mahkeme, ABD’nin maddi olarak sorumlu tutulamayacağına hükmetmiş olup karar yüksek mahkeme tarafından onanmıştır.<sup>263</sup>

The Juragua Iron şirketinin talebinin dayanağı *Tucker Yasası (The Tucker Act)*<sup>264</sup>’dır. Tucker Yasası, Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı davalar bakımından egemen yargı bağımsızlığından feragat ettiği federal bir yasadır. Bu yasa kapsamındaki sorumluluk devletin taraf olduğu açık veya zımni sözleşmelerden doğabilir. Aynı şekilde devletin haksız fiilleri nedeni ile sebep olduğu zararların karşılanması, haksız olarak tesis edilen para cezalarının iadesi talepleri ya da hatalı toplanan vergilere itirazlar bu yasa kapsamında davalara konu edilmekte olup devletin sorumluluğunun dayanaklarından birini teşkil etmektedir.<sup>265</sup> The Juragua Iron şirketi; ABD’de sicil kaydı bulunan bir ticari şirket sıfatı ile ABD yasalarına tabi olacağını ve özel mülkiyetinin ABD tarafından haksız bir fiil ile hasara uğratıldığını öne sürerek zararının karşılanmasını talep etmiştir. Yüksek mahkemenin onama gerekçesi aşağıda özetlenmiştir: şöyledir<sup>266</sup>:

---

<sup>262</sup> Juragua Iron Co., Ltd. v. United States, 212 U.S. 297 (1909), US Supreme Court. Erişim Linki: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/297/] (Erişim Tarihi: 03.01.2021)

<sup>263</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.259.

<sup>264</sup> 3 Mart 1887 tarihli Tucker Yasası, The Tucker Act (March 3, 1887, ch. 359, 24 Stat. 505, 28 U.S.C. § 1491).

<sup>265</sup> The Tucker Act. (1887).

<sup>266</sup> Juragua Iron Co., Ltd. v. United States, 212 U.S. 297 (1909), US Supreme Court. Erişim Linki: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/297/] (Erişim Tarihi: 03.01.2021)

Küba’da ticaret yapan davacı, Amerikan şirketi olmasına rağmen; İspanya ile devam eden savaş boyunca o ülkede ve kullanımda olan mülkü itibarıyla ABD’nin düşmanı olarak kabul edilebilir. Bu türden bir mülk, savaş süresince işgale ve el koymaya cevaz verecek nitelikte bir düşman mülkiyeti olarak görülebilir. Hakikaten sonradan kovuşturulduğunda, muharebelerin icrası esnasında savaş hukuk kurallarına göre her zaman imha edilebilecek olan dava konusu mülkün tahribatının; düşmanın kuvvetini zayıflatmak ve dost birliklerin emniyetini sağlamak maksadıyla zorunluluk teşkil ettiği tespit edilmiştir. General Miles komutasındaki askeri kuvvetin, sefer durumundaki bağımsız ulusların hareket ve davranışlarını düzenleyen kurallara riayet etme vazifesi olduğu açıktır. Bu vazife; doğru tatbik edilmediği takdirde, ABD’yi düşman devlet nezdinde politik yeterlilik bakımından sorumlu duruma düşürebilecek niteliktedir. Gerçekleştirilen eylemlerin konuyu düzenleyen kurallara uygun olduğu varsayımında (somut durumda mahkeme elde mevcut bilgiler ışığında öyle olduğunu kabul etmek durumunda kalmıştır) mülk sahibinin bu durumda herhangi bir tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Mevzubahis birliğinin sağlık ve güvenliği ise; komuta eden generalin gerektiği takdirde mülkü imha etmeye aynı yetkisi vardır. Bu yetki; söz konusu taşınmazın düşman eline geçmesi ve kullanılıyor durumda olması halinde komutanın sahip olduğu imha/tahrip yetkisi ile aynı mahiyette bir yetkidir.<sup>267</sup>

Karar gerekçesi son derece açıktır. Yüksek mahkeme salgın hastalık gibi mücbir bir sebebin varlığını, taşınmazın düşman eline geçmesi ve düşman faaliyetleri için kullanılıyor olması durumu ile kıyas ederek, askeri gücün sağlık ve emniyeti kapsamında ika edilen eyleminde hukuka aykırılık görmemiştir. Gerçekten de olayın cereyan ettiği hal ve şartlar altında; sağlık sebebi düşman topraklarındaki bir taşınmazın tahrip edilmesi bakımından karar verici otoriteye izafe edilecek bir kusur da bulunmamaktadır. Savaş zamanında düşman ülke topraklarında ikamet eden ve orada ticari faaliyet sürdürenler, ABD vatandaşı gerçek veya tüzel kişiler olsa dahi düşman kabul edilmiştir. Aynı şekilde bunlara ait mallar da düşmana ait sayılmıştır. Bu itibarla; davacı şirketin ABD hukuk sistemi çerçevesinde sahip olduğu korunma, Küba’da ikamet eden bir İspanyol vatandaşından daha fazla değildir. Bu durumun tabii sonucu olarak da mahkeme, davacının *Tucker Yasası*’ndan faydalanma imkânı olmadığı sonucuna varmıştır.

---

<sup>267</sup> Juragua Iron Co., Ltd. v. United States, 212 U.S. 297 (1909), s.212, p. 297, 306, 308.

Kişilere ait malların askeri hedef olarak tespit edilemeyeceği yönündeki ayrım çatışmalar hukuku bakımından kritiktir.<sup>268</sup> Burada; özel mülkün imhasına cevaz veren yetki, uluslararası hukukun genel prensipleri ve savaş hukuku kuralları nispetinde mevcut olan bir yetkidir. Düşman elindeki bir binaya taarruz yetkisine benzer şekilde mücbir sebeple birlik emniyeti ve birlik personelinin sağlığı gözetilerek bu türden bir müdahale yetkisi mevcut ve hukuka uygun kabul edilmiştir.

#### 2.3.2.3.2. Hardman davası

Bu koşulu açıklayacak en iyi örneklerden birisi *Hardman Davası*'dır.<sup>269</sup> İngiliz vatandaşı olan Hardman'ın Küba'nın Siboney şehrindeki evi, 1898-1899 İspanyol-Amerika Savaşı nedeniyle adada bulunan ABD askerleri tarafından yakılmıştır. Bunun üzerine, Hardman'ın maddi kaybının tazmini için vatandaşlık bağı bulunan Büyük Britanya devreye girmiştir. ABD bu talebi reddetmiştir. ABD tezine göre, Küba adasında o an için bir savaş durumu söz konusudur ve ilgili ev ile diğer evlerin yıkılmasının esas sebebi salgın bir hastalığın varlığı ve bu hastalığın yayılmasının önlenmesinin istenmesidir. ABD'ye göre, ordunun sağlığını korumak için özel mülkiyetin tahrip edilmesi askeri gereklilik söz konusu olduğunda hukuka uygun görülmelidir. Tahkim Heyeti'ne göre de, savaşın o günkü şartları altında Siboney'in işgali askeri gereklilik olarak görülmelidir. Yine, Siboney'deki kötü sağlık koşulları nedeniyle önemli tedbirler alınmasının gerekli olduğu apaçık ortadadır. Bu nedenle Büyük Britanya'nın talepleri Tahkim Heyeti tarafından reddedilmiştir.<sup>270</sup>

Hardman Davasında Tahkim Kurulu<sup>271</sup> tarafından cevabı aranan esas soru, olayın gerçekleştiği şartlar altında mülkün tahrip edilmesinin savaşın getirdiği bir zorunluluk ve harekâta dâhil bir eylem olup olmadığıdır. ABD'nin ibraz ettiği kanıtlar; salgın hastalığın yayılmasının engellenmesi maksadıyla akla yatkın ve zorunlu tedbirlerin alındığını ortaya koymaktadır. İngiltere ileri sürülen kanıtların doğruluğuna itiraz etmemiştir. Tahkim Kurulu müracaatın reddi gerekçesinde şu

<sup>268</sup> Çaycı, a.g.e., 1994, s.140.

<sup>269</sup> William Hardman (Great Britain) v. United States. (1913). *Reports of International Arbitral Awards, Volume VI*, s.25-26. Erişim Linki: [[https://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol\\_VI/25-26\\_Hardman.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_VI/25-26_Hardman.pdf&lang=E)] (Erişim Tarihi:13.01.2020)

<sup>270</sup> McCoubrey, Hilaire. (1991). "The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity", *Military Law and Law of War Review/ Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Volume 30, s.222. ve Downey, a.g.m., 1953, s.258.'den aktaran Güneysu, a.g.m., 2012, s.104.

<sup>271</sup> 'Tahkim Heyeti' veya 'Tahkim Mahkemesi' şeklinde çevirileri de mevcuttur.

ifadelere yer vermiştir: “(...)Hukukta bir savaş veya askeri eylem; düşmana karşı yapılan bir taarruz veya savunmayı yahut hasmın savunma veya taarruzundan dolayı mecbur kalınan harp etme zorunluluğunu ifade eder. Ve savaş, mücbir sebep olarak addedilir. Mevcut olayda; savaşın getirdiği zorunluluk Siboney’in işgal edilmesiydi. İngiliz Hükümeti tarafından hiçbir suretle itiraz edilmeyen bu işgal; yukarıda referans gösterilen tıp otoritelerinin de belirttiği üzere, gerekli sağlık tedbirlerinin alınması ile bina ve eklentilerinin yıkılması mecburiyetlerini de içerisinde barındırıyordu. Diğer bir deyişle, Birleşik Devletler birliklerinin Siboney’de bulunması savaşın bir zorunluluğuydu<sup>272</sup>ve birliklerin güvenliği için gerekli olan tahribat ve yıkımlar da haliyle savaşın getirdiği bir zorunluluktu. Nitekim heyetin kanaatine göre; Hardman’ın kişisel mülkünün tahribatı askeri bir gerekliliktir ve taraf devletlerce de kabul edilen prensipler itibarıyla tazminata hükmedilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.”<sup>273</sup>

Hardman Davası’nda verilen kararda; silahlı çatışmalar hukuku kapsamında meşru bir harekâta; salgın hastalığı önleme tedbirleri nedeniyle bir şahıs malı tahribatının, bilimsel olarak da zaruriyeti ispatlanmış olmasından da hareketle askeri gereklilik kabul edildiği görülmektedir. Özel mülkün tahribatı, olayın cereyan ettiği zaman ve şartların getirdiği zorunluluktan kaynaklanmıştır. Özel mülkü tahrip eden unsurların da o bölgede bulunması hukuka uygun mütalaa edildiğinden, tazminat talebinin yerinde olmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır.

### 2.3.2.3.3. Monte Cassino muharebesi örneği

1944 yılında Orta İtalya’da Monte Cassino Manastırı’nın<sup>274</sup> bulunduğu dağlık alanda, İkinci Dünya Savaşı’nın en uzun ve kanlı muharebelerinden biri yaşanmıştır. Monte Cassino kasabası ve Manastır Roma’nın güneydoğusunda bulunan hâkim bir arazide yer almaktadır. Manastırın konumu çok kritikti çünkü bu tepeyi kontrol eden

<sup>272</sup> Savaşın getirdiği zorunluluk ifadesi ile esasen askeri gerekliliğin varlığı ifade edilmektedir.

<sup>273</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.258.

<sup>274</sup> İtalya’nın Lazio Dağlarında yer alan bu manastır; Batı’da manastırlığın kurucusu olarak kabul edilen Nursia Aziz Benedict tarafından 529 yılında kurulmuştur. O zamandan beri yaklaşık 1.500 yıl içinde, Monte Cassino Manastırı, travmatik olaylardan nasibini almıştır. (Kaynak: www.atlasobrusca.com)

askeri kuvvet; Roma'ya giden antik yolu da kontrol altında bulundurabiliyordu. Aynı zamanda bu bölge Gustav Savunma Hattı'nın bir parçası idi.<sup>275</sup>

Bölgede devam eden aktif harekât kapsamında; Alman General Albert Kesselring komutasındaki Güney Orduları Komutanlığı (Oberbefehlshaber Süd), Alman askerlerinin kesinlikle tarihi Manastıra girmelerini yasaklamış ve kaçak girişleri engellemek için Manastır bölgesine nöbetçi görevlendirmiştir. Müttefik Kuvvetler Komutanı General Eisonhower da; birliklerin kültürel varlıklara zarar vermelerini engelleyecek tedbirleri almak için emirler yayınlamıştır. Emirlerde; savaş imkân verici ölçüde medeniyetin gelişiminin sembolü olan kültürel anıtlara saygı duyulacağı bildirilmiştir. Eisonhower ihtiyatlı bir şekilde askeri gereklilik istisnasını vurguladığı meşhur sözünü burada söylemiştir: *“Ünlü bir yapıyı yıkmakla kendi adamlarımızın hayatını feda etmek arasında bir seçim yapmak zorunda kalırsak, adamlarımızın hayatı çok daha değerlidir ve yapı yıkılmalıdır. Ancak seçim her zaman bu kadar net değildir. Çoğu durumda anıtlar, operasyonel ihtiyaçlara herhangi bir zarar vermeden korunabilir. Hiçbir şey ‘askeri gereklilik’ argümanına hiçbir şey karşı duramaz. Bu kabul edilmiş bir ilkedir. Ancak “askeri gereklilik” ifadesi bazen askeri elverişlilik ve hatta kişisel elverişlilikten bahsetmenin daha doğru olacağı durumlarda kullanılır. Onun (askeri gerekliliğin) gevşekliği veya ilgisizliği gizlemesini istemiyorum.*”<sup>276</sup>

ABD’de savaş alanlarında sanatsal ve tarihi anıtların korunması ve kurtarılması ile ilgili görev yapan komisyonun raporuna göre; Alman Yüksek Komutanlığı tarafından açık bir şekilde askerlerin hiçbir koşulda manastıra girmemesi yönünde emir verilmiş olmasına rağmen Manastır’ın etrafındaki alanda gözetleme postaları, havanlar ve mevziler mevcuttu. Nitekim bu askeri hedefler; hava bombardımanları

<sup>275</sup> Bkz. Garnier, Tom. “Monte Cassino:WWII’s Mountain Apocalypse”. Örün Sitesi:www.akademia.edu ve “Battles of Monte Cassino”, 2018, History. Örün Sitesi: www.history.com (Erişim Tarihi:04.02.2021)

<sup>276</sup> Gen. Dwight D. Eisenhower, Commander-in-Chief, AFH to All Commanders, Letter, Subject: Historic Monuments, December 29, 1943, File: CAD 000.4 (3-25-43) (1), Sec. 2, Security Classified General Correspondence, 1943-July 1949, General Records, Civil Affairs Division, Records of the War Department General and Special Staffs, RG 165. Erişim Linki:[https://uscbs.org/world-war-ii---monuments-men.html] Erişim Tarihi: 11.01.2021 (General Eisenhower’ın 29 Aralık 1943 tarihli yazılı emri).

ve topçu atışları ile vurularak yerle bir edilmiştir. 1700 yıllık Manastır'dan geriye hiçbir şey kalmamıştır.<sup>277</sup>

Bu olayı; 1944 yılında gerçekleştiğini ve henüz 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin imzalanmadığını nazara alarak değerlendirmek durumundayız. Somut olayı değerlendirebileceğimiz normları 1863 Lieber Yasası ile 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi'nde görebiliriz.

Lieber Yasası'nın 31. maddesine galip gelen ordunun, işgal tamamlanana kadar düşman topraklarındaki tüm kamusal nitelikteki malvarlığına el koyma ve bunları kendi yararına kullanma hakkı vardır. Ancak yine Lieber Yasası'nın 34. maddelerine göre; genel kural olarak kiliselere, hastanelere, hayır kurumlarına, eğitim kurumlarına, müzelere vb. ait taşınmazlar, 31. maddede ifade edildiği şekilde kamu malı olarak değerlendirilmez fakat kamu hizmetine sunulmuş varlıklar niteliğinde kabul edilir. Yasanın 36. maddesinde ise; bu türden yerlerin zarar vermeksizin boşaltılabileceği ve işgal edilebileceği ifade edilmektedir.<sup>278</sup>

Lahey Sözleşmeleri<sup>279</sup>; uluslararası hukuka silahlı öatişmalara ilişkin üç temel ilkeyi yasal olarak sağlamlaştırmıştır. Birincisi, sanatsal, dini ve bilimsel mülkiyet askeri amaçlarla kullanılmadıkça (görünür sembollerle işaretlenmek suretiyle) saldırıya karşı bağıştır.<sup>280</sup> İkincisi, askeri gereklilik kapsamında getirilen istisnadır.<sup>281</sup> Üçüncüsü, işgalci bir güün kültürel varlıkları yok etmesi, hasar vermesi ve yağmalasına ilişkin yasaktır.<sup>282</sup> Kültürel varlıklar ve yapılar özel mülkiyet olarak

---

<sup>277</sup> Merryman, a.g.m., 1986, s.839.

<sup>278</sup> Lieber's Code, General Orders No. 100, Art. 31,34,36.

<sup>279</sup> Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, 36, Stat. 2277, Treaty Series 539.

<sup>280</sup> 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Md.27: Kuşatmalarda ve bombardımanlarda, aynı zamanda askeri bir amaçla kullanılmamış olmaları şartıyla, ibadete, güzel sanatlara, ilimlere ve hayırseverliğe tahsis edilmiş binaları, tarihi abidelere, hastaneleri ve hasta ve yaralıların toplandıkları yerleri korumak için mümkün olduğu kadar gerekli bütün tedbirler alınmalıdır. Kuşatılmış olanların vazifesi, bu binaları yahut yerlerini kuşatana önceden tebliğ edilmiş olacak seçilebilir işaretlerle göstermiş olmaktır.

<sup>281</sup> 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Md.23(g): (...)Harp ihtiyaçlarının önemle istediği tahrip ve müsadere halleri müstesna, düşman mallarını tahrip ve müsadere etmek;(...)

<sup>282</sup> 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Md.56: VeleVKi Devlete ait bulunsunlar, Nahiyelerin malları, ayinlere, hamiyetseverliğe ve öğrenime, güzel sanatlara ve ilimlere tahsis edilmiş kurumların malları özel mülkiyet gibi muamele göreceklendir. Benzer kurumların, tarihi sanat eserlerine ve ilme tahsis edilmiş binaların her türlü zapt, imha ve tahribi yasaktır ve kanunen takip edilmelidir.

muamele görmekte ve bu kontrol vazifesinin yasal takibi yükümlülüğü getirilmektedir.<sup>283</sup>

Bu kapsamda olay değerlendirildiğinde; askeri gereklilik hallerine düşman malvarlığı tahrip etmek mümkün olmaka birlikte, kültürel varlıklara alelade kamu mallarından daha özel bir değer atfedildiği görülmektedir. Lahey Sözleşmesi'nin 56. maddesi ile getirilen kati sınırlama ile; 23/g maddesinden kaynaklanan askeri gereklilik istisasının ancak dar yoruma tabi tutulabileceğini ifade etmek mümkündür.

Manastır'a taarruz edilmesi hususunda askeri gerekliliği gerçekten var olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar; komisyon raporunun<sup>284</sup>; Müttefiklerin Manastır'ın yükselen kulelerini gözlerinde büyüttükleri ve muzaffer ordunun zafer giden yolda önündeki tek engel olarak algıladıkları yönündeki iddiasını esas alarak, askeri gerekliliğin bulunmadığını iddia etmektedir.<sup>285</sup>

Taktik durumun neyi gerektirdiğini bu günün şartları ile tahayyül etmek zordur. Ancak kültürel varlıklar bakımından askeri gereklilik ilkesinin son çare (*ultima ratio*) olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Eğer kültürel varlığa taarruz edilmediği takdirde silahlı çatışmanın seyrinde esaslı bir değişiklik olmayacak ve insan hayatının tehlikeye girmesi engellenebilecek ise; askeri avantaj kazanımının ertelenmesi ve farklı hareket tarzlarının geliştirilmesi gerekmektedir.

Kültürel varlıkların korunması hususunda askeri gereklilik ilkesini eleştiren bazı görüşler; komutan inisiyatifinin çok fazla olduğunu öne sürmekte ve kültürel varlıkların akıbetinin askeri otoritelerin kararına bırakılmasını bir uluslararası hukuk zafiyeti olarak yorumlamaktadır. Eleştiri tamamen haksız değildir. Gerçekten zaruri ve kaçınılmaz bir halin bulunmadığı durumlarda yapılan tahribatın hukuk düzeni ile bağdaştırılması mümkün değildir. Mostar Köprüsü bunun tipik örneğidir. Belki de uluslararası andlaşmalar, çatışmalarda kültürel varlıkları yeterince koruyamamaktadır. Bunun nedeni, silahlı bir çatışmada odak noktasının insan hayatı olması olabilir. Savaşa her zaman sosyal ve hukuki bir çöküş eşlik etmektedir. Bu, silahlı çatışmalar hukukunun gerçeğidir. Silahlı çatışmalar hukukunun; çatışmadaki

<sup>283</sup> Keane, David. (2004). "The Failure to Protect Cultural Property in Wartime", *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 14 (1), s.3-6.

<sup>284</sup> ABD'de savaş alanlarında sanatsal ve tarihi anıtların korunması ve kurtarılması ile ilgili görev yapan komisyon raporu.

<sup>285</sup> Merryman, a.g.m., 1986, s.839.

eylemleri cezasızlaştırma yolundaki her adımı, kültürel varlıkların tahrip edilmesini neden olan rejimin de sinsi bir şekilde kabul görmesine neden olabilecektir.<sup>286</sup> Arzu edilen elbette uluslararası hukuk kurallarının kültürel varlıkları askerden arındırmayı ve bu yapıları korumayı istisnasız olarak başarabilmesidir. Ama bu ideale erişilemediği de ortadadır. Madalyonun diğer yüzünde ise acı bir realite mevcuttur.

Eleştirilerin bir kısmı; askeri otoritelerin olası keyfi uygulamalarından yakınmak suretiyle askeri gereklilik ilkesinin hukukilikten yoksunluğu sonucuna varmaktadır. Herhalde bu yaklaşımın özünde; askeri birlik komutanlarının kültürel varlıkların tahrip edilmesi yönündeki kararları, silahlı çatışmanın baskısı ve yıpranmışlığı altında herhangi bir hassasiyet göstermeden bir çırpıda aldıkları varsayımı mevcuttur. Silahlı çatışmanın stresli doğasında, askerlerin başkaca etik olguları gözetmeksizin sonuca odaklandıkları değerlendirmesi sosyolojik tabanı zayıf bir yorumdur.

Askeri gereklilik değerlendirmeleri ve neticesinde verilecek kararlar, karşımıza her zaman çözümü kolay meseleler şeklinde çıkmamaktadır. Askeri karar alıcılar bazı hallerde; çok kıymetli kültür varlığının korunması ile yaşam hakkının korunması arasında seçim yapmak durumunda kalabilirler.<sup>287</sup>

Bazı akademik yayınlarda kullanılan tipik bir örnekten benzetim yaparak varsayım üzerinden konu somutlaştırılmaya çalışalım. Silahlı bir çatışmanın gerçekleştiği bölgede; insanlık için tarihi ve manevi anlamı çok derin olan bir kültürel varlığın bulunduğunu kabul edelim. Civarında sıkışmış bir grup asker var ve tehlikeyi atlatabilmek için bu yapının yanından geçerek uzaklaşmak zorundalar. Siz de bu grubun lideri konumundaki birlik komutanısınız. Bir düşman keskin nişancısı, bu tarihi yapının yüksek bir noktasından üzerinize atış yapıyor. Bu yapı, taktik olarak çok avantajlı bir konumda ve kesin nişancı orada olduğu sürece kayıp vermeye devam edeceksiniz. Başkaca bir imkânınız yok. Birliğinizi tehlikeye atmadan hava taarruzu isteyebilirsiniz ve yapıyı yıkıp emniyetinizi sağlayabilirsiniz. Ya da emrinizdekilerden bazılarını yapının içine gönderip keskin nişancıyı etkisiz hale getirme yolunu seçebilirsiniz. Ancak bu olasılıkta; emrinizdeki askerlerden bazılarının hayatını kaybetme riski çok yüksek. Tarihi binayı bombalayacak mısınız?

---

<sup>286</sup> Keane, a.g.m., 2004, s.38.

<sup>287</sup> Merryman, a.g.m., 1986, s.840.

Bu bir ‘askeri gereklilik’ durumu mu? Bu varsayım üzerinden yapılan bir sınıf çalışmasında öğrencilerin sorundan kaçınmaya çalıştığı, ancak seçim yapmaya zorlandıklarında, genellikle insan hayatının daha önemli olduğunu belirttikleri görülmüştür.<sup>288</sup>

Monte Cassino ve diğer birçok örnek; askeri gereklilik ile ilgili karar alma sürecinin karmaşıklığını ve bunaltıcılığını ortaya koymaktadır. Askeri gereklilik denklemi; uluslararası hukuk düzeninin uzlaşmakta zorlandığı ancak vazgeçemediği bir olgudur. Bu çelişki; farklı konularda tüm hukuk dalları için geçerli olabilmektedir. Hukukun amacı ideal olan toplum düzenini inşa etmektir. Hukuk düzeninin amacı ideali yakalamak olsa dahi, karmaşık realiteyi çözümleme misyonundan kurtulamamaktadır.

#### 2.3.2.3.4. United States v. Von Leeb. davası

Sivil halkın yaşamı sürdürmesi için gerekli geçim kaynaklarının kısıtlanması, yaşamsal ihtiyaç maddelerinin ikmalinin engellenmesi ve bunlara el konulmasının hukuka uygunluğu sorunu *US v. Wilhelm von Leeb, and thirteen others (The High Command Case, US Military Tribunal, Nuremberg, October 27-28, 1948)*<sup>289</sup> yargılaması kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>290</sup> Bu örnekte sivil halkın yaşamsal kaynaklarının sınırlandırılması ile başlayan sürecin devamında, siviller üzerine atış yapılmasında şeklinde cereyan eden başka bir eylem de vücut bulmuş olup, her iki durum konu bütünlüğü bakımından aynı örnek üzerinde ele alınmıştır.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> Merryman, a.g.m., 1986, s.840. Yazarın kendi eleştirel yorumu için bu yayına bakınız. Aksi görüş için bkz. Nicholson, Sir Harold (1944). *Marginal Comments*, Spectator. reprinted in full in J. Merryman & A. Elsen. (2007). *Law, Ethics and The Visual Arts*, New York.

<sup>289</sup> US v. Von Leeb. and others davası, Nuremberg Askeri Ceza Mahkemesinin Üst Komuta Davası (The High Command Case) kapsamında gerçekleştirdiği yargılamaların resmi adıdır. The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al. davası literatürde The High Command Trial veya The High Command Case isimleri ile de anılmaktadır. Kaynak: United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, London, s.1.

<sup>290</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.259.

<sup>291</sup> Sivil halka ateş açılmasını engelleyen koşul, esasen ‘tedbirlerin silahlı çatışmalar hukuku kurallarını aykırı olamayacağı hususunun düzenleyen kriter kapsamında aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınabilecek mahiyette olmasına rağmen, konu bütünlüğü bakımından burada incelenmesi isabetli görülmüştür. Zira somut olayda; sivil halkın yaşamsal ihtiyaçlarının kısıtlanması ile başlayan süreci, başkaca askeri tedbirlerin uygulanmasına neden olacak bir dizi olay örüntüsü takip etmiş ve sivillere ateş açılması neticesi ortaya çıkmıştır.

1941 yılında Leningrad Nazi Almanya'sı tarafından kuşatılmış ve ablukaya alınmıştı.<sup>292</sup> Şehirdeki erzaklar hızla tükenmekteydi ve şehrin savunmasından sorumlu Rus komutan, ikmal maddelerinin tüketim hızını kontrol altına alabilmek maksadıyla sivillerin şehir dışına çıkartılması yönünde tahliye emri verdi. Kuşatmayı yöneten Alman komutan Von Leeb, sivillerin Leningrad'dan ayrılmasını ve Alman hatlarına doğru kaçmalarını engellemek maksadıyla topçu birliklerine Rus siviller üzerine ateş açma yetkisi veren bir emri yayınladı. Emirde; bu yönde bir girişimi engellemek için topçunun mümkün olan en kısa sürede atışa başlamak suretiyle Alman hatlarından mümkün olan en uzak mesafede kullanılması bildirilmiştir. Böylece; mümkünse piyade birliklerinin siviller üzerine atış yapması engellenmiş olacaktı. Savaşın sonra Mareşal Von Leeb 'hukuka aykırı bir emir vermek suretiyle savaş hukukunu ihlal etme' eylemi kapsamında yargılanmıştır.<sup>293</sup> Emrin hukuku uygunluğu hususunda değerlendirme yapan mahkemenin mütalaasından bir bölüm şu şekildedir: *"Savaş durumundaki bir komutan hukuken düşman kontrolü altındaki bir bölgeyi işgal edebilir ve teslim olunmasını sağlamak için bölgeyi tecrit etmeye gayret gösterebilir. İkmal maddelerini kısıtlamak ve kuşatma altındaki bölgede bulunanları açlığa sürüklemek suretiyle teslim olma suresinin kısaltılması girişiminin uygunluğu sorgulanamaz. Dolayısı ile her türlü besin kaynağının bölgeye girişinin kesilmesi meşrudur. Eğer kuşatma altındaki bölgenin komutanı erzak stokunu tüketenlerin sayısını azaltmak için savaşçı olmayan nüfusu bölgeden çıkartırsa, bu hukuka uygundur. Ancak tahliye edilenleri, teslim olmayı hızlandırmak için tekrar aynı bölgeye püskürtmenin aşırı bir tedbir<sup>294</sup> olduğu ifade edilir."*<sup>295</sup>

<sup>292</sup> 'Kuşatma' kavramı ele geçirmek ereğiyle bir yerin çevresini karadan sarmayı, askeri anlamda birliklerin hedefin etrafında tertiplenmesini ifade eder. 'Abluka'; tarafsız devletlerle bağlantısının kesilmesi amacıyla düşman devletin liman ve sahillerinin kuşatılmasını, tâbiyetlerine bakılmaksızın tüm gemi ve uçakların abluka hattına giriş ve çıkışlarının denetim altına alınmasını içeren bir harp metodu şeklinde tanımlanabilir.

<sup>293</sup> United States v. Wilhelm von Leeb. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals*, Washinton, Vol.XI, s.563. (The High Command Case)

<sup>294</sup> Orijinal metinde 'extreme measure' olarak geçen 'aşırı tedbir' kavramı; 'Olağanüstü tedbir' veya 'Ölçüsüz tedbir' olarak Türkçe'ye çevrilebilir. Kanımca yargı makamının burada işaret etmek istediği hususu ölçüsüz tedbir olarak kabul etmek hatalı olmayacaktır.

<sup>295</sup> United States v. Wilhelm von Leeb et al, 12 LRTWC 1 at 59 (1948). Erişim Linki:[<http://lawofwar.org/Von%20Leeb.htm>] (Erişim Tarihi:03.01.2021). Ayrıca aynı gerekçe metni için bkz. United States v. Wilhelm von Leeb. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals*, Washinton, Vol.XI, s.563.

Mahkeme yargılama neticesinde “*Hukukun başka türlü olmasını dileyebilirdik, ama onu olduğu haliyle uygulamak zorundayız. Sonuç olarak iddialarda suç unsuruna rastlanmamıştır.*” hükmüne varmıştır.<sup>296</sup>

Kuşatma görevini icra eden askeri otoritenin uyguladığı tedbirleri iki farklı perspektiften incelemek gereklidir. Birincisi kuşatmayı yapan taraf bakımından yapılacak değerlendirmedir. Kuşatmanın bir an evvel neticelendirilmesi ve düşmanın teslim olmasının sağlanması, kuşatmayı yapan muharip gücün meşru amaçlarındandır. Sivillerin şehirden tahliyesine müsaade edilmesi halinde; kuşatma uzayacak ve muharebeler devam edecektir. Bu durumda kuşatan taraf bakımından daha fazla kaynak ve zaman israfı gündeme gelecektir. Ayrıca muharebelerin uzaması, kuşatma yapan askeri gücün kayıplarının artmasına neden olacaktır. Savaş durumundaki muharip gücün farklı harekât neveleri ile düşmanı yıpratma gayreti içerisinde olacağı aşîkârdır. Bu maksada hizmet edecek şekilde, düşmanı teslim olmaya zorlayacak tedbirlerin de cari olması şaşılacak bir durum değildir. Silahlı çatışmalar hukuku; düşmanın teslim olmaya zorlanması amacıyla ikmal ve iletişim bağlantılarının kesilmesine cevaz vermektedir. Şehirdeki muharip olmayan nüfusun tahliyesinin düşman imkân ve kabiliyetlerini arttıracığı, ikmal maddelerinin daha uzun süre idamesini sağlayacağı ve bu itibarla kuşatanın hedefi ele geçirmesini geciktireceği şüpheden uzaktır. Bu durumda sivil nüfusun şehirde kalmasının teslim olma süresini kısaltacağı değerlendirilmesi isabetlidir. Ayrıca şehirden çıkıp kuşatma birliği hatlarına intikal eden nüfusun başkaca saldırgan eylemler gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğinin tespiti mevcut şartlar altında zordur. Bu yönüyle kuşatmayı sevk ve idare eden muharip komutan tarafından, sivil nüfusun şehirde tutulmasının düşmanın iâşeden yoksun kalması ve teslim olma süresinin kısalması bakımından avantaj olarak kabul edilebileceği söylenebilir.<sup>297</sup> Ayrıca; şehirden çıkan nüfusun kuşatma birliklerinin emniyetini tahdit etme ihtimali de ortadan kalkacaktır. Fakat sivil nüfusun tahliyesinin engellenmesi maksadıyla, korkutarak geri püskürtme saiki ile muharip olmayan insanlar üzerine atış yapılması eyleminin zorunluluk derecesi tartışmalıdır. Askeri gereklilik kapsamında alınacak önlemler silahlı çatışmalar hukuku kurallarına uygun olmalı, şiddet kullanımı zorunluluk arz etmelidir. Her koşulda gereksiz cankaybının önüne geçilmesi amaçlanmalı ve hedefin niteliği

<sup>296</sup> United States v. Wilhelm von Leeb., a.g.e., 1950, s.563.

<sup>297</sup> Johansen, a.g.e., 2019, s.281.

gözardı edilmemelidir.<sup>298</sup> Ancak konuyu ele alırken, kuşatma komutanı tarafından, harekât ortamının durum ve şartları altında bu tedbirin zorunlu kabul edilmesi ve askeri gereklilik olarak kıymetlendirilmesi hususunu yukarıdaki şartları gözeterek değerlendirmek gereklidir.

İkinci perspektif ise kuşatmaya maruz kalan kuvvet özelinde yapılması gereken değerlendirmedir. Kuşatmaya maruz kalan ve savunma durumundaki komutan bakımından da tahliye kararının tetkik edilmesi uygun olacaktır. Tahliye kararının esas gerekçesi, şehirdeki askeri gücün iâşe süresini uzatmaktır. Bu aşamada tahliye kararının sivil nüfusun güvenliğini sağlamak amacı da gözetilerek verildiğini öne sürmek güçtür. Ancak kararı veren otoritenin niyetinden bağımsız olarak, sivillerin tahliyesinin bu insanların muharebe ortamından uzaklaştırılması, nispeten daha emniyetli bir bölgeye sevk edilerek yaşama haklarının temini amacına hizmet ettiği de ortadadır. Ayrıca şehri savunan birlikler de muharip ve sefer durumunda olup bu birlikleri sevk ve idare eden komutanın savunma süresini uzatma, ikmal maddelerinin idamesini sağlama, taarruz unsurlarının dirayetini kırma gibi savaş hukukuna uygun meşru amaçları vardır.<sup>299</sup>

Bu iki farklı perspektifin birlikte tahlil edilmesi neticesinde; sivillere ateş açılmasının meşruiyetine karar vermek son derece güçtür. Nitekim mahkeme; eylemi ölçüsüz bulmuştur. Kararı veren askeri otoritenin savaşın o anki şartları itibarıyla bunu zaruri kabul etmesi ve askeri bir gereklilik olarak öne sürmesi, eylemin ölçüsüzlüğü durumunu değıştirmemekle beraber savaş suçu olarak vasıflandırılmasının önünde geçmektedir. Öyle ki; mahkeme tarafından suç unsuruna rastlanmadığı ifade edilmiştir.

Bu olayda; sivillerin yaşam hakkı ile kuşatan muharibin savaş hukukundan kaynaklanan çatışmayı bir an evvel sona erdirmek adına gerekli meşru tedbirleri alma hakkı yarışan haklar niteliğindedir. Muharibin savaşı derhal sonlandırması, devletin menfaatlerinin temin etme yasal amacına hizmet etmenin yanı sıra, savaşın dehşeti nedeni ile yaşanan kayıpların da azalmasını sağlayacaktır. Keza, atış emri öldürme kastıyla değil geri çevirme kastıyla verilmiştir. Ancak sivillerin muharebe

---

<sup>298</sup> Çaycı, *a.g.e.*, 1994, s.143.

<sup>299</sup> Sivillerin doğrudan hedef alınmasına ilişkin olarak *b.kz.* Dinstein, *a.g.e.*, 2004, s.115.

ortamından çıkarılmasında da korunan bir hukuk değeri mevcuttur.<sup>300</sup> Bu iki hukuki menfaatten hangisinin önceleneceği konusunda sonuca ulaşmak kolay değildir.

Bu aşamada akla gelen ilk soru; askeri gerekliliğin derecesi ne olursa olsun eylemin insan haklarına uygunluğunun gözetilip gözetilmeyeceğidir. İhlale konu hak; yaşam hakkıdır. Evrensel nitelikli insan haklarının her koşulda korunması ideali<sup>301</sup>; davaya konu olayda insani mülahazaları önemli kılmaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukuku konseptleri arasındaki ayrıma dair bazı nüansları fark etmek gerekmektedir. Silahlı çatışmalar hukuku ve insan hakları hukuku arasında belirgin bir ayrım vardır. Silahlı çatışmalar hukuku devletler arasındaki ilişkileri düzenler ve konusu eşitler arası ilişkilerdir. İnsan hakları hukuku, devlet ile devletin tabiiyetindeki bireyler arasındaki ilişkileri düzenler. Bazı andlaşmalar, devletlerin silahlı çatışma halinde bazı temel hak ve özgürlükleri kısıtlamasına cevaz vermektedir.<sup>302</sup>

Öyleyse; insan haklarının silahlı çatışmalar hukukunun doğrudan konusu olmadığı ve devletlerin çatışma durumunda kendi vatandaşlarının dahi temel hak ve özgürlüklerinin bir kısmını kısıtlayabildiği bir ortamda, bir devletin düşman ülkenin vatandaşları bakımından askeri gereklilik halinde insan haklarını gözetme yükümlülüğünün olmadığı sonucuna varmak mümkün müdür?

Bu önermenin kabulü, askeri gereklilik ilkesinin kısıtlayıcı fonksiyonunu yok saymak anlamına gelmektedir. Çatışma durumunda insan haklarının askıya alınması yönünde yapılacak bir yorum hatalı olacaktır. Silahlı çatışmalarda askeri gereklilik değerlendirmesi yapılırken, en vahim hallerde dahi çekirdek hakların gözetilmesi ve bu çerçevede ölçülülük incelemesi yapılması gerekmektedir. Askeri gerekliliğin şiddete imkân sağlamakla birlikte çok sıkı insani kısıtları da inşa ettiği unutulmamalıdır.<sup>303</sup>

Davaya konu olayda; savaşın uzaması, kuşatmanın başarısız olması ve muharip kayıpların artması pahasına da olsa, masum sivillerin tahliyesinin sağlanması ve

---

<sup>300</sup> Kelly, Max. (2011). *Protecting Civilians: Proposed Principles for Military Operations*, Washington, s.19-24.

<sup>301</sup> Çiftçioğlu, Cengiz Topel. (2012). “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı:103, s.140-152.

<sup>302</sup> Tütüncü, Ayşe Nur. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir, s.63.

<sup>303</sup> Henckaerts, Jean-Marie. (1999). “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, No. 835.

bunun yaratacağı dezavantajların kabullenilmesi güncel insan hakları konsepti, vicdan ve hukuk idealine daha uygundur. Sivillerin tahliyesine izin verilmesi halinde kuşatmanın uzaması nedeniyle telafisi mümkün olmayan kayıpların ortaya çıkacağını bu günün şartları ile tahayyül etmek oldukça güçtür. Fakat korkutma kastı ile dahi olsa sivillere yönlendirilen topçu atışlarının savaşı onuru ile de bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Silahlı bir çatışmada uygulanacak bir askeri eylem tipinin neden olacağı can ve mal kaybı, o eylem ile sağlanacak askeri avantajdan ölçsüz şekilde fazla olamaz. Zira bu halde başka bir silahlı çatışmalar hukuku ilkesi olan orantılılık ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.<sup>304</sup>

#### 2.3.2.3.5. Prosecutor v. Milan Martić davası

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki ceza yargılamalarını takiben yaklaşık kırk yıl sonra; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1993 yılında Eski Yugoslavya'da işlenen savaş suçlarının yargılanması için Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kurmuştur. Silahlı çatışmalar hukuku ihlalleri çerçevesinde işlenen savaş suçlarına ilişkin yargılama yapması için özel bir amaçla kurulan (*ad hoc*) mahkemenin<sup>305</sup> *Milan Martić* hakkında verdiği karar gerekçesi, askeri gereklilik ilkesi bağlamında incelenmeye değer niteliktedir.<sup>306</sup>

*Milan Martić* 1991-1995 yılları arasında tanınmayan (sözde) Sırp Krajina<sup>307</sup> Cumhuriyeti'nde (Republic of Serbian Krajina) (RSK) ve Sırp Özerk Bölgesi'nde (Serbian Autonomous District (SAO) Krajina) iç işleri bakanlığı, savunma bakanlığı ve cumhurbaşkanlığı gibi çeşitli kritik lider pozisyonlarında bulunmuş Hırvat-Sırp asıllı bir siyasetçidir.

*Milan Martić*, Hırvat ve diğer Sırp olmayan nüfusu Sırp Özerk Bölgesi ve Sırp Karijna Cumhuriyeti olarak anılan bölgeden zorla çıkarmaya gayret etmiş; ortak suç teşebbüsünün<sup>308</sup> eylemlerinin amacına ulaşması için aktif çaba göstermiştir. Sırp

---

<sup>304</sup> Çaycı, *a.g.e.*, 1994, s.142.

<sup>305</sup> Schmitt, *a.g.m.*, 2010, s. 817.

<sup>306</sup> Prosecutor v. Milan Martić, Case No. IT-95-11-T, Judgement, 12 June 2007.

<sup>307</sup> Slav dilinde sınır bölgelerini ifade eden ve günümüzde metropolden uzak bölgeler için kullanılan bir terimdir.

<sup>308</sup> Ortak suç teşebbüsü ( Joint Criminal Enterprise)[JCE]: Bir mahkemenin sanığı belirli bir plan ve amaç dâhilinde başkaları tarafından işlenen suçlar kapsamında yargılama yetkisini ifade eden yasal bir doktrindir. Savaş suçları yargılamalarında kullanılır. *Bkz.* Ciorciari, John. (2008). "Joint Criminal Enterprise and the Khmer Rouge Prosecutions", *Internet Archive Wayback Machine*, Onl.Ed. p.3-5.

olmayan nüfusun bölgeden sürgün edilmesi sürecine tanık olmasına ve işlenen insanlık dışı fiilleri bilmesine rağmen, bölgenin kaotik atmosferinde kasıtlı olarak suç faillerine müdahale etmekten kaçınmıştır. 2 - 3 Mayıs 1995 tarihlerinde, yedi kişinin öldüğü ve iki yüz on dört kişinin yaralandığı Zagreb saldırısında bombardıman emrini vermiştir. *Martić*; bu süreçte cereyan eden olaylar neticesinde oluşan insanlığa karşı suçlar kapsamında siyasi, ırksal ve dini gerekçelerle; zulüm, cinayet, işkence, insanlık dışı eylemler, sınır dışı etme, zorla sürgün etme gibi fiiller nedeniyle yargılamaya tabi tutulmuştur. Silahlı çatışmalar hukuku kuralları ve örf ve adet hukuku kurallarının ihlali bağlamında *Martić'e*; köylerin kasıtlı olarak tahrip edilmesi, askeri gerekliliğin haklı göstermediği eğitim faaliyetlerine ve din hizmetlerine özgülenmiş kurumların ve binaların kasten tahribatı ve yıkımı, kamu veya özel mülkiyetin yağmalanması, Sırp olmayan sivil nüfusa yönelik saldırı eylemleri isnat edilmiştir.<sup>309</sup>

Sanığa silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlali açısından askeri gereklilik mülahazası bağlamında isnat edilebilen eylemlere ilişkin soruşturma ve kovuşturma yetkisinin kaynağı; Eski Yugoslavya ile ilgili davalara bakmak üzere kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'dür.<sup>310</sup> Davaya ilişkin inceleme yapmadan önce; Statü<sup>311</sup> kapsamında askeri gereklilik ilkesinin konumu ve niteliğinin tespiti isabetli olacaktır.

Statü ile mahkemenin yargılama yetkisinin kapsamı belirlenmiştir. Statünün 3. maddesi; silahlı çatışmalar hukukunu ve teamüllerini ihlal eden kişilerin yargılanabileceğini düzenlemektedir. Bu tür ihlallerin neler olduğu hususu maddenin devam eden fıkralarında örnekleme yoluyla sayılmış ancak ihlal kapsamının bunlarla sınırlı olmadığı açıkça vurgulanmıştır.<sup>312</sup>

---

Erişim

Linki:[<https://web.archive.org/web/20091214205815/http://www.cambodiatribunal.org/blog/Joint-Criminal-Enterprise-and-the-Khmer-Rouge-Prosecutions.html>] Erişim Tarihi: (27.01.2021)

<sup>309</sup> Case Information Sheet (Prosecutor v. Milan Martić). "Communications Service of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", "RSK" (IT-95-11) Milan Martić (2007).

<sup>310</sup> Odman, Tevfik. (1996). "Eski Yugoslavya ile ilgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), s.143.

<sup>311</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 25 Mayıs 1993 tarihli ve S/RES/827 sayılı kararının eki olarak kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü kastedilmektedir.

<sup>312</sup> Böylece maddede yazılı haller dışında da çatışma hukuku kurallarının ihlalinin tespiti ve kovuşturulması mümkündür.

Askeri gereklilik analizi doğrultusunda *Martić Davası* ile ilgili olarak Statünün konumuza ilişkin sayma usulü ile belirlenen düzenlemeleri 3. maddenin (b), (d) ve (e) fıkralarıdır.<sup>313</sup> Bahse konu fıkralar kapsamında; şehirlerin, kasabaların veya köylerin haklılığı askeri gereklilikle izah edilemeyecek şekilde kasıtlı ve kusurlu olarak yıkımı<sup>314</sup>; din, eğitim, tarih, sanat, hayır işleri ve bilime özgülenmiş kurumların kasten tahrip edilmesi, yıkımı veya bunlara el konulması<sup>315</sup>; kamu ve özel mülkiyetin yağmalanması<sup>316</sup> hallerinde ilgili mahkemenin yargılama yetkisi mevcuttur.<sup>317</sup> *Martić*, Statünün bu düzenlemelerinde tipik unsurları açıklanan eylemleri ifa ettiği gerekçesi ile suçlanmıştır.<sup>318</sup>

Bunun dışında *Martić*; sivillere saldırmak suretiyle ika ettiği eylemlerin silahlı çatışmalar hukuku kurallarını ve teamüllerini ihlal ettiği gerekçesiyle, Statünün 3'üncü maddesinin ilk cümlesi uyarınca ayrıca kovuşturulmuştur.<sup>319</sup>

Statünün yargılama yetkisini düzenleyen hükümlerinde askeri gereklilik istisnasının tanındığı açıkça görülmektedir. Statünün askeri gereklilik argümanını kabul ettiği düzenlemelerin dayanakları da esas itibarıyla yukarıda incelediğimiz

---

<sup>313</sup> Mahkemenin savaş suçlarına ilişkin yargılama yetkisinin kaynağı Statünün 5. maddesi inceleme konumuzun sınırları içerisinde değildir. Statünün 2/(d) maddesinde askeri gerekliliğe atıf yapılmıştır. Bu madde uyarınca 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlali niteliğindeki fiiller sayma usulü ile belirlenmiş, fiillerinden dolayı şahısların yargılanması mümkün kılınmıştır. Ağır ihlal niteliğinde fiil tiplerinden biri de; askeri gereklilikle meşrulaştırılması mümkün olmayan surette, kusurlu ve hukuka aykırı olarak mülkiyet hakkına el atılması yahut mülkiyetin ağır şekilde tahrip edilmesi durumudur. Böylesi bir durumda; anılan mahkemenin askeri gereklilik yönünden inceleme yapma yetkisi ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ihlallerini tespit yoluna gitme yetkisi mevcuttur. Hâlihazırda incelemeye konu somut dava bakımından bu eylemin tipik unsurları oluşmadığından, Statünün 2. maddesinin özetle açıklanması ile yetinilecektir. Zira yargılamada davacı bakımından tatbik edilebilecek hukuk normlarının tespitinde Statünün 3. maddesinin somut olayı karşıladığı mütalaa edilmiştir. Statünün 3. maddesinin (c) fıkrasındaki eylem tipi; savunmasız kasaba, köy, mesken ve binalara saldırılması veya bombardımana maruz bırakılmasıdır. Dava konusu olay bakımından bu fıkradaki fiillerin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olabilecektir. Ancak yetkili mahkeme; 3 (c) maddesindeki eylemi sanığa isnat etmemiştir.

<sup>314</sup> Bkz. Statü Md.3(b).

<sup>315</sup> Bkz. Statü Md.3(d).

<sup>316</sup> Bkz. Statü Md.3(e).

<sup>317</sup> Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia. (1993-2009). United Nations, s.5-6.

Erişim Linki: [[https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf)] Erişim Tarihi:(27.01.2021)

<sup>318</sup> United Nations. (2007). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-95-11-T. (Prosecutor v. Milan Martić), s.19.

<sup>319</sup> Prosecutor v. Milan Martić, United Nations. (2007), s.29.

tarihsel süreçteki sözleşmelere dayanmaktadır. Yani mahkemenin yargılama yetkisini düzenleyen Statü; Lahey ve Cenevre tipi sözleşmelerle kabul edilen askeri gereklilik argümanını ve kriterlerini kendi kurgusu içerisine ithal etmiştir. Örneğin Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokolleri, yerleşim yerlerinde sivilleri hedef alan bombardımanları ve sivil nüfus arasında terör yaymayı amaçlayan eylemleri yasaklar. Bu hükümler, düşmanlığın yürütülmesine ilişkin kuralları içeren silahlı çatışmalar hukukunun esası unsurlarını oluşturmaktadır.<sup>320</sup>

*Martić* davasında mahkemenin askeri gereklilikle ilgili değerlendirmeleri şaşırtıcı değildir. Heyet; köylerin yok edilmesi eyleminin askeri bir zaruret ile gerekçelendirilemediğine, Sırp güçlerin köylere girip evleri ve diğer mülkleri yakması eylemlerinin kasten yapıldığına ve askeri gereklilikle açıklanamayacağına, kusura dayalı olarak köylerin tahrip edilmesi ve yıkıma uğratılmasında askeri gerekliliğe dayanma imkânı olmadığına kanaat getirmiştir. Buna ilave olarak sivillere ve sivillerin kamusal hizmetler için kullandığı taşınmazlara yönelik saldırılan hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceği yönüne değerlendirme yapmıştır.<sup>321</sup>

Bu dava bakımından somut olaya ilişkin yapılan değerlendirme yerindedir. Sivillere, özel ve kamu mallarına yönelik askeri eylemlerin meşruluğu ancak bu yönde uygulanacak tedbirlerin zaruri olması halinde mümkündür. Bu zaruret hali ise; düşmanı teslim olmaya zorlayacak askeri bir gerekliliğin varlığı ile gün yüzüne çıkabilir. Askeri risk faktörleri ve harekâtı tahdit eden hiçbir hususun bulunmadığı somut durumda; sivil yerleşimlerin hedef alınmasının askeri gereklilik ilkesi ile bağlantısı yoktur. Askeri gereklilik ilkesinin maksadı; kuvvet kullanımı ve şiddetin aşırı, nispetsiz, amaçsız ve gereksiz olarak tatbik edilmesinin önüne geçmektir.<sup>322</sup>

Fakat burada son derece önemli bir noktaya da temas etmek gerekmektedir. *Ad Hoc* bir mahkemenin kendi kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen statüsünde; askeri gereklilik kodifiye edilmiştir. Bu türden statüler, özel yetkili yargı organlarına özgülenmesi hasebiyle bir sözleşme kudretinde ele alınmaya müsait değildir. Ancak her koşulda askeri gereklilik olgusunun hukuk düzenindeki yerinin sağlanması ve kodifiye edildiği kaynakların genişlemesi bakımından anlam ifade etmektedir.

---

<sup>320</sup> Tütüncü, *a.g.e.*, 2019, s.67.

<sup>321</sup> Prosecutor v. Milan Martić, United Nations. (2007), s.141-146.

<sup>322</sup> Çaycı, Sadi. (1992). *Harekât Hukuku*, Ankara, 1992, s.28.

### 2.3.2.3.6. The Prosecutor v. Jadranko Prlić (et al.) davası

Bu dava da Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde gerçekleştirilmiş olup; davanın sanıkları Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić ve Berislav Pušić olmak üzere altı kişiden müteşekkildir.<sup>323</sup>

Bu davada, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, eski Yugoslavya'nın dağılması bağlamında işlenen suçlardan dolayı altı sanığı yargılayıp mahkûm etmiştir. Sanıklar; Bosna ve Hersek'in çoğunluğu müslüman silahlı kuvvetleriyle silahlı bir çatışmada karşı karşıya gelen ve etnik aşırı görüşlere sahip Hırvat Savunma Konseyi'nin mensuplarıdır. Sanıklar genel anlamda; kasten öldürme; insanlık dışı muamele (cinsel saldırı); hukuka aykırı olarak sınır dışı etme; sivillerin nakli ve alıkonulması; mülkün kapsamlı şekilde tahrip edilmesi ve mülke el konulması; zalimce muamele; şehirlerin, kasabaların veya köylerin yok edilmesi veya yıkılması; siyasi, ırksal veya dini gerekçelerle zulüm; cinayet; tecavüz; siviller arasında terör yayma gibi pek çok eylemden dolayı, silahlı çatışmalar hukukunun ağır ihlalleri, savaş suçları ve çatışma hukuku örf ve adetlerine aykırılık kapsamında kovuşturulmuşlardır.<sup>324</sup>

Bu başlık altında davanın konusu olan; askeri gerekliliklerin meşru kılamayacağı surette kamu ve özel mülklerinin tahrip edilmesi, yıkılması, köy ve şehirlerin hasara uğratılması şeklinde vücut bulan hukuka aykırılıklar incelenecektir. Bu bağlamda özel olarak; Mostar Köprüsü'nün yıkılması sureti ile insanlığa mal olmuş tarihi eserin askeri gereklilik kapsamında tahrip edilmesi neticesinde kültürel mirasa verilen zararın meşruluk kazanıp kazanamayacağı hususuna kısaca temas edilecektir.<sup>325</sup>

Mahkeme tarafından; öncelikle korunan hukuki değerler ile bunlara ilişkin olarak somut olaya uygulanabilir uluslararası hukuk normlarının tespiti yoluna gidilmiştir. Uluslararası sistem; sivillere ait malların, kamu taşınmazlarının, kültürel,

<sup>323</sup> The Prosecutor v. Jadranko Prlić (et al.) Case No. IT-04-74, Judgement, (2006-2013).

<sup>324</sup> Case Information Sheet (The Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.). "Communications Service of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", IT-04-74.

<sup>325</sup> Mahkemenin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen Statü kapsamında hangi eylemlere ilişkin yargılama yetkisinin bulunduğu hususu bir önceki başlık altında ele alındığından burada ayrıca incelenmemiştir.

tarihi ve / veya dini yapıya sahip binaların korunması için çeşitli mekanizmalar öngörmüştür.<sup>326</sup>

Bunlardan birincisi; sivil nitelikteki mallarının genel olarak korunmasını düzenleyen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin I Numaralı Ek Protokolü'nün sağladığı güvencelerdir. I No'lu Ek Protokolün 52. maddesi; sivil nitelikte malların (askeri hedef olmayan tüm malları ifade eder) saldırı ya da misillemelere hedef teşkil edemeyeceğini düzenlemektedir. Kültürel varlıklar da bu genel korumanın kapsamındadır. Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlanmıştır. Mallarla ilgili askeri hedef tarifi yapılırken; doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objelerle sınırlı olmak üzere bunların askeri hedef niteliği kısmen kabul edilmiştir.<sup>327</sup> Yani askeri gereklilik çerçevesinde, düzenleme kapsamında sivil nitelikli malların askeri hedef kabul edilebilmesinin önü açılmıştır. Ancak bu noktada 52. maddenin 3. fıkrası; sivil bir yapının askeri hedef olarak kabul edilmesi bakımından son derece kısıtlayıcı bir düzenleme getirmiştir. İbadet yeri, ev ya da diğer ikamet yerleri ya da okullar gibi normalde sivil amaçlara tahsis edilmiş olan bir malın, askeri harekâta etkin bir katkıda bulunmak için kullanılıp kullanılmadığına dair kuşkular olması durumunda, söz konusu hedef bu amaçlarla kullanılmamış sayılacaktır.<sup>328</sup> Bu çerçevede Cenevre Sözleşmesi kapsamında sivil kullanıma açık bir malın<sup>329</sup> askeri amaçla kullanıldığı hususu şüpheden uzak şekilde açık değilse, bu malın askeri hedef kategorisine alınması mümkün değildir.<sup>330</sup>

Yine Ek Protokolün 53. maddesi tarihi anıtlara, sanat eserlerine veya ibadet yerlerine karşı yöneltilen herhangi bir düşmanlık eylemini yasaklamakta, aynı zamanda kültürel malların askeri çalışmaları desteklemek için kullanılmasının da

<sup>326</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-T, Trial Chamber, Judgement and Opinion, 29 May 2013. Erişim Linki: [<https://www.icty.org/en/case/prlic>] (Erişim Tarihi: 30.01.2021)

<sup>327</sup> Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.215.

<sup>328</sup> Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.215.

<sup>329</sup> Kanımca bu tarife sivil kullanıma özgülenmiş kamusal mallar ve kültürel miras niteliğindeki eserler de dâhildir.

<sup>330</sup> *The Prosecutor v. Prlić et al.*, "Online Casebook", published on *How does law protect in war?*, p.172. Erişim Linki:[<https://casebook.icrc.org/>](Erişim Tarihi:30.01.2021)

önüne geçmektedir.<sup>331</sup> Bu madde bakımından bir askeri gereklilik istisnası açıkça gösterilmemiş olmakla birlikte; ‘1954 Lahey Sözleşmesi’nin ve diğer uluslararası kaynakların hükümlerine hale getirmeme’ kaydı düşülerek aslında 1954 Lahey Sözleşmesi ile düzenlenen askeri gereklilik istisnası kabul edilmiş olmaktadır.

Kültürel varlıkların korunması bakımından ikinci mekanizma ise 14 Mayıs 1954 tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi ile sağlanmıştır. Bu sözleşmenin 7. maddesi<sup>332</sup> ile taraflara; silahlı kuvvetleri mensuplarında, bütün milletlerin kültürüne ve kültürel varlıklara karşı bir saygı zihniyeti uyandırma yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı sözleşmenin 6, 16 ve 17. maddeleri ile kültürel varlıkların ayırıcı işaretlerle işaretlenmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir.<sup>333</sup> Sözleşmenin 1. maddesi kapsamında; insanlık için kültürel miras niteliğinde değer olan taşınır ve taşınmazların silahlı çatışmalarda korunması hususunun aynı zamanda örf ve adet hukukunun ruhuna uygun olduğu açıktır.

Mahkeme sonuç olarak; din ve eğitim amacı ile faaliyet gösteren binalar veya kültürel varlıkların zarara uğratılması bakımından hukuka aykırılığa kanaat getirilmesi için bazı kriterler belirlemiştir. Buna göre; kültürel veya dini bir varlığın kast ile tahrip edilmesi ve askeri bir amaçla kullanılmadığının bilindiği durumlarda eylemin bu varlığın yok edilmesi maksadıyla yapılmış olması şartları aranmıştır.<sup>334</sup> 1949 Cenevre Sözleşmesi I Numaralı Ek Protokolü ve 1954 Lahey Sözleşmesi kapsamında kültürel varlıkların hedef haline getirilmesi yasağı ve bu yasağa getirilen askeri gereklilik istisnası zaten sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Mahkemenin bunlara ilave olarak bir de özel kastı şart olarak benimsediği görülmektedir. Yani bir kültürel varlığa verilen zararın hukuka aykırılık teşkil etmesi için; hem tahribin kast ile yapılması, hem de bu varlığın askeri amaca tahsis edilmediğinin bilindiği bir durumda yok etme maksatlı olarak tahrip edilmesi şartlarını aranmıştır.

<sup>331</sup> The Prosecutor v. Prlić et al., “Online Casebook”, publised on *How does law protect in war?*, p.173.

<sup>332</sup> Lahey Sözleşmesi: Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunması Sözleşmesi (UNESCO, 1954) Hague Convention: Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict Erişim Linki:[<http://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/K-Lahey-Sozlesmesi-UNESCO%2C-1954.pdf>](Erişim Tarihi:30.01.2021)

<sup>333</sup> The Prosecutor v. Prlić et al., “Online Casebook”, publised on *How does law protect in war?*, p.174-177.

<sup>334</sup> The Prosecutor v. Prlić et al., “Online Casebook”, publised on *How does law protect in war?*, p.178.

Bu tespitten sonra Mostar Köprüsü örneğine gelecek olursak; 9 Kasım 1993'te Hırvat Savunma Konseyi güçleri, Doğu ve Batı Mostar arasındaki Neretva Nehri'nden geçen Stari Most'u (Eski köprü) yıkmıştır. Köprü'nün benzersiz karakteri, beş yüz yıllık tarihi ve sembolik doğası; dini farklılıklarına rağmen topluluklar arasındaki bağı sembolize etmektedir. Köprü'nün Balkan toplumları için önemi tartışmasızdır. Mahkeme köprü'nün orada yaşayan Müslüman topluluğu için de özel bir değer taşıdığını kabul etmiştir.<sup>335</sup>

Köprü'nün yıkımına ilişkin değerlendirme yapmadan önce somut olayın şartlarını detaylandırmak uygun olacaktır. 8 Kasım 1993'te Mostar saldırısının bir parçası olarak Hırvat Savunma Konseyi güçlerine ait bir tank, Mostar'ın Eski Köprüsü'ne gün boyu atış yapmış ve köprüyü neredeyse yıkılacak hale getirmiştir. Normalde sivillerin kullanımına tahsis edilmiş bu köprü, çatışma döneminde cephedeki birimlerin asker, yiyecek ve malzeme göndermesi için ikmal yolu olarak kullanılmaktaydı. Köprü'nün hemen yakınlarında da mevziler bulunmaktaydı. Köprü'nün yok edilmesi halinde Bosna Hersek Cumhuriyeti ordusunun ikmal faaliyetleri önemli ölçüde sekteye uğrayacağından, bu yapının yok edilmesinin ciddi bir avantaj askeri avantaj sağlayacağı değerlendirilmekteydi. Sonuç olarak, mahkemeye göre Hırvat güçlerin saldırı anında Eski Köprü'yü askeri bir hedef olarak tanımlaması makuldü. Ancak, Eski Köprü'nün yıkılması Müslüman yerleşim yerinin sakinlerini neredeyse tamamen izole bir şekilde Neretva'nın sağ kıyısında kalmasına ve yiyecek bulmalarının imkânsız hale gelmesine sebep oldu. Siviller için de ikmal yolu niteliğindeki bu köprü kentin yaşamsal fonksiyonları için kritikti. Hırvat silahlı gücü tarafından köprü'nün yıkılmasının ardından orada yaşayan nüfus için insani durumda ciddi bir kötüleşmeye gerçekleşti. Tıbbi malzemeler de dâhil olmak üzere ikmal sıkıntıları başladı. Neretva Nehri boyunca tüm erişim kesildi. Eski Köprü'nün yıkılması Mostar'daki Müslüman nüfus üzerinde, askeri harekâta negatif yönde tesir edecek çok önemli bir psikolojik etki yarattı.

Mahkeme; karara ilişkin mütalaasını yaparken yukarıda açıklanan somut şartları bir bütün olarak nazara alarak yapmıştır. Eski Köprü'nün Hırvat Savunma Konseyi tarafından yıkılması askeri zorunlulukla gerekçelendirilmiş olsa da, sivil

---

<sup>335</sup> The Prosecutor v. Prlić et al., "Online Casebook", published on *How does law protect in war?*, p.1281-1282.

nüfusa verilen zararın tartışılmaz ve önemli olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle Mostar'ın Müslüman sivil nüfus üzerindeki etkisinin, Eski Köprü'nün yıkılmasından beklenen somut ve doğrudan askeri avantajla orantısız olduğu ortaya konulmuştur. Özellikle Müslümanlar için muazzam kültürel, tarihi ve sembolik değeri nedeniyle Eski Köprü'nün yıkılmasının büyük zarar niteliği taşıdığına vurgu yapılmıştır. Sonuç olarak; Hırvat Silahlı Kuvvetleri'nin Mostar kasabasının Eski Köprüsü'nü yıktığı, bunun askeri gereklilik bağlamında bir zaruret teşkil etmediği, bu suretle; şehirlerin, kasabaların veya köylerin kasıtlı olarak yok edilmesi veya askeri zorunlulukla gerekçelendirilemeyen yıkımı suçunun vücut bulduğu sonucuna varılmıştır.<sup>336</sup>

Bu karar askeri gereklilik ve insancılık dengesi bakımından silahlı çatışmalar hukukunun gelişiminde önemli bir dönüm noktasıdır. Sivillerin kullanımına sunulmuş tarihi ve kültürel değeri tartışmasız bir yapı, savaşta ikmal yolu olarak kullanılmıştır. Köprü'nün askeri hedef niteliği kabul edilmiştir. Köprü'nün imhası halinde elde edilen muazzam askeri avantaj taktik anlamda kabul görmüştür. İmhanın hasım üzerindeki manevi tesiri de, karşı taraf adına bir kuvvet çarpanıdır. Köprü'nün imhası, düşmanı en süratli şekilde teslim olmaya zorlayacak etkileri yaratmaktadır. Bütün bu askeri gereksinimlere ilişkin argümanlara rağmen mahkeme; köprü'nün imhasının siviller üzerinde yarattığı yaşamsal mağduriyetler ile köprü'nün tarihsel ve kültürel değeri itibarıyla o toplum bakımından önemi ve elde edilen askeri avantajın sivil halk üzerindeki neticeleri üzerine insancıl bir yorum yapmıştır. Netice olarak; sırf köprü'nün yıkılmasının getirdiği askeri avantaj ile köprü'nün yıkılması arasında orantılılık tespit edilememiştir.

Mahkemenin yorumundan hariç olarak; esasen somut durumda geciktirilmesinde sakınca bulunan acil bir tedbir ihtiyacı da yoktur. Köprü'nün yıkımının sağladığı pozitif avantaj, Hırvat güçleri için kaçınılmaz bir zorunluluk niteliğinde değildir.

Mahkemenin yaklaşımı; askeri gerekliliklerin tanınmasına rağmen insani değerlere atfedilen özel önem bakımından büyük önem ifade etmektedir.

---

<sup>336</sup> The Prosecutor v. Prlić et al., "Online Casebook", published on *How does law protect in war?*, p.1581 - 1587.

#### 2.3.2.4. Düşman Ülkenin Sağladığı İstifade Edilebilir Her Türlü Kaynağın Tahsisinin Ordunun Yaşamını Sürdürmesi için Zorunluluk Arz Etmesi

Dördüncü koşul; düşmanın ülkesinin sağladığı ve harekâtı icra eden işgal kuvvetinin istifade edileceği her türlü kaynağa el konulması tedbirinin, ordunun hayatını idame ettirmesi için gerekli ve zaruri olmasını ifade etmektedir.

Bu husus; hem sınırlayıcı bir koşul, hem de ön kabul niteliğindedir. Düşman ülkesinde görev yapan seferi durumdaki askeri gücün, o ülkenin kaynaklarına ihtiyaç duyacağı şüphesizdir. Düşman ülke kaynaklarından istifade edilmesi de kabul görmüş bir tedbir niteliğindedir. Elbette düşman ülkenin sağladığı kaynakların tahsisinde de bir sınır ve ölçü vardır. Buradaki kıstas, ordunun geçimini sağlayabilmesi, yaşamını devam ettirebilmesi ve görevini ifa edebilmesi için gerekli ve zorunlu miktarda kaynak tahsisidir.

Tarihte bu koşulun uygulandığı önemli bir örnek; 1864 yılında Amerikan İç Savaşı esnasında Atlanta'dan Savannah'a<sup>337</sup> gerçekleşen *Sherman'ın Denize Yürüyüşü* (*Sherman's March to the Sea*)<sup>338</sup> ya da *Savannah Harekâtı/Seferi'dir*(*Savannah Campaign*). Bu koşulun varlığı bakımından *Üst Komuta Davası* (*The High Command Case, US v. Wilhelm von Leeb, and thirteen others, US Military Tribunal, Nuremberg, October 27-28, 1948*)<sup>339</sup> kapsamında yargılama sürecinde yapılan bazı değerlendirmeler de bu koşulla ilgili iyi bir örnek teşkil etmektedir. Hem çatışma hukukunun teamüllerinin oluşumunun tarihi süreçte izlenmesi, hem de uluslararası bir yargı organı tarafından yapılan değerlendirmelerin bu alanda yardımcı kaynak niteliğini taşıması bakımından bu iki örneğin ayrı bir başlıklar altında ele alınmasının faydalı olacağı mütalaa edilmiştir.

##### 2.3.2.4.1. Sherman'ın Denize Yürüyüşü (Savannah Harekâtı) Örneği

Sherman Yürüyüşü; Birlik Ordusu (Union Army)<sup>340</sup> mensubu Tümgeneral William Tecumseh Sherman tarafından 15 Kasım 1864'ten 21 Aralık 1864'e kadar Georgia'da yürütülen Amerikan İç Savaşı'nın askeri harekâtıdır. Harekât; Sherman

<sup>337</sup> Her iki yerleşim yeri de Georgia Eyaleti sınırlarına dâhildir.

<sup>338</sup> Kısaca 'Sherman's March' olarak bilinir.

<sup>339</sup> Davanın içeriğine ilişkin detaylar yukarıda ayrı bir başlıkta izah edildiğinden davanın detayları bu kısımda ayrıca ele alınmayacaktır.

<sup>340</sup> Amerikan İç Savaşı'nda (1861-1865) 'Kuzey' olarak da anılan Abraham Lincoln'ün başkanlığındaki milli hükümeti yani Amerika Birleşik Devletlerini ifade eder.

birliklerinin, ele geçirilen Atlanta kentinden 15 Kasım'da ayrılmasıyla başladı ve 21 Aralık'ta Savannah Limanı'nın ele geçirilmesiyle sona erdi. Harekâta kapsamında; askeri hedeflerin yanı sıra endüstri, altyapı ve sivil mülklerin imha edilmesi, Konfederasyon'un (Confederacy)<sup>341</sup> ekonomisini ve ulaşım ağlarını tahrip edilmesi suretiyle bir yakıp yıkma politikası izlenmiştir. Harekât Konfederasyonun belini bükmüş ve sonunda teslim olmasına katkı sağlamıştır. Sherman'ın ikmal bağlantısı olmaksızın düşman bölgesinin derinliklerinde harekât icra etme kararı, bu harekâtın harp tarihinde önemli bir yer işgal etmesine ve bazı tarihçiler tarafından modern topyekûn savaşın erken bir örneği olarak kabul edilmesine sebep olmuştur.<sup>342</sup>

Sherman, harekât müddetince kendi birliklerinin merkezle bağlantısını kesmiştir.<sup>343</sup> Bu türden bir harekâta ordunun göreve devam edebilmesi, ilerlediği bölgelerin kaynaklarından istifade etmesine bağlıdır. Ancak; düşman topraklardaki el koymaların ordunun hayatını idame ettirmesi amacıyla gerçekleşmiş olması gereklidir. Sherman yayımladığı '120 Numaralı Harekât Emri' ile; harekâtın lojistik desteğinin sağlanmasına ilişkin açık emirler vermiştir. Emrin konuya ilişkin kısımları şöyledir:

Ordu, harekât boyunca ülkede serbestçe yiyecek arayacaktır. Bu amaçla, her tugay komutanı, bir veya daha fazla ihtiyatlı subayın komutası altında, gidilen yolun yakınında mısır veya her türlü yem, her türlü et, sebze, mısır toplamak suretiyle iyi ve yeterli bir erzak temini faaliyeti düzenleyecektir. Askerler, yerel halkın yerleşim bölgesine girmemeli ve mülklerine tecavüz etmemelidir, ancak bir mola sırasında veya konaklama esnasında şalgam, elma ve diğer sebzeleri toplamalarına izin verilebilir. Düzenli yiyecek arama postalarına intikal edilen yoldan herhangi bir mesafede erzak ve yem toplama talimatı verilmelidir. Değirmenleri, evleri vb. imha etme yetkisi yalnızca kolordu komutanlarına tanınmıştır ve onlar için şu genel ilke belirlenmiştir: Ordunun rahatsız edilmediği semt ve mahallelerde bu tür mülklere zarar verilmemelidir. Ama gerillalar ya da pusu kuranlar intikalimizi taciz ederse ya da halk köprüleri yakarsa, yolları kapatırsa ya da başka bir şekilde yerel düşmanlık gösterirse, kolordu komutanları böyle bir düşmanlığın ölçüsüne göre az ya da çok

<sup>341</sup> Amerikan İç Savaşı'nda 'Güney' olarak bilinen Amerika Konfedere Devletleri'ni ifade eder.

<sup>342</sup> Sherman's March to the Sea. Erişim Linki: [<https://www.history.com/topics/american-civil-war/shermans-march>] (Erişim Tarihi: 03.01.2021)

<sup>343</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.260.

acımasız bir yıkımı emretmeli ve uygulamalıdır. Burada yaşayanlara ait olan atlar, katırlar, vagonlar vb. söz konusu olduğunda, süvari ve topçular serbestçe ve sınırsız olarak el koyabilir, ancak genellikle düşmanca davranan zenginler ile genellikle tarafsız veya dostane olan yoksul ve çalışanlar arasında ayırım yapabilir. Her türlü yiyecek temini faaliyetine memur edilenler; taciz edici veya tehdit edici bir dil kullanmaktan kaçınacaklar ve subaylar tarafından uygun gördüğü takdirde, teslim alınan mallara dair yazılı belge tanzim edebilecek ancak yerel halka makbuz vermeyeceklerdir. Her ailenin kendi geçimi ve bakımı için gerekli miktarda erzak ve malzemenin kendilerine bırakılmasına gayret gösterilecektir.<sup>344</sup>

Kanımcı bu emir; düşman ülkenin sağladığı istifade edilebilir kaynaklara el atmanın yetki ve usullerinin belirlendiği ve tahsis edilen malların silahlı gücün ancak yaşamını devam ettirmesine ve harekâtı sürdürmesine yetecek miktarla sınırlandırıldığı (zaruriyet) iyi bir örnektir. Buradaki kaynak tahsisi; zorunluluktan kaynaklanan ve ölçülü bir el koyma olarak kabul edilebilir.

#### **2.3.2.4.2. The High Command Case (Üst Komuta Davası) Kapsamında Nuremberg Askeri Mahkemesi'nin Görüşleri**

Nuremberg'deki davalar sırasında ülke kaynaklarına el koyma konusu tekrar değerlendirilmiş; bu yöndeki el atmaların ordunun iâşesi zorunluluğu altında meşru kabul edilebileceğine ve bu yöndeki tedbirlerin kişilerden bağımsız olarak ordu ya da devletlerce alınmış olmasının suç vasfını ortaya çıkarmayacağına dair muhakemeler yapılmıştır.<sup>345</sup>

*Wilhelm Von Leeb* davasında kamu veya özel mülklerin yağmalanmasına ilişkin mahkemece yapılan bir değerlendirme şöyledir: “(...) Savcılık suçlamayı iki farklı emre dayandırıyor. Bu emirlerden birincisi 11 Kasım 1941 tarihinde 12'nci Panzer Tümeni tarafından yayımlanan emirdir. Emirde; partizanlar tarafından harekât üssü olarak kullanılan bazı köylere operasyon yapılması ve sığırlara, atlara, tavuklara ve küçük bir miktarı operasyonu yöneten komutanın emirlerine maruz olarak oradaki nüfusa bırakılmak üzere yiyeceklerin büyük kısmına el konulması bildirilmiştir. Biz bu emrin hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyiz. - Tıpkı 7 Aralık

<sup>344</sup> William T. Sherman, Special Field Orders No. 120, November 9, 1864 Civil War Era NC. Erişim Linki: [https://cwnc.omeka.chass.ncsu.edu/items/show/145] (Erişim Tarihi: 13.01.2021)

<sup>345</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.260.

*1941’de 39’uncu Kolordu tarafından zorunlu geri çekilme esnasında birliğin yanına alamadığı yiyecek ve yemlerin imhası yönünde verilen emir gibi. Bu gıda maddelerinin imhası, ilerleyen düşmanı engelleme maksatlıdır ve biz bunun gereklilik nedeniyle meşru olmadığını söyleyemeyiz.- Davanın bu safhasında herhangi bir suç unsuruna rastlamıyoruz.”<sup>346</sup>*

Bu metin; Nuremberg Askeri Mahkemesi’nin askeri gereklilik kapsamında şahıs mallarının müsaderesini hukuka uygun kabul ettiği tipik bir değerlendirmedir.

Modern harekât ortamında; orduların kendi lojistik desteğini sağlamadan ülke dışında operasyonel faaliyetler yürütmeleri rastlanır bir durum olmaktan çıkmıştır. Gelişen ikmal ve iletişim imkânlarının bu ihtiyacı ortadan kaldırmasının yanı sıra, merkezden kopuk derinlikte harekâtların bu türden tedbirleri gerektirecek kadar uzun süreli ve büyük birliklerin iştiraki ile yapılması ihtiyacı da politik ve stratejik bakımdan tercih edilecek bir metot niteliğini yitirmiştir. Konvansiyonel bir harpte, operatif seviyedeki birliklerin düşman ülkede erzak temini faaliyeti yürütmesi güncel şartlarda gerçeklikten uzaktır. Dolayısıyla bu tür bir savaş teamülünün geçerliliğini kaybetmesi olasıdır. Ancak yine de, nispeten yeni hukuk metinlerinde dahi savaşan taraflara askeri gereklilik kapsamında bu güvencenin verildiği örneklerle rastlanmaktadır.

#### **2.3.2.5. Askeri Aldatma Harekâtının Güveni Kötüye Kullanma Niteliği**

##### **Taşınamaması**

Beşinci koşul ise; düşmanı aldatmak için uygulanacak taktik ve eylemlerin, güveni kötüye kullanma şeklinde dürüst olmayan davranışlar içermemesi koşuludur. Uluslararası andlaşmalarda pozitif olarak ifade edilen ve savaşın örf ve adet hukukunda yer alan hüsnüniyetin ihlali yasaktır.

Aldatmanın hüsnüniyet ihlali içerecek şekilde kullanımına ilişkin güzel bir örnek 1944 yılında *Metz Muharebesi’nde (Battle of Metz)*<sup>347</sup> vuk’u bulmuştur. Muharebe esnasında; Alman güçleri şehrin doğu ve güneyinde birkaç müstahkem

<sup>346</sup> United States v. Wilhelm von Leeb. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals*, Washinton, Vol.XI, s.563.

<sup>347</sup> Metz Muharebesi; ABD 3.Ordusu ile Alman Ordusu arasında II. Dünya Savaşı sırasında 27 Eylül – 13 Aralık 1944 tarihleri arasında Fransa’nın Metz şehrinde gerçekleşmiştir. Güçlü Alman direnişi, her iki taraf için de ağır kayıpların meydana gelmesine neden olmuştur. Şehir ABD birlikleri tarafından ele geçirilmiştir.

mevkii ellerinde tutmaktaydı. Bir Kasım sabahı ABD taarruzu seyrinde devam ederken yirmi kişiden oluşan Alman asker grubu beyaz bayrak sallayarak mevzilerinden çıktı. Amerikalı tabur komutanı ateşkes emri verdi Alman askerleri beyaz bayrak altında ABD mevzilerine yanaşmaya başladılar. Geniş bir koruganın hizasına gelmelerini müteakip beyaz bayrağı indirdiler ve korunağa doğru koşarak ABD mevzilerine ateş açmaya başladılar.<sup>348</sup>

Askeri taktik nispetinde pek çok aldatma hareketi gerçekleştirilebilir. Bunların hiç birinin savaş teamüllerince kabul görmüş güvene dayalı askeri ilişkilerin istismarı yolu ile kullanılması savaş hukuku bağlamında mümkün değildir. Savaş; bin türlü imbikten süzüle gelmiş, tarihe matuf asil geleneklerle yürütülen bir süreçtir. Bu geleneklerin istismara açık yönlerinin düşman aleyhinde kullanılması durumunun askeri gereklilikle açıklanması mümkün değildir.

### 2.3.3. Şiddetin Düzenlenmesi (Şiddetin Kontrolü)

Şiddetin düzenlenmesi kavramı; ilk bakışta kendisi ile çelişen bir ifade gibi görünebilir. Ancak ifade tanımlanıp örneklendirilince içeriği açıkça anlaşılacaktır. Düzenlenmiş şiddet (Kontrollü şiddet); mümkün olan en büyük sayıdaki düşman unsurunun etkisiz hale getirilmesi amacıyla üst makam tarafından uygulanması emredilen veya uygulanması için yetki verilen, ancak askeri tesiri ve neticesi yol açtığı acı ve ızdırap ile orantısız olmayan şiddet eylemini ifade eder. Bu unsur tam anlamıyla savaşın amacının askeri ve insancıl boyutları arasındaki uzlaşıdır. Bu tanıma istinaden; düzenlenmiş şiddetin üstün ve öncelikli askeri amacının mümkün olan en fazla sayıda düşman unsurunu öldürmek veya etkisi hale getirmek olduğunu, ikincil ve insani boyuttaki amacının ise bireysel olarak askerileri tüm gereksiz acı ve ızdıraptan kurtarmak olduğunu söyleyebiliriz.<sup>349</sup>

Peki, bu iki amaç arasındaki denge nasıl sağlanacaktır? Her yeni nesil silah ve mühimmat, hedefin imhası bakımından daha gelişmiş bir potansiyele sahip olmaktadır. Daha fazla düşman unsurunu yok etmek imkân kabiliyeti kazanan bu silah ve mühimmatların, şiddetin öncelikli maksadına hizmet ettiği ortadadır. ‘Mümkün olan en yüksek sayıda düşmanı yok etme’ ve ‘savaşı en kısa sürede neticelendirme’ hedefleri gerçekleştirilebilmektedir. Öyleyse; asli amacın

<sup>348</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.260.

<sup>349</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.261.

sağlanabilmesini göz önüne alıp bu silah ve mühimmatın ızdırap veren etkilerini ve düşman üzerinde yarattığı gereksiz acıları yok sayabilir miyiz? Bu başlık altında incelenmesi gereken esas soru da budur.<sup>350</sup>

Savaşta düşmanı teslim olmaya zorlamak için veya güçsüz hale getirmek için her çeşit silah ve mühimmatın kullanılması mümkün müdür? <sup>351</sup> 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi'nin<sup>352</sup> 23'üncü maddesinde silah kullanımı ilişkin bazı sınırlamalar getirilmiştir. 23'üncü maddenin konuya ilişkin kısmı şöyledir: “(...) *Özel andlaşmalardan kaynaklanan sınırlamalara ilave olarak; (...) a)Zehir ve zehirli silahlar kullanmak, (...) e)Gereksiz ızdıraba neden olacağı hesaplanmış silah, mermi ve malzeme kullanmak, (...) özellikle yasaklanmıştır.*”. Aynı hükümler; bundan önceki 1899 tarihli ve II sayılı Lahey Sözleşmesi'nde de mevcuttur.

Bunun öncesinde; 1868 *St.Petersburg Bildirgesi*<sup>353</sup> ile de patlayıcı içeren mermi çekirdeklerinin kullanımının taraf devletler arasındaki savaşlarda kullanımı yasaklanmıştır. Bildirge metninde “*Taraflar, birbirleri arasındaki savaşlarda kara ve deniz birliklerinde 400 gram ağırlığın altındaki patlayıcı mermilerin ya da aynı ağırlığın altındaki yanıcı ve yakıcı madde içeren mermilerin kullanımından feragat etmeyi taahhüt ederler.*” ifadesi ile esasen piyade silahlarında patlayıcı yahut yakıcı mermi çekirdeği kullanımı yasaklanmıştır.<sup>354</sup> Standart bir piyade silahı fişegi, tüfekten ateşlenip hedefe ulaştığı anda hedefteki insanı öldürür veya yaralar. Böylece düşman zayıfatı yaratarak kullanım amacını sağlamış olur. Bu mermi çekirdeğinin yarattığı acı askeri amaç bakımından orantısız değildir. Oysa patlayıcı, yanıcı veya yakıcı madde içeren bir mermi çekirdeği; hedefe ulaştığında yine aynı zayıfatı sağlayacaktır (düşmanın ölmesi veya yaralanması sureti ile savaş dışı kalması) ancak

<sup>350</sup> Downey, a.g.m., 1953, s.261.

<sup>351</sup> Hague Convention IV - Laws and Customs of War on Land: 18 October 1907, 36 Stat. 2277, art.(md.) 23. Erişim Linki:[<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/1907c.htm>] (Erişim Tarihi: 05.01.2021)

<sup>352</sup> Bazı kaynaklarda ‘yönetmelik’ veya ‘düzenleme’ olarak anılmaktadır. *Hague Regulations*’ı ifade eder.

<sup>353</sup> Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Erişim Linki:

[<https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C>] (Erişim Tarihi: 06.01.2021)

<sup>354</sup> Günümüzde BM bünyesinde hazırlanıp imzaya açılan sözleşmelerin taraf devletleri bağlayıcı olabilmesi için uygulanan imza ve onay süreçlerinin tamamlanması koşulları 1868 Bildirgesi için de ICRC (Kızıl Haç) tarafından aranmıştır. Osmanlı'nın bu aşamaları tamamladığı ve 1868 Düzenlemesine taraf olduğu ICRC internet sayfasında görülebilir. *Kaynak: Sav, Özden. (2015). “Uluslararası İnsancı Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku”, TBB Yayınları:296, s.53.*

buna ilave olarak düşman askerinde büyük bir acı ve belki de tedavisi imkânsız yaralanmalara neden olacaktır. Düşman askerinin etkisiz hale getirilmesi amacı ile kullanılan bir fişegin, patlayıcı içermesinin tek ilave tesiri; düşman askerinde derin bir acı, dehşet ve korku yaratmasıdır. Askeri anlamdaki maksadı bakımından her iki mühimmat da askeri etkisiz hale getirme amacını sağladığı için farklılık bulunmamaktadır. O halde; patlayıcı içeren hafif silah çekirdeğinin orantısız bir şiddet kullanımı içerdiği söylenebilir. Nitekim taraf devletlerin iradeleri de bu yöndedir.

Amerikan İç Savaşı sırasında bu türden mühimmatın kullanımı söz konusu olmuştur. Güneyli konfedere güçleri (Confederacy), şarapnel etkili patlayıcı hafif silah mermilerini Kuzey güçleri üzerinde kullanmıştır. Kuzey (Union) birliklerini komuta eden General Grant<sup>355</sup> daha sonra bu mühimmatın kullanımı ile ilgili olarak *“Çekirdek isabet ettiğinde oluşan yara dehşet vericiydi. Aslında bu mühimmatın isabet etmesi ile, aynı zamanda katı çekirdek de isabet etmiş oluyordu.”*<sup>356</sup> Bu mermilerin kullanımı barbarcadı çünkü daha fazla acı çektiyordu ve bunun karşılığında karşı tarafa bir avantaj sağlamıyordu.” değerlendirmesi ile isabetli bir noktaya temas etmektedir.<sup>357</sup> Aynı tesiri yaratan bir silahın daha fazla acıya neden olmasında, savaşan taraflar lehine bir avantaj yoktur.

Sonuç olarak düzenlenmiş şiddet unsuru için tespit edilebilecek kriter; aynı askeri neticeye imkan sağlayacak bir harp silahının daha fazla acı ve dehşete sebep olmasının engellenmesidir. Askeri gereklilik ilkesi, aynı zamanda savaşın yarattığı gereksiz şiddetin engellenmesine hizmet etmektedir. Bu yönüyle; şiddetin derecesinin doğru şekilde ayarlanması, süregelen silahlı çatışmanın da hukuka uygunluğu bakımından bir gerek şarttır.

---

<sup>355</sup> Ulysses S. Grant, gerçek adı Hiram Ulysses Grant (27 Nisan 1822 - 23 Temmuz 1885), Amerikalı general ve 18. Amerika Birleşik Devletleri başkanı (1869-1877). Amerikan İç Savaşı'nda kuzeyli Birlik (Union) tarafının başkomutanlığını üstlenerek uluslararası alanda ün kazandı. Kaynak: [https://www.whitehouse.gov/]

<sup>356</sup> Bu mühimmatın aynı zamanda standart bir çekirdekle aynı vuruş etkisini sağladığını kast etmektedir.

<sup>357</sup> Grant, Ulysses S. (1885-1886). *Personal Memoirs of U. S. Grant*, New York, s.316'dan aktaran Downey, a.g.m., 1953, s.261.

### 2.3.4. Tedbirlerin Silahlı Çatışmalar Hukuku Kural ve Teamülleri ile Yasaklanmamış Olması

Uluslararası hukukun pozitif normları ile örf ve adet hukuku kuralları, savaşan tarafların kullanabileceği kuvvetin kapsamını sınırlandırmakta, bazı yasaklar getirmekte ve uygulanabilecek hareket tarzlarını izah etmektedir. 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokolleri'nin bu bağlamdaki genel ve özel nitelikli hükümlerinin belirgin dayanaklar olduğu hususu bu çalışmanın ilgili bölümünde incelenmiştir.

Askeri gereklilik kapsamında alınacak tedbirlerinin tamamının bu sözleşmeler ve silahlı çatışmalar hukukunun teamül kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu kurallara aykırılık teşkil eden uygulamaların askeri gereklilik mülahazaları ile meşru hale getirilmesi mümkün değildir.

Bu bölümde; silahlı çatışmalar hukuku kural ve teamüllerine açık aykırılık teşkil eden tedbirlerin gerçekleştirildiği bazı örnek olaylar ve yargılama süreçleri incelenecektir.

#### 2.3.4.1. Prosecutor v. Stanislav Galić Davası

Silahlı çatışmalar hukukunun kesin olarak yasakladığı ve askeri gereklilik istisnasını bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmediği bir düzenleme 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin I Numaralı Ek Protokolü'nün<sup>358</sup> 51. maddesinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>359</sup> Düzenleme ile sivil halkın askeri operasyonlardan doğan tehlikelere karşı korunması sağlanmış, sivil halk ve bireysel olarak sivillerin saldırının hedefi olması engellenmiş, sivil halk arasında terör yaymak amaçlı şiddet eylemleri yasaklanmıştır. Düzenleme içeriğinde yasak edilen eylemler tahdidi olarak sınırlayıcı nitelikte sayılmış, sınırlanan eylemler bakımından askeri gereklilik ile meşru hale getirilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni belirlenmemiştir. Aşağıda incelenecek olan *Galić Davası*; savaş hukuku ve teamülleri ile kesin olarak yasaklanmış bir eylemin ifası açısından yakın tarihli bir örnek vafındadır.

<sup>358</sup> 2 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I. Ek Protokol).

<sup>359</sup> Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.213.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından *Stanislav Galić* hakkında yapılan yargılama; uluslararası hukuk çerçevesinde pozitif hukuk metinleri ile yasak edilen eylemlerin vurgulandığı ve askeri gerekliliğin sınırının tespit edildiği önemli yargı kararları arasında yer almaktadır.

*Galić*, Balkan krizi sürecinde Saraybosna şehrinde sivil nüfus arasında terör yaymak maksadıyla keskin nişancı ve bombardıman saldırıları düzenmiştir. Neredeyse her gün, aylarca süren bu saldırılar, sivil halkın öldürülmesiyle sonuçlanmıştır. Şehir nüfusuna terör yayma saikiyle çocuklar da dâhil olmak üzere her yaştan yüzlerce insan öldürülmüş, binlercesi yaralanmıştır. Saraybosna Romanija Kolordusu Komutanı Tümgeneral *Stanislav Galić*; sivil nüfusa karşı kasten öldürme suçu işlediği ve insanlık dışı eylemler gerçekleştirdiği gerekçeleri ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanmıştır.<sup>360</sup> Sanık; 1949 Cenevre Sözleşmelerinin I Numaralı Ek Protokolü ile belirlenen silahlı çatışma hukuku kurallarının ihlali ve savaş hukuku teamüllerinin ihlali ile suçlanmıştır.

Mahkeme heyeti deliller ve görgü tanıklarının ifadeleri ışığında; saldırıların gün ışığında günlük etkinliklerini sürdüren (alışveriş yapan siviller, oyun oynayan ve bisiklet süren çocuklar vb.) sivil giyimli halka doğrudan ve kasten yönlendirildiğini tespit etmiştir. *Galić'in* SRK güçleri tarafından sivillere yönelik saldırılardan haberdar olduğu, saldırılan sürdürülmesi yönünde emir verdiği hususları somut kanıtlarla ortaya konulmuştur.<sup>361</sup>

*Galić* Davası kapsamında sanığın askeri gereklilik iddiası dinlenmemiş olmakla beraber askeri gereklilik ve insancılık dengesi üzerine çok önemli tespitler yapılmıştır. Davada; 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri ile kodifiye edilen sivil nüfus arasında terör yayma yasağının, ancak harekâtın korku ve dehşete düşürme hedefi ile planlandığı hallerde geçerli olacağı ifade edilmiştir. Bu çok önemli bir kabuldür. Zira askeri operasyonların amacı, korku ve dehşet yaratma amacına yönelmemiş olsa dahi; askeri eylemin tabiatı gereği sivil nüfusun korku ve paniğe sürüklenmesi mümkündür. *Galić* Davası ile sivillere terör yayma yasağının ancak sivilleri doğrudan hedef alan ve bu amaca özgülünen askeri eylemler

<sup>360</sup> Prosecutor v. *Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006.

<sup>361</sup> United Nations. (2006). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed In Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No.:IT-98-29-A. (Prosecutor v. *Stanislav Galić*)

bakımından mutlak olduğu ifade edilmiş, sivillere karşı kast unsuruna dayalı böyle bir eylemin varlığı halinde askeri gereklilik mülahazalarına yer olmadığı hükme bağlanmıştır.<sup>362</sup>

Davada somut olayla ilgili askeri gereklilik incelemesinin yersiz olacağı şüphesizdir. Uygulanan askeri tedbirler; savaş hukuku kural ve teamüllerine aykırılık teşkil etmektedir. Savaş suçları sübut bulmuştur.<sup>363</sup> Ancak; silahlı çatışmalar hukuku kapsamında meşru bir harekâtın sivil halk üzerinde neden olacağı korku, dehşet ve paniğin (muhariplerce bu kastla hareket edilmemiş olması koşuluyla) Cenevre hukukuna aykırılık teşkil etmeyeceği hususun tespiti, askeri gereklilik analizi bakımından önem ihtiva etmektedir. Bu anlamda hukuka aykırılığın oluşması için kast unsurunun aranması, askeri gereklilik ve insancılık dengesi bakımından öğretiye pozitif katkı sağlamıştır. Çünkü askeri gereklilik ilkesinin önde gittiği bazı hallerde siviller, muhariplerin eylemlerinden dolayı şekilde zarar görebilir.<sup>364</sup> Manevi unsuru tartışmaksızın tüm zararların hukuka aykırı kabul edilmesi de bu dengenin sağlanmasını engelleyecek vasıftadır.

Bu dava kapsamında varılacak nihai sonuç, silahlı çatışmalar hukukunun açıkça yasakladığı eylemlerin askeri gereklilik ilkesi kapsamına dâhil olmadığı ve bu kısıtlamaları görmezden gelen askeri otoritelerin eylemlerinin hukuki aykırılık teşkil ettiğidir.

#### **2.3.4.2. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**

Konuya ilişkin bir diğer dava da Orta Afrika Cumhuriyeti'nde cereyan eden uluslararası hukuka aykırı eylemler kapsamında gerçekleşmiştir. Jean-Pierre Bemba Gombo, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde bir politikacıdır. Bemba; 24 Mayıs 2008 tarihinde tutuklandığı esnada Demokratik Kongo Cumhuriyeti Senatosu üyesidir. Bemba; Orta Afrika Cumhuriyeti'nde 2002 – 2003 yıllarında işlenen işlenen suçlar kapsamında sorumlu askeri komutan sıfatı ile yargılanmıştır. Davaya

---

<sup>362</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s. 818.

<sup>363</sup> Galić hakkında öncelikle yirmi yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Savcılığın, kararı kanun yoluna götürmesi üzerine Temyiz makamında çoğunluk kararıyla; yargılamayı yapan mahkemenin olgusal bulgularında yanılmadığı ve geçerli ilkeleri doğru bir şekilde kaydetmiş olduğu, ancak sadece yirmi yıllık hapis cezasının mantıksız ve açıkça adaletsiz olduğu, Galić'in suç teşkil eden davranışının ciddiyetinin küçümsendiği sonucuna varılmıştır. Karar bozularak ömür boyu hapis cezasına hükmedilmiştir.

<sup>364</sup> Tütüncü, a.g.e., 2019, s.63.

konu suçların işlendiği süreçte kendi kurduğu siyasi parti olan ‘Mouvement de Libération du Congo’nun’ başkanı ve askeri kolu ‘Armée’nin’ başkomutanı olduğu tartışmasızdır.<sup>365</sup>

Sanık; Orta Afrika Cumhuriyeti’nde meydana gelen insanlığa karşı suçlar, tecavüz, cinayet ve yağma suçları kapsamında bölgede etkili ve sorumlu komutan sıfatı ile soruşturma ve kovuşturmayaya tabi tutulmuştur.<sup>366</sup> Yargılama Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesinde gerçekleştirilmiştir.

Yargılamanın içeriği kapsamlı olup bu başlık altında sanığın, yargılandığı yağma suçu kapsamında öne sürdüğü askeri gereklilik iddiasına ilişkin inceleme yapılacak ve bu savunma argümanı bakımından mahkemenin değerlendirmesi ele alınacaktır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün 8/2/b maddesi kapsamında yağma savaş suçu olarak kabul edilmiştir ve mahkemenin yargılama yetkisi kapsamındadır.<sup>367</sup>

Yağma suçuna ilişkin olarak savunma makamı; bunun aslında yağma değil ancak askeri gereklilikten kaynaklanan mal müsadere olduğu iddiasını öne sürmüştür. İddia makamının, şüpheden uzak şekilde ele geçirilen malların askeri gereklilikten kaynaklı olmadığını ortaya koyması gerektiği ifade edilmiştir. Sanıklar bu dava bakımından 1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesi’nin 23/g maddesinde düzenlenen; askeri gereklilik halinde sivillerin mallarına el koymaya ilişkin hükümlere dayanarak eylemlerin yağma değil zarureten kaynaklanan mal müsadere olduğu iddiasında bulunmuşlardır.

1907 tarihli ve IV sayılı Lahey Sözleşmesinin (Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme)<sup>368</sup> 28. maddesi ile işgal edilen bir yerleşim yerinin yağmalanması yasaklanmıştır. Aynı sözleşmenin 47. maddesi ile de yağma resmi olarak yasaklanmıştır.

---

<sup>365</sup> The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. (2016). Trial Chamber III, Situation in The Central African Republic, International Criminal Court, No.: ICC-01/05-01/08, p.1.

<sup>366</sup> The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC, 2016, Trial Chamber III, p.2.

<sup>367</sup> Bkz. Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), 17.07.1998, 2187 UNTS 90, No. 38544.

<sup>368</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

Lieber Yasasının 14. maddesinde askeri gereklilik; savaşı sonlandırmayı teminat altına almak için kaçınılmaz nitelikteki tedbirlere işaret etmekte ve bunların modern hukuk ile savaş teamüllerine uygun olması şartını getirmektedir. Lieber Yasasının 44. maddesi ile; işgal edilen ülkede her türlü hırsızlık ve yağma yasaklanmıştır.<sup>369</sup>

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek II Numaralı Protokol'ün 4/2-g maddesi, temel bir güvence olarak yağmayı yasaklamıştır.<sup>370</sup>

Mahkeme; askeri gerekliliğin işgal edilen bölgelerdeki sivil halkın mallarına el koymaya sebep olmasına ilişkin olasılıkları göz önüne almakla birlikte; el konulan malların şahıslar tarafından kişisel kullanım için alındığının somut delillerle tespit üzerine başkaca bir askeri gereklilik incelemesine lüzum görmemiştir. Yani yargı makamı; savunma makamının askeri gerekliliğin bulunmadığını ispat yükümlülüğünün iddia makamında olduğu savına itibar etmemiştir. Somut vakada yağma suçunun vücut bulduğunun ve el atılan sivillere ait malların kullanım amacının şahsiliğinin açık olduğu gerekçesi ile askeri gerekliliğin bulunmadığı yönünde ispat yükümlülüğü olmadığını ifade etmiştir.<sup>371</sup>

Mahkeme kararında özetle; askeri çatışmalardan sonra yapılan yağmanın uluslararası hukuka aykırı olduğuna, bu yönde bir eylem bakımından askeri gereklilik incelemesi yapılacak olsa dahi el konuların malların şahsi menfaatlerin temini için değil ancak askeri gerekliliğe neden olan acil ihtiyaç için kullanılması gerektiğine karar vermiştir. Dolayısıyla askeri gereklilik iddiası dayanaktan yoksun mütalaa edilerek eylemin silahlı çatışma hukuku ve teamüllerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

---

<sup>369</sup> Francis Lieber; General Orders No. 100: The Lieber Code, Art15, 44.

<sup>370</sup> 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek II No.lu Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.268.

<sup>371</sup> The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC, 2016, Trial Chamber III, p.122-125.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNİN UYGULANMASINA BAĞLI HUKUKİ SONUÇLAR

#### 3.1. Askeri Gereklilik İlkesinin Sınırlayıcı ve Hukuka Aykırılığı Giderici İşlevleri

Askeri gereklilik ilkesinin muharip taraflarca uygulanabilecek yöntemleri sınırlayan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran iki farklı fonksiyonu mevcuttur. Silahlı çatışmalar hukukunun askeri gerekliliği kodifiye eden hukuk metinlerinde kural olarak ‘sınırlama’ genel, ‘yetki verme’ istisnadır. Yani uluslararası hukuk esasen savaşta şiddeti ve mağduriyeti önleyecek şekilde muhariplerin imkânlarını sınırlayıcı bir yöntem izlemiştir. Bu sınırlamalar; askeri zaruri hallerin varlığı durumunda istisna olarak kaldırılmıştır.

Silahlı çatışmalara hukukunun yazılı kaynakları tetkik edildiğinde; gereklilikten doğan istisnaların normların içine gizlendiği tespit edilmektedir. Askeri gerekliliğin kurucu fonksiyonunu (askeri eylemin icrasını meşrulaştıran fonksiyonunu) teşkil eden zımnî izin verme mekanizması, normatif düzende genellikle üstü kapalı olarak ima edilmektedir. Diğer taraftan ilkenin kısıtlayıcı yönü, normlarda açıkça ifade edilmektedir. Askeri gerekliliğin sınırlandırıcı yönüne normların lafz’ından doğrudan ulaşılabilirken, yetkilendirici (izin verici) yönü normların tersine yorumundan istisnai düzenlemeler görünümünde elde edilebilmektedir.<sup>372</sup>

Askeri gereklilik, zorunlu olmayan hallerde bazı yöntemlerin hukuksuz kabul edilmesi yönündeki düzenlemelerin de dayanağıdır. Askeri bir gerekliliğin bulunmaması halinde uluslararası hukuk evrensel insan haklarını korumakta, eğer bir zorunluluk varsa bu uygulamaları meşrulaştırmaktadır.<sup>373</sup> Hangi durumların sınırlamaya tabi olacağı, hangi hallerin istisna niteliği taşıdığıın tespitindeki kriter de başlı başına askeri gerekliliğin kendisidir.

---

<sup>372</sup> Johansen, *a.g.e.*, 2019, s.41.

<sup>373</sup> Weidenbaum, Paul. (1938). “Necessity in International Law”, *Transactions of the Grotius Society*, Vol.24, s.121.

Silahlı çatışmalar hukukunda ancak askeri gerekliliğin varlığı halinde, olağan şartlarda hukuka aykırı fiil ve eylemler hukuka uygun bir nitelik kazanmaktadır. Yani uluslararası hukukun kurgusunda mevcut hukuka aykırılığı kaldıran haller; silahlı çatışmalar hukukunda askeri gereklilikle ortaya çıkmakta, bu mekanizma ile sınırlama (yasak) getirilmiş askeri yöntemlerin uygulanmasından doğan hukuka aykırılık giderilmektedir. Bu konudaki pozitif hukuk düzenlemelerinde ekseriyetle sınırlayıcı hükümler ve istisnai hükümlerin aynı madde içerisinde yer aldığı gözlenmektedir. Günümüze nispeten daha yakın tarihli andlaşma metnindeki bu teknik, askeri gerekliliğin geniş yorumlanmasına da mani olacak bir özellik arz etmektedir.

Orantılılık ilkesinin askeri gereklilik ile birlikte muhakemesi de sınırlama-izin verme dengesine hizmet eden bir yöntemdir. Askeri gereklilik münhasıran orantılılık ilkesi ile sınırlandırılmaktadır. Yani askeri gerekliliğin varlığına karar verilmiş olsa dahi; bu gereklilikten hareketle yapılan eylemler yine orantılılık prensibi çerçevesinde kısıtlanacaktır. Askeri gerekliliğin vücut vereceği şiddet, yine orantılılık ilkesi takdir edilecektir. Askeri gereklilik ve orantılılık ilkelerinin sıkı sıkıya bağlı bu yapısı, askeri gerekliliğin hukuka uygunluğuna katkı sağlamaktadır. Şöyle ki; orantılılık ilkesinden kaynaklanan kısıtlamaların askeri gerekliliği çatışmalarda meşru bir sona ulaştırdığını söyleyebiliriz.<sup>374</sup>

Askeri gerekliliğin, yalnızca savaşın hukuksuz yöntemlerini meşrulaştıran bir mekanizma olduğu eleştirisi kanımca abartılıdır. Ancak uluslararası andlaşmalara taraf devletlerin de askeri gereklilik kapsamında yapılması zorunlu fiiller bakımından kendilerine ve muhriplerine bir güvence sağlama yönünde irade ortaya koydukları söylenebilir. Devletler uluslararası andlaşmalarla kendilerini bağlarken, gelecekte karşılaşabilecekleri olasılıkları öngörmeye çalışmakta ve bunlara ilişkin peşinen yükümlülük altına girmemeyi amaçlamaktadırlar.

Askeri gereklilik bir askeri eylemi; böyle bir eylem çatışmasının tam olarak çözümü ve sonlandırılması için zorunlu olması halinde onaylamaktadır. Özellikle de çatışmanın sürmesi halinde bu devletin varlığı tehlike altına girecekse askeri eylemlerin meşruluk kazanması kolaylaşmaktadır. Dolayısıyla geniş kapsamlı olarak

---

<sup>374</sup> Giladi, Rotem M. (2012). "Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War," *Israel Law Review*, 45(2), s.325.

askeri gereklilik; askeri ihtiyaçlar ile sivil ve askerlerin hayatı arasında bir denge fonksiyonuna sahiptir.<sup>375</sup> Bu denge; askeri gereklilik ilkesi ile silahlı çatışmalar hukukunun diğerk çekirdek prensiplerinin birlikte yorumlanması ile sağlanmaktadır. Çatışmalar hukukunun ayırt etme, orantılılık ve gereksiz acı ile ızdırabın lenmesi ilkeleri bu sınırlayıcı fonksiyonun yapı taşlarıdır. Askeri gereklilik; bu unsurlarla birlikte sınırlayıcı niteliğini gün yüzüne çıkarmaktadır. Bu açıdan bakıldığında; esasen askeri gereklilik bir istisnadır. Askeri eylemleri ortadan kaldırmaktan ziyade onları zaruretin varlığı halinde onaylar. Devletler ve askeri icracıların bu prensipleri amacına uygun ve etik bir zeminde kullanması, askeri gereklilik doktrininin hukuk sistemine daha uyumlu hale gelmesini sağlayacaktır.<sup>376</sup>

Sınırlayıcı ve meşrulaştırıcı bu iki zıt işlevin yarattığı denge prensip olarak anlaşılr ve kabul edilebilir niteliktedir. Asıl sorun bu dengenin nasıl sağlanacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirtildiğı gibi askeri gereklilik çatışmanın tam olarak sonuca kavuşması için zorunlu askeri tedbirlere yeşil ışık yakmaktadır. Özellikle de çatışmanın süratle sona ermemesi halinde devletin varlığı ciddi tehlike altına girecekse askeri gerekliliğinin onay mekanizması daha cretkr hale gelmektedir. İnsan hayatı ve askeri ihtiyaçlar arasında dengeyi ararken, ortaya çıkan neticeler bazen kamu vicdanını rahatsız edecek hale gelmektedir.

Örneğın, II. Dünya Savaşı'nın en yoğun çatışmalarından birinin yaşandığı Normandiya çıkarması ve devamındaki muharebelerde Müttefik Kuvvetler, hem Alman askerlerin hem de Fransız sivillerin birlikte bulunduğı yerleşim yerlerini bombalamıştır. Sivil can kayıplarının fazlalığına rağmen; hava harekâtı Fransa'yı kurtarmak ve Nazi Almanyası'nı yenmek için Müttefiklerin ihtiyaç duyduğı tutunma noktasının ele geçirilmesini sağlamıştır. Normandiya başarısı II. Dünya Savaşı'nın kaderini değiştirmiş, savaşı sona erdirecek önemli bir safhanın geçilmesini sağlamış ve Müttefik Devletlerin bekaları bakımından muazzam stratejik avantaj sağlamıştır. Askeri ihtiyaçların sivil yaşamlar üzerine kurduğı bu denge; konsept olarak askeri gereklilik doktrini kapsamında hukuka uygun kabul edilebilmektedir.<sup>377</sup> Askeri

<sup>375</sup> Vincze, Viola. (2016). "Taming the Untameable: The Role of Military Necessity in Constraining Violence", *ELTE Law Journal*, Vol.2, s.111-114.

<sup>376</sup> Caggiano, Mark J. T. (1993). "The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance Over Conventional Form", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.20, s.496.

<sup>377</sup> Caggiano, a.g.m., 1993, s.496.

harekâtın başarısının sağladığı avantajlar anlaşılmakla birlikte bu türden bir gerekliliğin, sivil ölümlerini kabul edilebilir zayıat kapsamına sokması ve bombardımanın hukuka aykırılığını gidermiş olması büyük bir vicdani sorgulama sebebidir. İnsanilikten hangi ölçekte uzaklaşıldığı ve dengenin gerçekten sağlanıp sağlanmadığına karar verilmesi güçtür. Sınırlayıcı fonksiyon ile meşrulaştırıcı fonksiyon terazinin iki kefesindedir ve uluslararası kamuoyunun vicdanı hakkaniyetin denetçisidir.

Silahlı çatışmalar hukuku; askeri zorunlulukların bazı zaruri hallerde savaşı tarafları, normal şartlarda çatışmanın hukukuna (*jus in bello*) aykırılık teşkil edecek yöntemleri uygulamaya mecbur bırakacağı önermesini kabul etmektedir. Bu hukuk dalının askeri gerekliliği kabul edilebilir bir gereklilik olarak nazara aldığı pek çok başka örnek mevcuttur.<sup>378</sup> Bu örneklerde de; sınırlayıcı genel normun içerisinde istisna niteliğindeki askeri gereklilik halinin aynı madde metninde birlikte sayılması şeklinde bir yazım tekniği gözlenebilecektir. Şimdi bazı somut düzenlemeler üzerinden konunun irdelenmesine devam edilecektir.

Bir ordunun işgal esnasında düşman ülke topraklarındaki devlete veya kişilere ait mülkleri tahrip ve imha etmesi Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi kapsamında kesinlikle yasaklanmıştır. Ancak askeri harekâtın bu imhayı mutlak surette gerekli kılması hali müstesna tutulmuştur.<sup>379</sup> “(...) *menkul ve gayrimenkul malların imhası, askerî harekât bu imhayı kat’i olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.*” hükmündeki istisnai kural açıkça görülmektedir.

İşgalci kuvvet, ‘zorunlu askeri nedenlerle’ bir bölgeyi boşaltabilir ve içinde bulunanları tamamen tahliye edebilir.<sup>380</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II No.lu Protokolün<sup>381</sup> 17. maddesi, ‘sivillerin zorunlu yer değiştirmelerinin yasaklanmasını’ düzenlemektedir. Madde metni “1. *Sivillerin*

---

<sup>378</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.268.

<sup>379</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, Md.53. Bu madde hükmünün içeriği ve kapsamı yukarıda farklı başlık altında incelendiğinden kısaltılarak yazılmıştır.

<sup>380</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.268.

<sup>381</sup> 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 2 No.lu Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol. Sözleşmenin Türkçe metni için *bkz.* Yamaner M. ve diğerleri, *a.g.m.*, 2008, s.265.

*güvenliği ya da zorunlu askeri nedenlerin gerekli kılması hali dışında, sivil çatışmaya dayalı nedenlerden ötürü halkın zorunlu yer değiştirmesi emri verilmeyecektir. Bu tür bir yer değiştirmenin gerçekleştirilmesi gerekirse, sivil halkın uygun sığınak, hijyen, sağlık, güvenlik ve beslenme koşullarında ağırlanması için gerekli bütün önlemler alınacaktır. 2. Siviller kendi topraklarını çatışmayla ilgili nedenlerden ötürü terk etmeye zorlanmayacaktır.”* şeklindedir.<sup>382</sup> Düzenlemenin lafz’ından da açıkça anlaşılacağı üzere, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin güvenliği ve zorunlu askeri nedenlerden dolayı halkın yer değiştirmesine yönelik tedbir alınması hukuken mümkündür.

Aynı şekilde I Numaralı Ek Protokolün<sup>383</sup> 71. maddesinin 3. Fıkrası kapsamında enterne edilen bölge halkına ve askerlere yardım sağlayan kuruluşların aktivitelerinin askeri gereklilik gerekçesi ile kısıtlanabilmesi mümkündür. “(...) *Sadece zorunlu askeri gerekliliklerde, yardım personelinin faaliyetlerini sınırlandırılabilir ya da hareketleri geçici olarak kısıtlanabilir.*” cümlesi ile sınırlandırıcı norm, aynı metin içerisinde istisna bir uygulamaya cevaz verecek hale getirilmiştir.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin birincisi olan 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi’nin<sup>384</sup> 34. maddesi “*Sözleşmeden istifade etmesi kabul olunan yardım cemiyetlerine ait menkul ve gayrimenkul mallar şahsi mülkiyet sayılacaktır. Muhariplere harp kanun ve teamülleriyle tanımış bulunan müsadere hakkı yalnız acil zaruretler karşısında ve hasta ve yaralıların durumu müemmen olmak şartıyla kullanılacaktır.*” hükmü marifetiyle; yardım derneklerinin mülkiyetinin savaşı taraflarca acil bir gerekliliğin varlığı halinde müsadere edilebilme imkânı savaşı taraflara sağlanmıştır.

---

<sup>382</sup> Türkiye bu protokole taraf değildir.

<sup>383</sup> 2 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I. Ek Protokol).

<sup>384</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.1.

Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi'nin 76. maddesi<sup>385</sup>, harp esirlerinin iletişim imkânlarını düzenlemektedir. Bunların iletişim vasıtalarının kısıtlanmaması esastır. Ancak iletişim vasıtalarına getirilecek kısıtlama tedbiri *“Madde 76 - Harp esirlerine gönderilen ve bunların gönderdikleri mektuplar mümkün olan en kısa zamanda sansürden geçirilecektir. (...) Esirlere şahsen veya toplu olarak yollanan paketlerin kendilerine teslimi, sansür güçlükleri bahanesiyle geciktirilemeyecektir. İhtilafa dâhil tarafların askerî veya siyasî sebeplerle koyacakları her türlü muhabere yasağı ancak muvakkat olacak ve mümkün olduğu kadar kısa sürecektir.”* kapsamında askeri ve siyasi zorunlu sebeplerin varlığına bağlanmıştır.

Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi<sup>386</sup>; 30. Maddesi *“(...)Bu muhtelif teşekküller, askerlik ve emniyet icaplarının çizdiği hudut dahilinde salahiyyetli makamlardan her türlü kolaylıkları göreceklendir(...)”* hükmü kapsamında alıkonulan personelin, doktorların ve din adamlarının kendi hatlarını dönüşünü askeri gereklilikler çerçevesinde geciktirme hakkını taraflara vermiştir.

Örneklerin çoğaltılması mümkündür. Askeri bir gerekliliğin varlığı halinde istisna sağlayan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuk düzenlemelerinin mevcut olduğu aşikârdır. Buradaki esas sorun, askeri bir gerekliliğin bulunup bulunmadığına nasıl karar verileceği hususudur. Askeri gerekliliğin tespitine ilişkin belli başlı kriterler mevcuttur. Bu kriterler andlaşmalar, teamüller ve içtihatlarla şekillenmiştir. ‘Askeri Gerekliliğin Unsurları’ başlığı altında ele alınan bu kriterlere burada ayrıca değinilmeyecektir. Ancak askeri bir zorunluluğun objektif olarak rahatlıkla tespitinin her zaman mümkün olamayacağı bilinmelidir. Bu hususun denetimi de hukuka aykırılığın konusu, mağduru ve niteliğine göre ulusal ve uluslararası mahkemelerce yapılmaktadır.

Bununla beraber son derece temel bir ön kabule işaret etmekte fayda görülmektedir. Muhariplerin davranışları hukuka tâbidir. Askeri zorunluluk ilkesi, hiçbir surette silahlı çatışmalar hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri ve yasakları geçersiz kılmaz. Askeri gerekliliğin izin verici normları altında yapılan

<sup>385</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi. bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.49.

<sup>386</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi. bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.121.

eylemlerde dahi, hukuk ve teamül kurallarının ışığında kabul edilebilir olan birtakım önlemlerin alınması şarttır.<sup>387</sup>

### **3.2. Askeri Gerekliliğin Olağanüstü ve Ölçüsüz Tedbirlere Meşruluk**

#### **Kazandırıp Kazandıramayacağına Dair İnceleme**

Askeri gerekliğin mevcut olup olmadığı hususunun tespiti süreci yukarıda incelenmiştir. Aynı kapsamda; hukuk düzeninin yasakladığı bir eylemin askeri gereklik istisnası kapsamına girip girmediğinin normatif sistemde belirlenmesi ve hukuka aykırılığın giderilmesi mekanizması da yukarıda tartışılmıştır.

Askeri bir gereklik mevcut ise; silahlı çatışmalar hukukunun yasakladığı bir eylem, yine hukukun çizdiği çerçevede hukuka uygun hale gelebilmektedir. Bu durumda; eylemi gerçekleştiren muharip güvence altına alınmakta, daha geniş bir yorumla devleti ve bireyin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Hukuk düzeninin yasakladığı bir eyleme yine hukuk düzeninin askeri gereklik çerçevesinde getirdiği istisnanın da bir sınırı vardır. Askeri gereklik, savaş kazandıracak her türlü fiil ve eyleme müsaade edecek şekilde geniş yorumlanamaz. Modern çatışma hukuku öğretisi; savaşın doğasının yarattığı hırs, intikam, kazanma arzusu, bıkkınlık, nefret gibi hislerin tetikleyebileceği aşırı eylemleri engelleyecek bir kurguya sahip olmalıdır. Kişisel duygulardan hariç olarak; siyasi kararların savaşın şiddetini arttıracak nitelikteki sonuçlarının önlenmesi için caydırıcı nitelikte ideal bir düzen amaçlanmalıdır.

Askeri gerekliğin uygulanmasına müsaade ettiği hareket tarzlarının hangi ölçüde sınırlı kalacağının belirlenmesi son derece önemlidir. ‘Neye mal olursa olsun...’, ‘Mümkün olan en kısa sürede...’, ‘Eğer acilse...’ gibi terimlerin kullanımı ile tanınan takdir marjı; ihtiva ettiği belirsizlikler itibarıyla keyfi uygulamalara cevaz verme riskine sahiptir. Silahlı çatışmalar hukukunun bu tür keyfiyete açık unsurlarla formüle edilmemesi gerekmektedir.<sup>388</sup> Savaşta komutanların takdir yetkisinin bulunduğu hususunda kuşku yoktur. Ancak savaşın getirdiği koşullar veya harp icracılarının ahlaki arka planlarının zafiyetler barındırma ihtimali gibi nedenlerle bu takdir yetkisinin ölçüsüz kullanımı mümkündür. Tarih ne yazık ki bu tür örneklerle doludur. Savaşın yarattığı ağır çöküş ve kayıplar, sadece harp icra eden muhاریpler

<sup>387</sup> Tütüncü, *a.g.e.*, 2019, s.68.

<sup>388</sup> Solis, *a.g.e.*, 2010, s.269.

üzerine değil, devlet adamlarında da baskı yaratmaktadır. Dolayısı ile savaş hukukunun ihlali niteliğindeki fiil ve eylemlerin siyasi otorite tarafından da gerçekleştirilmesi olasıdır. Özellikle büyük kitlesel yıkıma sebep olan askeri eylemlerin, tek başında muharip askerler tarafından gerçekleştirilmesi de mümkün değildir. Savaşta kesin sonuç elde edilmesini sağlayacak stratejik kararlar, üst düzey askeri ve siyasi otoritelerin verdiği ağır sonuçları olan kararlardır.

Peki, silahlı çatışmalar hukuku askeri gereklilik argümanına yaslanan olağanüstü ve ölçsüz tedbirlere meşruluk kazandırabilir mi? Son derece ağır sonuçlara, büyük yıkımlara ve felaketlere neden olacak taarruzlar, askeri zorunluluklar çerçevesinde hukuka uygun bir hale gelebilir mi?<sup>389</sup>

Kitlesel ölüm ve yıkımı kesin olarak yasaklayacak nitelikteki hukuk normları uluslararası hukuk sisteminde mevcut değildir. Ne yazık ki uluslararası hukuk sisteminin bu tür eylemleri tamamen engelleyecek şekilde kodifiye edilmesi ve bu eylemlerin yaptırıma bağlanarak caydırıcılığın sağlanması mümkün olmamıştır. Kitlesel ölümler klasik savaşın bir gerçeği olarak varlığını sürdürmektedir.<sup>390</sup>

Uluslararası hukukun çok ağır sonuçlara vücut veren olağanüstü askeri tedbirlere yaklaşımı aşağıda somut pozitif hukuk metinleri ile somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

### 3.2.1. Uluslararası Adalet Divanı'nın Yaklaşımı

Uluslararası hukuk, olağanüstü bir tehlikenin varlığı halinde, askeri gerekliliğin savaşın olağan hukuk kurallarını, geleneklerini ve yöntemlerini hükümsüz hale getireceğini ve işlevsiz kılacağını ifade eden *Kriegraison Doktrinini* yaklaşık bir asır önce eleştirmeye başlamış ve çağın gereklerini karşılamadığına kanaat getirmiştir. Modern uluslararası hukuk, askeri gereklilik kavramının tam anlamıyla bilincindedir.

---

<sup>389</sup> Tütüncü, Ayşe Nur. (2003). “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 23 (1,2), s.809.

<sup>390</sup> Çaman, Efe. (2013). “Kitlesel Şiddete – Savaşa Bir Eleştiri Denemesi: Savaşın Teorik Konsepti ve Devlet Tekelinden Çıkan Çatışma Davranışı”, *Barış Araştırmaları ve Çatışma Çözümleri Dergisi*, 1 (1), s.7.

Gereklilik hukuk düzenin yasakladığı eylemleri haklı çıkarmak için kullanılamaz.<sup>391</sup> Bu genel kural, öğretide geniş yer bulmuş ve büyük ölçüde kabul edilmiştir.

Peki, Silahlı çatışmalar hukuku bir devlete artık varlığını sürdürmek ve halkının yok oluşunu engellemek için başka bir çare kalmaması halinde, olağanüstü ve aşırı bazı tedbirleri alma seçeneği sunabilir mi? Askeri gereklilik ilkesinin devletlerin ‘son çare’ olarak başvurabileceği kitlesel ölümlere sebep olabilecek eylemler bakımından kabul edilip edilmeyeceği hususunda Uluslararası Adalet Divanı’nın 1996 tarihli tavsiye kararını incelemek uygun olacaktır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Adalet Divanı’ndan bir danışma görüşü talep etmiştir. Genel Kurul’un sorusu son derece yalın ve açıktır. *"Uluslararası hukuk nükleer silah tehdidine ya da nükleer silah kullanımına her koşulda izin vermekte midir?"*<sup>392</sup> Adalet Divanı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun nükleer silahlara ilişkin danışma görüşü isteğini 8 Temmuz 1996’da sonuçlandırmıştır.<sup>393</sup> Divan’ın ‘Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu’ konulu danışma görüşü aşağıya çıkarılmıştır:

*"A. Ne yapılagelişte, ne de sözleşmeden doğan uluslararası hukukta, nükleer silah tehdidine ya da kullanımına ilişkin herhangi bir özel yetkilendirme mevcut değildir (oybirliği);*

*B. Ne yapılagelişte, ne de sözleşmeden doğan uluslararası hukukta, nükleer silah tehdidine ya da kullanımına ilişkin herhangi bir kapsamlı ve evrensel yasak yoktur (On bir lehe, üç aleyhe oy ile oy çokluğu);*

*C. Nükleer silahlar vasıtasıyla, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 2. madde, 4. paragrafına aykırı olan ve 51. maddenin bütün gereklerini karşılamayan bir kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanımı hukuka aykırıdır (oybirliği);*

<sup>391</sup> UK Ministry of Defence. (2004). *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, s.422’den aktaran Solis, a.g.e., 2010, s.269.

<sup>392</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğuna İlişkin Danışma Görüşü (İlişğinde Adalet Divanı’na sunulan tüm belgeler ile birlikte) orijinal metni için bkz. International Court of Justice; Request for Advisory Opinion, transmitted to the Court under the United Nations General Assembly resolution 49/75 K of 15 December 1994, Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons. Erişim Linki:[ <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/7646.pdf>] (Erişim Tarihi: 10.01.2021)

<sup>393</sup> Adalet Divanı’nın tavsiye kararı, yargıçların görüşleri, danışma görüşünün hazırlanması sürecine ilişkin belgeler için bkz. Uluslararası Adalet Divanı Web Sitesi, Erişim Linki [<https://www.icj-cij.org/en/case/95>] (E.T.:10.01.2021)

*D. Nükleer silah tehdidi ya da kullanımının; açıkça nükleer silahlarla ilgili olan antlaşma ve diğer taahhütlerden kaynaklanan zorunluluklara ilave olarak ayrıca silahlı çatışmalarda tatbik edilebilir olan uluslararası hukukun gerekleriyle ve özellikle uluslararası insancıl hukukun ilke ve kurallarının gerekleriyle uyumlu olması gerekir (oybirliği);*

*E. Yukarıda değinilen gereklerden, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına ve özellikle insani hukukun ilke ve kurallarına genel olarak aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte Divan; uluslararası hukukun bugünkü durumunu ve elindeki olgusal verileri göz önüne aldığında, doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürmesinin tehlikede olduğu meşru savunmanın olağanüstü koşullarında nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamamaktadır (yediye karşı yedi eşitlik üzerine Başkanın karar oyu ile);*

*F. Nükleer silahsızlanmayı bütün boyutlarıyla sıkı ve etkili bir uluslararası denetim altına almaya yönelik görüşmeleri iyi niyetle sürdürme ve bir sonuca ulaştırma yükümlülüğü vardır (oybirliği). ”<sup>394</sup>*

Tavsiye kararının tartışmalı ve sıkıntılı olan kısmı “(...)Bununla birlikte Divan; uluslararası hukukun bugünkü durumunu ve elindeki olgusal verileri göz önüne aldığında, doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürmesinin tehlikede olduğu meşru savunmanın olağanüstü koşullarında nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamamaktadır.(...)” cümlesidir.

Mahkeme, caydırıcılık doktrini kapsamında devletlerin; kendilerini tehdit eden bir silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa hakkını kullanırken nükleer silahlara müracaat etmek imkanını her zaman saklı tuttuklarını ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin görüşüne göre caydırıcılık doktrini, nükleer silah tehdidinin veya

---

<sup>394</sup> International Court Of Justice; Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders: Legality Of The Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996, s.266-267. Erişim Linki:[<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>] (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

kullanımının yasal olduğu tezine yol açmaktadır ve bu nedenle nükleer silahların yasallığı veya yasadışılığı konusunu derinden etkilemektedir.<sup>395</sup>

Divan on bir lehe oya karşı üç karşı oyla; savaş hukuku teamüllerinde ve uluslararası andlaşmalarda, nükleer silah tehdidine ya da kullanımına ilişkin herhangi bir kapsamlı ve evrensel yasağın bulunmadığına karar vermiştir. Bunun devamında ise meşru savunmanın olağanüstü koşullarında nükleer silah kullanımı hususunda bir sonuca varamadığını belirtmiştir. Bu yaklaşım son derece şaşırtıcıdır. Mahkemenin perspektifinden; ‘eğer uluslararası hukuk belirli bir uygulamayı yasaklamıyor ise (pozitif hukuk metinleri ya da örf ve adet hukuku ile) bu uygulama hukuka uygundur’ sonucuna varılabilmektedir.<sup>396</sup>

Devletlerin bekasına tanına bu öncelik, aynı zamanda riskleri de doğurmaktadır. Divan’ın bu yaklaşımı; devletin varlığının tehlikede olması gibi izafi bir gerekçeye dayanarak olağanüstü tedbirlere başvurma yolunu açmıştır.

Örf ve adet hukukunda kabul edildiğı gibi, meşru savunma hakkının uygulanması, ancak askeri gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olduğunda yasalır. Bununla birlikte, orantılılık ilkesi temelde her zaman askeri güç kullanımında ihtiyatlı ve tutumlu olma yaklaşımını benimsemektedir. Mümkünse muhariplerce kuvvet kullanım miktarından tasarruf edilmesi beklenir. Ancak orantılılık ilkesi kapsamında kullanılacak kuvvet miktarının ölçeğı konusunda bir netlik mevcut değildir. Ölçülülük ve askeri gereklilik analizi yapılırken; ‘taktik saha perspektifi mi dikkate alınacak yoksa savaşın nihai hedefleri açısından bir değerlendirme mi yapılacak’ sorunu çözüme kavuşturulması güç bir özellik arz eder. Bu hususta insancıl hukuku ve silahlı çatışmalar hukuku yaklaşımları arasında bir farklılık olduğu söylenebilecektir. İnsancıl hukuk yaklaşımı; muhariplerin her zaman asgari güç kullanımını teşvik ederken çatışmalar hukuku konseptinde bununla çelişen görüşler de mevcuttur. İlke olarak asgari güç kullanımının benimsenmesi; askeri güç ve orantılılık kavramlarının hatlarının kesinleştirilmesi ve çatışmaların yıkıcı

---

<sup>395</sup> Fujita, Hisakazu. (1997). “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons”, *International Review of the Red Cross*, No.316, Onl.Ed. Erişim Linki:[<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jfnf.htm>] (Erişim Tarihi:29.01.2021.)

<sup>396</sup> Dinstein, *a.g.e.*, 2004, s.79.

etkilerinin sınırlandırılması amacının realize edilmesi bakımından isabetli mütalaa edilmektedir.<sup>397</sup>

Askeri gereklilik kapsamında görüşten çıkarılabilecek en tehlikeli sonuç şudur: Devletin varlığını sürdürmek için yürütülen meşru savunmada başka bir seçenek kalmadıysa ve askeri gereklilik nükleer silah kullanımını zorunlu kılıyorsa, nükleer silahlarla kitlesel bir ölüme ve yok edişe sebep olmak şartların varlığı halinde hukuka aykırı kabul edilmeyebilir. Herhalde bu; askeri gereklilik ilkesinin en tehlikeli ve geniş yorumu olacaktır. Devletlerin kendi bekalarını gerekçe göstererek bu meşruiyet mekanizmasını aktif hale getirmeyeceklerinin de garantisi yoktur. Divan'ın bu yaklaşımı; silahlı çatışmalar hukukunun altında yatan bütün insani mülahazaları işlevsiz kılabilecek niteliktedir. Tarifsiz ve gereksiz acılara sebep olabilecek, siviller ayırt edilmeksizin toplu katliama neden olacak, orantısız güç kullanımının önünü açacak bu perspektif; askeri gereklilik gölgesi altında çatışmalar hukukunun tüm diğer ilkelerini alt üst etmektedir.<sup>398</sup> Askeri gereklilik; çatışmalar hukukuna tek başına hâkim olan ve gerektiğinde tüm hukuk denetim yollarını kesmeye yarayan alade bir araç değildir. Silahlı çatışmalar hukukunun insancılığa özgülenen diğer ilkeleri ile bütünsel muhakemeden uzak ve bu ilkeleri hiçe sayan bir yaklaşımla askeri gerekliliğin hukuka uygunluk vasıtası yapılması, bu hukuk dalının kurgusuna aykırıdır.

Modern silahların yıkıcılık kapasitesinin boyutları genişlemektedir. Kitle imha silahları; silahlı çatışma kavramının hukuka uygun olup olamayacağı ile ilgili özel siyasi ve ahlaki getirir endişeleri beraberinde getirmektedir. Nükleer silahların kullanımını gerektirecek bir askeri gereklilik tarifi yapmak oldukça zordur. Nükleer silah kullanımını ne tür bir saldırının ve devletin geleceğine yönelik bir tehdidin kaçınılmaz sonucu olarak görmek mümkün olabilir? Büyük bir zırhlı birlik taarruzu ya da kimyasal silah kullanımı karşısında askeri gereklilik mülahazası ile nükleer silah kullanımı makul karşılanabilir mi? Öncelikle bunun orantılılık ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaştırılamayacağının tespiti gerekmektedir.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> Rostow, Nicholas. (1995). The World Health Organization, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons". *Yale Journal of International Law*, 20(1), S.171-172.

<sup>398</sup> Doswald-Beck, a.g.m., 1997, s.35-55.

<sup>399</sup> Rostow, a.g.m., 1995, s.172.

### 3.2.2. Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I Kapsamında Benimsenen Yaklaşım

Uluslararası hukukun yakın tarihide, silahlı çatışmaların şartlarının gerektirdiği hallerde; askeri gereklilikler çerçevesinde uygulanabilecek olağanüstü, ölçüsüz yahut aşırı tedbirlerin uygulanmasına cevaz veren sözleşme kaynaklı hukuk normları da mevcuttur. Bu yöndeki çıkarımlara yalnızca yargı organlarının kararlarında değil, bazen de pek çok devletin müşterek irade beyanları ile yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerde de rastlamaktayız.

Bu başlık altında; oldukça yeni bir hukuk metni olarak kabul edebileceğimiz, 8 Haziran 1977 tarihinde imzalanıp 7 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe giren 2 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I. Protokol'ün<sup>400</sup> olağanüstü tedbirlerin icrasına ilişkin yaklaşımı incelenecektir. Bu şekilde; uluslararası toplumun olağanüstü gerekliliklere karşı güncel bakışı tespit edilmeye çalışılacaktır.

1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolün<sup>401</sup> 54. maddesi 'sivil halkın yaşamını sürdürebilmesi için vazgeçilmez olan malların korunmasını' düzenlemektedir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

*"1. Bir savaş yöntemi olarak sivilleri aç bırakmak yasaktır.*

*2. Sivilleri aç bırakmak, sivillerin taşınmasına neden olmak ya da başka bir düşünceyle ya da başka hangi amaçla olursa olsun, taşıdıkları yaşamsal değer yüzünden düşman Taraf ya da sivil halkı bunlardan mahrum bırakmak amacıyla, yiyecek maddeleri ve yiyecek maddelerinin üretimi için tahsis edilen tarım alanları, tarım ürünleri, sürü hayvanları, içme suyu tesisleri ve depoları ve sulama kanalları gibi halkın yaşamını sürdürmesi için vazgeçilmez olan mallara saldırmak, bunları yok etmek, ortadan kaldırmak ya da kullanılamaz hale getirmek yasaktır.*

<sup>400</sup> 2 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 08 Haziran 1977 tarihli Protokol (I. Ek Protokol).

<sup>401</sup> Protokolün orijinal metni için bkz. International Committee Of The Red Cross Web Sitesi Erişim Linki: [<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/470>] (E.T.: 11.01.2021). Türkçe metin için bkz. Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.179.

3. Paragraf 2’de yer alan yasaklar, düşman Tarafça aşağıdaki amaçlar doğrultusunda kullanılan mallar için geçerli değildir.

a) Sadece silahlı kuvvetlerinin mensupları için esaslı ve yaşamsal önemi haiz bir kaynak ise ya da,

b) Esaslı ve yaşamsal önemi haiz bir kaynak olarak değilse de, doğrudan askeri hareketin desteklenmesi için kullanılan mallar. Ancak bu durumların hiç birinde, de söz konusu mallara karşı, sivil halkı yetersiz yiyecek ya da içeceklerle bırakması ve böylece halkın açlık çekmesine ya da taşınmaya zorlanmasına neden olması beklenen eylemlerde bulunulmayacaktır.

4. Bu mallar misillemeler için hedef haline getirilmeyecektir.

5. Ulusal sınırların istilaya karşı savunulması sırasında çatışmanın Taraflarının yaşamsal ihtiyaçları olduğu kabul edilerek, çatışan bir Taraf kendi kontrolü altındaki sınırlar içerisinde, zorunlu askeri gereklilikler nedeniyle ihtiyaç duyulan yerlerde paragraf 2’de yer alan yasaklara ayırık istisna<sup>402</sup> getirebilir.”<sup>403</sup>

Bu sözleşme hükmü kapsamında askeri gereklilik, sivil nüfusun hayatta kalması için vazgeçilmez olan şeylerin yok edilmesine izin vermemektedir. Sözleşmede taraflar; sivilleri aç bırakmayı; sivillerin taşınmasına<sup>404</sup> neden olmayı; taşıdıkları yaşamsal değer yüzünden düşman taraf ya da sivil halkı yiyecek maddeleri ve yiyecek maddelerinin üretimi için tahsis edilen tarım alanlarından, tarım ürünlerinden, sürü hayvanlarından, içme suyu tesislerinden mahrum etmeyi; depolar ve sulama kanalları gibi halkın yaşamını sürdürmesi için vazgeçilmez olan mallara

<sup>402</sup> İng. Derogations, Fr. Dérégations.

<sup>403</sup> Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 08 Haziran 1977 tarihli I. Ek Protokol Md.54. Kaynak: Yamaner M. ve diğerleri, a.g.m., 2008, s.215-216.

<sup>404</sup> Buradaki ‘sivillerin taşınması’ kavramından; harbe hiçbir suretle iştirak etmemiş ve kuvvet kullanan devlete doğrudan veya dolaylı olarak karşı eylemde bulunmamış, bunları fiilen desteklememiş masum sivil halkın anlaşılması gerekmektedir. Silahlı güce aktif direniş gösteren gerillalar yahut bunları fiilen destekleyen (ikmal faaliyetleri dâhil) yerel nüfusun ‘siviller’ kavramına dâhil edilmesi mümkün değildir. 1949 Cenevre Sözleşmesi kapsamında; harp esiri olarak kabul edilmeyecekler de açıkça ifade edilmiştir. Düşmana karşı veya düşmanın arkasından açıkça veya gizlice faaliyette bulunan, harp kanun ve adaletini hiçe sayarak mücadele eden kişiler harp esiri olarak sayılmamakta ve düşman devletin kanunlarına tabi tutularak genellikle ölüm cezasına çarptırılmaktadırlar. Casuslar ve gerillalar bu kapsamda sayılmaktadır. Dolayısı ile gerilla eylemleri yürüten, bu eylemleri gerçekleştiren örgüt ve çeteleri açıkça veya gizlice desteklemek sureti ile faaliyette bulunan bölge nüfusunun masum sivil halk olarak kabul edilmesi ve bu sözleşmenin ‘siviller’ tanımı içerisinde dâhil edilmesi kanımca mümkün değildir. Bu çalışmada 1977 tarihli Ek 1 protokolü ile ilgili tüm değerlendirmelerde bu bakış açısı esas teşkil etmektedir.

saldırmayı, bunları yok etmeyi, ortadan kaldırmayı ya da kullanılamaz hale getirmeyi hukuksuz eylem biçimleri olarak tarif etmiştir. Fakat ulusal sınırların istilaya karşı savunulması sırasında bunların savaşıyan tarafların da ihtiyacı olduğu kabulüyle askeri gereklilikler nedeni ile bu yasaklara riayet edilememesi durumunu hukuka uygun kabul etmektedir.

Protokolün bu maddesinde sayılan ihtiyaçlar sıradan ihtiyaçlar değildir. Savaş hukuku, başka bir devletin topraklarında kendi ikmal olanaklarından yoksun bir ordunun ihtiyaç halinde sivil halkın kritik yaşamsal ihtiyaçlarına el atılmasını meşrulaştırmaktadır. Buradaki ön kabul, askeri gereklilikler kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin, sivil halkın ağır mağduriyeti pahasına gerçekleştirilmesidir. Bu yönüyle bu sözleşme hükmünün olağanüstü tedbirlere cevaz verecek nitelikte olduğu değerlendirilmiştir. Ek Protokolün getirdiği bu askeri gereklilik istisnasının; insancılık-gereklilik dengesini koruma amacını taşıdığı ancak meşrulaştırılan olağan üstü tedbirin vahamet derecesi itibarıyla insan haklarını koruma gayretinden nispeten uzaklaştığı söylenebilir.

### **3.2.3. Askeri Gerekliliğin Olağanüstü Nitelikli Eylemleri Meşrulaştırması ile İlgili Değerlendirme**

Askeri gereklilik kapsamında olağanüstü, aşırı ve ölçülülükten uzak eylemlerin meşru hale getirilebilmesi sorunsalı; eylemlerin içeriği ve eyleme sebep olan durum açısından ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.

Öncelikli olarak askeri gereklilik altında ifa edilecek askeri eylem biçiminin ne zaman olağanüstü ve ölçüsüz olarak kabul edileceğinin tarif edilmesi gerekmektedir. Dünya savaşlarının ardından hangi askeri eylemlerin aşırı olduğuna karar vermek hemen hemen imkânsız hale gelmiştir. ‘Topyekûn savaş’ konsepti; Londra, Berlin, Tokyo ve en ünlüleri olan Hiroşima ve Nagazaki gibi şehirlerin tamamen yok edilmesini öngören askeri stratejilerin kabul edilebilir olduğu bu iki yıkıcı küresel çatışmadan türemiştir.<sup>405</sup>

İkinci husus ise; hangi durumlarda bu olağanüstü hareket tarzlarının uygulamaya geçirilebileceğidir. Devletlerin olağanüstü askeri eylemlere

---

<sup>405</sup> Caggiano, a.g.m., 1993, s.497-498.

başvurabilmeleri, uluslararası hukuk tarafından açıkça reddedilemiyor ise de en azından belli başlı kriterlere bağlanabilmelidir.

Meşru savunma hukuku uyarınca orantılı bir kuvvet kullanımının hukuka uygun olması için yöntem ve şiddetin insancıl hukukun gereklerine uygun olması zorunludur. Dolayısıyla; insani hukukun koruduğu değerleri kabul edilemez nitelikte ihlal eden, uygar toplumlarca insanilikten alenen uzaklaştığı kabul görmüş, olağan harp metotlarının sebep olabileceğinden çok daha ağır, acımasız ve yıkıcı askeri eylem biçimlerini ‘olağanüstü eylemler’ olarak kabul etmek gereklidir. Öğretide hangi askeri eylem türlerinin aşırı ve olağandışı olduğunu tarif edebilecek bir tanım mevcut değildir. Olağandışılık, çağın teknik imkânları kapsamında askeri güçlerin sahip olduğu silahların niteliğine ve tedbirleri uygulayacak kişilerin vicdani sınırlamalarına bağlı değişken bir olgudur. Ancak harp hukukun teamülleri, hukukun genel ilkeleri ve insan haklarının korunma düzeyi; hangi eylemlerin olağanüstü derecede ağır olduğunu belirleyebilecek kıstasları ortaya koyabilmektedir.

Olağanüstü olarak sınıflandırdığımız eylem biçimlerinin hangi şartlar altında uygulanabileceği hususu diğer bir sorun alanıdır. Yani olağanüstü hareket biçimine imkân veren askeri gereklilik nedir? Bu hususta Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşünde ‘her devletin varlığını sürdürme temel hakkına’ gönderme yapmış olmakla birlikte bu hakkın içeriğinin son derece izafi olduğu yukarıda ifade edilmişti. Devletin varlığını sürdürmesine mani olacak derecede tehlikeli bir halin tarifi son derece problemlidir.<sup>406</sup> Ancak Uluslararası Adalet Divanı’nın görüşe ilişkin gerekçeleri ve sürecin içeriğinin tahlili ile bazı çıkarımlar yapmak mümkündür.

Uluslararası Adalet Divanı’nın olağanüstü nitelikteki nükleer güç kullanımına ilişkin birinci kriteri, bu durumun meşru savunma kapsamında gerçekleşiyor olmasıdır. İkinci kriteri ise; orantılı olmasıdır. Bu durumda meşru savunma kapsamında devam etmekte olan bir silahlı çatışmada olağanüstü bir tedbire başvurmada ki ön koşul, düşman tarafından gelecek olağanüstü bir etkiye verilecek ölçülü ve orantılı bir tepkidir. Olağanüstü bir tedbir; ancak hasım tarafından bu denli bir saldırı gerçekleşirse söz konusu olabilecektir. Uluslararası Adalet Divanı’nın yaklaşımı, olağandışı ve etkili bir saldırının askeri bir gereklilik teşkil edebilmesi

---

<sup>406</sup> Vincze, a.g.m., 2016, s.105-106.

için, önce düşman tarafından bu yönde bir girişimin olması yönündedir. Ancak bu şekilde misli ile mukabele etmeye meşru bir zemin hazırlanabilecektir.

Sonuç olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın perspektifinden olağanüstü bir kuvvet kullanımını gerektirecek askeri bir gerekliliğin ortaya çıkabilmesi için; devletin varlığını tehlikeye atacak ve başka türlü önlenemeyecek bir tehlikenin mevcut olması, savaşın Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca meşru savunma kapsamında gerçekleşiyor olması ve hasım devletten aynı nitelikte olağanüstü bir saldırı yöntemi uygulanmış olması gerekmektedir. Bütün bu şartların varlığı halinde meşru savunma yapan devletin orantılı ve ölçülü şekilde nükleer silah kullanması gerektiği sonucu ortaya çıkmışsa, bunun hukuka uygun olup olmadığına da karar verememektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın bu kararı askeri gereklilik ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Zira devletin hasmına başka türlü engel olamadığı bir hal ve devletin varlığını tehlikeye atacak bir saldırıya olağanüstü bir tedbir getirme zorunluluğu mevcuttur. Bu veya buna benzer tedbirlerin tamamı; kuvvet kullanma yoluyla gerçekleştirildiğinden birer askeri eylemdir. Eğer tartışma konusu, düşmana karşı olağan veya olağanüstü bir askeri müdahale ise; ölçeği ne olursa olsun bu müdahalenin gerekçesi askeri gereklilikle izah edilebilmelidir. Askeri gereklilik bazen imhası zorunlu bir düşman unsurunun imhası için binanın imhası kararında, bazen de çok kalabalık bir sivil nüfusun ölümüne sebep olabilecek silah kullanımının kararında karşımıza çıkabilir.

1949 Cenevre Sözleşmesinin I Numaralı Ek Protokolü'nün getirdiği askeri gereklilik istisnası da; düşman taraf ve sivil halkın askeri zorunlulukların varlığı halinde açlığa terk edilmesi, tüm yiyecek ve su kaynaklarının yok edilmesi, yaşam ve geçim imkânlarının tamamen kısıtlanması gibi olağanüstü tedbirlerin uygulanmasına imkân verecek niteliktedir.<sup>407</sup> Sözleşmenin ilgili maddesinde; yine askeri zorunluluklar ve beka ile insanilik ve ızdırabın önlenmesi arasında yapılacak bir seçimde, askeri gerekliliklerin öncelendiği görülecektir.

---

<sup>407</sup> Protokolün bu maddesi istisna getirilen ve askeri gereklilik çerçevesinde uygulanmasına izin verilen tedbirlerin tamamı olağanüstü nitelik arz etmemektedir. Olağanüstü askeri eylemler kapsamında değerlendirilen tedbir türleri sivil halkı aç bırakmak, su kaynaklarını yok etmek gibi hayatın devamını engelleyecek şiddet ve tesirdeki çok ağır nitelikli eylemlerdir. Bunun dışında sivil nüfusun yok olmasına, ölüme terk edilmesine ve yaşam imkânlarından yoksun bırakılmasına neden olmayan tedbirler, tarafımdan olağanüstü nitelikte kabul edilmemiştir.

Neyin askeri bir gereklilik olduğu ve buna kimin karar vereceği sorunsalı üzerinde dururken bu aşamada farklı bir görüşle girdi yapılarak bakış açısının zenginleştirilmesinde yarar vardır. Düşmana karşı kullanılacak kuvvetin olağan veya olağanüstü olmasına göre askeri gerekliliğin meşruluğu, olağanüstü müdahalenin hangi koşulların varlığı halinde uygulanabilir kılınabileceği yukarıda tartışılmıştır. Ancak *Huber* konuyu farklı bir sınıflandırma ile ele almaktadır. “*Huber*; Devlet gerekliliği, savaş gerekliliği ve askeri gereklilik şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Buna göre Devlet gerekliliği; söz konusu Devletin hayati çıkarlarının, bağımsızlığının ve haysiyetinin korunmasına ilişkindir. Savaş gerekliliği; askeri hedefe ulaşılmasına ilişkindir. Askeri gereklilik ise; hukuka aykırı bir eylemin kaçınılmaz hale gelmesiyle, askeri operasyonların başarısının güvence altına alınmasıdır.”<sup>408</sup> Bu sınıflandırmanın sistematiki kolay ve belirsizlikten uzak görünmektedir. Ancak *Huber*, askeri gerekliliği yalnızca taktik seviyeye indirgemiş küçük çaplı askeri operasyonların güvence altına alınmasına özgülemiştir. Bu durumda askeri gerekliliğin karar mekanizması ancak küçük birlik komutanları olacaktır. Devletin hayati çıkarlarının korunmasına dair nükleer silah kullanımı, askeri gereklilik mülahazasının çok dışında kalacaktır. Aynı şekilde askeri hedefin ele geçirilmesi için ordunun harekâtı sürdürebilmesi maksadıyla sivil halkın malların ey koyulması suretiyle ortaya çıkacak açlık ve insan hakları ihlalleri askeri gerekliliğin ilgi alanına giremeyecektir. Devlet gerekliliği ve savaş gerekliliği gibi stratejik ve operatif seviyedeki değerlendirme ve kararlar, askeri gereklilik doktrininin dışında seviyesinin üzerinde kabul edilmektedir. Bu ayırım sade olmakla birlikte askeri gerekliliği indirgeğiği nokta bakımından yetersizdir. Askeri gereklilik ilkesi uluslararası arenada en çok kodifiye edilen alandır. Askeri gereklilik, buna karar verecek askeri otoritenin ya da siyasi otoritenin seviyesinden bağımsız olarak askeri müdahale içeren her konuda caridir. Yoksa silahlı çatışmalar hukuku gibi bir alanın sadece küçük askeri operasyonlardaki münferit eylemlere özgülenmesi de akla yatkın görünmemektedir.

Kanımca olağanüstü tedbirler kategorisinde sınıflandırdığımız her türlü eylem; objektif olarak herkesçe kabul edilecek düzeyde aşırı, acımasız ve ölçüsüzdür. Hasmin aynı neviden bir fiiline mukabele ediliyor olması, orantılılık şartını sağlıyor

<sup>408</sup> Buza, Laszlo. (1959). *The State of Necessity in International Law*, 1 *Acta Juridica*, Vol.1, s.222.’den aktaran Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.95.

şeklinde kabul edilse dahi orantılı mukabele yapılan olağanüstü eylemi tek başına ihya etmeye ve hukuka uygun kılmaya yeterli değildir. Nükleer silah kullanımı, insanları açlığa ve ölüme terk etme, insanların hayatını sürdürmesine yarar vasıtaları yok etmeye veya insanların bunlara erişimini engelleme şeklindeki fiiller hiçbir surette meşrulaştırılamamalıdır. Bu türden fiillerin neden olacağı kitlesel ölümler, yıkım, telafisi mümkün olmayan çevre zararları, kültürel mirasın yok edilmesi gibi sonuçlar; insancılığı ve daha da ötesinde hukuk sistemlerini kökten reddedecek ve hiçe sayacak vahşet derecesine erişmektedir. Silahlı çatışmalar hukuku ve özelinde askeri gereklilik; çatışmanın kaçınılmaz ve bazı tedbirlerin zaruri olduğunu kabul etmekle birlikte tüm insani değer yargılarından arınmış sınır tanımaz bir kuvvet kullanma yetkisini asla kabul etmemektedir. Askeri gerekliliğin bir sınırı vardır. Zaten bu prensip kendi içinde sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir ve çatışma hukukunun diğer çekirdek prensipleri ile sıkı sıkıya bağlıdır. Bu parçalanmaz bütünlük, her durumda silahlı çatışmaların devlet olmanın erdemi ile yönetilmesini ve ahlaki bir zemine oturtulmasını zorunlu kılmaktadır.

Pek çok hukuki metinde devletlerin ya da yargı organlarının denge arayışı mevcuttur. Fakat bu dengenin sağlanması sürecinde ağırlık merkezinin her zaman hukukilikten yana olmadığı görülmektedir. Devletlerin uluslararası hukuk normlarını yaratırken gözettiği kaygılar, uluslararası yargı organlarının karar verme mekanizmalarına da sirayet etmektedir. Esasen Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşü; politik kaygıların hukuk zeminde ihya edilmesi kaygısıyla ortaya çıkan ve üzerine uzlaşmaya varılamamış muğlak bir metindir.

Devlet teamülleri, uluslararası andlaşmalar, uluslararası yargı kararları ve doktrindeki mesnetli görüşler; olağanüstü vasfındaki bu tür eylemleri yetkilendirme değil sınırlandırma eğilimindedir. Uluslararası toplumda olağanüstü askeri tedbirlerin askeri gereklilik bağlamında hukuka uygun hale getirilemeyeceği yönünde *opinio juris*'in varlığını iddia etmek mümkündür.<sup>409</sup>

---

<sup>409</sup> Nükleer silah kullanımının önünü açacak türden görüşler ya da sivilleri açlığa sürüklemeye imkân tanıyan sözleşme hükümler ise bu erdemli kanaati gölgeleyen istisnalardır.

### **3.3. Askeri Gereklilikte Sınırın Aşılması ve Silahlı Çatışmalar Hukuku Kurallarının İhlali Halinde Hukuki Sorumluluk**

Askeri gereklilik kapsamında yapılan askeri eylemlerde, silahlı çatışmalar hukuku sisteminin çizdiği sınırların aşılması mümkündür. Bu kapsamda ortaya çıkan hukuk ihlalleri; hukuki sorumluluğu doğurmaktadır ve uluslararası arenada hukuki denetime tabidir. Silahlı çatışmalar hukuku gibi çatışmaların ölçülü kıstaslarda yönetilmesini amaçlayan ve ancak zorunlu hallerde kuvvet kullanımına imkân vererek insanlığın temel değerlerini koruyan bir sistemin; hukuki sorumluluk kapsamında incelenmesi önem arz etmektedir.

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğunu düzenleyen temel ilkeler mevcuttur. Bunlar silahlı çatışmaları düzenleyen hukuk sisteminde meydana gelen ihlaller dolayısıyla ortaya çıkacak sorumluluk bakımından da cari kurallardır. Silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlali halinde devletin sorumluluğun yanı sıra; ihlali gerçekleştiren kişiler bakımından kişisel sorumluluklar da mevcuttur. Dolayısıyla silahlı bir çatışma kapsamında askeri gereklilik ilkesinin sınırının aşılması neticesinde ortaya çıkacak ihlaller hem devlete, hem de şahıslara yöneltilebilecek hukuki sorumluluğu doğurmaktadır.

#### **3.3.1. Devletin Sorumluluğu**

Soyut bir varlık olarak devlet fonksiyonlarını gerçek kişilerden oluşan organları marifetiyle ifa eder. Devletin tüm faaliyetleri gibi, silahlı çatışmalar esnasındaki iradeleri de gerçek kişiler eliyle savaş alanına yansıtılır. Silahlı çatışmalar; devleti oluşturan temel organlardan yürütme fonksiyonuna dâhildir. Dolayısıyla; yürütme organının<sup>410</sup> silahlı çatışmalar sırasında ve çatışmalara yönelik aktiviteleri nedeniyle devletin sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluk; devlet görevlilerinin silahlı çatışmalar hukuku prensiplerine aykırı fiil ve eylemlerinden kaynaklanan sorumluluk şeklinde tezahür eder.<sup>411</sup>

---

<sup>410</sup> Yasama ve Yürütme organlarının da silahlı çatışmalar hukukuna dâhil faaliyetlerinden bahsetmek mümkündür. Eğer bu organların çatışmalar hukukuna dâhil işlevleri bakımından ihlal doğarsa yine devletin sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Ör: Yasama organının silahlı çatışmalar hukukuna aykırı kanun yürürlüğe koyması, yargı organının silahlı çatışmalar hukuku kapsamında yapmak zorunda olduğu bir yargılamadan kaçınması gibi.

<sup>411</sup> Geyik, Hatice. (2016). “Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(2), s.81.

Silahlı çatışmalar hukukundan bağımsız olarak da uluslararası sistem zaten devletin hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğunu kabul etmiştir. Devletlerin uluslararası alandaki hukuka aykırı fiillerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2001 yılında komisyon tarafından nihai haline getirilen taslak metnin 1'inci maddesine göre; bir devletin uluslararası hukuka aykırı her fiili bu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir.<sup>412</sup> Bu taslak metin, pek çok devletin imzalayacağı çok taraflı bir antlaşmanın ön kodifikasyonu olmakla beraber devlet sorumluluğunun güçlü bir yazılı kaynağı olmaya adaydır. Hâlihazırda devlet sorumluluğunun örf ve adet hukukuna dayandığını ifade edebiliriz.<sup>413</sup>

Devletin hukuki sorumluluğundan bahsedilebilmesi için gerçekleşmesi gereken üç şart mevcuttur. Birincisi hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. İkinci şart, uluslararası hukuk kapsamında korunan bir hakkın ihlali neticesinde ortaya bir zararın çıkmasıdır. Üçüncü koşul ise fiil ve zarar arasında illiyet bağının kurulabilmesidir. Sorumluluk, bir uluslararası hukuk kişinin neden olduğu belirli bir takım zararların etkisini, zarar gören uluslararası hukuk kişisi bakımından ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumudur.<sup>414</sup>

Uluslararası hukuk öğretisinde kusurluluk, haksız fiilin bir unsuru olarak aranmamaktadır ve haksız fiil, kusur olgusundan hariç olarak bir hukuk kuralına aykırılığı ifade eder. İç hukukta olduğu gibi şahısların eylemleri bakımından kusur incelemesi geçerli olmakla beraber kusur devletin sorumluluğu bakımından bir unsur olarak aranmamaktadır. Bu nedenle devletin sorumluluğu uluslararası bir nitelik arz ederken insanların sorumluluğu kişisel bir sorumluluk teşkil eder. Gerçek kişilerin sorumluluk incelemesinde olduğu üzere kusurlu irade unsuru devletin sorumluluğu bakımından nazara alınmamaktadır. “Bu şekilde; kişisel sorumluluğun devletin sorumluluğu içerisinde eriyerek ortadan kaybolmasının da önüne geçilmektedir.”<sup>415</sup>

Haksız fiil, devletin aktif bir eyleminden veya ihmalinden oluşabilir. Devletin eyleminin haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığı konusundaki tespit uluslararası

<sup>412</sup> Draft articles on State Responsibility. (1979). *International Legal Materials*, 18(6), 1568.

<sup>413</sup> Uzun, Elif. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir, s.101.

<sup>414</sup> Pazarcı, Hüseyin. (2013). *Uluslararası Hukuk*, 12. Baskı, Ankara, s. 409.'dan aktaran Geyik, a.g.m., 2016, s.72.

<sup>415</sup> Erkiner, Hakkı H. (2008). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, s.121-122.

hukuka göre yapılabilecektir. Devletin bir eyleminin uluslararası sorumluluk doğurabilmesi için uluslararası bir yükümlülüğü ihlal etmesi gerekir.<sup>416</sup>

Kişilerin sorumluluğunu devletin sorumluluğundan ayırabilmek için uluslararası hukuk; ancak kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetleri kapsamında meydana gelen zararlardan devlet sorumluluğuna gitmektedir. Devlete isnat edilebilecek davranışlar, devlet teşkilatına dâhil kadrolarda görevli olan veya devlet denetiminde faaliyet gösteren birimlerde vazifeli kişilerin fiil ve eylemleridir. “Uluslararası hukuk, devletin ajanlarının faaliyetlerinden ve davranışlarından devleti mesul tutmuştur.”<sup>417</sup>

Bir ülkenin askeri yapılanması, devletin organı sayılan bir idari yapılanmadır. Devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar bütünü, devletin silahlı kuvvetleri tarafından ika edilen fiiller için de geçerlidir. Bu sebeple; silahlı kuvvetlerin askeri gereklilik ilkesinin ihlali suretiyle meydana getirdiği hukuka aykırı fiillerinin devlete yüklenmesi ve devletin bu fiiller itibarıyla sorumluluğunun öne sürülmesi imkân dâhilindedir.<sup>418</sup>

Devletlerin uluslararası alandaki hukuka aykırı fiillerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan taslağın 7. maddesi; bir devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için görevlendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışını, yetkisini aşsa ya da talimatlara aykırı hareket etse bile, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul etmektedir.<sup>419</sup>

Devletin silahlı çatışmalar hukukunun ihlalinden doğan sorumluluğu 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nde de ifade edilmiştir. Dört ayrı sözleşme için de ortak hüküm niteliği arz eden 51. maddeye göre taraf devletler, sözleşmede yer verilen insancıl hukuk ihlallerinin gerçekleşmesi nedeniyle kendisini veya başka bir taraf devleti sorumluluktan kurtaramayacaktır.<sup>420</sup> 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne ilave edilen I numaralı Ek Protokolünün 91. Maddesine göre; çatışmanın tarafları,

---

<sup>416</sup> Tütüncü, *a.g.e.*, 2019, s.77.

<sup>417</sup> Ruzié, David. (2000). *Droit International Public*, Paris, s.121 ve Carreau, Dominique. (2004). *Droit International*, Paris, s.449-454’den aktaran Erkiner, *a.g.e.*, 2008, s.138.

<sup>418</sup> Geyik, *a.g.m.*, 2016, s.82.

<sup>419</sup> Erkiner, *a.g.e.*, 2008, s.149.

<sup>420</sup> Geyik, *a.g.m.*, 2016, s.82.

silahlı kuvvetlerinin mensubu olan kişilerin eylemlerinden sorumlu olacaktır.<sup>421</sup> Buna ilave olarak devletlerin silahlı güçlerinin eylemlerinden mesul olduğu hususu birçok uluslararası hukuk metninde, ülkelerin ordularına ait adsız düzenleyici işlemlerinde ve uluslararası yargı organı kararlarında mevcuttur. Bu kurallar esasen aynı zamanda örf ve adet kuralları niteliğindeki kadim normlardır.

Silahlı çatışmalar hukuku kuralları, genel itibarıyla Lahey ve Cenevre tipi sözleşmeler kapsamında düzenlenmekte olup; olası bir silahlı çatışmada bu sözleşmelere taraf olmayan devletler bakımından sorumluluğun gündeme gelip gelmeyeceği sorusu akla gelebilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın bu konudaki görüşü; bu tip sözleşmelerin içerdiği bazı temel düzenlemelerin silahlı çatışmalar hukukunun ihlal edilemez teamüllerinin kodifikasyonu sonucu var olduğu yönündedir. Bu düzenlemeler; örf ve adet hukuku kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olup taraf statüsünde bulunmayan devletler bakımından da *erga omnes* yükümlülükler ihdas etmekte ve bağlayıcılık kazanmaktadır. Bu yaklaşım bazı silahlı çatışmalar hukuku normlarının, köklü ve evrensel nitelikleri itibarıyla; 'bir andlaşmanın rızası olmayan üçüncü devletler bakımından hak ve sorumluluk doğurmayacağı' genel kuralının (*pacta teriis*) istisnası görünümünde olduğuna işaret etmektedir.<sup>422</sup>

Devletin hukuka aykırı askeri bir eylem nedeniyle sorumluluğunun ortaya çıkması halinde; sorumluluk kurumunun gereği olarak devletin ortaya çıkan neticeleri giderecek bir yol izlemesi gerekmektedir. Hukuka aykırı bir eylem nedeni ile bir devletin üstleneceği ilk yükümlülük 'eylemi durdurma ve tekrarlamama yükümlülüğüdür'. Bu kapsamda süregelen ihlal mevcut ise bunun durdurulması ve ihlalin tekrarlanmayacağına dair güvencenin de verilmesi gerekmektedir. İhlalin durdurulmasını müteakip ihlalden kaynaklanan zararın giderilmesi kapsamında 'onarım yükümlülüğü' gündeme gelmektedir. Onarım yükümlülüğü kapsamında olayın içeriğine göre devletin eski hale getirme, zararın tazmini ve manevi tatmin gibi giderim seçenekleri ortaya çıkmaktadır.<sup>423</sup>

Görüleceği üzere silahlı çatışmalar hukuku ihlalleri bakımından devletin sorumluluğu müessesesi, uluslararası hukuk öğretisindeki devletin sorumluluğu ile

---

<sup>421</sup> Erkiner, a.g.e., 2008, s.150.

<sup>422</sup> Akkutay, Berat Lale. (2020). *Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi*, Ankara, s.212.

<sup>423</sup> Uzun, Elif. (2016). *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Ankara, s.107-118.

farklılık arz etmemektedir. Sonuç olarak bu başlık altında; devletlerin ordularının askeri gereklilik ilkesinin değerlendirmesinde hataya düşmeleri ve kural ihlali yapmaları halinde devletlerin sorumluluğunun ortaya çıkacağı ve onarım yükümlülüğünün doğacağı hususlarının tespiti ile yetinilecektir.

### 3.3.2. Şahısların Sorumluluğu

Silahlı çatışmalar hukukunun olgunlaşmış temel ilkelerinin sistematik bir şekilde tarifi ve tedvin edilmesi sürecinde ilk somut adımlar 19. yüzyılda atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı neticesinde ortaya çıkan acı sonuçlar; savaş suçları ve savaş hukuku ihlallerinin kişilere izafe edilebilir sorumluluklarının Versay Antlaşması ile gündeme gelmesine neden olmuştur. II. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde kurulan Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Mahkemeleri kendi kuruluş metinleri kapsamında çatışmalar hukuku ihlalleri sebebi sebebiyle bireysel cezai sorumluluk konseptini kabul etmiştir.<sup>424</sup>

Silahlı çatışmalar kapsamında muhriplerin fiil ve eylemlerinden dolayı kişisel sorumlulukları da mevcuttur. Askeri gerekliliğin sınırını aşan ve çatışma hukuku kurallarını ihlal niteliği taşıyan eylemler bakımından; askeri harekât kapsamında bir görevin ifası, üstün komutanlığın emirlerinin uygulanması, komuta sorumluluğu gibi gerekçeler uluslararası hukuk önünde kişilerin sorumluluktan kurtulmasını sağlamaz. Aynı şekilde taraf devletin iç hukuk sisteminde bir eylemin suç oluşturmaması ya da kovuşturulmamış olması, eylemi gerçekleştiren kişiyi uluslararası yargı denetiminden bağışık hale getirmez.<sup>425</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku ile savaşanların, çatışma araç, yöntem ve hedeflerini seçmesine sınırlamalar getirirken, askeri gereklilik ve insancıl düşünceler arasında bir denge kurulmaktadır. Bu münasebetle; askeri gereklilik ilkesinin aşılması savaşın bu kurallarının ihlali ve dengenin bozulması anlamına gelmektedir. Askeri gereklilik ilkesini ihlal etmek, çatışma hukuku kurallarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle faili ister sivil ister asker kişi olsun, çatışma hukuk kurallarını ihlal eden herkes savaş suçlusu sayılır.<sup>426</sup> Yani askeri gerekliliğin sınırının aşılması neticende

<sup>424</sup> Geyik, a.g.m., 2016, s.59-62.

<sup>425</sup> Uzun, Elif. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir, s.76.

<sup>426</sup> Gündüz, Aslan. (2014). *Milletlerarası Hukuk*, 8. Baskı, İstanbul, s.507.

ortaya çıkan sonuçlar savaş suçlarına vücut vermekte ve şahsi sorumluluğu doğurmaktadır.

Askeri gereklilik ilkesine riayeti de kapsayan bu kurallar hem devletleri hem de çatışmalara katılan bireyleri bağlamaktadır. Savaşçı bireyler, bu kuralları ihlal etmemekle yükümlüdür. “Bahsedilen ihlalin ağırlık derecesi fiilin objektif yapısına göre değil, somut koşullar esas alınarak askeri gereklilik ölçüsünü ne denli aştığına göre tespit edilecektir”<sup>427</sup> Savaş suçlarında failin bu suçları doğrudan veya olası kastla gerçekleştirebileceği bilinmesi ve failin bu suçu hem icrai hem de ihmali hareketlerle de gerçekleştirebileceği ifade edilmelidir.<sup>428</sup>

Günümüzde uluslararası hukukta iki tip savaş suçu kategorisi mevcuttur. Birinci kategoride Cenevre Sözleşmeleri’nin ağır ihlalleri, ikincisinde ise diğer silahlı çatışmalar hukukunun örf ve adet kurallarının ihlali yer almaktadır. Savaş suçları kavramı ve içerikleri; 17 Temmuz 1988 tarihinde kabul edilen ve Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü büyük ölçüde tanımlanmıştır. Statü kapsamında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri, uluslararası örf ve adet kurallarının silahlı çatışmalarda uygulanır kısmına yönelik ihlaller savaş suçu kabul edilmektedir. Statü’de tanımlanan fiillerden ötürü failin sorumlu tutulması, failin maddi unsuru oluşturan hareketi silahlı bir çatışmanın varlığını bilerek gerçekleştirmesine bağlıdır. Statü manevi unsur olarak ise kastı aramaktadır.<sup>429</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri; ağır ihlal kavramını kurumsallaştırmıştır. Sözleşmenin ağır ihlallerin tipik unsurlarını belirleme gayretinde olduğu görülmektedir. Ağır ihlal tiplerinin tespitinde İkinci Dünya Savaşında yaşanan acı deneyimlerin ve Nuremberg Askeri Mahkemelerinin yargılamalarının tesiri olduğunu değerlendiren görüşler mevcuttur.<sup>430</sup> Cenevre Sözleşmelerinde savaş suçları yerinde ağır ihlaller kavramının tercih edilmesi; iç hukuk sistemlerinin suç kavramına bakışlarının farklılığından kaynaklanan kavramsal çelişkilerin önüne geçilmesi

<sup>427</sup> Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R. Murat. (2014). *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, s. 486-487.

<sup>428</sup> Başak, Cengiz. (2003). *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, 1. Baskı, Ankara, s.181-182.

<sup>429</sup> Geyik, a.g.m., 2016, s.65-71.

<sup>430</sup> Sunga, Lyal S. (1992). “The First Indictments of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, 18 *H.R.L.J.* 9 (12), s.329-340’dan aktaran Karacaoğlu, Emine. (2013). *Silahlı Çatışmalarda İnsancıl Hukuk: Haklar Kurumsal Yapılanma ve Yargısal Mekanizmalar*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, s.312.

kaygısından kaynaklanmıştır. Dolayısı ile ağır ihlallerin dar anlamda savaş suçlarını oluşturduğu kanısı oluşmaktadır. Bu yaklaşım kısmen doğru olmakla birlikte; ağır ihlal kavramının suç tiplerinin hepsini yerini alabildiğini ya da soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi suç tiplerinin unsurlarının tamamını barındırdığı söylenemez.<sup>431</sup>

Savaş suçlarının ve ağır ihlallerin içeriği, suça ve Cenevre Sözleşmesinin ağır ihlallerine sebep olan fiiller ve bunların yargılanması hususları son derece geniş bir içeriğe sahip olup bu bölümde ele alınmamıştır. O yüzden bu aşamada; askeri gereklilik sınırının aşılması ve bunu düzenleyen hukuk kurallarının ihlali halinde savaş suçlarının ortaya çıkacağı husus belirtilmekle yetinilecektir.

Uluslararası sistem; devletlerden bağımsız olarak şahısların da savaş suçları kapsamında bireysel sorumluluğunu kabul etmektedir. Askeri gerekliliğin zorunlu kıldığı haller dışında gerçekleşen orantısız güç kullanımı ve insancıl hukuk ihlalleri, sivil ya da asker tüm gerçek kişiler bakımından hukuki sorumluluk doğurmaktadır.

Silahlı çatışmalar hukuku ihlalleri bağlamında oluşan ihlallerin yargısal denetim uluslararası nitelikli mahkemelerce gerçekleştirilmektedir. Nuremberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri; bu kapsamda uluslararası ölçekte yargılama yapan ilk örneklerdendir. Uluslararası sistem, Birleşmiş Milletler eliyle; Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri, silahlı çatışmalar hukuku ve savaş hukukunun örf ve adetlerinin ihlalleri, soykırım, insanlığa karşı suçlar niteliğindeki eylemler bakımından kişiler hakkında kovuşturma yapabilecek bir yargı erki yaratmaktadır. Bu çerçevede; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Askeri Ceza Mahkemesi olmak üzere iki *ad hoc* mahkeme kurulmuştur. Roma'da; Nüremberg ilkelerinin kabulüne dayanan bir statünün hazırlanmasını müteakip savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçları kapsamında kişiler üzerinde yargılama yetkisi bulunan Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur.<sup>432</sup>

Askeri gerekliliğin sınırlarının aşılması neticesinde oluşan bireysel sorumluluğun mahiyet suç niteliği taşımasıdır. Bu fiillerin faillerinin yargılanması yetkili yargı organları marifeti ile yapılmaktadır. Savaş suçlarının kabulü ve bu suçları yargılayacak mekanizmaların varlığının, askeri gereklilik ilkesi kapsamında

<sup>431</sup> Karacaoğlu, *a.g.e.*, 2013, s.312. Bu nedenle bazı Bu nedenle *ad hoc* mahkemelerin yargılama yetkilerini düzenleyen kuruluş statülerinde insanlığa karşı suçlar veya soykırım gibi suçların ayrıca sayıldığı görülecektir.

<sup>432</sup> Uzun, *a.g.e.*, 2019, s.76.

yapılacak askeri eylemlerin son derece titiz bir usulle seçilmesi sonucunu doğurmaktadır. Artık uluslararası sistem, savaşı tarafların silahlı kuvvetlerinin eylemlerini devletlerden bağımsız olarak yargılayabilecek ve bu suretle caydırıcılık yaratacaktır. Bu durumun; askeri gerekliliğin insancılık lehine yorumlanmasına ve savaşta oluşabilecek keyfiyetin sınırlandırılmasına vesile olacağı değerlendirilmektedir.

### 3.3.3. Amirin Emirlerinin İfasından Doğan Sorumluluk

Silahlı çatışmalar hukukunda askeri gereklilik ilkesinin sınırlarının aşılması ve hukuk kurallarının ihlali niteliğindeki eylemler; genellikle askerler tarafından gerçekleştirilebilecek eylemdir. Bu nedenle bireysel sorumluluğun genel olarak anlaşılmasına ilave olarak; amirlerin emirlerinden dolayı astların sorumluluğunun da incelenmesi gerekmektedir.

Silahlı çatışmalar hukukunda amirin emrine itaat meselesi büyük ikilemlere neden olabilmektedir. Amirin silahlı çatışmalar hukukuna aykırı emirlerinin uygulanması durumundan astların bireysel sorumluluğu doğmaktadır. Amirin emrine itaatsizlik halinde ise iç hukuk sistemindeki yaptırımlarla karşı karşıya kalınma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Hele ki; savaş halindeki bir devletin ordusu bakımından seferberlik halinde cezai yaptırımların arttığı durumlarda astların itaatsizlik fiilleri daha ciddi neticelere sebep olabilecektir. Uluslararası hukuka aykırı bir eylemin iç hukukta suç teşkil etmemesi halinde ise durum daha da sorunlu bir hal almaktadır. Askerler; amirlerinin emirlerine itaat ederek silahlı çatışmalar hukuku ihlalleri yapmakla, emri uygulamaya direnip iç hukukun itaatsizlik hükümleri çerçevesinde yargılanmak arasında kalabileceklerdir.<sup>433</sup>

İç hukuk sistemlerinin birçoğunda konusu suç teşkil eden emirlerin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemelerin bulunması olasıdır. Bazı hallerde astların, aldıkları emirleri ifa etmeleri neticesinde bir suç oluşacağını bilme imkânı bulunmayabilir. İç hukuk sistemlerinde bu türden haller güvence altına alınabilirken uluslararası hukukta durumu karmaşıklaşabilmektedir. İç hukuk sistemlerinin evrensel hukuk normlarını benimseyemediği devletler bakımından bu duruma rastlanma ihtimali daha yüksektir. İç hukukta konusu suç teşkil etmeyen bir fiilin

---

<sup>433</sup> Gaeta, Paola. (1999). “The Defence of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, s.173.

uluslararası hukuk bakımından suç sayılması durumunda askerlerin içine düşeceği bu çelişki daha da kuvvetlenecektir.<sup>434</sup>

Tarihsel süreçte bu konuda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. *Respondeat Superior*<sup>435</sup> yaklaşımı; üstün emirlere itaat etmenin meşru bir savunma olarak görüldüğü ve mutlak itaate dayalı bir disiplin anlayışının öncelendiği bir teoridir. Bu durumda sorumluluk emri verene aittir.<sup>436</sup> *Mutlak sorumluluk (Absolute Liability)* yaklaşımı; astın eylemlerinin sorumluluğunu üstlendiği bir yaklaşımı ifade eder. Mutlak sorumluluk anlayışında astların verilen emirlerin yasal sonuçlarını tahlil etme ve hukuka aykırı emirleri uygulamama yükümlülüğü vardır. Amirin emri savunmasının kabul edilmediği bu yaklaşım da itaat duygusunun zedelendiği ve disiplin sisteminin riske atıldığı bir anlayışa hâkimdir.<sup>437</sup> Bu yaklaşıma göre amirin emri asla cezasızlık sebebi olamaz ancak şartların varlığı halinde cezade indirim sebebi olabilir.<sup>438</sup> *Koşullu Sorumluluk (Conditional Liability)*<sup>439</sup> yaklaşımına göre astın emirleri uyguladığı iddiası kabul edilebilir bir savunmadır. Ancak ast; emrin yasadışı olduğunu bildiği ve emrin yasadışılığının açık olduğu durumlarda amirleri ile birlikte eylemden sorumlu tutulabilir. Bu yaklaşıma göre astın verilen emirleri değerlendirmesi ve hukuka aykırı açık emirleri uygulamayı reddetmesi gerekir.<sup>440</sup>

İkinci Dünya Savaşı sonunda yapılan yargılamalara kadar; savaş hukuku hural ve temüllerine aykırı hareketlerin sorumluluğu emri veren amir konumundaki komutanlara izafe ediliyordu. Bu eğilim; ast konumunda bulunanların amirlerinin emirlerini uygulamaları nedeni ile sorumluluktan kurtulmaları sonucunu doğuruyordu. Üst makam tarafından verilen emirlerin, astın eylemleri bakımından

---

<sup>434</sup> Değirmenci, Olgun. (2012). “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10 (120), s.58.’den aktaran Bilke, Efe. (2017). “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (5), s.10.

<sup>435</sup> Özel hukuktaki ‘adam çalıştırmanın sorumluluğu’ müessesine benzer nitelikteki, üst otoritenin sorumluluğunu ifade eden görüştür. Bkz.: Legal Information Enstitute of Cornell University ([www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu)).

<sup>436</sup> Insko, James B. (2003). “Defense of Superior Orders Before Military Commissions”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 13 (2), s. 392-393.

<sup>437</sup> Insko, a.g.m., 2003, s.390-392.

<sup>438</sup> Gaeta, a.g.m., 1999, s.178.

<sup>439</sup> İkinci bölümde ele alınan *Llandovery Castle Davası*’nda mahkeme açık hukuka aykırılığa atıfta bulunarak bu yaklaşımı benimsemiştir.

<sup>440</sup> Gaeta, a.g.m., 1999, s.174-177.

hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller kapsamında değerlendirilmemesi yaklaşımı İkinci Dünya Savaşından sonra başlamıştır. <sup>441</sup>

Nuremberg Askeri Mahkemesi Statüsünün 7. maddesine göre<sup>442</sup>; sanıkların konumları ister Devlet Başkanı isterse sorumlu kamu görevlisi olsun, onları sorumluluktan muaf tutmak veya cezayı hafifletmek olarak değerlendirilmeyecektir. Statü'nün 8. maddesi ise; sanığın amirlerinin ya da hükümetin emrine uygun olarak davranmış olmasının onu sorumluluktan kurtarmayacağını düzenlemektedir. Ancak mahkeme hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda amirin emrine itaat edilmiş olmasını takdiri indirim sebebi sayabilecektir. Alman savaş suçlularını yargılayan mahkemelerin *respondeat superior* ilkesinden uzaklaşıp *mutlak sorumluluk* yaklaşımını benimsedikleri görülmektedir. *Respondeat superior* yaklaşımı kusurunu bir üst makama yüklenmesi yoluyla pek çok kişinin sorumluluktan kurtulmasını ve çok az kişinin sorumlu olmasını sonuçlayabilecek yaklaşımı bünyesinde barındırdığı için eleştirilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yargılarda *mutlak sorumluluk* yaklaşımının benimsenmesinin nedeni, savaş suçlularının *respondeat superior* tezi ile cezasız kalmalarının engellenmesidir. <sup>443</sup>

Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'ndeki durum, 1993 Eski Yugoslavya ve 1994 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüleri'nde de aynen benimsenmiştir. Görüleceği üzere anılan mahkemeler amirin emri argümanının bir hukuka aykırılığı giderici hal olarak kabul etmemektedir. <sup>444</sup>

Günümüz uluslararası hukuk sisteminde amirin konusu suç teşkil eden emirlerine yaklaşım 17 Temmuz 1988 tarihinde kabul edilen ve Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü ile çizilmiştir. Statü'nün 33. maddesine göre; amirlerinin veya mensubu olduğu devletin hükümetinin emirlerini yerine getiren astlar için bazı istisnalar kabul etmiştir. Bu kapsamda kabul edilen hukuka

<sup>441</sup> Bassiouni, *a.g.e.*, 1992 s.369.'dan aktaran Aslan, *a.g.m.*, 2007, s.247.

<sup>442</sup> Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of European Axis. Signed at London, on 8 August 1945. Erişim Linki: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2\_Charter%20of%20IMT%201945.pdf] (Erişim Tarihi: 03.02.2021)

<sup>443</sup> Güneysu, Gökhan. (2015). *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, İstanbul, s.56.'dan aktaran Bilke, *a.g.m.*, 2017, s.13.

<sup>444</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 7, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 6. Kaynak: Aslan, *a.g.m.*, 2007, s.247.

aykırılığı gideren haller; astların amirin emrine itaat etmek hususunda yasal bir sorumluluk altında olması; astın aldığı emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmemesi ve emrin açıkça suç teşkil ettiğinin anlaşılamamasıdır. Ceza sorumluluğundan kurtulmak için bu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>445</sup> Ancak, son koşulun yorumunda, statü kapsamında bir sınırlama getirilmiş olup; ‘soykırım’ ile ‘insanlığa karşı suçların’ işlenmesine yönelik emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.<sup>446</sup>

Statü’nün 33. maddesi ile kural olarak amirin emri savunması kabul edilmemekle birlikte; istisna olarak şartları varsa savunmanın dikkate alınacağı ortaya koyulmuştur. Roma Statüsü ile *koşullu sorumluluk (conditional liability)* yaklaşımının hakkaniyete uygun kabul edildiği değerlendirilmektedir.<sup>447</sup>

Bu yaklaşımın son derece isabetli olduğu kabul edilmelidir. Silahlı çatışmaları hukuku kurallarının ihlali neticesinde ortaya çıkan suçlar veya hukuka aykırılıkla bakımından sadece amirlerin sorumluluğunun benimsenmesi; suç işleme kastıyla hareket eden ast konumundaki pek çok askerin ceza kovuşturmasından kurtulmasına sebebiyet verecektir. Aksi şekilde astın mutlak sorumluluğunun kabulü halinde de; astların suç olduğunu bilmeleri mümkün olmayan hallerden sorumlulukları doğacaktır. Bu türden bir sorumluluğun doğması endişesi, emirlere itaat edilmesi hususunda noksanlıklara sebebiyet verecektir. *Koşullu sorumluluk* yaklaşımı ile dengeli bir sistemin benimsendiği görülmektedir.

### 3.4. Askeri Gereklilik ve İnsancılık Dengesi Üzerine

*Rousseau*’ya göre savaş; insanlar arasında değil, devletler arasındaki bir ilişkidir ve bireyler, yalnızca tesadüfen çatışmanın bir tarafı olurlar. Bu taraf statüsü; insan veya yurttaş olarak değil ülkenin savunucusu olarak asker sıfatı ile kazanılmaktadır.<sup>448</sup> *Vattel*, sivillerin teorik olarak düşman olduklarını ve hiçbir tehlike oluşturmadıkları takdirde zarar görmemeleri gerektiğini ifade etmektedir.<sup>449</sup>

---

<sup>445</sup> Gaeta, a.g.m., 1999, s.173.

<sup>446</sup> Aslan, a.g.m., 2007, s.248.

<sup>447</sup> Bilke, a.g.m., 2017, s.22.

<sup>448</sup> Rousseau, Jean Jacques. (1762). *The Social Contract*, Onl.Ed., s.7-8.

Erişim Linki:[ [https://socialpolicy.ucc.ie/Rousseau\\_contrat-social.pdf](https://socialpolicy.ucc.ie/Rousseau_contrat-social.pdf)](Erişim Tarihi:31.02.2021)

<sup>449</sup> Bosco, a.g.m., 2018, p.10.

Silahlı çatışmalar bireylerin değil devletlerin iradelerine dayanmaktadır. Bireylerin çatışmalardaki rolü, ülkelerini savunma yükümlülüğünden kaynaklanan asker sıfatı ya da çatışmanın etkilerine maruz kalan sivil sıfatı ile tezahür etmektedir. Silahlı çatışmaların etkileri, sadece sivilleri değil askerleri de derinden etkilemektedir. Bireylerin; salt olarak kendi iradeleri ile şekillenmeyen bu sürecin etkilerinden korunması insancıl hukuk yaklaşımının çekirdeğini oluşturmaktadır.

Uluslararası hukuk, silahlı çatışmaların kurbanlarını korumanın yanı sıra insanlık dışı askeri operasyonların yürütülmesini de kısıtlamaya çalışmaktadır. Uluslararası hukukun silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemelerini ve teamüllerini incelerken askeri gereklilik ve insani kaygılar arasındaki hassas dengeyi göz önünde bulundurmak gerekmektedir.<sup>450</sup>

Uluslararası hukuk son yüz elli yılda; askeri gereklilik ve insanlık arasındaki kabul edilebilir dengeyi sağlayabilmek düzenli olarak kodifikasyon çabasında olmuştur. Silahlı çatışmalar hukuku kapsamında yapılan andlaşmalarla askeri gereklilik ilkesinin insancıl sınırlar içerisinde kalması amaçlanmaktadır.<sup>451</sup>

Savaş hukuku kuralları, iki majör aktör arasındaki mücadelenin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu aktörler; savaşa ilişkin hukuki düzenlemelerin temelinde bulunan iki büyük gereksinimdir. Bunlar savaşın gerekliliklerinin yerine getirilmesi ve medeniyet standartlarının sağlanmasıdır.<sup>452</sup> Devletlerin bu rol paylaşımında hangi aktörü temsil edeceği de değişkendir. Devletin askeri gereklilikleri ön planda tutarak ulusal güvenliği sağlama fonksiyonunun yanında medeni şartları sağlama ve muhafaza etme misyonu da vardır. Devletin bu üstün rolüne ilave olarak; medeniyet standartlarının sağlanması gereksinimine hizmet eden en belirgin aktörler insan hakları hukuku ve gelişmiş uluslararası toplumun devletler üzerindeki baskı gücüdür. Uygar standartlar ve askeri gereklilik arasındaki gerilim sürekli. Çelişen menfaatlerin hangisinin üstün geleceği zamana ve şartlara bağlıdır. Ancak günümüzde insancıl hukuk öğretisine yüklenen bir misyon da askeri gereklilik ile ilgili bir eylemin daha insancıl ve hukuka uygun gerçekleştirilmesini sağlamasıdır.

---

<sup>450</sup> Shaw, Malcolm N. (2008). *International Law*, Cambridge University Press, Sixth Edition, s.1184.

<sup>451</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.816.

<sup>452</sup> Schwarzenberger, Georg. (1968). *International Law as Applied by International Courts and Tribunals. Vol. II: The Law of Armed Conflict*, London, s. 4.

Kökleri Lieber'in temellendirmesine dayanan modern silahlı çatışmalar hukukunda sivil can ve mal kaybının en aza indirilmesi, siviller ve muhاریpler arasındaki ayrımın son derece keskin bir şekilde yapılması yatmaktadır. İnsanlık algısının dinamikleri de özünde savaşa dâhil olmayanları korumayı hedeflemektedir. Sivillerin korunmasının ötesinde, artık muhاریplerin silahlı çatışmanın icrası esnasında da birbirlerine karşı insani kaygıları ön planda tutmaları bir ilke haline gelmiştir. Lieber ile başlayan ve gelişen günümüz silahlı çatışmalar hukuku konseptinde zulüm ve intikamın yeri yoktur. Artık askerler, silahlar sustuktan sonra eylemlerinin bırakacağı etkileri öngörmek ve sağduyulu olmak zorundadır. Askeri gereklilik, barışa dönüşü zorlaştıracak bir düşmanlık eylemi içermemektedir.<sup>453</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku, muhاریplerin savaşı kazanma yeteneğini kısıtlamayı amaçlamaz. Hukuk zafer yolunda bir engel değildir. İnsani gereklere uygunluk, askeri başarının tehlikeye atıldığı anlamına gelmemektedir. İnsani davranış, savaşın amaçlarına ulaşılmasına mani değildir.<sup>454</sup> Devletler çoğunlukla savaşa ve dehşete talip değildir. Genellikle buna mevcut kalırlar. Silahlı çatışmanın başlamasından sonra ise çatışmayı sonlandıracak askeri tedbirleri almak devletler için bir zorunluluk halinde gelir. Vatandaşlarını koruyamayan veya onların sahip olduğu insan haklarının özüne saygı duymayı taahhüt edemeyen bir devlet, otorite ve meşruiyet konusunda hiçbir ahlaki iddiada bulunmaz.<sup>455</sup>

Askeri gerekliliğin saldırganlığının dengelenmesi hususunda *Jean Pictet* tarafından sınırlayıcı bir model ortaya koyulmuştur. Buna göre savaş hukukunda hiçbir şey askeri gerekliliğe öncelik vermemektedir.<sup>456</sup> *Pictet'e* göre gerekliliğin ihtiyaçlarına cevap veren kurallar, özellikle uluslararası insancıl hukuka odaklanmaktadır.<sup>457</sup> Bu sınırlayıcı yaklaşım; askeri gereklilik ile insancılık arasındaki potansiyel bir çekişmenin, savaş hukuku tarafından insancılığın öncelenmesi ile sonuçlanacağını öne sürmesi bakımından dikkate değerdir.

---

<sup>453</sup> Bosco, a.g.m., 2018, p.8.

<sup>454</sup> Giladi, a.g.m., 2012, s.328.

<sup>455</sup> Goldsmith, Andrew. (2006). *The Challenge of Conflict, International Law Responds*, (Edited by Golgopol U. and Gardan J.), Boston, s.38.

<sup>456</sup> Pictet, Jean. (1985). *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, s. 88.'den aktaran Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.95.

<sup>457</sup> McCoubrey, Hilaire. (1991). *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity*, Vol.30, s.220.'den aktaran Kuran ve Türkay Kahraman, a.g.m., 2017, s.95.

Uluslararası hukuk; günümüzde kuvvet kullanımını asgariye indirme eğilimindedir. Bunun sonucu olarak da askeri gereklilik; insancılık lehine, silahlı çatışmalar sırasında düşmanın kısmen veya tamamen kontrol altına alınabilmesi ve düşman silahlı kuvvetlerinin zayıflatılması için gerekli olan orantılı kuvvetten fazlasının kullanılmasını yasaklamaktadır.<sup>458</sup> Dahası; askeri profesyonelliğin bel kemiği olarak, yasal normların operasyonel bir ortamda uygulanması askeri meşruiyetin vazgeçilmez bir yönü olmuştur.<sup>459</sup>

Bu dengenin idamesi sadece devletlerin iradeleri ile yapılan andlaşmalara ve teamül hukukunun kurallarına bırakılmamıştır. Bunlar dışında; askeri gereklilik ilkesini insancıl hukuk lehine sınırlandırma eğilimine etki eden başka faktörler de mevcuttur.

Uluslararası yargı organlarının kararları devletlerin uygulamalarının insancıl hukuk düzlemine çekilmesi anlamında son derece tesirlidir. Uluslararası mahkemelerin kararları asli hukuk kaynakları olmamakla birlikte, tıpkı doktrin gibi uluslararası hukukun varlığının ve uygulanabilir olduğunun ikna edici kanıtıdır. Uluslararası mahkeme kararlarının davaya katılan tarafları bağlayacak nitelikte olduğu ve tüm devletleri bağlayıcı etkilerinin bulunmadığı bilinmektedir.<sup>460</sup> Yine de uluslararası mahkeme kararlarının modern uluslararası hukuk sisteminde yönlendirici etkisinin olduğunu ve devletlerin uygulamalarını şekillendirdiği görülmektedir.<sup>461</sup>

Askeri gereklilik ilkesinin istismarı, hatalı yorumlanması yahut sınırlarının aşılması sonucunda ortaya çıkan insan hakları ihlallerinin giderilmesi veya yaptırıma bağlanması zorunluluğu da bu dengenin korunması için kritik etkenlerdendir. Askeri gereklilik ilkesinin savaş suçları yargılamasına temel teşkil ettiği dahi söylenebilir.<sup>462</sup> Savaş suçları, askeri gereklilik ilkesinin hukuka aykırı olarak aşılması sonucunda ortaya çıkmıştır. Savaş suçları esasen; silahlı çatışmalar hukukunu ilgilendiren uluslararası örf ve adet hukuku ile anlaşmalar hukuku kurallarının ciddi ihlallerini

<sup>458</sup> Güneysu, Gökhan. (2014). *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Ankara, s.180.

<sup>459</sup> Newton, Michael A. (2007). "Modern Military Necessity: The Role & Relevance of Military Lawyers", *Roger Williams University Law Review*, 12 (3), s.885.

<sup>460</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü Md.59. Bu maddede Divan'ın kararlarının yalnızca uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır.

<sup>461</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.817-822.

<sup>462</sup> Solis, a.g.e., 2010, s.258.

ifade eder.<sup>463</sup> Savaş suçlarına ilişkin yargılamalar, hem askeri gereklilik ilkesinin denetimi, hem kodifikasyonu hem de teamüllerinin yaratılması işlevlerine hizmet etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemelerinin savaş suçlarına ilişkin yapmış oldukları yargılamalar, bu alandaki içtihat kaynaklarını oluşturmakta askeri gereklilik ilkesinin sınırlarının anlaşılmasına yardım etmektedir.. Uluslararası mahkemelerin yaptıkları yargılamalar ve yarattıkları denetim mekanizması, insani değerlerin korunması ve askeri etkinliklerde şiddetin kontrol altında tutulması konusunda önemli bir etkidir. Gelecekte de bu fonksiyonun etki alanının genişleyeceği değerlendirilmektedir.

Askeri gereklilik çerçevesinde yapılacak askeri müdahalelerin sınırlandırılması ve insani değerlerin korunması yönünde diğer bir aktif mekanizma ise uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleridir. Bunların çalışmalar ve modern iletişim araçları marifeti ile yaptıkları toplumsal yönlendirmeler de günümüz silahlı çatışma ortamının potansiyel şiddet derecesine tesir etmektedir.<sup>464</sup>

Silahlı çatışmalar hukuku, insan hakları öğretisi ile harmanlanarak her geçen gün insanlık onurunun ve insanlığa ait değerlerin korunması yönünde evrilecektir. Tüm devletlerce kabul gören hukuk normları ile askeri gerekliliğin öngördüğü şiddetin sınırlandırılması ve insancılık dengesi anlayışı, modern uluslararası hukukun ortaya çıkaracağı doğal bir sonuçtur.

---

<sup>463</sup> Shaw, Malcolm N. (2008). *International Law*, Cambridge University Press, Sixth Edition, s.1184.

<sup>463</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.433.

<sup>464</sup> Schmitt, a.g.m., 2010, s.822-835.

## SONUÇ

Devletlerarası ilişkilerde savaş kaçınılmazdır ve kalıcı olarak önlenbilmesi de öngörülmemektedir. Uluslararası hukukta, devletler egemenliklerinden taviz vermemiş ve egemen bir varlık olarak savaşa müracaat etme hakkına sahip olduklarını her zaman iddia etmişlerdir. Bu durumun bir sonucu olarak savaş olgusu; bilinen insanlık tarihi boyunca çeşitli yoğunluklarda varlığını sürdürmüştür.

Askeri gereklilikler devlet politikalarının, uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun bir gerçeğidir ve uluslararası hukuk bu gereksinimin kaldırılmasına izin vermeyecektir. Bu durum silahlı çatışmalar hukukunun diğer prensipleri için de geçerlidir. Uluslararası hukukun süjesi devletlerdir ve yine devletler uluslararası hukuku iradeleri ile yaratmaktadır. Uluslararası hukuk metinleri, devletlerin egemen yetkilerinin kısmen sınırlanabildiği ve yine devletlerin menfaatlerini de gözeterek hazırlanan son derece siyasi metinlerdir.

Devletlerin egemen olduğu bir dünyada, askeri gereklilik kavramının uluslararası sistemde reddedilmesi imkânsızdır. Silahlı çatışmalar hukuku elbette insan hakları öğretisini ve sivil bakış açısını dikkate almalı ve çatışma hukukunu bu çerçevede şekillendirmelidir. Ancak bu askeri gerekliliklerin yok sayılabileceği anlamına gelmeyecektir.

Askeri gerekliliğin savaş suçlarına ve insanlığa karşı işlenen suçlara zemin hazırladığı yönündeki bakış açısını kabul etmek, gerçekçi bir hukuksal zeminin yaratılmasına engel olacaktır. Şiddeti meşru kıldığı gerekçesiyle askeri gerekliliğin eleştirilmesi, ortaya çıkan bir silahlı çatışmanın nasıl yönetileceği ve engellenemeyen şiddetin nasıl kontrol edilebileceğini açıklayamamaktadır.

Öte yandan; sırf bu tehlikenin varlığı gerekçesi ile her türlü askeri müdahaleyi yasaklayacak şekilde yasal düzenleme yapmak da hayalcilikten başka bir şey olmayacaktır. Modern uluslararası toplumun askeri gerekliliğin hangi hallerde muharip hareketin meşru kabul edilebileceği konusundaki müşterek yaklaşımları silahlı çatışmalar hukuku içerisinde olgunlaşmaktadır. Uluslararası kuruluşlar; andlaşmalar ve insancılık hamuru ile yoğrulan örf ve adet hukuku kuralları, dünyanın gelecekte askeri gerekliliğin sınırlarını amacına uygun olarak çizebileceği yönünde umut vermektedir.

Askeri gereklilik ilkesi; askeri açıdan elverişli ve uygulanması zorunlu kuvvet kullanımını mümkün kılan, askeri amacı gerçekleştirmeye yetecek düzeyde sınırlı şiddeti düzenleyen ve zorunluluk arz etmeyen ölçüsüz askeri eylemleri yasaklayan bir kavramdır. Uluslararası toplumun şiddeti tamamen yok etme kudreti yoktur. Ancak egemen devletin şiddet yeteneğini insan hakları ekseninde bazı kurallara bağlamak ve tüm devletler açısından standartlar getiren kontrollü bir çatışma atmosferi yaratmak son derece gerçekçi ve insani bir yaklaşımdır. İşte bu nedenle uluslararası sistemin amacı, insancılık çerçevesinde askeri gereksinimlerin neler olduğunu ve sınırlarını netleştirmektir.

Askeri gereklilik ilkesi; kuvvet kullanımına imkân veren fonksiyonu ile egemen devletlerin meşru mücadele ve varlığını sürdürme haklarına hizmet ederken, sınırlayıcı fonksiyonu ile şiddetin ölçülülüğünü sağlayan bir sistemdir. Savaşın belirli kurallar içerisinde yönetilmesi ve savaşın ortaya çıkardığı acıların azaltılmasının yanı sıra; askeri harekâtın amacına uygun zorunlu metotların tatbik edilmesine müsaade etme ve tarafları çatışmanın zorunlu kıldığı eylemlerin sonuçlarına karşı güvence altına alma amacını gütmektedir. Bir yönüyle de askeri gereklilik; uluslararası hukukun hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan zaruret halinin özel bir görünümü niteliğini arz etmektedir.

Askeri gereklilik kavramının anlaşılması ve savaşın insan onuruna yakışır şekilde icra edilmesi, medeni uluslar için bir zorunluluktur. İnsan hakları yaklaşımını içselleştirebilen uluslararası toplum, zaman içinde şiddet dengesini sağlamak için de gerekli rasyonel pozitif hukuk düzenlemelerini yapabilecektir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar, Makaleler ve Tezler

**Akipek**, İlhan. (1955). *Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru Müdafaaanın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerden Farkı*, Ankara.

**Akkutay**, A. İbrahim. (2016). “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (1).

**Akkutay**, Berat Lale. (2020). *Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi*, Ankara.

**Albayrak G., Taşdemir F.** (2018). *Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler*, Ankara.

**Almond**, H. (1977). “Law and Armed Conflict: Some of the Shared Policies”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 9 (2).

**Altınok**, Müberra. (2018). “İnsancıl Hukuk”, *Hukuk Gündemi (Ankara Barosu)*, Sayı 2.

**Aplak**, S. Hakan. (2018). “Karar Verme Yöntemleri ve Askerî Muharebe Fonksiyonları Alanlarına Yönelik Uygulamaları”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 7 (1).

**Aslan**, M. Yasin. (2008). “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, *TBB Dergisi*, Sayı 79.

**Aslan**, M. Yasin. (2007). “Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 73.

**Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı.** (2006). *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, Ankara.

**Bacon,** R.H. (1929). *The Life of Lord Fisher of Kilverstone, Admiral of the Fleet*, London.

**Bassiouni,** M.Charif. (1992). *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht.

**Başak,** Cengiz. (2003). *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, 1. Baskı, Ankara.

**Barber,** Rebecca. (2019). “70 Years of Geneva Conventions and Why We Need Them More Than Ever”, *The Lowly Institute*, Onl.Ed.

**Başeren,** Sertaç. (2003). *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara.

**Belz,** Herman. (2008). “Review: Military Necessity and the Demands of Justice“, *The Review of Politics*, 70 (3).

**Best,** Geoffrey F.A. (1994). *War and Law Since 1945*, Oxford: Clarendon Press.

**Bilke,** Efe. (2017). “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (5).

**Birov,** V. A. (1997). “Prize and Plunder: The Pillage of Works of Art and the International Law of War”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 30(2).

**Bond,** James. E. (1971). “Protection of Non-Combatants in Guerrilla Wars”, *William and Mary Law Review*, 12(4).

**Bosco**, David. (2008). "Moral Principle vs. Military Necessity", *The American Scholar*, Onl.Ed.

**Bouvier**, Antoine. (2006). "The Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello: Past, Present, Future", *American Society of International Law Proceedings (Panel Discussion)*, Vol.100.

**Boylan**, Patrick J. (1993). *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, London.

**Buchan**, Russel. (2018). "The Rule Of Surrender in International Humanitarian Law", *Israel Law Review*, 51(1).

**Buza**, Laszlo. (1959). *The State of Necessity in International Law*, 1 *Acta Juridica*, Vol.1.

**Byers**, Michael. (1997). "Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law*, 66.

**Caggiano**, Mark J. T. (1993). "The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance Over Conventional Form", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.20.

**Carnahan**, Burris M. (1998). "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", *American Journal of International Law*, 92 (2).

**Carreau**, Dominique. (2004). *Droit International*, Paris.

**Cassidy**, Velma Hastings. (1950). *Germany 1947-1949, The Story in Documents*, Washington.

**Chang**, K. S. (2011). “Enemy Status and Military Detention in the War Against Al-Qaeda”, *Texas International Law Journal*, 47 (1).

**Ciorciari**, John. (2008). “Joint Criminal Enterprise and the Khmer Rouge Prosecutions”, *Internet Archive Wayback Machine*, Onl.Ed.

**Cohan**, John A. (2003). “Modes of Warfare and Evolving Standards of Environmental Protection Under the International Law of War”, *Florida Journal of International Law*.

**Cohan**, John A. (2006). “Necessity, Political Violence and Terrorism”, *Stetson Law Review*, 35 (3).

**Crawford**, J., & **Bodeau**, P. (2000). “Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility Further Progress. *International Law FORUM Du Droit International*, 2 (1).

**Çakmak**, Cenap. (2014). *Uluslararası Hukuka Giriş*, 1. Baskı, Bursa.

**Çaman**, Efe. (2013). “Kitleli Şiddete – Savaş Bir Eleştiri Denemesi: Savaşın Teorik Konsepti ve Devlet Tekelinden Çıkan Çatışma Davranışı”, *Barış Araştırmaları ve Çatışma Çözümleri Dergisi*, 1 (1).

**Çaycı**, Sadi. (1994). *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi.

**Çaycı**, Sadi. (1992). *Harekât Hukuku*, Ankara.

**Çiftçioğlu**, Cengiz Topel. (2012). “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı:103.

**Değirmenci**, Olgun. (2012). “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10 (120).

**Detling**, Karen J. (1993). “Eternal Silence: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia”, *The Maryland Journal of International Law*, 17 (1).

**Dinstein**, Yoram. (2004). *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press.

**Dost**, Süleyman. (2012). “Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (12).

**Doswald-Beck**, Louise. (1997). “International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *International Review of the Red Cross* No:316.

**Downey**, William Gerald Jr. (1953). “The Law of War and Military Necessity”, *The American Journal of International Law*, 47(2).

**Dülger**, M. Volkan. (2014). “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:24.

**Eisenhower**, Dwight D. (1948). *Crusade in Europe*.

**Erendor**, M. E. (2019). “Silahlı Çatışma Hukuku İlkelerinin Değerlendirilmesi: Askeri Gereklilik, Gereksiz Acı ve İstirabın Önlenmesi ve Onur”, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8 (2).

**Erdem**, Merve. (2018). “Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1).

**Erkiner**, Hakkı H. (2008). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi.

**Fenrick**, W. W. (1981). “New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflict”, *Canadian Yearbook of International Law*, 19.

**Fidel**, Eugene R. (2011). “Military Law”, *Daedalus*, 140 (3).

**Fletcher**, George P. (2007). *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International, Volume I: Foundations*, New York, Oxford University Press.

**Forrest**, Craig J.S. (2007). “The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts”, *California Western International Law Journal*, 37 (2).

**Fujita**, Hisakazu. (1997). “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons”, *International Review of the Red Cross*, No.316, Onl.Ed.

**Gaeta**, Paola. (1999). “The Defence of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 10.

**Gardam**, Judith. (2004). *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press.

**Gehring**, R. W. (1980).” Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I”, *Military Law Review*, Vol.90.

**Geyik**, Hatice. (2016). “Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(2).

**Giladi**, Rotem. (2008). “The Jus ad Bellum / Jus in Bello Distinction and The Law of Occupation”, *Israel Law Review*, 41 (1 & 2).

**Giladi**, Rotem M. (2012). "Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War", *Israel Law Review*, 45(2).

**Glazier**, D. (2005). "Ignorance is Not Bliss: The Law of Belligerent Occupation and the U.S. Invasion of Iraq", *Rutgers Law Review*, 58 (1).

**Goldsmith**, Andrew. (2006). *The Challenge of Conflict, International Law Responds*, (Edited by **Golgopol** U. and **Gardan** J.), Boston.

**Gözen Ercan**, Pınar. (2013). "Legitimacy, Legality and Lawfulness: Questioning Humanitarian Military Intervention in a Changing International Political Milieu", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1).

**Grant**, Ulysses S. (1885-1886). *Personal Memoirs of U. S. Grant*, New York.

**Gray**, Chris Hables. (2000). *Postmodern Savaş/Yeni Çatışma Politikası*, İstanbul. (Çeviren D.Kömürcü)

**Green**, Leslie C. (2000). *The Contemporary of Armed Conflict*, Second Edition, Manchester University Press.

**Gross**, O. (1995). "The Grave Breachers System and the Armed Conflict in the Former Yugoslavia", *Michigan Journal of International Law*, 16 (3).

**Gündüz**, Aslan. (2014). *Milletlerarası Hukuk*, 8. Baskı, İstanbul.

**Güneysu**, Gökhan. (2012). "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4.

**Güneysu**, Gökhan. (2014). *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Ankara.

**Güneysu**, Gökhan. (2015). *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, İstanbul.

**Haque**, Adil Ahmad. (2015). “Cultural Property Under the Law of Armed Conflict”, *Stockholm Center for the Ethics of War and Peace*, Onl.Ed.

**Hassner**, Ron E.. (2014). "Military Necessity", *Encyclopedia Britannica*, Onl.Ed.

**Hayashi**, Nobuo. (2016). *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge Handbooks Online (Edited by: Liivoja, R. and McCormack T.).

**Hayashi**, Nobuo. (2013). “Contextualizing military necessity”, *Emory International Law Review*, 27 (189).

**Hayashi**, Nobuo. (2010). “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal*, 28(1).

**He**, Hannah G. (2015). “Protecting Ancient Heritage in Armed Conflict: New Rules for Targeting Cultural Property During Conflict with ISIS”, *Maryland Journal of International Law*, Vol.30.

**Hedges**, Chris. (2003). *What Every Person Should Know About War*, New York Times, On.Ed.

**Henckaerts**, Jean-Marie. (1999). “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, No. 835.

**Horton**, Scott. (2006). “Kriegsraison or Military Necessity? The Bush Administration’s Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War”, *Fordham International Law Journal*, 30 (3).

**İnan**, Yüksel. (1972). “Harp Esirleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 27 (3).

**Insko**, James B. (2003). “Defense of Superior Orders Before Military Commissions”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 13 (2).

**Jagota**, S. P. (1985). “State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.16.

**Johansen**, Sigrid Redse. (2019). *The Military Commander's Necessity: The Law of Armed Conflict and its Limits*, Cambridge University Press.

**Johnson**, Robert. (2018). *Savaşın Değişen Modeli: Hibrit Savaş*, İstanbul.(Edt: Özel ve İnaltekin)

**Kalaycı**, Caner. (2018). *Uluslararası İnsancıl Hukuku: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler*, (Editörler: Taşdemir F., Albayrak G.), Ankara.

**Karacaoğlu**, Emine. (2013). *Silahlı Çatışmalarda İnsancıl Hukuk: Haklar Kurumsal Yapılanma ve Yargısal Mekanizmalar*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi.

**Karadağ**, Ulaş. (2016). “Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru Müdafaa Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2).

**Kastan**, Benjamin. (2013). “Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal ‘Singularity’?”, *Journal of Law, Technology and Policy*, 2013 (1).

**Keane**, David. (2004). “The Failure to Protect Cultural Property in Wartime”, *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 14 (1).

**Keck**, Trevor A. (2012). “Not All Civilians Are Created Equal: The Principle Of Distinction, The Question Of Direct Participation in Hostilities And Evolving Restraints On The Use Of Force in Warfare”, *Military Law Review*, Vol.211.

**Kelly**, Max. (2011). *Protecting Civilians: Proposed Principles for Military Operations*, Washington.

**Kuran S., Türkay Kahraman F.Ş.** (2017). “Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak ‘Askeri Gereklik’: Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (1).

**Leveringhaous, Alex.** (2016). *Ethics and Autonomous Weapons*, London.

**Linnan, D. K.** (1991). “Iran Air Flight 655 and Beyond: Free Passage, Mistaken Self-Defense and State Responsibility”, *Yale Journal of International Law*, 16 (2).

**Low, L., & Hodgkinson, D.** (1995). “Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War”, *Virginia Journal of International Law*, 35 (2).

**Luban, David.** (2013). “Military Necessity and the Cultures of Military Law”, *Leiden Journal of International Law*, 26 (2).

**McClintock, Andrew D.** (1993). “The Law of War: Coalition Attacks on Iraqi Chemical and Biological Weapon Storage and Production Facilities”, *Emory International Law Review*, 7(2).

**McCoubrey, Hilaire.** (1991). “The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity”, *Military Law and Law of War Review/ Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Volume 30.

**McDougal, Myres.** (1984). “Law and Minimum World Public Order: Armed Conflict in Larger Context”, *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3 (21).

**Meray, Seha L.** (1965). *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt 2, Ankara.

**Meray, Seha L.** (1979). *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara.

**Merryman**, John Henry. (1986). "Two Ways of Thinking About Cultural Property", *The American Journal of International Law*, 80 (4).

**Meyrowitz**, E. L. (1987). "The Opinions of Legal Scholars on the Legal Status of Nuclear Weapons", *Stanford Journal of International Law*, 24 (1).

**Miles**, Col. James R. (1990). "Francis Lieber and the Law of War", XXIX-1-2, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*.

**Newton**, Michael A. (2007). "Modern Military Necessity: The Role & Relevance of Military Lawyers", *Roger Williams University Law Review*, 12 (3).

**Nicholson**, Sir Harold (1944). *Marginal Comments*, Spectator. reprinted in full in J. Merryman & A. Elsen. (2007). *Law, Ethics and The Visual Arts*, New York.

**O'Brien**, W. V. and **Arend** A. C. (2003). "Just War Doctrine and The International Law of the War", *Military Medical Ethics*, Vol. 1.

**O'Brien**, W. V. (1961). "Some Problems of the Law of War in Limited Nuclear Warfare", *Military Law Review*, Vol.14.

**Odman**, Tevfik. (1996). "Eski Yugoslavya ile ilgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1).

**Odora-Obote**, Alex. (2010). *Protecting Humanity*, E-Book. (Edt: Eboe, C.-Osuji).

**Ohlin**, D. Jens. (2015). "The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts", *Yale Journal of International Law*, Vol.40.

**Ohlin**, D. Jens. (2013). "The Duty to Capture", *Minnesota Law Review*, 97 (4).

**O'Keefe**, Roger (2006). *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press: New York.

**Oppenheim**, Lassa. (1912). *International Law, A Treatise*, London, Newyork, Bombay, Calcutta.

**Özen**, Çınar ve **Akdevelioğlu**, Atay. (2016). “II. Dünya Savaşı’nda Fransa’da Liderlik Mücadelesi: III.Cumhuriyet’ten Vichy Fransası’na Fransız Siyasetinde Yapısal Salınım”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 15 (1).

**Özsoy**, Şule. (1997-1998). “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20.

**Patton**, Maj. George S. Jr. (1930). “The Effect of Weapons on War”, *Cavalry Journal*, Online Ed.

**Paust**, Jordan J. (2001). “Dr. Francis Lieber and the Lieber Code”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 95.

**Pazarcı**, Hüseyin. (2000). *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Ankara.

**Pazarcı**, Hüseyin. (2013). *Uluslararası Hukuk*, 12. Baskı, Ankara.

**Pictet**, Jean. (1985). *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva.

**Posner**, Eric A. (2006). “International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Obseervations”, *University of Chicago, Public Law Working Paper*, No.141.

**Puls**, Keith. E. (2005). *Law of War Handbook*, Virginia.

**Ragone**, P. A. (1984). “The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 16 (4).

**Roberts, Adam.** (2002). “Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War”, *Survival*, 44 (1).

**Roberts, A.** (2019). “Foundational Myths in the Laws of War: The 1863 Lieber Code, and the 1864 Geneva Convention”, *Melbourne Journal of International Law*, 20 (1).

**Root, Elihu.** (1913). “Francis Lieber”, *American Journal of International Law*, 7 (3).

**Rostow, Nicholas.** (1995). “The World Health Organization, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons”. *Yale Journal of International Law*, 20(1).

**Rousseau, Jean Jacques.** (1762). *The Social Contract*, Onl.Ed.,

**Ruzié, David.** (2000). *Droit International Public*, Paris.

**Sarıbeyoğlu Skalar, Meltem.** (2014). “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (123-124).

**Sassòli, Marco.** (2007). “The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol.10.

**Sav, Özden.** (2015). “Uluslararası İnsancı Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku”, *TBB Yayınları*:296.

**Schmitt, Michael N.** (2010). “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal of International Law*, 50 (4).

**Schneeberger, Ernst.** (1946). “Property and War, in Particular, The Swiss-American-German Conditions”, *Georgetown Law Journal*, 34 (3).

**Schwarzenberger**, Georg. (1968). *International Law as Applied by International Courts and Tribunals. Vol. II: The Law of Armed Conflict*, London.

**Shaw**, Malcolm N. (2018). *Uluslararası Hukuk*, Ankara. (Çeviri Ed.: Kaya, İ)

**Shaw**, Malcolm N. (2008). *International Law*, Cambridge University Press, Sixth Edition.

**Shepard**, William S. (1963). “One Hundredth Anniversary of the Lieber Code”, *Military Law Review*, 21.

**Solis**, Gary D. (2010). *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*, New York.

**Stahn**, Carsten. (2007). “ ‘Jus ad bellum’, ‘jus in bello’ . . . ‘jus post bellum’? – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force”, *The European Journal of International Law*, 17 (5).

**Sunga**, Lyal S. (1992). “The First Indictments of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *18 H.R.L.J.* 9 (12).

**Surg**, Can J. (2018). “Massacre Of Canadian Army Medical Corps Personnel After The Sinking Of HMHS Llandovery Castle And The Evolution Of Modern War Crime Jurisprudence”, *Canadian Journal of Surgery*, 61 (3).

**Taşdemir**, Fatma. (2012). “Türkiye’nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (1).

**Taylor** T. (1970). *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy*, Chicago.

**Taylor**, Telford. (1953). “The Krupp Trial: Fact v. Fiction”, *Columbia Law Review*, 53 (2).

**Tezcan** Durmuş, **Erdem** Mustafa Ruhan, **Önok** R. Murat. (2014). *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara.

**Toman**, Jiri. (1996). *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Paris.

**Torosl**u, Nevzat. (1968). *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, s.5

**Tsagourias**, Nicholas. (2010). “Necessity and the Use of Force: A Special Regime, Necessity Across International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 41.

**Tütüncü**, Ayşe Nur. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir.

**Tütüncü**, Ayşe Nur. (2003). “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 23 (1,2).

**UK Ministry of Defence**. (2004). *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press.

**Uzun**, Elif. (2016). *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Ankara.

**Uzun**, Elif. (2019). *Uluslararası Hukuk II*, Eskişehir.

**Vincze**, Viola. (2016). “Taming the Untameable: The Role of Military Necessity in Constraining Violence”, *ELTE Law Journal*, Vol.2.

**Walzer**, Michael. (2000). *Just and Unjust Wars*, New York.

**Weidenbaum**, Paul. (1938). “Necessity in International Law”, *Transactions of the Grotius Society*, Vol.24.

**Wells**, Donald A. (1988). “The Limits of War and Military Necessity”, *Journal of Social Philosophy*, 19 (1).

**Yamaner M., Öktem E., Kurtdarcan B., Uzun M.** (2008). “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*:42.

### **Mahkeme Tutanakları (Kronolojik Sıralı)**

William **Hardman** (Great Britain) v. United States. (1913). *Reports of International Arbitral Awards, Volume VI*.

Hospital Ship “**Llandovery Castle**” Case. (1921). *German War Trials: Report of Proceedings Before The Supreme Court in Leipzig*, London.

The United Nations War Crimes Commission. (1947). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. I*, London. (**The Peleus Trial**)

The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. X, The I.G. Farben and Krupp Trials*, London.

The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VIII*. (The **Hostages Trial** / The **United States** of America v. Wilhelm **List**, et al.)

The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XII*, London. (The **German High Command Trial**)

The **High Command Case**. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No:10, Vol.XI*, Washinton.

United States v. **Wilhelm von Leeb**. (1950). *Trials and War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals, Washinton, Vol.XI*.

**Prosecutor v. Stanislav Galić**. United Nations. (2006). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No.:IT-98-29-A.

**Prosecutor v. Milan Martić**. United Nations. (2007). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-95-11-T.

ICTY, **The Prosecutor v. Prlić et al.**, IT-04-74-T, Trial Chamber, Judgement and Opinion, 29 May 2013.

**The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. (2016). Trial Chamber III, Situation in The Central African Republic International Criminal Court, No.: ICC-01/05-01/08.

### **Davalar (Kronolojik Sıralı)**

**Mitchell v. Harmony**, 54 U.S. 13 How. 115, 1851.

**United States v. Russell**, 80 U.S. (13 Wall.) 623, 1871.

**Juragua Iron Co., Ltd. v. United States**, 212 U.S. 297 (1909), US Supreme Court.

**William Hardman (Great Britain) v. United States.** American And British Claims Arbitration, 18 June 1913.

**Dithmar & Boldt case (Llandovery Castle case),** Imperial Court of Justice, 16 July 1921.

**Peleus Trial: Kapitanleutnant Eck and Others (War Crimes Trials),** British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the War Crimes Court, Hamburg, 17th-20th October 1945.

**United States v. Alfried Krupp et al. (The Krupp Trial),** Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and Eleven Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November 1947 – 30th June 1948.

**Trial of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial),** United States Military Tribunal, Nuremberg, Case 47, 1947-1948.

**(The High Command Trial) The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.**[13 Others] (1950) (US v. Von Leeb. et al)

**Prosecutor v. Stanislav Galić,** Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006.

**Prosecutor v. Milan Martić,** Case No. IT-95-11-T, Judgement, 12 June 2007.

**Prosecutor v. Jadranko Prlić (et al.),** Case No. IT-04-74, Judgement, (2006-2013).

**Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo,** International Criminal Court, Case No: ICC-01/05-01/08, 2016.

### **Uluslararası Andlaşmalar (Kronolojik Sıra)**

1868 St.Petersburg Bildirgesi (Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, 1868)

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, July 29, 1899, 32 Stat. 1803. (Kara Savaşının Kurallarını Düzenleyen 1899 tarihli ve II Kara Savaşının Sayılı Lahey Sözleşmesi)

Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, 36, Stat. 2277, Treaty Series 539 (18 Ekim 1907 tarihli ve IV sayılı Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkındaki Lahey Sözleşmesi)

Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü (Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of European Axis. Signed at London, on 8 August 1945)

26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanan ve 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşması. (Charter Of The United Nations)

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (Statute of the International Court of Justice)

Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), 17.07.1998, 2187 UNTS 90, No. 38544.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri (The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols)

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi: Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunması Sözleşmesi (UNESCO, 1954) (Hague Convention: Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954)

## **Raporlar, Danışma Görüşleri, Belgeler ve Örün Sayfaları**

**Inter-American Commission on Human Rights**, Report on Terrorism and Human Rights, 22 Oct. 2002.

Gen. Dwight D. **Eisenhower**, *Letter, Subject: Historic Monuments, December 29*, Records of the War Department General and Special Staffs, RG 165.

**Lieber's** Code, General Orders No. 100.

**Uluslararası Kızılhaç Komitesi**. (2004). *Uluslararası İnsancıl Hukuk, Sorularınıza Cevaplar*, Online Ed.

**Garnier**, Tom. "Monte Cassino:WWIIs Mountain Apocalypse", Onl.Ed (Akademia).

3 Mart 1887 tarihli **Tucker** Yasası (The Tucker Act.)

William T. **Sherman**, Special Field Orders No. 120, November 9, 1864 Civil War Era NC

Case Information Sheet (**Prosecutor v. Milan Martić**). "Communications Service of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", "RSK" (IT-95-11) Milan Martić (2007).

Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia. (1993-2009). United Nations.

Draft Articles on State Responsibility. (1979). *International Legal Materials*, 18(6).

Case Information Sheet (**The Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.**). "Communications Service of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", IT-04-74.

Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session. (2008). “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Mommentaries 2001”, *International Law Commission*.

International Court of Justice; **Request for Advisory Opinion**, transmitted to the Court under the **United Nations General Assembly** resolution 49/75 K of 15 December 1994, **Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons**.

**International Court Of Justice**; Reports Of Judgments, **Advisory Opinions** and Orders: **Legality Of The Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion** of 8 July 1996.

**The Prosecutor v. Prlić et al.**, “Online Casebook”, publised on *How does law protect in war?*([www.casebook.icrc.org](http://www.casebook.icrc.org))

**International Committee of the Red Cross**. (2002). *The Law of Armed Conflict: Conduct of Operations Part-A*, Geneva.

**Örün Sayfaları:** [www.historynet.com](http://www.historynet.com), [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), [www.kizilay.org.tr](http://www.kizilay.org.tr), [www.biyografi.info](http://www.biyografi.info), [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov), [www.icty.org](http://www.icty.org), [www.casebook.icrc.org](http://www.casebook.icrc.org), [www.theamericanscholar.org](http://www.theamericanscholar.org), [www.unic.un.org](http://www.unic.un.org), [www.loc.gov](http://www.loc.gov), [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu), [www.atlasobrusca.com](http://www.atlasobrusca.com).



## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : SOYDAN, Başar Emre  
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti

### Eğitim

| Derece        | Eğitim Birimi                          | Mezuniyet tarihi |
|---------------|----------------------------------------|------------------|
| Yüksek Lisans | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi   | 2021             |
| Lisans        | Kara Harp Okulu                        | 2009             |
| Lisans        | Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi   | 2018             |
| Lisans        | Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi | 2019             |
|               | Uluslararası İlişkiler                 |                  |
| Lise          | Maltepe Askeri Lisesi                  | 2005             |

### İş Deneyimi

| Yıl       | Yer                     |
|-----------|-------------------------|
| 2009-2021 | Milli Savunma Bakanlığı |

### Yabancı Dil

İngilizce



