

T.C.
HARP AKADEMİLERİ
STRATEJİK ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ

AFGANİSTAN SAVAŞI'NDA SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKU İHLALLERİ

HARP-HAREKAT HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Şener ÇELİK

Tez Danışmanı

Prof.Dr. Yaşar GÜRBÜZ

İSTANBUL – 2013

TEZ TANITIM FORMU

YAZAR ADI SOYADI : Şener ÇELİK

TEZİN DİLİ : Türkçe

TEZİN ADI : Afganistan Savaşı'nda Silahlı Çatışma Hukuku İhlalleri

ENSTİTÜ : Stratejik Araştırmalar Enstitüsü

ANA BİLİM DALI : Harp-Harekat Hukuku

TEZİN TÜRÜ : Yüksek Lisans

TEZİN TARİHİ : 01.06.2013

SAYFA SAYISI : 171

TEZ DANIŞMANI : Prof.Dr. Yaşar GÜRBÜZ

DİZİN TERİMLERİ : Silahlı Çatışma Hukuku İhlalleri, Afganistan, ABD, ISAF

TÜRKÇE ÖZET : Bu çalışma, Afganistan askeri müdahalesi kapsamında ABD tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen silahlı çatışma hukuku ihlallerini araştırmak amacıyla yapılmıştır.

DAĞITIM LİSTESİ : 1. Stratejik Araştırmalar Enstitüsü'ne
2. YÖK Ulusal Tez Merkezi'ne

Bu tezin içerdiği hususlar bireysel görüşlerimi yansıtır, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görüşlerini yansıtmaz.

Şener ÇELİK

T.C.
HARP AKADEMİLERİ
STRATEJİK ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ

AFGANİSTAN SAVAŞI'NDA SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKU İHLALLERİ

HARP-HAREKAT HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Şener ÇELİK

Tez Danışmanı

Prof.Dr. Yaşar GÜRBÜZ

İSTANBUL – 2013

STRATEJİK ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

.....'ın.....
..... adlı tez çalışması, jürimiz
tarafından HARP-HAREKAT HUKUKU ana bilim dalında YÜKSEK LİSANS /
DOKTORA tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan_____

Doç. Dr. Hv. İkm. Alb. Kutay KARACA

Üye_____

Prof. Dr. Yaşar GÜRBÜZ

Üye_____

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Üye_____

Yrd. Doç. Dr. Selcen ATAÇ

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

... / ... / 2013

Dr. Kurmay Albay Hasip SAYGILI

Enstitü Müdürü

ÖZET

Afganistan, tarihi boyunca ülkede bulunan farklı kabile ve etnik gruplar arasında meydana gelen iç savaflara ve iktidar mücadelelerine sahne olmuştur. Ülkede 1996 yılında iktidarı ele geçiren Taliban hareketi köktendinci dünya görüşüne dayalı bir siyaset izlemiş, bu doğrultuda cihat ideolojisine sahip El-Kaide terör örgütüne de destek olmuştur. El-Kaide militanları, 11 Eylül 2001 tarihinde sivil yolcu uçaklarını kaçırarak New York'taki Dünya Ticaret Merkezi gökdelenlerine ve Washington'daki Savunma Bakanlığı binasına intihar saldırısı düzenlemiş, bu eylem sonucunda yaklaşık üçbin sivilin hayatını kaybetmesine neden olmuşlardır. Bu saldırı üzerine ABD Kongresi, hükümete kuvvet kullanma yetkisi tanıyan Askeri Güç Kullanma Yetkilendirmesi (Authorization for Use of Military Force-AUMF) isimli önergeyi kabul etmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi de, aldığı 1386 ve 1373 sayılı kararlar ile Afganistan'daki Taliban rejimi ve bu rejim tarafından desteklenen El-Kaide terör örgütüne karşı askeri müdahalede bulunmak üzere Uluslararası Güvenlik Yardım Kuvveti'nin (International Security Assistance Force-ISAF) kurulmasına giden yolu açmıştır. ABD, 7 Ekim 2001 tarihinde meşru müdafa hakkı çerçevesinde askeri harekate başlamıştır. Savaş, çatışmaların başladığı Ekim 2001 ile, ülkenin Afgan Geçici Hükümeti (Afghan Interim Authority-AIA) yönetimi altına girdiği Haziran 2002 arasındaki dönemde uluslararası bir silahlı çatışma; bu tarihten günümüze kadar uzanan dönemde ise uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu savaşta geçerli olan ve silahlı çatışma hukukunda uyulması gereken kural, norm ve asli ilkeler, Cenevre Sözleşmeleri'nde, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında ve konuyla ilgili hukukçuların eserlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve yorumlanmıştır. Bu kural ve ilkeler, en açık şekilde, Cenevre Sözleşmeleri'nin hazırlanmasındaki büyük katkısı nedeniyle silahlı çatışma hukukunu sahiplenen Uluslararası Kızılhaç Komitesi (International Committee of the Red Cross-ICRC) tarafından tasnif edilmiş ve tanımlanmıştır. ICRC'nin çalışmasına göre, bu temel kural ve normlar, insani davranış ilkesi, ayırt etme ilkesi ve savaşta gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesidir.

ABD, savaşın erken dönemlerinde, Taliban ve El-Kaide militanlarının Cenevre Sözleşmeleri'nin sağladığı güvencelerden yararlanamayacaklarını savunmuş, ancak sonradan tutumunu yumuşatarak, bu harekete ve örgüte üye olmaları nedeniyle alıkoyulan kişilerin belirli hukuki hakları olduğunu kabul etmiştir. Ancak yine de, bu süreç içinde gerçekleştirilen askeri hareketler kapsamında önemli silahlı çatışma

hukuku ihlalleri meydana gelmiştir. ABD istihbarat topluluğu ve silahlı kuvvetleri, Afganistan'da gerçekleştirilen askeri müdahale çerçevesinde, savaşçı ve sivil statüsündeki pek çok kişiyi alıkoymuş, bu kişiler üzerinde fiziki ve ruhsal zorlama yöntemleri kullanmıştır. Dahası, işkence uygulamaları, öğretilerde 'koşulcu görüş' olarak bilinen ve bu çalışma içinde ayrıntılı olarak incelenen hukuk anlayışı çerçevesinde, ABD Yönetimi tarafından meşru kılınmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak, ABD'nin, Cenevre Sözleşmeleri'nin ve insan hakları hukukuyla ilgili diğer uluslararası antlaşmaların işkenceyi suç olarak tanımlayan ve yasaklayan ilgili maddelerini ihlal ettiği görülmüştür.

ABD, Afganistan askeri müdahalesi kapsamındaki hareketlerde ve bu kapsamda Pakistan sınırları içinde, Silahlandırılmış İnsansız Hava Araçları'yla (SİHA) gerçekleştirilen saldırılarda pek çok sivilin hayatını kaybetmesine neden olmuş, böylece silahlı çatışma hukukunun en önemli kurallardan biri olan ayırt etme ilkesine uymakta da önemli zafiyet göstermiştir. Taliban hareketinin ve El-Kaide örgütünün lider kadrosunda oldukları öne sürülen kişiler, hedefli öldürme (targeted killing) olarak tanımlanan askeri hareketlerle etkisiz duruma getirilmiştir. Uluslararası hukuk açısından sorunlu olan ise, bu kişilerin tutuklanma ve yargılanma hakları olmadan ölüme mahkum edilmeleri ve savaşın Afganistan sınırları dışına taşırılarak Pakistan ve hatta Yemen gibi üçüncü ülkelerin de çatışma sahası içine dahil edilmesi olmuştur. Ayrıca hedefli öldürme ve SİHA hareketleri sonucunda dikkat çekici oranda sivil hayatını kaybetmiştir.

Son olarak, ABD silahlı kuvvetlerinin, Afganistan'da düzenlenen askeri hareketler kapsamında gereksiz acıya sebebiyet veren silahları kullandığı da bu araştırmada rastlanılan bulgulardan biridir. Bu silahlar arasında beyaz fosfor, seyreltilmiş uranyum ve salkım bombası bulunmaktadır. Gereksiz acının ne olduğu ve bu acıya hangi tür silahların neden olabileceği, esasen içinde bir takım teknik ve hukuki belirsizlikler taşıyan geniş bir tartışma konusudur. Bununla birlikte, ABD'nin bu savaşta kullandığı silahlardan bazılarının bu etkiye sebebiyet verdiği aşikardır.

Afganistan savaşında tanık olunan silahlı çatışma hukuku ihlalleri, bu hukuk alanının istismara ne derecede açık olduğunun bir kanıtı olarak görülebilir. Bu çalışmanın amacı, silahlı çatışma hukukundaki temel insancılık ilkelerinin korunması için neler yapılması gerektiğini keşfetmek değildir. Bununla birlikte, çalışmanın sonuç bölümünde, silahlı çatışma hukuku ile sağlanan güvencelerin bütün uluslar için bir insan hakları garantisi anlamına geldiği vurgulanmış; sorumlu politikacılar, silahlı kuvvetler mensupları, sivil toplum kuruluşları ve akademik camia tarafından gerçekleştirilecek planlı ve sürdürülebilir faaliyetler ile uluslararası kamuoyunda bu alanda bir farkındalık yaratılması gereği üzerinde durulmuştur.

SUMMARY

Throughout the history, Afghanistan witnessed the civil wars and power struggles that occurred between different tribes and ethnic groups in the country. Taliban movement seized the power in the country in 1996, followed a policy based on a fundamentalist world view and in this direction also supported Al-Qaeda terrorist organization which holds a jihad ideology. On September 11, 2001, Al-Qaeda militants, hijacked civilian passenger aircrafts and organized a suicide attack to World Trade Center skyscrapers in New York City and Department of Defense building in Washington. These actions have caused the deaths of nearly three thousand civilians. After the attacks, U.S. Congress adopted the Authorization for Use of Military Force (AUMF) resolution which authorized the government to use force. The United Nations Security Council allowed the establishment of International Security Assistance Force (ISAF) with the taken resolutions 1386 and 1373 to militarily intervene against the Taliban regime in Afghanistan and against the terrorist organization Al-Qaeda which is supported by Taliban regime. On October 7, 2001, United States has started military operations within the framework of the right to self-defense. War is defined as an international armed conflict for the period between October 2001 when the conflict began, until June 2002 when the country have come under the management of Provisional Government of Afghanistan (Afghan Interim Authority-AIA). From that date to the present day it is an armed conflict not of an international character.

The prevailing rules, norms and the fundamental principles that must be complied in this war and law of armed conflict are regulated and interpreted in detail in Geneva Conventions, in national and international court decisions and in the works of relevant jurists. These rules and principles, in the most obvious way, have been described and classified by International Committee of the Red Cross-ICRC which embraces law of armed conflict and because of its major contribution to the preparation of the Geneva Conventions. According to the ICRC study, these basic rules and norms are; humane treatment principle, the principle of distinction between civilians and combatants and the principle which prohibit to use of weapons of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

In the early stages of the war, United States claimed that Taliban and al-Qaida militants are not eligible for collateral provided by the Geneva Conventions, but later softened this approach and accepted that the Conventions will apply to the Taliban, so, members of this movement and terror organization may have certain legal rights. Nevertheless during the military operations carried out in this process, important violations to law of armed conflict have been occurred. Within the framework of the

military intervention in Afghanistan, U.S. intelligence community and armed forces detained many people that are either unmilitary or combatant status and used methods of physical and mental exertion on them. Moreover, the use of torture, within the framework of a doctrine known as 'conditionalist view' which examined in detail in this study, was tried to be made legitimate by the U.S. Administration. As a result, United States violated the relevant clauses of Geneva Conventions and other international treaties on human rights law which defines torture as crime and prohibits it.

In the scope of military intervention operation in Afghanistan and during the carried out attacks by armed Unmanned Combat Air Vehicles (UCAV) in Pakistan borders, U.S. showed a significant weakness to comply with the principle of distinction which is one of the most important rules of armed conflict. People who are claimed to be in the leader staff of Taliban movement and al-Qaida were counteracted by military operations that are defined as 'targeted killing'. Which is problematic in terms of international law, however, such persons to be arrested and sentenced to death without trial rights and the war in Afghanistan had been overflowed beyond the borders of Afghanistan, even third countries like Pakistan and Yemen have been included within the scope of the conflict. As a result of targeted killing and UCAV operations, a remarkable rate of civilians were killed.

Finally, some findings which have been encountered during this study denotes that, under the military actions in Afghanistan, U.S. armed forces used weapons which caused unnecessary suffering. White phosphorus, depleted uranium and cluster bombs are found within these weapons. Actually, what is unnecessary suffering and which weapons can cause such pain is a wide range debate which hosts several technical and legal uncertainties still. However it is obvious that some of the weapons used by the United States in this conflict have caused this effect.

Violations of law of armed conflict that is witnessed in Afghanistan war can be seen as a clear evidence of the extend which is open to abuse in this area of law. The purpose of this study is not to find out what should be done to protect the basic principles of humanity in law of armed conflict, however, in the conclusion section of the study, it is highlighted that the guarantees provided by the law of armed conflict is a human rights' assurance for all nations; in this area emerges a need to create an awareness in international community via sustainable activities planned and carried out by responsible politicians, armed forces, civil society organizations and academic community.

İÇİNDEKİLER

SAYFA

ÖZET	I
SUMMARY	III
ÖN SÖZ	VII
GİRİŞ	1

BÖLÜMLER

BİRİNCİ BÖLÜM: AFGANİSTAN	10
1.1. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ	10
1.1.1. İktidar Savaşları ve Sovyet İşgali	10
1.1.2. Taliban Hareketi ve Yönetimi	14
1.1.3. El-Kaide Terör Örgütü ve Cihad	18
İKİNCİ BÖLÜM: 9/11, ABD ASKERİ MÜDAHALESİ VE SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKUNUN ESASLARI	23
2.1. 9/11 ve ABD ASKERİ MÜDAHALESİ	23
2.1.1. 9/11 ve Haklı Savaş Teorisi	23
2.1.2. Müdahalenin Hukuki Dayanakları	29
2.1.3. Savaşın Başlangıcı ve Seyri	32
2.1.4. Savaşın Sonucu	36
2.1.5. Afganistan Savaşının Sınıflandırılması ve Savaşa Uygulanabilir Kanun	37
2.2. SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKU	41
2.2.1. Tarihsel Gelişimi	42
2.2.2. Sağladığı Güvenceler ve Özellikleri	45
2.2.3. Silahlı Çatışma Hukukunun Temel İlkeleri	46
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: İHLALLER	49
3.1. İNSANİ DAVRANIŞ İLKESİ KAPSAMINDAKİ İHLALLER	49
3.1.1. Özgürlükten Mahrum Bırakma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali	50
3.1.1.1. Hukuki Düzenleme	50
3.1.1.2. İhlallerin Sujesi Olarak Kanunsuz Savaşçılar	54
3.1.1.3. İhlale Neden Olan Fiiller	58
3.1.1.4. Resul v. Bush Davası	63
3.1.1.5. Hamdi v. Rumsfeld Davası	67
3.1.1.6. Hamdan v. Rumsfeld Davası	70
3.1.1.7. Boumediene v. Bush Davası	74

3.1.2. İşkence Yasağının İhlali	79
3.1.2.1. Hukuki Düzenleme	80
3.1.2.2. Resmi Politika	83
3.1.2.3. İşkence Uygulamaları	86
3.2. AYIRT ETME İLKESİNİN İHLALİ	95
3.2.1. Hukuki Düzenleme	96
3.2.1.1. Düşmanlıklara Doğrudan Katılma	98
3.2.1.2. Ayırt Etme İlkesinin İhlaline Neden Olan Fiiller	99
3.2.1.3. Sivil Hedeflere Saldırıları ve Ölüm Vakaları	102
3.2.1.4. Hedefli Öldürme Saldırıları	112
3.2.1.5. İSHA'larla Gerçekleştirilen Saldırıları	119
3.3. SİLAHLI ÇATIŞMADA KULLANILABİLECEK SİLAHLAR VE GEREKSİZ ACIYA SEBEBİYET VERMEME İLKESİNİN İHLALİ	129
3.3.1. Hukuki Düzenleme	132
3.3.2. Gereksiz Acıya Sebebiyet Vermeme İlkesinin İhlaline Neden Olan Silahlar ve Fiiller	133
3.3.2.1. Beyaz Fosfor	133
3.3.2.2. Salkım Bombası	135
3.3.2.3. Seyreltilmiş Uranyum	138
SONUÇ	145
KAYNAKÇA	151
ÖZGEÇMİŞ	

ÖN SÖZ

Bu çalışma, Afganistan'daki Taliban hareketini ve El-Kaide örgütünü devirmek ve tasfiye etmek amacıyla, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirdiği Uluslararası Güvenlik Yardım Kuvveti (International Security Assistance Force- ISAF) tarafından Ekim 2001 tarihinde başlatılıp, tezin bitiş tarihi itibarıyla halen devam etmekte olan Sonsuz Özgürlük Harekatı (Operation Enduring Freedom) isimli askeri müdahale sırasında, ABD tarafından gerçekleştirilmiş olduğu iddia edilen silahlı çatışma hukuku ihlallerini araştırmak amacıyla kaleme alınmıştır. Böyle bir çalışma, esasen geniş bir saha araştırmasını da gerektirmesine rağmen, zaman ve kaynak kısıtları nedeniyle, ağırlıklı olarak nitel araştırma kapsamındaki doküman inceleme yöntemi ile gerçekleştirilmiştir. Araştırma, sahip olduğu hipotez, varsayım ve ulaştığı sonuçlar göz önüne alındığında, savaşa karşı eleştirel bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Yazarın dünya felsefesi de, çalışmanın içinde görüleceği gibi, postyapısalcı ve postmodernist görüşlere dayalı, Frankfurt Okulu olarak da bilinen, eleştirel teoriye yakındır. Bununla birlikte, yazar, soyut hukuk kuramlarının ve sistem karşıtı felsefi görüşlerin gerçek savaş ortamında bazen hiçbir anlam ifade etmeyebileceğinin farkındadır. Olağanüstü karmaşık şartlarda gerçekleşen uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda gerçekten bir hukuk ihlali olup olmadığını araştırmak, çoğu kez bir lisansüstü araştırmacısının başaramayacağı kadar zordur. Bu araştırmanın böyle bir amaca sahip olmasının nedeni, çalışmaya destek sağlayan akademisyenlerin varlığı ve yardımları olmuştur.

Yazar, bu çalışmanın gerçekleştirilmesinde, ve daha da önemlisi, kendisine temel bir hukuk görüşü kazandırılmasında emeği geçen bilim insanlarına teşekkür etmeyi borç bilir. Araştırma konusunun ilk ortaya çıktığı gün bu çalışmaya destek veren Doç. Dr. Hv. İkm. Alb. Kutay Karaca; uluslararası hukukun temel kavramlarını öğreten ve tezin danışmanlığını yürüten Prof. Dr. Yaşar Gürbüz; ulusal hukuk sorunlarının uluslararası hukuk açısından ne şekilde değerlendirileceğini gösteren Prof. Dr. Sibel Özel; insan hakları hukukunun uluslararası alandaki önemi konusunda bilgilerini aktaran Prof. Dr. Feridun Yenisey; bilimsel bir araştırmanın ne şekilde tasarlanıp yazılacağı konusunda yol gösteren Yrd. Doç. Dr. Ulun Akturan; uluslararası deniz hukukuna ait temel bilgileri veren Yrd. Doç. Dr. Derya Aydın Okur; uluslararası suçlar ve uluslararası ceza hukukunun kavranılmasında büyük katkı sağlayan Yrd. Doç. Dr. Selcen Ataç; silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerini gerçek savaş deneyimleriyle pekiştirerek anlatan (E) Tuğg. Atalay Kocatepe; terör kavramının uluslararası insancıl hukuk perspektifinden nasıl değerlendirilmesi gerektiğini gösteren (E) Hakim Abdülkadir Kaya ve akademik bir araştırmada

yöntemin taşıdığı önemi gösteren (E) Dz. Alb. Abdullah Köktürk ile Top. Alb. Atahan Birol Kartal resmi bir teşekkürden çok daha fazlasını hak etmişlerdir. Çalışmadaki bilimsel ve şekilsel hatalar ile eksikliklerin tümü, her akademik çalışmada olduğu üzere, kuşkusuz bütünüyle yazara aittir.

Şener ÇELİK

GİRİŞ

Silahlı çatışma hukuku alanında yazılmış çalışmaların giriş kısımlarında, Çiçero'nun söylediği öne sürülen "Savaş zamanında yasalar sessizdir." (*Inter arma leges silent.*) deyişine atıfta bulunmak, özellikle Batı literatüründe, neredeyse akademik bir geleneğe dönüşmüştür. Yunan düşünürün gerçekten böyle bir söz söylediğine dair bugün kimsenin elinde güvenilir bir kanıt bulunmamaktadır. Ancak deyişin ifade ettiği olumsuz anlamın günümüz uluslararası sisteminin bir gerçeği olduğu muhakkaktır. Bugün devletlerin elinde savaş zamanında uyulması gereken kurallar bütününe ifade eden pek çok ulusal ve uluslararası kanun metni olmasına rağmen, savaşan taraflar çoğu kez bu kanunların dikte ettiği temel hukuki norm ve ahlaki ilkelere uymakta önemli zaafiyetler göstermektedirler. Bir başka deyişle, savaş söz konusu olduğunda yasalar gerçekten de sessiz kalmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) ve Uluslararası Güvenlik Yardım Kuvveti (International Security Assistance Force-ISAF) içinde yer alan diğer ülkelerin, 11 Eylül terör saldırıları (9/11) sonrasında Afganistan'daki Taliban hükümetine ve El-Kaide terör örgütüne karşı başlattıkları askeri hareket kapsamında meydana gelen silahlı çatışma hukuku ihlalleri, muhtemelen bu yargıyı destekleyen en güncel ve en dramatik vakaları oluşturmaktadır.

1919'da bağımsızlığını kazanan Afganistan, 1979-1989 arasında maruz kaldığı Sovyet işgalinden 9/11 sonrasında gerçekleşen askeri müdahaleye kadar geçen dönemde, ciddi siyasi karmaşalara, toplumsal istikrarsızlığa ve silahlı iç çatışmalara sahne olmuştur. Sovyet işgalinden sonra 1992'de Peşaver Antlaşması ile yeni Afganistan İslam Devleti kurulmuş, ancak bu yeni devlet, 1992-1996 arasında hüküm süreceği olan yeni bir iç savaşın meydana gelmesini engelleyememiştir. Bu dönemin sonunda ülkenin en güçlü siyasi hareketlerinden olan Taliban, 27 Eylül 1996 tarihinde Kabil'i ele geçirerek Afganistan İslami Emirliği'ni kurmuştur. Taliban hükümeti, iktidarda olduğu süre boyunca radikal İslami bir anlayışı ifade eden bir siyaset izlemiş, ülke bütünüyle şeriat kurallarına göre idare edilir hale gelmiştir. Bu süre içinde, Sovyet işgali sırasında mücahitlere yardım için bir tür 'lojistik ağ' olarak işlev gören El-Kaide, ülkede üslenme olanağı bulmuş; örgütün lideri Üsame Bin Ladin ve yardımcıları tarafından özellikle ABD'ye karşı planan terör eylemleri icraya konularak, konsolosluklardan savaş gemilerine kadar ABD'ye ait pek çok önemli hedefe saldırılar gerçekleştirilmiştir.

11 Eylül 2001 tarihinde, bu eylemlerin en büyüğü olan saldırı çerçevesinde, üç yolcu uçağı örgüte bağlı teröristlerce kaçırılarak New York'taki Dünya Ticaret Merkezi gökdelenlerine ve Washington'daki Savunma Bakanlığı binasına çarptırılmış, olayda yaklaşık üçbin sivil hayatını kaybetmiştir.¹

Bu saldırı üzerine, Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (North Atlantic Treaty Organization-NATO) Kuzey Atlantik Sözleşmesi'nin 5. maddesi gereğince, ABD'ye yapılan saldırının tüm üye ülkelere yapılmış kabul edildiğini açıklamış ve bu ülkeye askeri yardım yapılması için gerekli şartların oluştuğunu bildirmiştir. NATO açıklamasını takiben, ABD Kongre'sinin iki kanadı, Senato ve Temsilciler Meclisi, Başkan'a kuvvet kullanma yetkisi tanıyan Askeri Güç Kullanma Yetkilendirmesi (Authorization for Use of Military Force-AUMF) isimli önergeyi kabul etmiş, böylelikle ABD'nin uğradığı saldırıya karşı meşru müdafa hakkını kullanması için, en azından ABD açısından, yasal bir zemin oluşturulmuştur.

AUMF'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, aldığı 1386 ve 1373 sayılı kararlar ile, uluslararası terörizme karşı gerekli bütün tedbirlerin alınması gerektiğini vurgulamış; bu kararlardan 1386 sayılı olanı, Afganistan'da görev almak üzere ISAF isimli askeri gücün kurulmasına cevaz vermiştir. Bu gelişmelerin sonucunda, 7 Ekim 2001 tarihinde Afganistan askeri müdahalesi başlatılmıştır. Taliban devrildikten sonra yürütme görevini Aralık 2001'de ara yönetim (interim administration) üstlenmiş, Haziran 2002'de ise geçici yönetim (transitional administration) bu görevi devralmıştır.² Savaşın Ekim 2011 – Haziran 2002 arasındaki bu bölümü uluslararası silahlı çatışma, bu tarihten günümüze kadar süren bölümü ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak sınıflandırılabilir.

Askeri müdahale sonucunda Afganistan İslami Emirliği olarak bilinen rejim devrilerek yerine Hamid Karzai'nin liderliğinde yeni bir rejim kurulmuş, ancak savaş, Taliban ve El-Kaide'nin ülkedeki ve bölgedeki varlığının ve faaliyetlerinin sona erdirilmesi için nihai bir çözüm oluşturamamıştır. Askeri müdahale ile saldırıların nicelik ve nitelikleri göreceli olarak azalmış olmasına rağmen, bugün her iki oluşum da gerek Afganistan'da gerek bölgedeki diğer ülkelerde eylemlerine devam etmektedirler. ABD'nin Afganistan'dan geri çekilme planı, 22 Haziran 2011 tarihinde Başkan Barack Obama tarafından açıklanmış, 2012 sonbaharında 33.000 kişilik bir güç geri çekilmiş, ülkede görevli Amerikan askeri sayısı 68.000'e indirilmiştir. Plana

¹ Sözü edilen saldırı, İngilizce dilinde yazılmış akademik ve akademik olmayan yayınlarda çeşitli isim ve kısaltmalarla tanımlanmaktadır. Bunlar arasında en yaygın olanları, 'the September 11 attacks', 'September 11', 'September 11th' ve '9/11'dir. Bu çalışmada saldırıyı tanımlamak için '9/11' kısaltması kullanılacaktır.

² Thomas H. Johnson, "Afghanistan's Post-Taliban Transition: The State of State-Building After War", *Central Asian Survey*, March-June 2006, 25, 1-26, p.2-4.

göre, ABD ve ISAF'ın silahlı çatışma hareketleri 2013 yılında sona erecek, geri çekilme 2014 yılında tamamlanmış olacaktır.

Afganistan'da, radikal İslami teröre destek verdiği öne sürülen rejime karşı başlatılan askeri müdahale, en azından ABD tarafından yapılan resmi açıklamalara göre, bölgeye barışı getirmek için planlanıp icraya konulmuştur. Ancak müdahalenin oldukça hipotetik görünen bu idealist amacı, hareket kapsamında, savaşın başladığı 2001 yılından bugüne kadar, silahlı çatışma hukukuna ait pek çok temel norm ve ilkenin ihlal edilmesine engel olamamıştır. Uluslararası kamu hukukunun (international public law) ayrılmaz bir parçası olan silahlı çatışma hukukunun temel kaynağı Cenevre Sözleşmeleri ve bu alanda geçerli olan örf-adet hukuku kuralları, bazen politik hedeflere erişebilmek adına kasıtlı olarak, bazen de savaşın kontrolsüzce gelişen karmaşık şartları neticesinde farkında olunmadan çiğnenmiştir.

Öte yandan, sözkonusu ihlallerin en büyük sorumlusu olan bir kısım ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu personeli, yönetimin kendilerine verdiği yetki ve sorumluluklar dahilinde gerçekleştirdikleri hareketlerde sözü edilen kuralları ihlal ederken, ABD yargısı ve akademik camiasının önemli bölümü, yönetimin yaklaşımına şiddetle karşı çıkarak yapılan haksız uygulamaları protesto etmiştir.³ Bunun üzerine ABD'de yönetim ile yargı ve akademik-entelektüel camia arasında şiddetli bir kırılma meydana gelmiş, bu kırılma, belki de silahlı çatışma hukuku kapsamındaki en önemli içtihatları oluşturacak davaların görülmesine gidecek olan yolu açmıştır. ABD hükümeti ve hükümete yakın hukuk çevreleri ise, savaş sırasında kasti olarak silahlı çatışma hukuku ihlalleri yapılmadığını savunarak, sivil zayıat, kanunsuz alıkoyma ve işkence gibi olayların, ya meşru eylemler ya da münferit fiiller olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

Bu araştırmanın temel amacı, Afganistan askeri müdahalesi sırasında silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinin ABD tarafından ihlal edilip edilmediğini bulmaktır. Alt amaç ise, hangi silahlı çatışma hukuku ilke ve kurallarının ihlal edildiğini saptamaktır. Araştırmanın diğer alt amaçları, sözü edilen suçlarla ilgili iddia ve savunmaların temel dayanaklarını incelemek ve yapıldığı öne sürülen ihlallerin ne şekilde meşru kılınmaya çalışıldığını bulmaktır. Savaş sırasında yaşandığı düşünülen ihlallerin mağdurları, uluslararası hukukla birlikte ABD iç hukukunun da sujesi olmuşlardır. Bu nedenle ABD'deki davaların görülmesi sırasında yargının yönetimden ne kadar bağımsız olduğunu araştırmak ve yargının uluslararası

³ Burada sorumlu olarak nitelenen, elbette ABD silahlı kuvvetlerinin ve istihbarat topluluğu görevlilerinin resmi talimname, uluslararası antlaşma ve örf-adet hukuku ilkeleri doğrultusunda hareket eden personeli değil, bu ilkeleri bilerek veya bilmeyerek ihlal eden asker veya sivil devlet görevlileridir.

hukukla ne kadar uyum içinde olduğunu keşfetmek de tezin diğer alt amaçları arasındadır.

Bu araştırmada ele alınan konu, Batı literatüründe oldukça kapsamlı şekilde işlenmişse de, Türkiye'deki bilimsel mecralarda yeterli derinlikte araştırılmamıştır. Görüldüğü kadarıyla, bu konudaki yayınların hemen hepsi, Afganistan'a yapılan askeri müdahalenin uluslararası hukuka uygun olup olmadığını bulmak, diğer bir deyişle savaşın uluslararası hukuktaki haklı savaş (*jus ad bellum*) boyutunu incelemek amacıyla yazılmıştır. Türkiye'de yapılan bilimsel araştırmaların neredeyse hiçbirinde, bu savaşta gerçekten silahlı çatışma hukuku kurallarının ihlal edilip edilmediği, yani silahlı çatışma hukuku (*jus in bello*) ilkelerine uyulup uyulmadığı, uyulmadıysa bunların hangileri olduğu, sözkonusu ihlallerle ilgili olarak işletilen yargı süreci sonunda hangi sonuçlara varıldığı gibi sorulara cevap aranmamıştır. 9/11 sonrasında gerçekleşen Afganistan ve Irak savaşları, Libya müdahalesi, Afrika'da süregelen savaşlar ve Suriye'de devam eden iç savaşın uluslararası barış ve güvenlik için oluşturdukları tehdit ortamı göz önüne alındığında, silahlı çatışma hukukunun doğru anlaşılması ve yorumlanmasının taşıdığı önem daha iyi kavranacaktır.

Çalışmanın dikkat çekici bir başka yönü, Cenevre Sözleşmeleri'nin ABD yönetimi ve yargısı tarafından nasıl yorumlandığının da bir alt araştırma sorusu kapsamında araştırılacak olmasıdır. Bu nedenle çalışmanın, Afganistan askeri müdahalesindeki silahlı çatışma hukuku ihlallerini hem ABD iç hukuku hem uluslararası hukuk açısından inceleyecek olması nedeniyle de önemli olduğu düşünülmektedir.

Araştırmanın temel varsayımı, silahlı çatışma hukuku kapsamındaki ilkelerin üç ana grupta toplanabileceğidir. Bunlar, işkence ve alıkoyma şartlarını ihtiva eden insani davranış ilkesi; askeri gereklilik ve orantılık ilkelerini de içeren ayırt etme ilkesi; silahlı çatışmada kullanılabilecek silahları tanımlayan gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesidir. Bu temel ilkeler belli bir sözleşmede yazılı olmasa da, uluslararası hukuk içtihatlarında, konuyla ilgili araştırma yapmış önemli hukukçuların çalışmalarında, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (International Committee of The Red Cross-ICRC) gibi kurumların eserlerinde ve devletlerin iç hukuk metinlerinde vurgulanan önemli silahlı çatışma hukuku değerleri olarak kabul edilmektedirler.

Araştırmanın diğer bir varsayımı ise, ABD liderliğinde gerçekleştirilen müdahalenin uluslararası teamül hukukundaki 'haklı savaş' (*just war*) kriterlerine uygun olarak değerlendirilebileceği, ancak ABD ve BM Güvenlik Konseyi kararı ile oluşturulan koalisyonun kuvvet kullanımı yönünde açıkça yetkilendirilmemiş olması

nedeniyle savaşın uluslararası hukuka uygunluğunun teknik açıdan tartışmalı olduğudur.

Araştırmanın birinci hipotezi, ABD yönetiminin (Yönetim)Afganistan'da gerçekteştirilen silahlı çatışma sırasında Taliban ve El-Kaide üyesi oldukları ileri sürölen pek çok militanı ve sivil alıkoyma ve özgürlükten mahrum bırakma suçlarını işlediğidir. Bu hipoteze göre, Yönetim, siyasi çıkarlar doğrultusunda bir yargı anlayışı yaratarak, alıkoyulanları zamanında yargı önüne çıkarmamış, böylelikle adil yargı olgusunun temel unsuru olan makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmiştir.

İkinci hipotez ise, bir kısım ABD silahlı kuvvetler mensubunun ve istihbarat topluluğuna bağlı personelin alıkoyulanların sorgulanması sırasında işkence yöntemlerine başvurduğu, böylece ilgili uluslararası sözleşmeleri ihlal ettiğidir. Bu üç ihlal (kanunsuz alıkoyma, uzun yargılama süresi ve işkence) savaş esirlerine, sivilere ve savaşamayacak durumda olan diğer kişilere karşı insancıl davranış ilkesinin ihlali anlamına gelmekte olup, çalışmada bu suçların gerçekten işlenip işlenmediği araştırılarak sözkonusu hipotezler sınanacaktır.

Araştırmanın üçüncü hipotezi, silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinden olan ayırt etme ilkesinin ihlal edildiğidir. Bu hipoteze göre, Taliban ve El-Kaide hedeflerine karşı ABD tarafından düzenlenen askeri harekatlarda, orantılılık ve askeri gereklilik unsurlarını da içeren ayırt etme ilkesine uyulmamış, sivil-askeri hedef ayrımı yapılmamış, sonuç olarak pek çok sivil hayatını kaybetmiştir. Hipotez, saldırılar sonucunda meydana gelen sivil zayıatın araştırılması suretiyle sınanmaya çalışılacaktır.

Dördüncü hipotez, gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ABD tarafından ihlal edilmiş olduğudur. Bu hipotezin sınanması için de, savaşta hangi silah ve mühimmatın kullanılabileceğini, hangilerinin kullanılmasının suç teşkil edeceğini düzenleyen uluslararası sözleşme maddelerinin ihlal edilip edilmediği araştırılacaktır. Bu çalışma, bütün bilimsel araştırmalar gibi, zaman, yer ve olay açılarından belirli kısıtlara tabidir. Buna göre, zaman olarak, araştırma öncelikle askeri müdahalenin uluslararası nitelikte bir çatışma olarak başladığı 7 Ekim 2001'den bugüne kadar geçen sürede gerçekteşen silahlı çatışma hukuku ihlallerini ele alacaktır.⁴ Araştırmada büyük ölçüde Afganistan sınırları içinde meydana gelen çatışmalarda vuku bulan ihlaller incelenecektir. Ancak savaşın Afganistan sınırları dışında kalan bölgelerde de dolaylı olarak hukuki etki göstermesi nedeniyle, üçüncü

⁴ Afganistan savaşı, literatürde uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışma şeklinde tanımlanan iki dönem kapsamında incelenmektedir. Savaşın, ABD müdahalesinin başladığı Ekim 2001 ile Hamid Karzai başkanlığındaki hükümetin işbaşına geçtiği Haziran 2002 tarihine kadar olan bölümü uluslararası silahlı çatışma, bu tarihten sonraki bölümü ise uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışma olarak sınıflandırılmaktadır. Savaşın sınıflandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi çalışmanın ikinci bölümünde "2.1.5. Savaşın Sınıflandırılması" başlığı altında verilecektir.

lkelerde gerekleŖen bazı fiil, su ve ihlaller de inceleme kapsamına alınacaktır. atıŖmanın teröre karŖı verilen küresel bir savaŖ olma iddiası taŖıdđđ düşünüldüğünde, ABD tarafından Taliban ve El-Kaide unsurlarına karŖı Bosna-Hersek gibi ülkelerde yapılan tutuklamaların ve Pakistan'da gerekleŖen saldırıların araŖtırılması, ihlallerle ilgili hipotezlerin doğrulanabilmesi veya yanlıŖlanabilmesi aısından zorunludur.

SavaŖ sırasında iŖlendiđ düşünülen suların ok büyük bir bölümünün, incelenen zaman diliminde iŖbaŖında olan Amerikan hükümetinin direktifleri ve bu hkmetin emrindeki ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu personelinin fiilleri neticesinde meydana geldiğ varsayılmaktadır. Bu nedenle ISAF'a bađđ diğer ülkelerin silahlı atıŖma hukuku alanına giren ve su teŖkil eden fiilleri incelenmemiŖtir.

Yukarıda da aıklanmaya alıŖıldıđı üzere, bu araŖtırma sadece silahlı atıŖma hukukuyla ilgili kural, norm ve ilkelerinin ihlalini incelemeye yöneliktir. Bu nedenle savaŖın meŖruiyetine yönelik herhangi bir analiz yapılmayacak, müdahalenin hukuki gerekelerine sadece birinci bölümde ele alınacak olan tarihsel geliŖim süreci dahilinde ve zet mahiyetinde değinilecektir.

Afganistan'da süregelen savaŖın silahlı atıŖma hukuku aısından incelenmesi iin uygun bir bilimsel yöntem seilmesi, atıŖmada yapılan ihlallerin tespiti ve bu ihlallerin yorumlanması aısından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle alıŖmanın baŖında eleŖtirel gerekilik, tümdengelim ve tümevarım gibi grŖler incelenmiŖ, araŖtırmanın amacı – ve tüm bilimsel alıŖmalarda olduğu gibi, tez yazarının dünya grŖ – doğrultusunda doğru bir seim yapılmaya alıŖılmıŖtır. Yöntemin belirlenmesi iin yapılan araŖtırma alıŖmasının sonucunda, John W. Creswell'in *AraŖtırma Tasarımı: Nicel, Nitel ve KarıŖık Yöntem YaklaŖımları* (Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches) adlı eserinde ortaya koyduğu erevenin esas alınmasına karar verilmiŖtir.⁵

Buna göre, bir araŖtırma tasarımı (research design)  bileŖenden oluŖmakta olup bunlar sırasıyla, felsefi dünya grŖ, sorgulama stratejisi ve araŖtırma yöntemidir. Creswell, felsefi dünya grŖ kapsamında bilimsel bir araŖtırmada uygulanabilecek paradigmaları, postpozitivist (postpositivist), sosyal inŖacı (social constructivist) ve savunmacı-katılımcı (advocacy and participatory) grŖler olarak sınıflandırmıŖtır. Yazarın eserinde yer alan sorgulama stratejileri nicel (quantitative), nitel (qualitative) ve karıŖık (mixed) Ŗeklinde ayrıma tabi tutulmuŖtur. AraŖtırma yöntemi ise, araŖtırma tasarımı kapsamındaki bilgi toplama (data collection), analiz

⁵ John W. Creswell, *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, London, 2009, p.1-18.

(analysis) ve yorumlama (interpretation) çalışmalarını ifade eden unsur olarak tanımlanmıştır.

Bu çalışma, Creswell'in araştırma tasarım modeline sadık kalınarak, aşağıda açıklanacak olan felsefi dünya görüşü, sorgulama stratejisi ve araştırma yöntemi doğrultusunda yazılmaya çalışılmıştır. Yine de tezin, yukarıda açıklanan araştırma tasarım modeli kapsamında kusursuzca yapılandırılan bir dünya görüşü, sorgulama stratejisi ve yöntem çerçevesinde mükemmel şekilde oluşturulduğu iddia edilemez. Bu çalışmada hedeflenen, zaman ve kaynak kısıtlarının izin verdiği ölçüde en iyiye başarmaya çalışmak olarak tanımlanabilir.

Araştırmanın dayandığı felsefi dünya görüşü, Marxist retoriğe yakınlığıyla bilinen 'eleştirel teori' (critical theory) üzerine kurulmuştur. Literatürde Frankfurt Okulu olarak da anılan eleştirel teorinin öncüleri arasında, Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse ve Jürgen Habermas gibi düşünürler bulunmaktadır. Teorinin kuramcıları, mekanik metafiziksel materyalizme ve pozitivistliğe karşı olup, liberal teorinin toplumu özgürleştirmeyeceğini, bunun için sosyal eylemin gerekli olduğunu savunurlar.⁶

Eleştirel hukuk görüşünün oluşumunda da önemli katkısı bulunan eleştirel teori, tarihsel bütünle ilişkilendirilmediği sürece, toplumsal yaşamın hiçbir katmanının doğru şekilde kavranamayacağını ileri sürer.⁷ Bu açıdan bakıldığında, eleştirel teorinin, çağdaş kapitalizmin demokratik hak ve özgürlükleri baskı altında tutan eğilimlerini ve yeni tahakküm biçimlerini betimlemek için Marxist görüşü kullanan bir dizi kuramlar bütünüdür. ifade ettiği söylenebilir.⁸ Frankfurt Okulu'nun kuramcıları, kapitalist modernizmi bireyin sonunu hazırlayan bir tehdit olarak görmüş, ayrıca yeni bir tahakküm biçimi olarak gördükleri kültür endüstrisinin de tek boyutlu bir toplum yarattığını iddia etmişlerdir.⁹

⁶ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.8-s.10. Bu tezde felsefi dünya görüşü olarak kullanılan eleştirel teori aynı zamanda eleştirel hukuk çalışmalarının da (critical legal studies) temel fikrinsel çerçevesini oluşturmaktadır. Eleştirel teoriyle belirli noktalarda ortak bir kapsama alanı olan eleştirel hukuk çalışmaları bazı yazarların kapitalist hukuk olarak da tanımladıkları klasik hukuka karşı yapılan sol görüşe dayalı bir meydan okuma olarak tanımlanabilir. Bu anlamda, tezin benimsediği paradigmanın eleştirel hukuk çalışmalarıyla da yakından ilişkili olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ancak burada akılda tutulması gereken, Aktaş'ın yerinde bir ayrımla belirttiği gibi, eleştirel hukuk öncülerinin yapısalcı bir yaklaşımı benimserken, postmodern olarak bilinen eleştirel hukukçuların postyapısalcı bir yaklaşımı benimsemiş olmalarıdır. Yapısalcılık ve postyapısalcılığın tanımları aşağıdaki ilgili paragrafın dipnotunda yapılacaktır.

⁷ Bekir Balkız, "Frankfurt Okulu ve Eleştirel Teori: Sosyolojik Pozitivizmin Eleştirisi", **Sosyoloji Dergisi**, 2004, sayı: 12-13, s.135-158.

⁸ Mustafa Kemal Şan, İsmail Hıra, "Frankfurt Okulu ve Kültür Endüstrisi Eleştirisi", <http://www.daplatform.com/images/frankfurtokulu.pdf> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

⁹ a.g.e., s.3.

Bu makalade sözü edilen 'tek boyutluluk' kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Herbert Marcuse, **Tek Boyutlu İnsan: İleri İşleyim Toplununun İdeolojisi Üzerine İncelemeler**, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997.

Kapitalist sistem statükosu karıştı bir duruşu simgeleyen eleştirel teori, literatürde postyapısalcılık ve postmodernizmle ilişkilendirilmiş, bu üç görüşün dünyayı benzer şekilde algıladığı ve benzer amaçlar doğrultusunda çalıştığı iddia edilmiştir.¹⁰ Üç görüşün aynı çerçeve içinde değerlendiriliyor olması, bu araştırmada benimsenecek felsefi dünya görüşünün de sözkonusu yaklaşımların sentezine dayalı olan bir paradigmaya oturtulmasına olanak verecektir. Bu paradigma da, eleştirel hukuk görüşüyle bağlantılandırılarak güçlendirilecektir.

Bu bağlamda, araştırmanın felsefi arka planı Frankfurt Okulu'na bağlı düşünürlerin yorumlarının yanısıra, Jean Baudrillard gibi postmodernist ve postyapısalcı düşünürlerin görüşleriyle desteklenmeye çalışılacaktır.¹¹ Araştırmanın yazarı, böylelikle, eleştirel teori ve eleştirel hukuk teorisi çerçevesinde yapacağı değerlendirmeleri daha güçlü şekilde savunabileceği görüşündedir. Sonuç olarak denebilir ki, bu tez, ABD'nin Afganistan askeri müdahalesi sırasında neden olduğu silahlı çatışma hukuku ihlallerinin yasal, siyasi, insani ve toplumsal sonuçlarını doğru bir mantıksal dizgede ve nesnel bir bilimsel çerçevede yorumlayabilmek için eleştirel teori yaklaşımını benimsemiştir.

Araştırmanın sorgulama stratejisi, Creswell'in eserinde nitel stratejiler başlığı altında yer alan 'olay incelemesi'dir (case study). Olay incelemesi Creswell tarafından, araştırmacının herhangi bir aktivite, olay, program, süreç veya bir ya da birden fazla kişiyi derinlikli olarak incelediği strateji olarak tanımlanmıştır.¹² Bu tezde ele alınacak olan Afganistan askeri müdahalesinin, ABD silahlı kuvvetlerinin ve silahlı çatışma hukuku ihlallerinin sırasıyla birer 'olay', 'aktör' (Creswell'in

¹⁰ Ben Agger, "Critical Theory, Poststructuralism, Postmodernism: Their Sociological Relevance", *Annual Review of Sociology*, 1991, Vol.17, 105-131, p.118, p.126.

¹¹ Bu aşamada, yapısalcılık, postyapısalcılık ve postmodernizmin tanımları konusunda özet mahiyetinde bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Yapısalcılık, hakkında olağanüstü karmaşık bir külliyyatın yazılı olduğu bir kavramdır. En yalın şekilde, bir örnek alma çalışması olarak tanımlanabilir. Nasıl ki, tarih boyunca farklı bilimler (sözgelimi geometri, fizik, biyoloji, vb.) olayları ve olguları açıklamakta bir örnek, bir model olarak kullanılmışsa, benzer şekilde dilbilim de 20. yüzyılın başında Saussure tarafından sosyal bilimlerde açıklayıcı bir yöntem olarak kullanılmaya başlanmıştır. Yapısalcı biliminsanları, dilbilimi örnek alarak (özne, nesne gibi kavramları ve aralarındaki ilişkileri inceleyerek) farklı alanlarda da bu bilimin araştırma yöntemi olarak kullanılabileceğini savunmuşlardır. Postyapısalcılık ise - en azından bu akımın öncüleri Deleuze ve Guattari'nin gözünde - modern dili, siyasal yapıyı ve toplumu 'simgesel' (alfabedeki gibi simgelerin hakim olduğu bir düzen) olarak nitelerken, modern öncesi toplumu 'imgesel' (yalın gerçeği şekillerle yansıttığı bir sosyal evren) olarak tanımlayan eleştirel bir anlayışı simgeler. Öte yandan postmodernizm, aynı postyapısalcılık gibi, tanımı ve açıklanması hakkında kesin bir uzlaşının bulunmadığı, politikadan sanata kadar neredeyse sonsuz genişlikte bir çerçevede kullanılan kapsayıcı bir terimdir. Gerçeğin tek ve değişmez olamayacağını iddia eden ve çok kültürlülük gibi çoğulcu kavramları yüceltme eğiliminde olan bir dünya görüşü olduğu söylenebilir. Yapısalcılık hakkında yazılmış anlaşılabilir açıklıktaki ender makalelerden biri için bkz.: Adnan Onart, "Değişik Yönleriyle Yapısalcılık ve "Yapı" Kavramı"; www.turkoloji.cu.edu.tr/DILBILIM/adnan_onart_yapısalcılık.pdf (Erişim tarihi: 10.12.2012). Postyapısalcılık hakkında kapsamlı bir açıklama için bkz.: Madan Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm: Eleştirel Bir Giriş*, Kırk Gece Yayınları, İstanbul, 2010. Postmodernizm hakkında açıklayıcı olduğu kadar eleştirel bir yaklaşım için bkz.: Ziyaüddin Serdar, *Postmodernizm ve Öteki: Batı Kültürünün Yeni Emperyalizmi*, Söylem Yayınları, İstanbul, 2001.

¹² Creswell, *Research Design*, p.13.

terminolojisindeki ‘kişi’ anlamında) ve ‘süreç’ şeklinde yorumlanabilecek olması nedeniyle, sorgulama stratejisi olarak olay incelemesinin seşilmesi uygun görölmüştür.

Bu çalışmanın, araştırma yöntemi olarak nitel yöntemlerin kullanılmasına elverişli olduğu düşünölmüştür. Sözkonusu yöntemler arasında, Creswell’ın nitel araştırma kapsamında gerçekleştirilmesini faydalı bulduğu doküman incelemesi, görsel-işitsel bilgi incelemesi ve metin analizi yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AFGANİSTAN

1.1. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Afganistan, arkaik tarihsel kökleri Asya'daki İndüs Vadisi uygarlığına kadar takip edilebilen ve çağlar boyu Orta Asya merkezli güç mücadelelerinin odağında yer almış bir ülkedir. Denize kapalı dağlık bir coğrafyada yer alan ve onsekizinci yüzyıla kadar çeşitli hanedanlıkların yönetimindeki bölgelerden oluşan Afganistan, 1747 yılında Nadir Şah Afşar'ın öldürülmesinden sonra özgürlüklerine kavuşan Peştun aşiretlerinin Abdalî aşiretinden Ahmed Han'ı 'şah' seçerek bağımsızlığı ilan etmeleriyle kurulmuştur.¹³ Bu tarihten sonra sayısız iç ve dış savaşa sahne olan ülke, yirminci yüzyılda Britanya ve Rusya imparatorluklarının arasında süregelen emperyal çekişmelerde bir tampon bölge olarak işlev gördükten sonra, 1919 yılında ikinci defa bağımsızlığına kavuşarak uluslararası topluluktaki yerini almıştır.¹⁴ Bu bölümde, savaş sırasındaki silahlı çatışma hukuku ihlallerininin arka planını daha iyi kavrayabilmek amacıyla, iktidar için çeşitli etnik gruplar arasında meydana gelen çatışmalar, Sovyet işgali, Taliban yönetiminin iktidara gelmesi ve ABD askeri müdahalesine kadar devam eden olayların tarihi gelişimi ele alınacaktır.

1.1.1. İktidar Savaşları ve Sovyet İşgali

Afganistan'ın nüfusu oldukça karmaşık bir etnik yapıya sahiptir. Ülke nüfusunun yüzde 42'sini Peştunlar, yüzde 27'sini Tajikler, yüzde 9'unu Hazaralılar, yüzde 9'unu Özbekler, yüzde 4'ünü Aymaklar, yüzde 3'ünü Türkmenler ve yüzde 2'sini Beluciler oluşturmakta olup, kalan yüzde 4'lük kesim ise diğer etnik gruplardan meydana gelmektedir.¹⁵ Afganlıların hemen tamamı Müslümandır. Nüfusun yüzde 84'ü Sünni, yüzde 15'i Şii, kalan yüzde 1'lik kısmı ise diğer dinlere mensuptur.¹⁶ Ancak nüfustaki bu çeşitlilik tarih boyunca ülke için hiçbir zaman bir avantaj oluşturmamış, tam tersine, zayıf ve parçalanmış burjuva sınıfı, Afganistan'ın devrimci bir ulusal kalkınma stratejisi planlayıp uygulamasının önündeki en büyük engeli teşkil etmiştir.¹⁷

¹³ Orhan Yazıcı, "Afganistan'daki Otorite Boşluğunun Tarihi Temelleri ve Bölge Güvenliği Üzerindeki Etkileri", *History Studies*, 2010, Vol.2.1, 219-237, s.221

¹⁴ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

¹⁵ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

¹⁶ <http://www.encyclopedia.com/topic/Kabul.aspx> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

¹⁷ Hafizullah Emadi, "State, Modernisation and Rebellion: US-Soviet Politics of Domination of Afghanistan", *Economic and Political Weekly*, 1991, 176-184, p.183.

Bağımsızlığını kazandıktan sonra pek çok isyanın ve uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmanın sujesi haline gelen Afganistan, 1979'a kadar çeşitli siyasi çalkalanmalar yaşamışsa da, bu sürede nispeten uluslararası topluluğun dikkatinden uzak bir dönem geçirmiştir. Kral olarak kırk yıl tahtta kalan Muhammed Zahir Şah'ın iktidarı, bu monarşi dönemine damgasını vurmuştur. Temmuz 1973'te Zahir Şah'ın kuzeni eski Başbakan Serdar Muhammet Davut Han monarşiyi devirerek Afganistan Cumhuriyeti adı altında demokratik bir yönetim tesis etmiş ancak beş yıl ülke yönetiminde kaldıktan sonra 1978'de Afganistan Halkın Demokrasi Partisi (People's Democratic Party of Afghanistan-PDPA) tarafından gerçekleştirilen kanlı bir darbe sonucunda öldürülmüştür.¹⁸ Darbeden sonra kurulan Afganistan Demokratik Cumhuriyeti'nin başına PDPA Genel Sekreteri Nur Muhammed Taraki gelmiş, ancak kısa süre içinde ülkenin pek çok bölgesinde bu Marxist hükümete karşı silahlı muhalefet hareketi başlamıştır.¹⁹ Siyasi pratikleri otoriter bir monarşi geleneği üzerine kurulu parti yöneticileri, bu dönemde karşıtlarına yönelik vahşi bir sindirme hareketi yürütmüşlerdir.

Adında 'demokrasi' kelimesini barındırsa da, PDPA, halkın isteklerine karşı çoğulcu yönetim anlayışı ile asla bağdaşmayacak sert şiddet politikaları izlemekten çekinmemiştir. İç çatışmanın kontrolden çıkması üzerine, Eylül 1979'da Hafizullah Amin yönetimi devralmış, ancak o dönemde – siyasi nüfuz alanını büyütme ve kendine daha geniş bir jeostratejik konum yaratmak amacıyla – ülkedeki çatışmalara müdahil olmak isteyen Sovyetler Birliği'nin askeri destek önerisini de reddetmiştir.²⁰ Amin karşıtlarının yardım talebi üzerine, Sovyetler Birliği 24 Aralık 1979'da hava indirme ve kara birlikleriyle ülkeyi işgale başlamış, Amin'i öldürerek yerine Çekoslovakya'da sürgünde bulunan PDPA üyesi Babrak Karmal'ı getirerek Başbakan yapmıştır.²¹

Bu gelişmeler üzerine, ABD, Sovyetlerin bölgedeki yayılmacılığını engellemek için planlar yapmaya ve bu planları uygulamaya başlamıştır. İktidarda olan Başkan

¹⁸ Burada ilgi çekici olan, Davut Han'ın bizzat Sovyetler Birliği'nin desteğiyle ve ülkedeki Marxist-Leninist Afganistan Halkın Demokrasi Partisi (People's Democratic Party of Afghanistan-PDPA) tarafından iktidara getirilmesi ve yine aynı güçler tarafından tasfiye edilmesidir. Ancak bu tasfiye operasyonunda Sovyetler Birliği'nden çok PDPA'nın rol oynadığına inanılmaktadır. Afganistan'ın Davut Han yönetimindeki dönemi ve sonrası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Homayun Sidky, "War, Changing Patterns of Warfare, State Collapse and Transnational Violence in Afghanistan: 1978–2001", *Modern Asian Studies*, 2007, Vol.41-4, 849-888, p.856.

¹⁹ <http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

²⁰ <http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

²¹ <http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html> (Erişim tarihi: 05.11.2012)

İşgal hakkında yapılan ayrıntılı analizlerden biri de Woodrow Wilson International Center for Scholars tarafından hazırlanan rapordur. Rapor, özellikle dönemin Sovyetler Birliği hükümeti içindeki işgal planlarıyla ilgili 'çok gizli' ibareli resmi yazışmaları ifşa etmesi açısından önemlidir. Söz konusu yazışmalar ve işgal hareketi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aleksandr Antonovich Lyakhovskiy, *Inside The Soviet Invasion of Afghanistan and The Seizure of Kabul, December 1979*, (Çeviri: Gary Goldberg, Artemy Kalinovsky), Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C., Ocak 2007.

Ronald Reagan liderliğindeki Cumhuriyetçi iktidar, Carter döneminde yaşanan pasif dış politikanın izlerini yok etme motivasyonunun da etkisiyle, Sovyet birliklerine karşı silahlı direnişe geçen Afganlılara yardım etmeye karar vermiştir. Bu doğrultuda, ABD, Pakistan gizli servisinin istihbari yardımları ve Suudi Arabistan'ın mali desteğini de alarak, Afganistan ve Pakistan'daki mücahitleri desteklemeye başlamıştır.²² ABD'nin, müttefikleriyle beraber silahlı Afgan direniş güçlerine savaş boyunca yaptığı mali yardımın büyüklüğü hiçbir zaman kesin rakamlarla açıklanmamışsa da, bu yardımın toplam 40 milyar doları bulunduğu öne sürülmektedir.²³

Afganistan'ın kendine özgü siyasi şartları, etnik yapısı ve coğrafyası göz önüne alındığında, Sovyet ordusunun bu ülkeye karşı giriştiği işgalin en başından beri ciddi askeri ve siyasi riskler taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir taraftan ülkedeki direnişçi mücahitlere karşı yürütülen savaş, diğer taraftan bu güçlerin arkasındaki ABD'nin güçlü retorik ve pratik desteğine karşı yapılan meydan okuma, Afganistan'da yaşananları, Soğuk Savaş boyunca büyük güçlerin daha küçük güçleri kullandığı klasik 'vekil savaşları'ndan (proxy wars) biri haline getirmiştir. Sovyetlerin bu tip iki odaklı bir 'düşman eksenine' karşı başarı şansı hiçbir zaman çok yüksek olamamıştır. Nitekim, 1986'ya gelindiğinde, Sovyetler Birliği içinde savaş aleyhtarı sesler yükselmeye başlamış, savaşın askeri, siyasi ve ekonomik bilançosu kabul edilemez seviyelere ulaşarak, özellikle Rus kökenli olmayan Sovyet cumhuriyetlerinin muhalafetine neden olmuştur.²⁴

Bu dönemde, Komünist Partisi Genel Sekreter'liğine gelen Mihail Gorbaçov, 'yeniden yapılanma' (perestroika) ve 'açıklık' (glasnost) politikalarının da kazandırdığı momentle, Batı'nın ve uluslararası topluluğun ortak değerlerine daha yakın bir siyaset izlemeye karar vermiş, bu karar da, muhalefetin savaş aleyhtarı duruşunun etkisiyle birleşerek, Moskova'nın Afganistan'dan geri çekilmesine giden yolu açmıştır. Gorbaçov'un Afganistan sorununu ülkesinin 'kanayan yarası' şeklinde yorumlaması, savaşa karşı duruşunu açıklayabilecek bir söylem olarak yorumlanmıştır.²⁵ Sonunda, askeri kayıpları tahammül edilemez noktaya ulaşan ve silahlı direniş güçleri karşısında başarısız olan Sovyetler Birliği, 1989 yılında

²² <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/coldwar/interviews/episode-17/brzezinski1.html> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

²³ http://www.bt.com.bn/analysis/2008/12/17/story_of_us_cia_and_taliban (Erişim tarihi: 06.11.2012)

<http://www.thenation.com/article/cost-afghan-victory?page=0,1#> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

²⁴ Rafael Reuveny, Aseem Prakash; "The Afghanistan War and The Breakdown of The Soviet Union", *Review of International Studies*, 1999, Vol.25, 693-708, p.698. Ayrıca, Sovyetler Birliği'nin Afganistan'da Marxist rejimi konsolide etmedeki başarısızlığı hakkındaki bir görüş için bkz.: Craig M. Karp, "The War in Afghanistan" *Foreign Affairs*, Summer 1986, Vol.64, No.5, 1026-1047.

²⁵ Fred Halliday, "Soviet Foreign Policymaking and the Afghanistan War: From 'Second Mongolia' to 'Bleeding'", *Review of International Studies*, October 1999, Vol.25, No.4, 675-691, p.685.

Afganistan'dan geri çekilmeye başlamıştır.²⁶ Savaşta hayatını kaybeden Afganlı sayısı hiçbir zaman tam olarak bilinmemekle birlikte, savaş zayıatlarıyla ilgili çeşitli veritabanlarındaki bilgilere göre, bu rakam 670.000 ile 2.000.000 arasında değişmektedir.²⁷

Savaş sona erdikten sonra Afganistan'da yeni bir güç mücadelesi başlamış, bu defa ülkenin yönetimini ele geçirmek isteyen çeşitli kabile ve militan güçler birbirleriyle çatışmaya girmişlerdir. Sovyetler Birliği, aslında henüz askeri güçlerini geri çekmeden önce, 1986 yılında, Babrak Karmal'ın yerine Muhammed Necibullah'ı getirerek olumsuz gidişatı değiştirmeye çalışmış ancak bu politikasında başarılı olamamıştır. İşgalin sona ermesinden sonra Necibullah bir süre daha yönetimde kalmasına rağmen, 1992 yılında güçlenmeye başlayan Taliban kuvvetleri tarafından Kabil'de yakalanarak öldürülmüş, bu cinayet de Afganistan'daki iç çatışmaların yeni bir boyut kazanmasına neden olmuştur.²⁸ Aslında bu komünizm-sonrası dönem, başta yeni çatışmaların değil yeni bir devletin kurulma habercisi olarak görülmüş, mücahit grupları kendi aralarında bir anlaşmaya varmak için yoğun çaba sarfetmişlerdir. Bu çabalar Nisan 1992'de sonuç vermiş, taraflar aralarında Peşaver Antlaşması'nı imzalayarak yeni Afganistan İslam Devleti'ni kurmuşlardır.²⁹

Ancak kısa süre içinde bu yeni devlet düzeninin, ülkeye barışı getirmek bir yana, daha şiddetli yeni iç çatışmaların başlamasına uygun bir siyasi kutuplanma ortamı yaratacağı anlaşılmıştır. Özellikle Peşaver Antlaşması'na katılmayan mücahit grubu Hizb-i İslami'nin lideri Gülbeddin Hikmetyar'ın ayrılıkçı tavrı çatışmaları daha alevlendiren bir etken olmuştur.³⁰ Bölgede politik nüfuz arayışında olan Suudi Arabistan ve İran gibi rakip ülkelerin farklı grupları desteklemeleriyle büyüyen iç çatışmalar, Afganistan'ı yeni bir dengesizlik dönemine itmiş, işte tam da bu dönemde bu gruplardan biri, uluslararası topluluğun o güne kadar adını çok az duyduğu Taliban çatışmalara müdahil olacak yeni bir aktör olarak savaşa katılmıştır.

Afganistan'ın 1992-1996 yılları arasında süren ikinci iç savaş döneminin ayrıntıları bu çalışmanın kapsam ve kısıtının dışındadır. Bu tarih dilimini kapsayacak bir araştırma, kuşkusuz Orta Asya'da bugün süregelen güç mücadelesinin ve teröre karşı küresel ölçekte yürütülen askeri hareketlerin incelenmesine ışık tutması açısından önemli olabilir. Burada hatırlatılmasında fayda olan nokta, bu savaşın

²⁶ <http://berkleycenter.georgetown.edu/resources/countries/afghanistan> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

²⁷ <http://necrometrics.com/20c1m.htm#Afghanistan> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

²⁸ <http://www.historyinanehour.com/2011/09/28/death-of-mohammad-najibullah/> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

²⁹ <http://www.conflictmonitors.org/countries/afghanistan/about-the-conflict/conflict-history> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

³⁰ Human Rights Watch Raporu, *Blood-Stained Hands: Past Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity*, June 2005, p.6.

<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0605.pdf> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

sadece Afgan mücahit grupları arasında gerçekleşen bir i çatışma olmadığıdır. Bölgede kendi çıkarlarını savunmaya yönelik arayışlar içinde olan Pakistan, bu dönemde Taliban'ı desteklemiş, buna karşı ülkedeki zbek topluluklarının lideri Raid Dostum'un da aralarında olduğu gruplar Taliban güçlerine karşı savamı, bölgedeki Vahabi İslamın güçlenmesinden kaygı duyan İran kendi ulusal çıkarları doğrultusunda arayışlar içinde olmuş ve tüm bu aktörleri uzaktan izleyen ABD de, gelecek on yıl içinde kendini ve dünyayı nelerin beklediğinden habersiz şekilde, gelişmeleri uzaktan izleyerek savaşa fiili olarak müdahil olmama yönünde bir politika izlemiştir.³¹

1.1.2. Taliban Hareketi ve Yönetimi

Silahlı bir direniş hareketi olan Taliban ile, kategorik anlamda terör rgt şeklinde tanımlanabilecek El-Kaide'nin tarihsel gelişimleri ve aralarındaki ilişki, esasında kesin verilerden yoksun bir bilinmezlikler ve belirsizlikler kümesidir. Afganistan ve Pakistan'daki kronik hale gelmiş siyasi krizler, ekonomik az gelimilik ve mezhep kutuplamaları bölgeyi uzun yıllar sürdürülebilir bir kalkınmadan mahrum bırakmış, farklı ideoloji, köken ve inançlara sahip toplulukların kalıcı bir uzlaşmaya erimelerini olanaksız kılmıştır. Bölgede çıkarı olan büyük güçler ise, Orta Asya'yı özellikle askeri güç konulanması açısından elde tutulması veya ele geçirilmesi gereken büyük bir nüfuz bölgesi olarak görmüşlerdir. Zbigniew Brzezinski, Avrasya'yı ABD için bir 'jeopolitik ödül' olarak niteleyerek, bu bölgeyi, bugün fazlasıyla klie görünen ama doksanlı yıllarda oldukça heyecan uyandıran bir analogiyle tanımlayarak 'büyük bir satranç tahtası'na benzetmitir.³²

³¹ Aslında bu dönemde, 11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelecek olan terör saldırılarının ve sonrasındaki savaşın habercisi olarak nitelenecek bir takım önemli gelişmeler yaanmıtır. Afganistan'daki Birleşik İslami Cephe hareketinin lideri ve eski Savunma Bakanı Ahmet ah Mesut'un, Avrupa Parlamentosu'na yaptığı bir ziyaret sırasında, ABD topraklarında çok büyük bir eylem yapılacağına dair duyumları olduğunu söyleyerek Batılı liderleri uyardığı bilinmektedir. Benzer ekilde, Dünya Ticaret Merkezi Güvenlik Müdürü, eski FBI Karşı-Terör Dairesi Direktör Yardımcısı John P. O'Neill de, Afganistan ve Taliban'la ilgili olarak "ok büyük bir şey olmak üzere...Bir değişim hissediyorum ve yakında bir takım olaylar olacak." eklinde muğlak bir açıklama yapmak suretiyle kaygılarını dile getirmiştir. İgi çekici olan ise, her ikisinin de öngörülerinin gerçekleştiğini göremeden lm olmalarıdır. O'Neill, 11 Eylül günü güney kulesinin çökmesi sonucunda, Mesudi ise, saldırıdan iki gün önce otomobiline yerleştirilen bir bombanın patlaması ile hayatını kaybetmiştir. Kuşkusuz ABD istihbarat topluluğu saldırılarla ilgili olarak pek çok benzeri duyum almış, ancak bunların hiçbiri güvenlik bürokrasisi içinde gerekli önlemlerin alınması için bir hassasiyet oluturmamıtır. Mesut'la ilgili olduğu ileri sürülen ancak çoğu yeri karartılmı olan ABD Savunma İstihbarat Ajansı'nın 'gizli' başlıklı raporu için bkz.: <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB97/tal32.pdf> (Erişim tarihi: 06.11.2012). Mesut'un açıklamalarıyla ilgili televizyon haberi için bkz.: http://articles.cnn.com/2003-11-06/us/massoud.cable_1_bin-qaeda-sheikh-osama?s=PM:US (Erişim tarihi: 06.11.2012). O'Neill'in açıklamasıyla ilgili televizyon programının transkripti için bkz.: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/knew/etc/script.html> (Erişim tarihi: 06.11.2012)

³² Zbigniew Brzezinski, **Büyük Satranç Tahtası: Amerika'nın önceliği ve Bunun Stratejik Gerekleri**, Sabah Kitapları, İstanbul, 1998, s.31-35.

Thomas Barnett'ın kitabında kullandığı haritaya göre ise, uluslararası sistem, temelde gelişmiş ülkeleri içinde barındıran bir 'işleyen çekirdek' (functioning core) ve başarısız devletler ile az gelişmiş ülkelere meydana gelen 'entegre olmamış boşluk'tan (non-integrating gap) oluşmaktadır.³³ Mevcut uluslararası sistemin arkasındaki küreselleşmecî anlayışın, entegre olmamış boşluktaki devletleri işleyen çekirdeğin içine katarak Batı'nın siyasi nüfuz alanını ve çokuluslu sermayenin ekonomik pazar payını geliştirmeye eğilimli olduğu muhakkaktır. Ancak bu kuşaktaki ülkelere bazıları, kolayca işleyen çekirdek bölümüne dahil edilebilecek siyasi ve ekonomik karakteristiklere sahip değildirler. Barnett, tam da bu noktayı işaret ederek, kitlesel şiddet ve çatışma riskine en açık ülkelerin entegre olmamış boşlukta yer aldığını belirtmiştir.³⁴ Afganistan, bu boşluğun doğu bölümünde yer almakta olup, Barnett'ın bir zamanlar içinde olduğu Amerikan politika yapıcılarının ütopik değerlendirmesiyle 'demokratikleştirilmek' suretiyle 'işleyen merkez'le bütünleştirilmesi gereken ülkelere biridir. İç dinamiklerinin son derece kırılgan olduğu Afganistan gibi bir ülkede, 'işleyen çekirdek'e katılmayı reddeden militan oluşumların küreselleşme esaslı uluslararası sisteme başkaldırması hiçbir zaman beklenmeyen bir vaka olmamıştır. İşte Taliban, esasında Orta Asya'da asırlardır sömürgeciliğe karşı direnen bu başkaldırının belki de küreselleşme sürecinde ortaya çıkan postmodern denebilecek son simgesidir.

Afganistan iç savaşının 1992-1996 yılları arasında süren ikinci döneminde, ülkede, bazıları Pakistan'da kurulmuş olan çok sayıda İslami militan grup olduğu ve bunların siyasi hakimiyet için gerek birbirleriyle gerek merkezi hükümete karşı savaştıkları bilinmektedir. Bunların arasında Cemiyet, İttihad, Hizb-i İslami, Vahdat, Harekat ve Cünbiş, sözü edilen dönemde öne çıkan en etkin gruplardandır.³⁵ Taliban'ın kökleri ise, 1980'lerde, ABD ve Pakistan'ın Afganistan'ı işgal eden Sovyet güçlerine karşı desteklediği Afgan mücahitlerinin bir araya gelip silahlı direnişe geçmesine kadar izlenebilir.³⁶ ABD, o dönemde Taliban'ı iki nedenle desteklemiştir ki, bunlardan birincisi, hareketin İran karşıtı ve Batı yanlısı olarak algılanması; ikincisi ise, Türkmenistan-Pakistan arasında enerji şirketi Unocal tarafından yapılması planlanan ve Afganistan'dan geçen doğalgaz boru hattının bulunduğu

³³ Thomas P.M. Barnett, *Pentagon'un Yeni Haritası: 21. Yüzyılda Savaş ve Barış*, 1001 Kitap, İstanbul, 2005. (ön kapak içi haritası)

³⁴ a.g.e., s.7

³⁵ *Blood-Stained Hands: Past Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity*, s.109.

³⁶ Nasreen Ghufuran, "Pushtun Ethnonationalism and The Taliban Insurgency in The North West Frontier Province Of Pakistan", *Asian Survey*, November/December 2009, Vol.XLIX, No.6, 1092-1114, p.1094.

bölgede kendine güvenilir bir müttefik arayışında olmasıdır.³⁷ Taliban'ın Batı değerlerine ne denli uzak olduğu ve İran'ın Şii kültürüne olduğu kadar, hatta belki daha da çok, Hristiyan Anglo-Amerikan kültürüne de mesafeli olduğu o gün için ABD'nin dikkate aldığı bir konu olmamıştır. Bu nedenle, uzun vadede bölgesel ve küresel ölçekte bir güvenlik sorununa dönüşecek hareketin kısa vadeli ekonomik çıkarlar uğruna desteklenmesini Washington'ın yaptığı bir stratejik analiz hatası olarak görmek çok da yanlış olmayacaktır.

Hareket, 1994 yılında, Molla Muhammed Ömer tarafından Afganistan'ın o gün için merkezi hükümet kontrolünün oldukça zayıf olduğu güney bölgesinde kurulmuştur.³⁸ Militanlarının büyük çoğunluğu Sünni Müslüman Peştunlardan oluşmaktadır.³⁹ Taliban'ın temelleri aslında çoğu Batı karşıtı Peştun gençlerin Şeriat öğretileri doğrultusunda öğrenim gördüğü Pakistan'daki medreselerde atılmıştır ve 'taliban' kelimesi de 'öğrenci' anlamındaki 'talip' kelimesinin çoğulu olup 'öğrenciler' anlamına gelmektedir.⁴⁰ Afganistan'ın kuzey bölgesindeki diğer siyasi-militan hareketlerle giriştiği mücadeleler sonucu 1994 Kasım'ında Kandahar'ı ele geçiren Taliban, o tarihten itibaren ülkenin *de facto* iktidarı olarak kabul görmeye başlamış,⁴¹ 27 Eylül 1996 tarihinde Kabil'i ele geçirdikten sonra da Afgan hükümet üyelerini yönetimden uzaklaştırarak Afganistan İslami Emirliğini kurmuştur.⁴² Ancak hareket kısa sürede aşırılıkçı şeriat uygulamaları nedeniyle farklı militan-siyasi grupların muhalefetiyle karşılaşmıştır. Bu muhalefet çerçevesinde, Raşid Dostum'un liderliğindeki Afganistan Ulusal İslam Hareketi; Bamyan, Dai Kundi ve Gazni'deki Şii Müslümanlardan oluşan Hazaralar ve Taliban'a karşı olan Peştunlar, Afganistan'ın Özgürlüğü İçin Birleşik İslam Cephesi'ni, diğer adıyla Kuzey Koalisyonu'nu kurmuşlardır.⁴³

Taliban, çoğu yerde Koalisyon'a karşı silahlı mücadele yöntemlerini kullanmışsa da, bu grubun en etkin isimlerinden eski Savunma Bakanı Ahmet Şah

³⁷ a.g.e., s.1104. Unocal, 2005'te petrol şirketi Chevron'la birleşip bu grup altındaki kurumlardan biri haline dönüşmüştür. Taliban'ın desteklenmesinde enerji faktörü ile ilgili olarak bkz.: Ahmed Rashid, **Taliban: Islam, Oil, and The New Great Game in Central Asia**, I. B. Tauris, New York, 2000, s.176.

³⁸ a.g.e., p.22-23.

³⁹ Afsar Shahid, Chris Samples, Thomas Wood; "The Taliban: An Organizational Analysis", **Military Review**, May-June 2008, 58-72, p.59.

⁴⁰ a.g.e., p.60. Aslında Taliban'ın ne derecede Peştun-Afgan kökenli bir hareket olduğu tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, hareket asla Afgan değerlerini temsil eden bir grup niteliğini haiz olmamıştır. Bu görüşe yakın olanlar, hareketin yerel dinamiklere uyum sağlayarak kendini kamufle eden bir oluşum olduğunu iddia etmektedirler. Bu iddiayı savunanların değerlendirmesine göre, Batı ne kadar Afganistan için bir 'dış' güç ise, Taliban da aynı derece bu ülkeye yabancı bir 'dış' güçtür. Taliban'ın Afgan kültürüyle ilişkisi hakkında bkz.: Ken Guest, "Dynamic Interplay Between Religion and Armed Conflict in Afghanistan" **International Review of The Red Cross**, Vol. 92, No. 880, December 2010, 877-897, p.896.

⁴¹ a.g.e., p.60.

⁴² <http://www.umsi.edu/services/govdocs/wofact2001/geos/af.html#Govt> (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁴³ Kenneth Katzman, **Afghanistan: Post-Taliban Governance, Security, and U.S. Policy**, Congressional Research Service, September 21, 2012, p.6. <http://www.fas.org/srg/crs/row/RL30588.pdf> (Erişim tarihi: 09.11.2012)

Mesut'a yaklaşıarak, hareketle işbirliği yapmasını, bunun karşılığında yeni rejimin Başbakanı olabileceğini vaat eden bir siyasi manevra yapmaktan da kaçınmamıştır.⁴⁴ Aslında bu teklif, Taliban'ın diplomatik kıvraklığından çok, yeni hükümeti kurarken ne denli hazırlıksız olduğunun göstergesidir. Hareket, muhtemelen askeri başarılarının verdiği yanıltıcı bir coşku ile eski rejime son vermiş, ancak sonradan işlevsel bir hükümet kurmanın zorluğunu anlayınca rakipleriyle işbirliği yönünde çözümler aramaya başlamış, Koalisyon'un önemli isimlerinden Mesut'a çeşitli kereler sözkonusu başbakanlık teklifini götürmüştür. Taliban'ın bu tekliflerini sürekli geri çeviren Mesut ise hareketin tepkisini üzerine çekmiş, sonunda 9 Eylül 2001 tarihinde Taka eyaletinde uğradığı suikast sonucu hayatını kaybetmiştir.⁴⁵

Mesud'un öldürülmesinden sadece iki gün sonra, 11 Eylül 2001 tarihinde, o dönemin önünde uzanan gelecek on yılı büyük ölçüde şekillendirecek olan 9/11 meydana gelmiş, ABD'nin New York'taki Dünya Ticaret Merkezi binaları ve başkent Washington'daki Savunma Bakanlığı binasına karşı girişilen intihar eylemleri sonucunda yaklaşık üçbin sivil hayatını kaybetmiştir. Saldırı, arka planındaki ideolojik içeriğinden teknik planlanma ve icraat safhalarına, radikal İslami terör kavramından medeniyetler çatışması tezine kadar pek çok alt başlığa sahiptir. Ancak kuşkusuz bu tezin kapsamı 9/11'in analiziyle ilgili değildir ve burada böyle bir incelemeye yer verilmeyecektir. Bu araştırma açısından önemli olan, ABD ve uluslararası topluluğun saldırıya verdiği tepki ve sonrasında meydana gelen Afganistan askeri müdahalesidir ki, bu müdahale kapsamında meydana gelen silahlı çatışma hukuku ihlalleri de bu çalışmanın üçüncü ve esas bölümünün konusunu oluşturacaktır. Bu nedenle, tam da bu aşamada 9/11'in planlama ve uygulamasından sorumlu olduğu iddia edilen ve Taliban'la birlikte savaş sırasında işlenen ihlallerin nesnesi haline gelen El-Kaide terör örgütünün tarihsel gelişimini, ideolojisini ve eylemlerini kısaca incelemek yararlı olacaktır.

⁴⁴ http://www.orient.uw.edu.pl/balcerowicz/texts/Ahmad_Shah_Masood_en.htm (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁴⁵ Bazı kaynaklar suikastin arkasında El-Kaide'nin olduğu ve emrin doğrudan Üsâme Bin Ladin tarafından verildiğini öne sürmüştü, bazıları ise eylemin arkasında Pakistan gizli servisi ISI'nin olduğunu savunmuş ancak bu iddiaların hiçbirini doğrulanamamıştır. Suikast hakkındaki editoryal yazı için bkz.: <http://www.nytimes.com/2002/09/09/world/threats-responses-assassination-afghans-too-mark-day-disaster-hero-was-lost.html> (Erişim tarihi: 09.11.2012)
Pakistan gizli servisinin suikastteki rolü hakkındaki iddialar için bkz.: http://www.newyorker.com/archive/2002/06/10/020610fa_fact_anderson (Erişim tarihi: 09.11.2012)

1.1.3. El-Kaide Terör Örgütü ve Cihad

Bu bölümün başında da açıklanmaya çalışıldığı üzere, El-Kaide, tarihçesi, örgütlenmesi, siyasi motivasyonu ve operasyonel kabiliyetleri açısından öylesine karmaşık bir yapıya sahiptir ki, ancak 'kategorik' anlamda bir tanımlama ihtiyacına binaen 'terör örgütü' olarak tanımlanabilir. Çoğu kaynakta bir terör örgütü olarak bile tanımlanmayıp, bir İslami siyasi-militan hareket olarak nitelenmesi de bizatihi bu tanımlama zorluğunun bir sonucudur. Ancak bu çalışmada El-Kaide, bir ölçüde örgütü Taliban'dan ayırt edebilmek adına, bir siyasi-militan hareket olarak değil terör örgütü olarak adlandırılacaktır.

Örgüt, 1980'li yıllarda, Suudi Arabistanlı varlıklı bir ailenin mensubu olan Usame Bin Ladin tarafından kurulmuştur ve kelime olarak 'temel' ya da 'kaide' anlamına gelmektedir.⁴⁶ Kurulduğu yıllarda mücahitlere yardım için bir tür 'lojistik ağ' olarak işlev gören örgütün üyeleri büyük ölçüde İslam ülkelerinden gelen gençlerden oluşmuştur.⁴⁷ En büyük destekçisi ise kuşkusuz kurucusu Üsame Bin Ladin'in hissedarı olduğu Saudi Binladin Group (SBG) şirketler grubudur ki, bu topluluğun 1990'lardaki toplam değerinin 5 milyar dolar olduğu iddia edilmiştir.⁴⁸ Bin Ladin Afganistan işgali sona erdikten sonra, 1991 Körfez Savaşı sona erinceye kadar, ABD ile ilişkilerini sıcak tutmuş, ancak savaştan sonra Sudan'a giderek örgütün faaliyetlerini bu ülkeden yönetmeye başlamıştır.

Ancak bu dönemde Suudi Arabistan hükümetinin baskıları üzerine, ailesi, Usame Bin Ladin'e yaptığı ve yılda 7 milyon doları bulduğu öne sürülen yardımı kesmiş, hükümet de Bin Ladin'in ülkedeki mal varlıklarını dondurma kararı almıştır.⁴⁹ El-Kaide yönetimi bu ülkede faaliyet gösterdiği süre içinde Sudan hükümetinin de tepkisini çekmiştir. Bunda kısmen Bin Ladin'in Sudan'da bulunan El-Cihad örgütü ile işbirliği yapmasının ve hükümetin bu örgütün lideri konumundaki Ayman El-Zavahiri'nin faaliyetlerinden duyduğu rahatsızlık da rol oynamıştır. Sonunda, Washington'ın Sudan'a uyguladığı baskının da etkisiyle, Bin Ladin bu ülkeden

⁴⁶ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/734613/al-Qaeda> (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁴⁷ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/734613/al-Qaeda> (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁴⁸ Büyük bir kişisel ve kurumsal servete sahip olan Bin Ladin, Körfez savaşı boyunca, Saddam Hüseyin'e olan düşmanlığı nedeniyle ABD ile ciddi bir sürtüşme yaşamamıştır. Hatta ABD'nin Suudi Arabistan'daki üslerinden bazılarının bilfiil Bin Ladin ailesinin kontrolündeki SBG tarafından inşa edildiği, ailenin servetinin bir bölümünü bu ihalelerden kazandığı bilinmektedir. Ancak daha sonra Arabistan'daki Amerikan askeri varlığına muhalif olan Bin Ladin, Sudan'a geçerek oradaki El-Kaide yöneticisi Cemal El-Fadıl ile birlikte çalışmalarını bu ülkede yürütmeye başlamıştır. Hartum ve Port Sudan'da toplam 430.000 dolar değerinde iki çiftlik arazisi alan Bin Ladin, bu ülkede hem şirketlerinin yönetimini sürdürmüş hem El-Kaide militanlarının eğitimini gerçekleştirmiştir. Bin Ladin ve El-Fadıl'ın çalışmalarından Sudan hükümeti de haberdar olmuş ancak kendi siyasi çıkarları gereği bir süre bu yasadışı ilişkiye ses çıkarmamıştır. Bin Ladin'in aile şirketi, Sudan bağlantısı ve El-Kaide'nin bu ülkedeki faaliyetleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Peter Bergen, *Holy War, Inc.: Inside The Secret World of Bin Laden*, The Free Press, New York, 2001, p.79, p.46.

⁴⁹ Lawrence Wright, *The Looming Tower: Al-Qaeda and The Road to 9/11*, Knopf, New York, 2006, p.195.

ayrılarak Afganistan'a geçmiş, Amerikan istihbarat topluluğu ise, ilgi çekici şekilde, bunu öğrenmiş olmasına rağmen o tarihte gidişine göz yummuştur.⁵⁰

Bin Ladin, Mayıs 1996'da Celalabat'a yerleşerek bir süre bu kentte yaşamış, daha sonra Kandahar'a geçerek faaliyetlerini Taliban'ın sağladığı koruma şemsiyesi altında yürütmeye başlamıştır.⁵¹ Afganistan'a gitmeden hemen önce kaleme aldığı ve 23 Ağustos 1996'da Londra merkezli bir Arap gazetesi olan *Al Quds Al Arabi*'de yayınlanan 'fetva'sı, aslında o tarihten itibaren izleyeceği aşırılıkçı çizgiyi açıkça belirten bir savaş ilanı niteliğindedir. Bu fetvada Bin Ladin, ABD'ye ilan ettiği savaşın gerekçelerini sıralamış ve savaş yöntemlerini açıklamıştır. Buna göre, ABD, İslam medeniyetine ait kutsal topraklarda askeri üsler kurarak bir nevi Haçlı Ordusu gibi davranmakta, bu nedenle de bütün Müslüman dünyasının işgalci Amerikalılara karşı savaş açması gerekmektedir.⁵²

Hiç kuşkusuz bu kutsal bir savaş çağrısıdır ki, en genel anlamda Anglo-Amerikan uygarlığına karşı ilan edilen bir 'cihat' olarak nitelenebilir. Cihat, Arapçada 'çaba' anlamındaki 'cihd' kökünden gelmekte olup bugünkü siyasal terminolojide 'harekete çağrı' anlamında kullanılmaktadır.⁵³ Cihat kavramının kökü, Müslümanların Mekke'den Medine'ye yaptıkları göçü ve orada kurdukları İslam devletini ifade eden 7. yüzyıldaki 'hicret' dönemine kadar uzanmakta olup, kavram, İslam'ı hem 'devlet' hem 'din' olarak değerlendiren düalist bir felsefi temele sahiptir.⁵⁴ Bu anlayış doğrultusunda teoloji ve politikayı aynı potada eritmek mümkün olmuştur.⁵⁵ Bugün yaygın olarak kutsal savaş anlamında kullanılan cihad ise paradoksal olarak klasik devlet olgusuna – en azından Batılı anlamda olana – karşı bir duruşu ifade etmektedir. Bunun nedeni de cihatın literatürde genel olarak devlet otoritesine karşı bir meydan okuma olarak değerlendirilmesidir.⁵⁶

⁵⁰ Wright, *The Looming Tower*, p.221.

⁵¹ <http://articles.latimes.com/2001/dec/06/news/mn-12224> (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁵² Bin Ladin'in 'fetva'sı, meşruiyet, içerik ve üslup açısından son derece tartışmalı bir metindir. Bu özellikleri göz önüne alındığında, şariat kurallarına uygun olarak yapılmış gerçek bir 'fetva'dan çok siyasi bir manifesto olarak nitelenmesi yanlış olmayacaktır. Belirli anahtar kelimelerin sayımı ile yapılacak basit bir söylem analizi bile yazıya hakim olan şiddet olgusunun yoğunluğunu kanıtlayabilir. Söz konusu fetvada 'öldürme' kelimesi yirmidört defa, 'ölüm' kelimesi ondört defa, 'savaş' kelimesi otuzyedide, 'düşman' kelimesi de aynı şekilde otuzyedide defa tekrarlanmıştır. Bu yönüyle 'fetva', karşı olduğu dünya görüşüne yönelik entelektüel veya köktendinci bir meydan okuma olarak değil, vahşi ve kışkırtıcı bir retorik olarak yorumlanabilir. Metnin tamamı için bkz.: http://www.pbs.org/newshour/updates/military/july-dec96/fatwa_1996.html (Erişim tarihi: 09.11.2012)

⁵³ Cihat kavramı dilbilimsel ve siyasal anlamlarda farklı algılar çerçevesinde değişik şekillerde tanımlanabilmektedir. Kavramın kelime anlamı ve tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Walid Phares, *The Historical Roots of Jihad*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, p.18, p.19, p.20.

⁵⁴ a.g.e., s.21.

⁵⁵ a.g.e., s.21.

⁵⁶ Bu algının arkasında yatan gerekçe, dini otoritenin 'ilahi' kaynaklı olması ve bu nedenle 'insani' bir kavram olan devletten yüksek görülmesidir. Kavramın anlamı ve uluslararası sistemle ilişkilendirilmesi için bkz.: Barak Mendelsohn, "Sovereignty Under Attack: The International Society Meets The Al Qaeda Network, *Review of International Studies*, 2005, Vol.31, 45-68, p.46-p55.

El-Kaide'nin eylemleri de esasen işte bu cihat olgusundan güç almış ve Bin Ladin'in fetvasından sonra dramatik olarak artışa geçmiştir. Örgüte atfedilen veya bizzat örgütçe üstlenilen terör saldırılarının yoğunlaşma sürecinde 1996 yılı bir dönüm noktası olmuştur. Suudi Arabistan'ın Kobar kentindeki ABD askeri personelinin bulunduğu konutlara yapılan bombalı saldırıda 19 Amerikalı hayatını kaybetmiş, 200'den fazla kişi yaralanmıştır.⁵⁷ Saldırı, Amerikan ordusu ve istihbarat topluluğu arasında şok etkisi yaratmış, terör uzmanları tarafından bir haberalma zaafiyeti olarak yorumlanmıştır.⁵⁸ El-Kaide lideri Bin Ladin ise Amerikalıların kendi çıkarları doğrultusunda yürüttükleri mücadelede hiçbir sivil-asker ayrımı yapmadıklarını, bu nedenle kendilerinin de bu savaşta böyle bir ayrım gözetmeyeceklerini açıklamıştır. Aslında Bin Ladin, açıklamalarında eylemlerini oldukça basit şekilde savunarak El-Kaide'nin uyguladığı yöntemlerin bir 'terör' olduğunu kabul etmiş ancak bu saldırıları yalın bir mantıkla rasyonalize ederek haklılığını savunmaya çalışmıştır. Ona göre, ABD'nin İsraili Siyonistler ile birlikte Müslümanlara karşı gerçekleştirdikleri savaşta moral değerlerin hiçbir önemi yoktur. Amerikalılar ve Yahudiler, özellikle Ortadoğu'da giriştikleri 'katliam'larda kadınları, çocukları ve yaşlıları öldürmekte bir sakınca görmemektedirler. Bu durumda Amerikalılara karşı yürütülecek savaşta da ahlaki değerlere önem vermek ve suçlu-suçsuz ayrımı yapmak boşunadır.⁵⁹

Temel evrensel ilkelerden arındırılmış bir savaş kuralları anlayışını ifade eden bu açıklama, bir bakıma El-Kaide'nin kendi *jus in bello* mantığını da yansıtmaktadır. Örgüt, düşmanlarına ilan ettiği savaşta sivil-asker ayrımı gözetmeyeceğini söyleyerek silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinden 'ayrım yapma' (distinction) kuralının kendini hiçbir şekilde bağlamadığını daha en baştan beyan etmiş olmaktadır. El-Kaide, silahlı çatışma hukukunu düzenleyen uluslararası sözleşmelerin bir sujesi olmadığından, bu hukukun belirlediği kural ve ilkelere uymaması ilk bakışta normal karşılanabilir. Ancak bu özelliği, örgütün insani değerleri gözardı eden bir saldırı stratejisi izlemesini haklı çıkarabilecek ve ileride davalı olacağı duruşmalardan beratını sağlayabilecek bir gerekçe değildir. Dahası, El-Kaide'ye Afganistan'da güvenilir bir hareket alanı sağlayan Taliban'ın dayandığı Afgan mücahit kültürü, kendine has silahlı çatışma kurallarına sahip olup, bunlar dini

⁵⁷ Aslında Kobar daha önce de terör saldırısına uğramış ancak o saldırıda böylesine büyük bir can kaybı yaşanmamıştır. Kasım 1995'de meydana gelen sözkonusu saldırıda sadece beş kişi hayatını kaybetmiştir. Kobar saldırıları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.globalsecurity.org/military/facility/khobar.htm> (Erişim tarihi: 13.11.2012)

⁵⁸ Saldırı hakkında ABD yasaması tarafından hazırlanan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: ABD Temsilciler Meclisi Ulusal Güvenlik Komitesi Raporu, **The Khobar Towers Bombing Incident, Staff Report**, August 1996.

⁵⁹ Bin Ladin bu dünya görüşü, Amerikalı gazeteci John Miller'la yaptığı röportajda oldukça belirgin şekilde kendini göstermektedir. Miller'ın Mayıs 1998'de yaptığı röportaj için bkz.: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/binladen/who/interview.html> (Erişim tarihi: 13.11.2012)

anonim otoriteler tarafından 2006, 2009 ve 2010 yıllarında 'Layiha' (herhangi bir konuda bir görüş ve düşünceyi bildiren yazı) adı altında ilkeleştirilmiştir. Layiha, 85 maddelik bir metin olup, temelde savaş sırasında sivil-asker ayrımı yapmanın İslami savaş geleneklerinin özünde olduğunu vurgulaması açısından önemlidir. Silahlı çatışma geleneklerinde bu tip bir ayrım yapma ilkesi barındırdığını öne süren Taliban'ın koruması altındaki El-Kaide'nin bu ilkeleri yok sayması, kuşkusuz örgütün gözünde Layiha'nın sadece retorik açısından anlam taşıyan bir belge olduğu yargısını güçlendirmektedir.⁶⁰

Böylelikle silahlı çatışma hukuku kurallarının bağlayıcılığını reddeden El-Kaide'nin saldırı eylemleri 1998'de Afganistan sınırları dışına çıkmış, örgütün Tanzanya ve Kenya'da ABD elçiliklerine karşı düzenlediği saldırılarda toplam 223 kişi hayatını kaybetmiştir.⁶¹ Sonradan saldırıların Afrika'daki örgüt liderlerinden Fazıl Abdullah Muhammed tarafından planlandığı ortaya çıkarılmıştır.⁶² Elçilik saldırılarının ardından gerçekleştirilen en önemli eylem ise Ekim 2000'de Yemen'in Aden limanında demir atmış bulunan ABD donanmasına ait *USS Cole* destroyerine karşı düzenlenen intihar saldırısıdır. Yüksek miktarda patlayıcı taşıyan şişme botların geminin iskele tarafına vurmasıyla gerçekleştirilen bu saldırıda da, 17 denizci hayatını kaybetmiş, 39 denizci yaralanmış, 1 milyar dolar değerindeki savaş gemisinde 240 milyon dolarlık hasar meydana gelmiştir.⁶³

Örgüt, bu büyük saldırılar dışında daha pek çok irili ufaklı eylem gerçekleştirmiş, dünyanın farklı bölgelerinde bulunan radikal İslamcı terör hücreleri El-Kaide'nin temsil ettiği değerleri içselleştirerek örgütün çatısı altında faaliyet göstermeye başlamışlardır. Afganistan'da Taliban sayesinde edindiği konum ise o gün için örgütü neredeyse dokunulmaz kılmıştır. Böylece kurulduğu yıllara göre çok daha güçlü bir personel, lojistik, istihbarat ve hareket kabiliyetine sahip olan El-Kaide, yeni binyılın başında Soğuk Savaş dönemindeki komünist tehlikesine

⁶⁰ Layiha'da açıklanan silahlı çatışma ilkeleri hakkında ayrıntılı bir analiz için bkz.: Muhammad Munir, "The Layha for the Mujahideen: An Analysis of the Code of Conduct for the Taliban Fighters Under Islamic law", *International Review of The Red Cross*, March 2011, Vol.93, No.881, 81-102, p.85-86. Layiha'nın neden yazıldığı ve Taliban açısından taşıdığı önemi hakkında Afganistan'da konuşlu çok-uluslu bir sivil toplum kuruluşu tarafından yazılan rapor için bkz.: Kate Clark, *The Layha Calling The Taliban to Account*. http://aan-afghanistan.com/uploads/20110704_CKClark_The_Layha.pdf (Erişim tarihi: 13.11.2012)

⁶¹ http://www.pbs.org/newshour/bb/africa/embassy_bombing/map.html (Erişim tarihi: 13.11.2012)

⁶² <http://articles.latimes.com/2011/jun/12/world/la-fg-embassy-bombings-20110612> (Erişim tarihi: 13.11.2012)

⁶³ Saldırı ve neden olduğu zarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/12/newsid_4252000/4252400.stm (Erişim tarihi: 13.11.2012)
<http://factsanddetails.com/world.php?itemid=2336&catid=58&subcatid=387#140> (Erişim tarihi: 13.11.2012)

eşdeğer görülebilecek düzeyde bir tehdit kimliğiyle ABD'ye – ve daha genel anlamda Batı'ya – yönelik en ciddi güvenlik kaygısı halini almıştır.

ABD dış politikası, 2001 yılının başından itibaren; Rusya ile girişilen nükleer silahların sınırlandırılması pazarlıkları, Çin'le arasında meydana gelen casus uçak krizi ve Ortadoğu merkezli aşırılıkçı İslami örgütlerin oluşturduğu bir dizi karmaşık tehdide karşı verilen ve çok da analitik hesaplara dayanmayan tepkiler doğrultusunda şekillenmeye başlamıştır. Bu yeni belirsizlik ortamında, ABD haberalma topluluğuna, ülkeye yönelik terör saldırılarıyla ilgili pek çok duyum ulaşmış, bu duyumların arasında Beyaz Saray'ın radikal İslami terör örgütleri tarafından bombalanacağı gibi gerçekleşme olasılığı o gün için çok yüksek görünmeyen istihbari bilgiler de yer almış, ancak gerek istihbarat çevreleri gerek siyasi iktidar bu uyarıları kayda değer bulmamışlardır. 9/11, işte tam bu güvenlik sorunlarının dış politikayı yönlendirme eğiliminde olduğu sürecin karmaşık koşulları altında, ABD karar alma mekanizmasının böylesine bir saldırıya kesinlikle hazırlıklı olmadığı bir zamanda meydana gelmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM
9/11, ABD ASKERİ MÜDAHALESİ
VE
SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKUNUN ESASLARI

2.1. 9/11 VE ABD ASKERİ MÜDAHALESİ

Bugüne kadar El-Kaide'nin planlayıp uyguladığı en büyük eylem kuşkusuz 9/11'dir. 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'nin New York ve Washington kentleri ile Pennsylvania eyaletinin Shanksville bölgesinde yaşananlar, cihad çerçevesinde yaratılan saldırganlığın ulaştığı en üst yıkım düzeyini ifade etmiştir. Taşıdığı sembolik anlamı, olağanüstü cüretkarlığı ve tüm dünyada yarattığı sistemik şok etkisi ile 9/11, yirminci yüzyılın sonu itibarıyla kazanılan temel uluslararası ilişkiler öğreti ve pratiklerini neredeyse bütünüyle dönüştüren bir fenomendir. Terörün ve ona karşı verilen savaşın küreselleşmesi, medeniyetler çatışması tezi, asimetrik savaş kavramı ve önleyici savaş doktrini, 9/11'in ulusal ve uluslararası güvenliğin gündemine getirdiği başlıklardan sadece birkaçıdır. Bu bölümde sözkonusu terör eylemi, bu eylem üzerine Afganistan'da gerçekleştirilen ABD askeri müdahalesi ve savaşta uyulması gereken kuralları düzenleyen silahlı çatışma hukukunun esasları incelenecektir. Üçüncü bölümde ele alınacak olan ihlallerin bu hukuk alanının kapsamında olması nedeniyle, bu bölüm, araştırmanın dayandığı yasal çerçevenin anlaşılabilmesi açısından önemlidir.

2.1.1. 9/11 ve Haklı Savaş Teorisi

11 Eylül 2001 tarihinde, El-Kaide terör örgütüne bağlı ondokuz eylemci tarafından kaçırılan dört yolcu uçağından üçü Dünya Ticaret Merkezi gökdelenlerine ve ABD Savunma Bakanlığı binasına çarptırılmış, dördüncü uçak ise, ABD'nin resmi açıklamasına göre, yolcuların olaydan haberdar olmaları ve uçağın kontrolünü ele geçirmeye çalışmaları üzerine çıkan arbedede Pennsylvania eyaletinin Shanksville bölgesine düşmüş, olayda toplam 2977 kişi hayatını kaybetmiştir.⁶⁴ Saldırının

⁶⁴ <http://www.911memorial.org/faq-about-911> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

9/11'in gerçekte hangi güçler tarafından ne amaçla planlanıp gerçekleştirildiği saldırıların ardından uzun süre tartışılmış, konu hakkında, resmi açıklamalarla uyumayan sayısız teori üretilmiştir. Bazı açıklamalara göre saldırı, ABD merkezli ultra-küreselleşmeciler iş dünyası tarafından kitleleri terörize ederek sisteme kesin bir biat sağlamak, bazılarının göre ise, Irak ve Afganistan savaşlarını meşru kılmak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Bu tip popülist, sansasyonel iddialar, gerek Amerikan gerek uluslararası kamuoyunda çok yankı bulmuşsa da, kanıtlanabilir dayanaklardan yoksun olmaları nedeniyle birer komplo teorisi olmaktan öteye gidememişlerdir. Bu araştırmanın amacı 9/11'in kimler

sorumluluğunu – ilgi çekici bir gecikmeyle, olaydan üç yıl sonra – 29 Ekim 2004 tarihinde ortaya çıkan bir video teyp bandında açıklamalarda bulunan Usame Bin Ladin üstlenmiştir.⁶⁵ Bin Ladin, sözkonusu bantta yaptığı konuşmada, saldırı sırasında binaların tamamen değil kısmen çökeceğini düşündüğünü belirtmiş, yıkımın tahmininden daha büyük olduğunu açıklamış ve neticede İslam dünyasının bu eylemden büyük kazanç elde ettiğini belirtmiştir.⁶⁶ Saldırının hemen arkasından ABD yönetimi Bin Ladin'in arkasında Irak'ın olduğu düşüncesiyle Saddam Hüseyin'in olayla bağlantısını araştırmaya başlamış, hatta bazı kaynaklara göre bu ülkeye yapılacak askeri müdahale daha o günden planlanmaya başlanmıştır.⁶⁷ Olayın ertesi günü NATO, Kuzey Atlantik Sözleşmesi'nin 5. maddesi gereğince ABD'ye yapılan saldırının tüm üye ülkelere yapılmış kabul edildiğini açıklayarak, sözkonusu madde kapsamında ABD'ye yardım edilmesi için gerekli şartların oluştuğunu bildirmiştir.⁶⁸

NATO açıklamasından iki gün sonra, ABD yasamasının iki kanadı olan Senato ve Temsilciler Meclisi, aldıkları ortak bir karar ile, Başkan'a kuvvet kullanma yetkisi tanıyan Askeri Güç Kullanma Yetki Belgesi (Authorization for Use of Military Force, AUMF) isimli önergeyi kabul etmiş, böylelikle ABD silahlı kuvvetlerinin 9/11'in sorumlularına ve saldırıya destek olan tüm kişi ve kurumlara karşı gerekli ve uygun tedbirleri almasının yolunu açmıştır.⁶⁹ Saldırıdan yaklaşık bir ay sonra, 7 Ekim 2001 tarihinde ise ABD, BM Güvenlik Konseyi'ne yaptığı açıklamada, BM Sözleşmesi'nin

tarafından, ne amaçla gerçekleştirildiğini keşfetmek olmadığı için sözü edilen teorilerin hiçbirine burada yer verilmemiştir. Bununla birlikte, saldırıların arka planı hakkında farklı görüşleri karşılaştırmak adına bazı kaynakları incelemek yararlı olabilir. 9/11'in öncesinde ve sonrasında devlet kurumları tarafından gerçekleştirilen istihbarat çalışmaları hakkında bkz.: *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, W. W. Norton & Company, New York, 2004. Saldırıları hakkında spekülasyon bir yaklaşım için bkz.: Webster Griffin Tarpley, *9/11 Synthetic Terror: Made in USA*, Progressive Press, Palm Desert, 2011. Bin Ladin ile ABD hükümeti arasındaki ilişkiler hakkında bkz.: Jim Marrs, *The Terror Conspiracy Revisited: Deception, 9/11 and The Loss of Liberty*, Disinformation Books, New York, 2006. ABD hükümeti ve ABD Hava Kuvvetleri'nin saldırılardaki tartışmalı rolleri için bkz.: David Ray Griffin, *The New Pearl Harbor: Disturbing Questions About The Bush Administration and 9/11*, Olive Branch Press, Northampton, 2004. 9/11'in Batı'nın kendine karşı verdiği bir savaşın göstergesi olduğuna dair postmodern bir yorum için bkz.: Jean Baudrillard, *The Spirit of Terrorism*, Verso, Londra, 2002.

⁶⁵ http://www.cbc.ca/news/world/story/2004/10/29/binladen_message041029.html

(Erişim tarihi: 15.11.2012)

⁶⁶ http://articles.cnn.com/2001-12-13/us/ret.bin.laden.videotape_1_government-translation-bin-laden-talks-osama-bin?_s=PM:US (Erişim tarihi: 15.11.2012)

⁶⁷ <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/bushswar/view/> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

<http://www.cbsnews.com/stories/2002/09/04/september11/main520830.shtml> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

⁶⁸ <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

NATO'nun dikkatle kaleme alınan bildirisinde kuvvet kullanımıyla ilgili herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Bildiride belirtilmemiş olsa da, bu yetkinin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne bırakıldığı açıktır.

⁶⁹ ABD Kongresi Ortak Önergesi. Joint Resolution (S.J. Res. 23), SEC. 2. (a), Public Law 107–40, 107th Congress. <http://www.govtrack.us/congress/bills/107/hjres64/text> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

meşru müdafa hakkını düzenleyen 51. maddesi gereğince askeri harekatlara başladığını bildirmiştir.⁷⁰

AUMF'nin Başkan tarafından imzalanmasından sonra olaylar oldukça hızlı şekilde gelişmiş, savaşın kaçınılmaz olduğu gerek ABD Başkanı George W. Bush, gerek Afganistan'ın o dönemdeki meşru yönetiminde bulunan Taliban liderlerinin yaptıkları karşılıklı meydan okuyucu açıklamalardan belli olmuştur. Bush, 20 Eylül 2001 tarihinde Kongre Birleşik Oturumu'nda yaptığı konuşmada, Taliban'ın El-Kaide liderlerinin tümünü derhal ABD'ye iade etmesini resmen talep etmiş, terörist kamplarının kapatılmasını ve bu kampların ABD tarafından denetlenmesine izin verilmesini istemiştir.⁷¹ Bush'un bu talepleri elbette o gün için Taliban açısından kabul edilebilir nitelikte istekler olarak görülmemiştir. Bununla birlikte, Taliban liderlerinden gelen ilk tepkiler, krizi tırmandırıcı değil yatıştırıcı nitelikte olmuştur. Bush'un Kongre konuşmasında dile getirdiği talepler Afganistan'da çok da olumsuz karşılanmamış, Taliban tarafından şaşırtıcı bir rasyonel yaklaşımla, olası bir savaşı önleyecek çözümler üretilmeye çalışılmıştır. Samimiyetleri tartışılabilir de olsa, en azından görünürde, dönemin Taliban liderleri bir tür yatıştırma politikası (appeasment) izlemeye çalışmışlardır. Afganistan'ın Pakistan büyükelçisi Molla Abdül Selam Zaif, "Amerika somut delil sağlarsa Bin Ladin'i yargılamaya hazırız." şeklinde bir açıklama yapmış, eğer ABD bu yargılamayı tatminkar bulmazsa Bin Ladin'i yargılamanın başka bir İslami yolunu bulabileceklerini belirtmiştir.⁷² Ancak bu ve benzeri açıklamaların hiçbirisi Amerikan yönetiminde olumlu bir karşılık bulmamış, ABD'nin pazarlığa yanaşmayan siyasi duruşundan Taliban'la kesinlikle bir uzlaşmaya gitmeyeceği açıkça belli olmuştur.

Askeri müdahale ilk bakışta uluslararası topluluk tarafından ABD'nin meşru müdafa hakkı olarak algılanmıştır ve bu algı bir bakıma gerçeği yansıtmaktadır. Neticede şurası açıktır ki, El-Kaide, ABD topraklarında bir terör saldırısı düzenlemiş ve bu ülkede savaşa hiçbir ilgisi olmayan suçsuz sivillerin hayatlarını kaybetmelerine neden olmuştur. Örgütün lider kadrosu ve militan kuvvetlerinin bir kısmı o gün için Afganistan sınırları içinde bulunmaktadır. Bu durumda Washington'a göre, ABD'nin bu ülke toprakları üzerinde kuvvet kullanma yetkisi doğmuştur. ABD yönetiminin mantığı basitçe bu minvalde şekillenmiştir. Bu araştırma, ABD'nin Afganistan'a karşı gerçekleştirdiği askeri müdahalenin

⁷⁰ S/2001/946 nolu BM dokümanı. Bu doküman, ABD BM Devamlı Temsilcisi John Negroponte tarafından imzalanarak Güvenlik Konseyi'ne verilen mektuptur. Mektubun tam metni için bkz.: <http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/kogi/2005kiko/s-2001-946e.pdf> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

⁷¹ Selected Speeches of President George W. Bush, 2001 – 2008, p.67-68. http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf (Erişim tarihi: 15.11.2012)

⁷² <http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/05/afghanistan.terrorism> (Erişim tarihi: 15.11.2012)

haklılığını, yani *jus ad bellum* boyutunu sorgulama amacı taşımamakta ve temelde savaşın belli ölçülerde meşru müdafa sayılabileceğini varsaymaktadır. Bununla birlikte, *jus in bello* kapsamındaki sorunların temelini daha iyi kavrayabilmek adına bu aşamada *jus ad bellum* kavramını kısaca gözden geçirmek ve ABD müdahalesi hakkındaki sorgulayıcı görüşlere de yer vermek yararlı olacaktır.

Haklı savaş teorisi, St. Augustine'in Hristiyanlığın emperyal bir barış adına yayılması için yapılan savaşların meşru olabileceği öğretisine kadar uzanan bir geçmişe sahiptir.⁷³ Kendinden sonra gelen Aquinas gibi, Augustine de savaşın meşruluğunu tanımlarken daha çok uygun bir otorite tarafından yetkilendirilme sorunuyla ilgilenmiştir.⁷⁴ Yeni Çağ'da ise Hugo Grotius haklı savaşın esaslarını belirlerken, savaş nedenlerinin 'adil' ve 'dürüst' olması gerektiği üzerinde durarak, bir ülkenin savaşmak için 'açık' ve 'net' sebeplere sahip olması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁵ Ancak bu dönemde Grotius ve Pufendorf gibi hukuk felsefecilerinin haklı savaş uluslararası hukuk kavramıyla birleştirmeleri ve egemen devlet ilkesinin ortaya çıkması, teoriyi geri plana iterek entelektüel gündemden uzaklaştırmıştır.⁷⁶ Çağdaş uluslararası hukukta ise teorisyenler, *jus ad bellum*'dan çok savaşın yürütülmesindeki ilkeleri belirleyen *jus in bello* olgusu ile ilgilenmeye başlamışlar, savaşın meşruluğundan çok nasıl adil olarak yürütüleceğiyle ilgili sorulara odaklanmışlardır.⁷⁷

Bununla birlikte haklı savaşın şartları hakkındaki tartışmalar bugün bütünüyle önemini yitirmiş de değildir. Erken Hristiyanlık döneminden Yeni Çağ'a uzanarak evrimleşen teori, bugün hala üzerinde tartışmaların yapıldığı bir kavram olarak değerini korumaktadır. Konu hakkında Batı literatürünün yetkin isimlerinden biri olan Brian Orend'e göre, bir askeri müdahalenin hukuki gerekçeleri ancak altı temel şartın yerine gelmesi sonucu meşruluk kazanabilmektedir. Buna göre, bir ülkenin girişeceği savaş, ancak o ülkenin uluslararası bir otoritenin yokluğu durumunda evrensel adalet ilkelerinin doğruluğunu kanıtlamak için haklı bir gerekçeye sahip olması; insan hakları ve savaş hukuku haklarını korumaya yönelik bir saiki olması; ilgili ülkenin savaş ilan edebilecek meşru bir otorite olarak kabul edilmesi; kuvvet

⁷³ Michael Walzer, *Arguing About War*, Yale University Press, New Haven, 2004, p.3-4. Yaşayan en tanınmış haklı savaş teorisyenlerinden biri olan Walzer, aslında bir savaşın haklı olabileceği yönünde son derece temkinli görüşlere sahiptir. Haklı savaş teorisi, yazara göre, savaşın daha kolay gerçekleştirilmesine cevaz vermesi ve yanlış bir çerçevede yorumlanması nedeniyle kendi içinde sorunlu bir kavramdır. Bu yönüyle Walzer'in açıklayıcı bir tutum içinde olsa da, teoriye karşı esasta eleştirel bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir.

⁷⁴ Ilan Zvi Baron, "Dying for The State: The Missing Just War Question?", *Review of International Studies*, Vol. 36, Issue 01, January 2010, 215-234, p.222.

⁷⁵ Hugo Grotius, *The Rights Of War And Peace - Book II*, Natural Law and Enlightenment Classics, Liberty Fund, Indianapolis, 2005, p.391.

⁷⁶ Walzer, *Arguing About War*, p.5

⁷⁷ Robert L. Holmes, *On War and Morality*, Princeton University Press, Princeton, 1989, p.163.

kullanımını başlatma eğiliminde olmaması; başarı şansının bulunması ve savaşa girmeden çatışmanın avantajları ile dezavantajlarını hesaplamış olması durumunda meşru olabilecektir.⁷⁸ Bu araştırma sözkonusu müdahalenin haklılığını araştırma amacı taşımamakla birlikte, ABD'nin Afganistan'a yönelik askeri müdahalesinin Orend'in kriterleriyle test edildiğinde meşru görünmekte olduğunu da hatırla tutmakta fayda vardır.

Bu noktadan itibaren, silahlı çatışma hukuku ihlallerine geçmeden önce, olayın tarihsel ve hukuki gelişimini daha iyi ortaya koyabilmek için müdahalenin bir takım sorunlu noktalarının üzerinde kısaca durulması da yararlı olacaktır. Öncelikle ele alınması gereken konu, ABD'nin özellikle 1980'lerden bugüne kendi siyasi çıkarları doğrultusunda bir 'müdahale kültürü' geliştirdiği yolundaki iddialardır. Buna göre, ABD kuvvetleri 1989 yılında Panama'yı işgal ederek uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı gerekçesiyle General Manuel Noriega'yı yakalamış ve böylelikle Amerika Devletleri Organizasyonu Sözleşmesi'nin 18., 20. ve 27. maddelerini ihlal etmiştir.⁷⁹ ABD, aynı devlet refleksini sonraki yıllarda da göstermiş, Kosova, Irak ve Afganistan, bu müdahale kültürünün bir sonucu olarak gerçekleştirilmiştir.⁸⁰ Bu iddiaya göre, ABD, hedef aldığı her ulusu – devleti veya ülkeyi değil – bir tür 'suçlulaştırma' (criminalization) sürecine sokmakta, böylelikle bu ulusa karşı gerçekleştirdiği müdahaleyi siyasi açıdan meşru kılmaktadır.⁸¹

Afganistan müdahalesinin ikinci sorunlu unsuru, bir ülkenin kendisine karşı saldırı eylemi düzenleyen devlet-dışı bir aktöre yardım sağlayan bir üçüncü ülkeye karşı kuvvet kullanma yetkisinin tartışmaya açık meşruluğudur. Bu tartışma kapsamında ileri sürülen bir görüşe göre, uluslararası örf-adet hukuku, Uluslararası Adalet Divanı, UAD (International Court of Justice-ICJ) ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, EYUCM'nin (International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia-ICTY) kararları, böyle bir müdahaleyi meşru kılan bir karar vermiş değillerdir.⁸² Bu nedenle, ABD'nin El-Kaide liderlerini yakalamak ve örgütün bütününe veya en azından Afganistan'daki kısmını tasfiye etmek üzere Taliban hükümetine karşı silahlı çatışmaya girmesi haklı savaş iddialarını tartışılabilir

⁷⁸ Brian Orend, *War and International Justice: A Kantian Perspective*, Wilfrid Laurier University Press, Ontario, 2000, p.195-197. Orend, görüşlerini kitabın alt adından da anlaşılacağı üzere Kantçı perspektif üzerine kurmuştur. Ancak bir 18. yüzyıl Alman düşünürü olan Immanuel Kant, esasında daha çok felsefe ve antropoloji alanında çalışmalar yapmış, savaşın hangi şartlarda haklı sayılabileceğini belirten kuramlar üretmemiştir. Kant'ın çalışmaları hakkında bir inceleme için bkz.: Aleksander Jokic, "What's A Just War Theorist?", *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, July 2012, Vol.4(2), 91-114, p.98, p.112.

⁷⁹ Steve Martinot, "The Cultural Roots Of Interventionism In The U.S.", *Social Justice*; 2003; Vol.30, No.1, 112-137, p.113.

⁸⁰ a.g.e., p.115.

⁸¹ a.g.e., p.116.

⁸² Steven Ratner, "Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11", *The American Journal of International Law*, October 2002, Vol.96, No.4, 905-921, p.908, p.909.

kılmaktadır. Savaşın haklılığını sorgulayan üçüncü unsur, müdahalenin insancıl amaçlarla yapılmamasına rağmen, ABD'nin bu yönde bir retorik geliştirmiş olmasıdır. Müdahale, esasen ortalama kültür ve dünyevi farkındalık seviyesine sahip bir insanın bile çok iyi bildiği üzere, Afganistan'da denge ve güvenliği sağlamak için değil, bu ülkenin ABD ve müttefikleri için daha fazla güvensizlik ögesi olmaması için gerçekleştirilmiştir.⁸³ Bu da 'insani' ve 'askeri' müdahale kavramlarını çelişkili şekilde yan yana getirerek, dünyanın farklı bölgelerinde gerçek tehlikeler altında yaşayan diğer halkların güvenliğini sağlamak için başvurulmuş samimi niyetli meşru askeri-insani müdahaleleri de töhmet altında bırakmıştır.⁸⁴

ABD'nin bu silahlı çatışma pratiklerini hayata geçiren zihniyet, temelde doksanlardan 9/11'e uzanan süreçte etkin olan politik düşünce okullarıdır. Amerikan dış politikasının esasları bu süreçte, bütünüyle olmasa bile büyük ölçüde, 'liberal şahinler'in ve 'neocon' olarak bilinen 'yeni-muhafazakarlar'ın etkili olduğu çevreler tarafından belirlenmiştir. Bir zamanlar Vietnam Savaşı'na karşı olan pek çok sol görüşlü teorisyen, Soğuk Savaş'tan sonra Amerikan gücünü 'özgürleştirici' bir erk olarak kabul ederek 'liberal şahin' denen politik çıkar çevrelerini oluşturmuş, buna karşın 'yeni-muhafazakarlar' ise bu sözde-liberal özgürleştiriciliği reddederek insani müdahalenin yerine önleyici savaş gibi doktrinlerin hakim olduğu askeri seçeneklerin geçerliğini savunmuştur.⁸⁵ Böylesine meydan okuyucu ve tek yanlı (unilateral) görüşlerden mesnet alan bir devlet stratejisinin, ABD'nin ulusal güvenliğiyle ilgili krizlerde askeri müdahaleyi uygulanabilir tek seçenek olarak görmesi ise kaçınılmaz olmuştur.

Afganistan müdahalesi de, bu tek yanlı 'devlet zihniyeti' üzerine kurgulanan kuvvet yanlı 'devlet refleksi'yle gerçekleşmiştir. Bugün 'haklı' olarak yorumlanabilecek bu savaşın meşruluğunu sorgulamaya açık tutan, büyük ölçüde, hatta tamamen, bu bariz kuvvet kullanma eğiliminin ve hegemonya arayışının uluslararası toplulukta ve bizzatı Amerikan kamuoyunda yarattığı güvensizliktir. ABD karar alıcıları, 9/11 öncesindeki on yıl içinde devlet politikalarını böylesine tahakkümcü bir zihniyet üzerine inşa etmeseydi, muhtemelen bugün Afganistan savaşının haklılığı bu kadar yoğun olarak eleştirilmeyecekti. Ancak ABD, nasıl meşru devlet mekanizmasının sağladığı 'güvenlik' vaadiyle kendi toplumu üzerinde etkin bir kontrol yaratmışsa, aynı güvenlik taahhüdünden yola çıkarak bu kez küresel ölçekte bir kontrol sağlama eğilimine girmiştir. Eleştirel teorinin başeseri olarak

⁸³ Fatima Ayub, Sari Kouvo, "Righting The Course? Humanitarian Intervention, The War on Terror and The Future of Afghanistan", *International Affairs*, 2008, Vol.84, No.4, 641-657, p.647.

⁸⁴ a.g.e., p.648.

⁸⁵ Maria Ryan, "Bush's 'Useful Idiots': 9/11, The Liberal Hawks and The Cooption of The 'War on Terror' ", *Journal of American Studies*, 2011, Vol.45, Issue 04, 667-693, p.671, p.676.

yorumlanabilecek *Aydınlanmanın Diyalektiği*'nde Horkheimer ve Adorno, "Herkesin biçimsel özgürlüğü güvence altındadır...Buna karşılık herkes kendisini erken saatlerden başlayarak sosyal denetimin en hassas araçlarını oluşturan kiliselere, klüplere, meslek kuruluşlarına ve benzer ilişki ağlarına hapsolmuş görür." demek suretiyle, ABD ve benzeri sözde-demokratik ülkelerde 'ulusal güvenliği' sağlamak adına özgürlüğün ne şekilde kontrol altında tutulduğunu açıklamaya çalışmışlardır.⁸⁶ ABD, aynı mantıkla, Afganistan askeri müdahalesi kapsamında başvurduğu NATO ve ISAF gibi unsurları kullanarak, bu kez 'uluslararası güvenliği' sağlama gerekçesiyle bölgeyi kontrol altına almayı amaçlamıştır. Bu da kaçınılmaz olarak savaşın haklılığını belli ölçülerde de olsa sorgulamaya açık hale getirmiştir.

Son olarak, Afganistan askeri müdahalesinin temel gerekçesini oluşturan 'teröre karşı küresel savaş' (global war on terror) söyleminin de uluslararası hukuk açısından sorunlu bir ifade olduğunun altını çizmekte fayda vardır. Eleştirel hukuk teorisi, savaşın insan hakları ihlalleri boyutuna dikkat çeken bir yaklaşım içinde olmuşsa da, daha dikkatli bir bakış, müdahalenin tehdit ettiği değerlerin aslında çok daha farklı olduğunu göstermektedir. 'Teröre karşı küresel savaş' sloganının yarattığı meşru kılma çabasına dayandırılan müdahalenin bariz sonucunun insan hakları ihlalleri olmadığı, savaşın neoliberal bir anlayış çerçevesinde gerçekleştirilen bir tür 'kaynaklara el koyma' ve 'insanları proleterleştirme' projesi olduğu yönünde kayda değer görüşler vardır. Özellikle Batı Avrupa'nın modern sol entelektüel çevreleri tarafından savunulan bu yaklaşım, savaşı ve sonuçlarını Marksist retoriğe dayanarak 'sistemik kolonizasyon' olarak değerlendirmektedir.⁸⁷ Söz konusu iddia, savaşın eleştirisi açısından oldukça derin ve özgün bir dünya görüşüne dayanmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, ABD'nin Afganistan'daki Taliban rejimine karşı gerçekleştirdiği askeri müdahalenin uluslararası hukuka uygunluğu bu araştırmanın kapsamı dışında olduğu için, sözü edilen görüş burada daha fazla incelenmeyecektir.

2.1.2. Müdahalenin Hukuki Dayanakları

Afganistan'a karşı düzenlenen askeri müdahalenin meşruluğu, ABD iç hukuku açısından Kongre'nin aldığı kuvvet kullanımı yetkilendirme kararına; uluslararası hukuk açısından ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin aldığı iki karara dayanmaktadır. ABD iç hukuk gerekçesini oluşturan karar, yukarıda kısaca açıklanmış olan AUMF'dir. Teknik olarak tanımlamak gerekirse, AUMF, Kongre'nin

⁸⁶ Theodor Adorno, Max Horkheimer, *Aydınlanmanın Diyalektiği, Felsefi Fragmanlar*, Kabalıcı Yayınevi, İstanbul, 2010, s.199.

⁸⁷ Mark Neocloeus, "International Law as Primitive Accumulation; Or The Secret of Systematic Colonization", *The European Journal of International Law*, 2012, Vol.23, No.4, 941-962, p.960-961.

her iki kanadı tarafından onaylanarak Başkan'ın imzasına sunulan ve imzalanarak ortak karara dönüşen bir ortak önerge (joint resolution). Sözkonusu ortak karar ile savaş yetkilendirmesi yapmak aslında ABD'de çok istisnai bir uygulama değildir. Vietnam Savaşı'nda ve her iki Irak Savaşı'nda (1991 ve 2003'de) Kongre Anayasa'nın kendisine verdiği savaş ilan etme yetkisini kullanarak değil, yıllar içinde oluşan bir teamül kapsamında, yönetime yetkilendirme vererek kuvvet kullanımının yolunu açmıştır.⁸⁸ Böylelikle, AUMF ile birlikte, aslında sözü edilen gelenek devam ettirilerek Başkan'a kuvvet kullanımı için yetki verilmiş, bir anlamda yasamanın savaş tasarrufu peşinen yürütmeye devredilmiştir. Teamülden aldığı gücüne rağmen, AUMF, ABD iç hukuku açısından taşıdığı bazı sorunlu noktaları nedeniyle incelemeye değer bir karardır. Öncelikle, metnin içeriği yoruma oldukça müsaittir ve hukuki açıdan riskli genellemeler barındırmaktadır. Yalın bir dille yazılan kısa bir metin olan AUMF'de (bir buçuk sayfalık bir metindir) özet olarak, Başkan'ın terör saldırılarıyla doğrudan veya dolaylı ilgili gördüğü bütün uluslara, örgütlere ve kişilere karşı kuvvet kullanmayla yetkilendirildiği belirtilmiştir.⁸⁹ Böylece Başkan, Kongre kararı olmadan terör saldırılarını planladığına ve uyguladığına inandığı her ülkeye karşı saldırı düzenleyebilecektir. Ancak daha da ilgi çekici ve kaygı verici olan, metnin ikinci bölümünde bu yetkilendirmenin 'ileride vuku bulacak saldırıları önleme' amacını da taşıdığının belirtilmesidir.⁹⁰ Böylelikle, George W. Bush'a atfedilen ve esasen 2002 ABD Ulusal Güvenlik Stratejisi belgesinde açıklanacak olan 'önceden-saldırı' doktrini bir anlamda AUMF ile çok daha önceden ilan edilmiş ve hayata geçirilmiştir.⁹¹

⁸⁸ Merrill Jensen (editör), *The Documentary History of The Ratification of The Constitution, Volume II: Ratification by The States: Pennsylvania*, Wisconsin Historical Society Press, Madison, 1976; aktaran: Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith, "Congressional Authorization and The War on Terrorism", *Harvard Law Review*, May 2005, Vol.118, No.7, 2048-2100, p.2060.

⁸⁹ Joint Resolution. SEC. 2 (a). Metnin 'uluslar' (nations) kavramını kullanarak yaptığı ayırım ilgi çekicidir. AUMF, 'ülke'lere, 'devlet'lere veya 'hükümet'lere karşı değil, teröre doğrudan ve dolaylı destek veren 'belli ortak niteliklere sahip insan toplulukları'na karşı kuvvet uygulanmasını öngörmektedir. Önergenin bu özelliği literatürde fazla sorgulanmamıştır. Ancak AUMF'nin bu özelliği, yeni-muhafazakar yaklaşımın ideolojik söylemlerinden biri olan medeniyetler çatışması tezinin anafikriyle örtüşmesi nedeniyle, bu çalışmada olmasa bile konuyla ilgili başka bir araştırmada incelenmeye değerdir.

⁹⁰ Joint Resolution. SEC. 2 (a).

⁹¹ Önleyici-saldırı (preventive attack) doktrini ile sıklıkla karıştırılan önceden-saldırı (pre-emptive attack) doktrini, Afganistan ve Irak'a yapılan askeri müdahalelerle birlikte gündeme gelmişse de, resmi olarak 2002 Ulusal Güvenlik Stratejisi'nde (NSS 2002) açıklanmış bir kavramdır. Buna göre, ABD, teröristlere karşı meşru müdafa hakkını kullanmak için gerekirse tek başına hareket etmekten çekinmeyecek ve kendi halkını ve ülkesini korumak için tehdit gördüğü unsurlar harekete geçmeden onlara karşı önceden-saldırı düzenleyebilecektir. Önceden-saldırı, bir düşman saldırısı olasılığının güçlü olduğuna dair tehdit algısı üzerine yapılan, önleyici-saldırı ise, düşman saldırısının çok mümkün görünmediği ancak yine de bir tehdidin varlığına inanıldığı durumda yapılacak saldırıyı tanımlamak için kullanılmaktadır. NSS 2002'de kullanılan tanım önceden-saldırı olmakla birlikte, 9/11'e karşı meşru müdafa olarak gerçekleştirildiği öne sürülen askeri müdahalelerin hedefi olan ülke, örgüt ve kişilerin tehdit oluşturma kapasitelerine bakıldığında, bu savaşların daha çok önleyici saldırı niteliği taşıdığı sonucuna varılabilir. NSS 2002'de yer alan önceden-saldırı kavramıyla ilgili olarak bkz.: The National Security Strategy of The United States of America, September 2002, III., p.6. <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (Erişim tarihi: 19.11.2012). Önceden ve

AUMF, Kongre tarafından savaş ilanı yapılmadan kuvvet kullanımına cevaz vermesinin taşıdığı sakıncalar açısından da tartışılmıştır. Yasamanın onayı ve resmi savaş ilanı olmadan askeri güce başvurulması, ilke olarak bazı çevreler tarafından hukuka aykırı görülmüştür.⁹² Buna karşı olan görüş ise, süregelen politik davranışların (teamüllerin) ve uluslararası hukukta oluşan değişikliklerin savaş ilanını artık geçersiz kıldığını savunmuş ve Başkan'ın bir savaşı yürütmesi için tam yetkilendirilmesini sağlamak üzere resmi bir savaş ilanına gerek olmadığını belirtmiştir.⁹³ Yetkilendirmenin sebep ve sonuçları bu araştırmada tartışılmayacak kadar uzun ve karmaşıktır. Bu aşamada sadece şunu belirtmek gerekir ki, demokratik bir ülkede kuvvet kullanma yetkisinin tek bir otoritenin (Başkanlık sisteminde Başkan'ın) eline verilmesi çeşitli siyasi ve hukuki sakıncalar taşıyabilecek olan hassas bir karardır. Haklı dayanakları olan bir meşru müdafa veya terörle mücadele için yapılan yetkilendirmeler elbette bu kaidenin dışındaki istisnalardır. Ancak AUMF gibi tek yanlılık doktrinlerine hizmet eden yetkilendirme kararlarının genelde savaşları meşru kılacak suistimallere uygun hukuki gerekçeler yarattıkları ve bunların sonucunda ortaya çıkan siyasi ve hukuki sonuçların son derece vahim olduğu Afganistan müdahalesinde yaşanan acı tecrübelerde açıkça görülmüştür. Bu tecrübeler de, çalışmanın üçüncü bölümünde cevapları aranacak araştırma sorularının temelini teşkil edecektir.

Müdahalenin yukarıda sözü edilen başlıca uluslararası hukuk dayanakları, Güvenlik Konseyi'nin 1386 ve 1373 sayılı kararlarıdır. Her iki karar da uluslararası terörizme karşı 'gerekli bütün tedbirlerin alınması' gerektiğini vurgulayan bir lafza sahip olmakla birlikte, esasta hiçbirinde kuvvet kullanımını meşru kılan bir karar cümlesi yer almamaktadır. Konsey'in 1373 numaralı kararında, devletlerin bireysel ve kollektif meşru müdafa hakları olduğunu vurgulayan 1368 numaralı önceki kararına gönderme yapılarak, bu hakkın geçerliliği teyid edilmiş, BM Sözleşmesi'nin VII. maddesi kapsamında, öncelikle terörün finansmanının önlenmesi, terör örgütleriyle işbirliği yapan kişilerin mal varlıklarının dondurulması, teröre aktif veya pasif destek vermekten uzaklaşılması ve teröristler ile destekçilerinin adalet önüne çıkarılmasıyla ilgili kararlar alınmıştır.⁹⁴ ABD, Afganistan'daki operasyonlarını meşru

önleyici saldırı kavramları arasındaki fark ve konunun uluslararası hukuk açısından taşıdığı önem hakkındaki rapor için bkz.: Karl P. Mueller, Jasen J. Castillo, Forrest E. Morgan, Negeen Pegahi, Brian Rosen, *Striking First: Preemptive and Preventive Attack in U.S. National Security Policy*, 2006, RAND Corporation, p.1-15; p.121-182; p.189-211. Her iki kavramın meşru müdafa hakkı açısından değerlendirilmesi için bkz.: Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, USAK, Ankara, 2006, s.238-247.

⁹² Bradley, Goldsmith, "Congressional Authorization And The War on Terrorism", p.2058.

⁹³ a.g.e., p.2062.

⁹⁴ BMGK 1373 Sayılı Kararı [S/RES/1373 (2001)]. Söz konusu karardaki maddelerin tümüne burada yer verilmemiştir. Burada vurgulanmak istenen, kararda doğrudan kuvvet kullanımını işaret eden bir maddenin yer almamasıdır.

müdafa hakkına dayandırmak istemişse de, sözkonusu kararda bu fiile yönelik bir yetkilendirme yer almamaktadır.⁹⁵ 1386 numaralı kararın en önemli sonucu, 2001 yılında ülkede çöken devlet sistemini yeniden kurmak için Afganlı liderlerin kendi aralarında – ve elbette ABD ile BM’nin gözetiminde – yaptıkları Bonn Antlaşması çerçevesinde oluşturulan Afgan Geçici Yönetimi’ne Kabil ve çevresinde güvenliğin sağlanması için yardımcı olmak amacıyla ISAF’ın kurulmasına izin verilmiş olmasıdır.⁹⁶ Ancak 1386 ve 1373 sayılı kararlar Afganistan’da yürütülecek geniş çaplı bir askeri müdahale için ABD veya başka bir ülkeye herhangi bir yetki vermemiş, bu ülkedeki Taliban ve El-Kaide militanlarına karşı yürütülecek geniş çaplı bir silahlı çatışma için hukuki zemin oluşturmamıştır. Böyle bir askeri faaliyet için yetkilendirme ancak ISAF’ın sorumluluk bölgesini genişletmeyi öngören 1510 sayılı Güvenlik Konseyi kararı sonucunda elde edilebilmiştir.⁹⁷ Bu kararın 2003 yılında çıktığı göz önüne alınırsa, askeri müdahale sürecinde sürdürülen hareketlerin hukuktan önde gittiği, bir anlamda hukuki düzenlemeleri silahlı çatışma koşullarının yarattığı söylenebilir. Bir başka deyişle, hukuk – Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası topluluğun kolektif rızasını ne derecede yansıttıkları sorusu bir tarafa bırakılacak olsa bile – açıkça, savaşın dikte ettiği askeri ve politik gelişmelerin gerisinde kalmıştır.

2.1.3. Savaşın Başlangıcı ve Seyri

Savaş, ABD Merkezi Haberalma Ajansı’nın (Central Intelligence Agency-CIA) kontrolündeki Ulusal Gizli Servis’e (National Clandestine Service-NCS) bağlı Özel Operasyonlar Grubu’na (Special Operations Group-SOG) ait birliklerinin 26 Eylül 2001 tarihinde Afganistan’a girmesiyle başlamıştır.⁹⁸ Bu birliklerin asıl amacının aslında Bin Ladin’i tercihan ölü olarak ele geçirmek olduğu iddiası geniş çevrelerde

Karar için bkz.: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1373%282001%29> (Erişim tarihi: 19.11.2012) Ayrıca BMGK 1386 Sayılı Kararı [S/RES/1386 (2001)] için bkz.: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/708/55/PDF/N0170855.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 19.11.2012)

⁹⁵ Marjorie Cohn, “Bombing of Afghanistan is Illegal and Must Be Stopped”, *International Review of Contemporary Law*, 2002, Vol.51, Special ed., 51-58, p.53.

⁹⁶ <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7248.doc.htm> (Erişim tarihi: 19.11.2012)

Bonn Antlaşması’nın hazırlanması ve imzalanmasında BM’nin etkisi hakkında ayrıntılı bir araştırma için bkz.: Ebrahim Afsah, Alexandra Hilal Guhr, “Afghanistan: Building a State to Keep The Peace”, (editörler: A. von Bogdandy, R. Wolfrum), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2005, Vol.9, 373-456. Aynı antlaşmada ABD’nin etkisi hakkında bir değerlendirme için bkz.: www.stanford.edu/class/intnlrel193/readings/week6/afghan.html (Erişim tarihi: 19.11.2012)

⁹⁷ BMGK 1510 Sayılı Kararı [S/RES/1510 (2003)].

<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1510%282003%29> (Erişim tarihi: 20.11.2012)

⁹⁸ Bob Woodward, *Bush at War*, Simon and Schuster, New York, 2002, s.119-123. Woodward, bu operasyonu sözkonusu kitabında gerçek belge ve olaylara dayanarak ancak yarı-belgesel bir kurgu şeklinde anlatmıştır. Operasyonda rol alan SOG birlikleriyle ilgili bilgiler genellikle yüksek gizlilik derecesinde tasnif edilmiş olup, bu konuda yazılı birincil kaynaklar oldukça azdır. Konuyla ilgili ender haberlerden biri için bkz.: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1004145,00.html> (Erişim tarihi: 20.11.2012)

yankı bulmuştur.⁹⁹ Özel operasyon birlikleri o gün için bu hedeflerine ulaşamasa da, Taliban üzerinde büyük bir baskı yaratmayı başarmıştır. Afganistan'daki varlığına yönelik ciddi bir tehdit ile yüz yüze olduğunu anlayan Taliban, Bin Ladin'in üçüncü bir ülkede yargılanması için Amerikan makamlarına teklifte bulunmuş, ancak bu teklif ABD yönetimi tarafından reddedilmiştir.¹⁰⁰ Bu süreç içinde CIA'in düzenlediği suikast, sabotaj ve saldırılar artarak devam etmiş, bu eylemler sonucunda, aralarında 9/11'in planlayıcılarından biri olduğundan şüphelenilen Muhammed Atıf'ın da bulunduğu pek çok üst düzey El-Kaide lideri öldürülmüştür.¹⁰¹

ABD yönetiminin 'teröre karşı küresel savaş' adıyla popülist bir kimlik kazandırdığı asıl askeri hareket ise 7 Ekim 2001'de başlamış, ancak – muhtemelen politikacılar, silahlı kuvvetler mensupları ve istihbarat topluluğu uzmanlarından oluşan ulusal karar alma mekanizmasının muhattap olduğu şartların karmaşık olmasından dolayı – ilk başta net bir amaca sahip gibi görünmemiştir.¹⁰² Taliban'ın iktidardan uzaklaştırılması ve Bin Ladin'in ele geçirilerek El-Kaide'nin tasfiye edilmesi gibi birbirleriyle hem yakından ilintili hem de oldukça uzak iki ayrı amaca hizmet eden askeri hareketler, Kandahar bölgesinde yoğunlaşan hava bombardımanlarıyla devam etmiş, hedef olarak aralarında Molla Ömer'in de yer aldığı üst düzey Taliban yöneticileri seçilmiş ve Kasım ayı geldiğinde ülkenin önemli kentlerinden Mazhar-ı Şerif ele geçirilmiştir.¹⁰³ Savaşın amacındaki belirsizliklere rağmen, Taliban, ABD kuvvetlerinin yoğun saldırılarına fazla dayanamamış ve son çekilme noktası olan Kandahar'ı da kaybettikten sonra iktidardan fiili olarak çekilerek yerini Afgan Geçici Hükümeti'ne (Afghan Interim Authority-AIA) bırakmak zorunda kalmıştır.¹⁰⁴ 2002 yılının Haziran ayında Hamid Karzai AIA'nın liderliğine gelmiş, aynı sene BM Güvenlik Konseyi'nin 1413 sayılı kararıyla ISAF yönetimi Türk Silahlı Kuvvetleri'ne verilmiştir.¹⁰⁵

⁹⁹ a.g.e., p.122.

¹⁰⁰ <http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/17/afghanistan.terrorism11> (Erişim tarihi: 20.11.2012)

¹⁰¹ <http://www.chron.com/news/article/Taliban-confirms-death-of-Osama-bin-Laden-s-2035185.php> (Erişim tarihi: 20.11.2012)

¹⁰² Colin McInnes, "A Different Kind of War? September 11 and The United States' Afghan War" *Review Of International Studies*, 2003, Vol.29, 165-184, p.175.

¹⁰³ a.g.e., p.176.

¹⁰⁴ a.g.e., p.177.

¹⁰⁵ BMGK 1413 Sayılı Kararı [S/RES/1413 (2002)].

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/397/33/PDF/N0239733.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 20.11.2012). Bu tarihten bir yıl sonra, Kasım 2003'te, Hikmet Çetin'in NATO Kıdemli Sivil Temsilcisi olarak göreve gelmesiyle Türkiye'nin Afgansitan'daki rolü askeri müdahalenin ikinci yılından itibaren artmaya başlamıştır. Radikal İslam'a karşı verildiği söylenen bir çatışma çerçevesinde ISAF içindeki tek Müslüman ülke olarak Türkiye'nin savaşta oynadığı rol çeşitli araştırmalara konu olmuştur. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Afganistan'daki faaliyetleri hakkında bir değerlendirme için bkz.: Armağan Kuloğlu, "ABD'nin Yeni Afganistan Stratejisi ve Türkiye'nin Durumu" *Ortadoğu Analiz*, Ocak 2010, Cilt 2, Sayı 13, 59-64. ISAF'ın kronolojisi için bkz.: <http://www.isaf.nato.int/chronology.html> (Erişim tarihi: 20.11.2012).

ISAF'ın sorumluk bölgesini genişleten Güvenlik Konseyi kararından sonra, askeri müdahale, küreselleşen terör tehdidine karşı yapıldığı öne sürülen sınırları belirsiz bir meydan okumaya dönüşmüştür. Askeri birliklerin yanında hükümet-dışı kurumların da (non-government organization-NGO) çatışma sahalarında görev almasıyla birlikte, savaşın amacı büyük ölçüde dönüşüme uğramış, Taliban'ı devirme ve El-Kaide'yi tasfiye etme hedeflerine, ki yukarıda belirtildiği üzere bunlar bile başta çelişkili görülmüştür, ulus-inşaa, sağlık ve eğitim gibi yeni görevler eklenmiştir. Bu süreçte özellikle NGO'lar, diğer sivil toplum kuruluşlarıyla birlikte, yoksulluğun, uyuşturucu kaçakçılığının ve aşırılıkçı şiddetin önlenmesinde rol oynayacak aktörler olarak ülkede görev almaya başlamışlardır.¹⁰⁶ George W. Bush'un görev süresinin tamamlanmasının ardından 2008 yılında yapılan seçimleri kazanarak göreve gelen Barack Obama başkanlığındaki Demokrat Parti yönetimi de, her ne kadar daha sonra geri çekilme kararı verecekse de, 2009 Ocak ayında Afganistan'daki asker sayısını artıracığını açıklamış, bu artışın ülkedeki dengesizliğin giderilmesinde yardımcı olacağını iddia etmiştir.¹⁰⁷

Bush döneminde, 'teröre karşı küresel savaş' kavramı Amerikan dış politikasının kurucu felsefesi haline gelmiş, savaşı ulusal ve uluslararası kamuoyunda meşru göstermek isteyen çevreler, Taliban ve El-Kaide'nin temsil ettiği radikal İslami terörü, tarihsel ve jeopolitik içerikten yoksun, aniden beliren bir tehdit olarak sunmuşlardır.¹⁰⁸ Böylelikle, ABD yönetimindeki hegemonyacı zihniyet, kısmen Evanjelizm gibi dini referansların da etkisiyle, Afganistan'daki aşırılıkçı İslami saldırgan kimliğin deyim yerindeyse Batı'daki izdüşümünü oluşturmuştur. Taliban ve El-Kaide ne kadar marjinal bir İslam anlayışını temsil etmişse, dönemin

¹⁰⁶ NGO'lar ve diğer sivil toplum örgütlerinin askeri müdahaledeki rolleri için bkz.: ABD Savunma Bakanı Robert Gates'in 27 Ocak 2009'da yaptığı konuşma. "Remarks by Secretary of Defense Gates", January 27, *Foreign Policy Bulletin*, Fall 2009, 212-243, p.212. İslami terör örgütlerinin uyuşturucu kaçakçılığı nedeniyle gerek ABD gerek uluslararası topluluk için bir güvenlik tehdidi oluşturduğu savaş hakkındaki eleştirilerden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. 9/11'in planlayıcılarından olan ve halen ABD'de tutuklu bulunan Halid Şeyh Muhammed'in doksanlı yıllarda Güney Amerika'da uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili faaliyetlerde bulunduğu; aşırılıkçı Şii terör örgütü Hizbullah'a bağlı 50 militanın Paraguay, Arjantin ve Brezilya arasında bulunan ve Tri-Border olarak bilinen ortak sınır bölgesinde uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili faaliyet gösterdikleri bilinmektedir. ABD'ye bir yılda giren uyuşturucunun yüzde 90'ının Güney Amerika'dan geldiği düşünülürse, bu kişi ve örgütlerin narkotik trafiğinde oynadıkları rolün önemi daha iyi anlaşılabilir. İslami terör örgütlerinin uyuşturucu kaçakçılığı hakkındaki açıklaması için bkz.: Anayurt Güvenlik Bakan Yardımcısı Charles Allen'in konuşması: "Remarks by Homeland Security Under Secretary Allen", October 8, 2008, *Foreign Policy Bulletin*, Fall 2009, 212-243, p.62.

¹⁰⁷ a.g.e., p.227.

¹⁰⁸ Amy Zalman, Jonathan Clarke, "The Global War on Terror: A Narrative in Need of a Rewrite", *Ethics & International Affairs*, Summer 2009, Vol.23, Issue 2, 101-113, p.101, p.103. Kuşkusuz El-Kaide'nin ve Taliban'ın temsil ettiği tehdit birdenbire oluşmamıştır ve yazarlar 'tarihsel ve jeopolitik içerikten yoksun' tanımını bu anlamda kullanmamışlardır. Radikal İslam'ın şiddete başvurma geçmişi, bu araştırmanın başında da açıklanmaya çalışıldığı üzere, Afganistan'ın Sovyetler Birliği tarafından işgaline kadar dayandırılabilir. Etik olmayan ve yazarların burada vurgulamak istedikleri, muhtemelen, 2001-2008 döneminde ABD'de işbaşında olan 'liberal şahinler'in ve 'yeni-muhafazakarlar'ın 9/11 saldırısını kullanarak aşırılıkçı İslami terör tehdidini 'yeni' ve 'benzersiz' bir tehlikeymiş gibi sunmaları ve Afganistan ile Irak'taki savaşları bu şekilde meşru göstermeye çalışmalarıdır.

Cumhuriyetçi yönetimi de, gerek söylem gerek icraatlarıyla, o derecede uç, aykırı, tahakkümcü ve kibirli bir anlayışın temsilcisi olmuştur.¹⁰⁹ Bu siyasi çerçevede yürütülen savaş süresince silahlı çatışma hukuku kapsamındaki temel ilkelerin ihlal edilmiş olduğuna yönelik iddiaların ortaya çıkması aslında çok da şaşırtıcı değildir. Üçüncü bölümde görüleceği üzere, ABD silahlı kuvvetleri, hedef bölgelerinde sivil-asker ayrımı gözetmeksizin ateş açmış, öldürücü güç kullanmış, Taliban üyesi veya El-Kaide militanı oldukları şüphesiyle sayısız sivil tutuklayarak adil yargılanma haklarından yoksun şekilde uzun süre alıkoymuştur.¹¹⁰ Alıkoymaların yargılandıkları mahkemeler Yönetim'den bağımsız hale getirilememiş, askeri mahkemelerdeki üye atamaları ve kimlerin yargılanabileceği kimlerin yargılanamayacağı gibi hukuki konular neredeyse tamamen Başkan ve Savunma Bakanı'nın tasarrufuna bırakılmıştır.¹¹¹ Savaşta gereksiz acıya sebebiyet verebilecek olarak silah ve mühimmatın kullanılmaması konusunda gerekli hassasiyet gösterilmemiş, sözkonusu silah ve mühimmatın kullanımını düzenleyen silahlı çatışma hukuku kural ve ilkelerine de uyulmamıştır. ABD'nin askeri müdahale kapsamında düzenlediği saldırılarda seyretilmiş uranyum ve salkım bombası kullanmış olması, akademik uluslararası hukuk çevrelerinde Cenevre Sözleşmeleri'nin açık bir ihlali olarak yorumlanmıştır.¹¹² Özünde haklı bir gerekçeye dayalı olmasına rağmen, 'liberal şahinler' ve 'yeni-muhafazakarlar' gibi grupların küresel ekonomik ve jeopolitik egemenlik arayışlarıyla amacından saptırılan bu savaşın, ileriki bölümlerde görüleceği üzere, silahlı çatışma hukuku kurallarına uygun olarak yürütülmesi de elbette mümkün olamayacaktır.

¹⁰⁹ İlgili çekici olan, aynı süreç içinde aşırılıkçı İslami anlayışın da paralel bir dönüşümle bir takım Batılı değerleri sahiplenerek kültürel bir dönüşüm geçirmesidir. ABD'nin Afganistan'dan sonra Irak'a karşı da kuvvete başvurusuyla cihad yanlılarının propoganda amacıyla interneti yaygın olarak kullanmaya başlamaları bu dönüşümün bir örneği olarak görülebilir. Bunlardan biri olan www.tajdeed.org.uk, cihad söylemini Vahabi İslam anlayışı çerçevesinde temsil etmesiyle tanınmıştır ve son derece yüksek ziyaretçi sayısına sahiptir. Şiddet yanlısı İslami örgütlerin internetteki faaliyetleriyle ilgili bir araştırma için bkz.: Wael Adhami, "The Strategic Importance of The Internet for Armed Insurgent Groups in Modern Warfare" *International Review of The Red Cross*, December 2007, Vol.89, No.868, 857-878, p.857-878.

¹¹⁰ Human Rights Watch Raporu, *Enduring Freedom: Abuses by U.S. Forces in Afghanistan*, 2004, Vol.16, No.3 (C), p.2.

¹¹¹ Peter G. Danchin, "Transitional Justice In Afghanistan: Confronting Violations Of International Humanitarian And Human Rights Law", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2001, Vol.4, 3-51, p.34. Silahlı çatışma hukuku ihlalleri henüz savaşın başında uluslararası toplulukta yankı bulmaya başlamış, aralarında hükümet-dışı kuruluşların olduğu sivil toplum örgütleri, ABD ve Kuzey Koalisyonu birliklerinin çatışmalar sırasında sistematik ve geniş çaplı suistimaller yapıldığını öne sürmüştür. Savaşın ilk günlerindeki sivil toplum kuruluşlarının tepkileri hakkında özet değerlendirme için bkz.: Khabir Ahmad, "Human-rights Concerns Raised About Northern Alliance", *The Lancet*, 2001, Vol.358, s.1701. Savaş sırasında silahlı çatışma hukukunun uygulanmasıyla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Charles Garraway, "Afghanistan and The Nature of Conflict", Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, Naval War College, Newport, 2009.

¹¹² Marjorie Cohn, "United States Violation of International Law in Yugoslavia, Afghanistan and Iraq", Joakim Nergelius, Pasquale Policastro, Kenji Urata (ed.), *Challenges of Multi-Level Constitutionalism*, Polpress Publisher, Chicago, 2004, 233-249, p.238.

2.1.4. Savaşın Sonucu

2002 yılında AIA'nın liderliğine gelen Hamid Karzai, 2004 yılında düzenlenen ilk seçimlerde Devlet Başkanı seçilmiş, ISAF'ın sorumluluk bölgesi batı ve güney Afganistan'a doğru genişletilmiş, 2008-2009 yılları arasında demokratikleşme süreci kapsamında seçmen listeleri belirleme çalışmaları gerçekleştirilmiştir.¹¹³ Bu çalışmaların tamamlanmasının ardından, 66 ülkenin katılımıyla 28 Ocak 2010'da Londra'da Afganistan Konferansı gerçekleştirilmiş, bu faaliyet kapsamında ülkedeki güvenliğin Afgan güçlerine devredilmesi, Afgan ordusu ve polis güçlerinin personel sayısının 2011 yılı sonunda sırasıyla 171.000 ve 134.000'e çıkarılması, buna mukabil, eğitimden sorumlu yabancı destek kuvvetlerindeki personelin artırılması, ülkelere dönecek Afgan mültecilere yardımcı olacak yaşam koşullarının oluşturulması için terörle ve uyuşturucuyla mücadelede bölgesel işbirliğinin artırılması gibi konularda uzlaşmaya varılmıştır.¹¹⁴ Müdahalenin dönüm noktalarından biri 2 Mayıs 2011'de Üsâme Bin Ladin'in Pakistan'ın Abbottabad kentinde saklandığı evde ABD kuvvetleri tarafından öldürülmesi olmuştur.¹¹⁵ Olayın hemen akabinde Deniz Kuvvetleri'ne bağlı SEAL timleri ve CIA'ye bağlı bir özel hareket grubu tarafından gerçekleştirilen hareketin hukuka uygun olup olmadığı tartışılmış, ancak ABD Adalet Bakanlığı bunun meşru müdafaa çerçevesinde gerçekleştirilen bir eylem olduğunu belirtmiştir.¹¹⁶

ABD kuvvetlerinin Afganistan'dan geri çekilme planı ilk defa 22 Haziran 2011 tarihinde Başkan Obama tarafından açıklanmış, sözü edilen tarihten bir ay sonra 10.000 kişilik bir kuvvetin ülkeye geri döneceği bildirilmiştir.¹¹⁷ 2012 sonbaharında ise 33.000 kişilik bir gücün daha geri çekilerek Afganistan'da görevli ABD asker sayısının 68.000'ine indirileceği açıklanmıştır.¹¹⁸ Plana göre 2013 yılında ABD ve ISAF'ın silahlı çatışma hareketleri sona erdirilecek, 2014 yılında da geri çekilme

¹¹³ <http://www.isaf.nato.int/chronology.html> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹¹⁴ <http://afghanistan.hmg.gov.uk/en/conference/london-conference/outcomes/> (Erişim tarihi: 22.11.2012) Konferans sırasında söz alan dönemin Britanya Başbakanı Gordon Brown, El-Kaide'ye hitaben "Sizi yeneceğiz. Sizi sadece savaş meydanında değil, bu dünyadaki ve özellikle Afganistan'daki insanların kalplerinde ve zihinlerinde de yeneceğiz." şeklinde bir konuşma yapmıştır. Konuşmanın lafzından da anlaşılacağı üzere, 2010 yılında bile El-Kaide ve Taliban'ın oluşturduğu güvenlik tehditleri son bulmuş değildir. Brown'ın konuşması için bkz.: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8484878.stm (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹¹⁵ <http://www.nytimes.com/2011/05/02/world/asia/osama-bin-laden-is-killed.html?pagewanted=all> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹¹⁶ <http://www.guardian.co.uk/world/2012/mar/05/attorney-general-targeted-kill-programme> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹¹⁷ "Remarks by President Obama, June 22, 2011", *Foreign Policy Bulletin*, September 2011, 164-183, p.78.

¹¹⁸ www.huffingtonpost.com/2011/06/22/obama-afghanistan-troop-withdrawal_n_882451.html (Erişim tarihi: 22.11.2012). Bu araştırmanın yazımı sırasında bu süreç halen devam etmektedir.

tamamlanmış olacaktır.¹¹⁹ Geri çekilmeden sonra ABD ve Afgan hükümetlerince izlenecek politikalar, 4 Temmuz 2012 tarihinde iki ülkenin hükümetleri tarafından imzalanan ABD-Afganistan Stratejik İşbirliği antlaşması ile somutlaştırılmış, bu çerçevede ortak demokratik değerlerin savunulması ile bölgesel güvenlik ve işbirliğinin güçlendirilmesi gibi konularda mutabakat sağlanmıştır.¹²⁰

Afganistan'daki Taliban rejimini devirip ülkeyi demokratikleştirmeyi hedefleyen askeri müdahale sonucunda kimin galip çıktığını keşfetmek ve bu galibin elde ettiği kazanımları sıralamak, bir başka deyişle savaşın sonucu hakkında analitik bir yorum yapmak oldukça güçtür. Bunun birinci nedeni, müdahalenin gerçekten hangi gerekçelerle başlatıldığı, savaşın tarafların arkasında kimlerin olduğu ve bu araştırmanın yazım tarihi itibarı ile tarafların hangi amaçlarına ulaşmış hangilerine ulaşamadıkları gibi bir dizi karmaşık sorunun cevaplarının olmayışı veya verilebilecek cevapların kendi aralarında farklılıklar taşımasıdır. İkinci nedeni ise, elbette bizatihi savaşın henüz sonuçlanmamış oluşudur. Yoğunluğu düşük de olsa, Afganistan'da Taliban'la ISAF arasındaki çatışmalar halen devam etmektedir. Bu nedenle, burada müdahalenin sonucuyla ilgili çıkarımlarda bulunulmayacak, araştırmanın silahlı çatışma hukukunu kapsayan bundan sonraki bölümüne esas teşkil etmek üzere, Afganistan savaşının hangi tür bir silahlı çatışma olduğu ve hangi hukuki düzenlemelerinin kapsamına girdiği üzerinde bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

2.1.5. Afganistan Savaşının Sınıflandırılması ve Savaşa Uygulanabilir

Kanun

Sözlük anlamıyla savaş, bir ülke içinde değişik ülkeler veya değişik gruplar arasında meydana gelen silahlı çatışma durumu olarak tanımlanabilir.¹²¹ Prusyalı general ve savaş kuramcısı Carl von Clausewitz'e göre, savaş, 'düşmanı kendi istediğimizi yapmaya mecbur bıraktıracak şekilde kuvvet kullanmak'tır.¹²² Savaşın

¹¹⁹ Başkan Obama, geri çekilmenin 2014'te tamamlanacağını açıklamışsa da, bu araştırmanın yazımı sırasında konuyla ilgili kesin bir takvim belirlenmiş değildir. Geri çekilmenin yıllara göre yapılmış bir taslak planı için bkz.: http://www.longwarjournal.org/archives/2012/03/us_withdrawal_from_a.php (Erişim tarihi: 22.11.2012) NATO'nun Lizbon Zirvesi'nde geri çekilmeye ilişkin aldığı karara ait bir yorum-haber için bkz.: <http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/20/nato-afghanistan-2014-withdrawal-lisbon> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹²⁰ US-Afghanistan Strategic Partnership Agreement, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/05/01/fact-sheet-us-afghanistan-strategic-partnership-agreement> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹²¹ <http://oxforddictionaries.com/definition/english/war> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹²² Carl von Clausewitz, *On War*, Pelican Classics, London, 1968, s.101. Clausewitz, kendi ifadesiyle, genelde çağının uluslararası hukuk uzmanları tarafından yapılan karmaşık savaş tanımlarına karşı olmuştur. *On War (Savaş Üzerine)* adlı eserinde, savaş kavramını anlaşılabilir kılmak için olabildiğince kısa ve açık tanımları tercih etmesi dikkat çekicidir. Clausewitz sonrası modern ve postmodern yaklaşımlarda ise, kavramın anlamını değiştirmeye yönelik dikkate değer tanımlama çalışmaları olmasa da, içeriğini açıklamak üzere farklı paradigmalara geliştirilmiştir. Savaşın nedenlerini farklı analiz

çeşitlerini (tipolojisini) açıklamak üzere farklı kaynaklarda farklı yaklaşımlar benimsenmişse de, literatürde başlı üç değişik çatışmanın varlığı kabul edilmektedir. Bunlar, uluslararası silahlı çatışma, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma ve uluslararasılaştırılmış silahlı çatışmadır.

Uluslararası silahlı çatışma, devletler arasındaki silahlı çatışmayı belirtmekte olup, buradaki 'devlet' tanımından kastedilen, silahlı çatışma hukukunun birincil kaynağı olan Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olan ülkelerdir.¹²³ Bu tip çatışmalar, Cenevre Sözleşmeleri'ndeki Ortak Madde 2.1'de yer alan "harp ilanında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çıkabilecek silahlı anlaşmazlık" cümlesiyle belirtilmiş olup, iki bağımsız devlet arasında vuku bulabilecek savaşları tanımlamaktadır.¹²⁴ Mevcut bir silahlı çatışmaya üçüncü bir ülkenin askeri müdahalesi ise savaşı uluslararasılaştırılmış silahlı çatışma kategorisine sokmaktadır.¹²⁵ Uluslararasılaştırılmış olarak tanımlanan çatışma, Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan bir savaş türü olmayıp, daha çok 2. Dünya Savaşı sonrası dönemin değişen askeri-politik şartlarının sonucu olarak kavramsallaştırılmış bir olguyu ifade etmektedir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar ise, başlıca iki sözleşmenin esas alınmasıyla tanımlanmakta olup, bunlar, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 3. ortak maddesi ve 1977 tarihli Ek Protokol 2'nin (P2) 1. maddesidir. Ortak Madde 3, bu tip bir çatışmayı "Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birinin toprakları üzerinde uluslararası olmayan özellikte bir silahlı anlaşmazlık" olarak tanımlamaktadır.¹²⁶ Cenevre Sözleşmeleri, Ortak Madde 3'ün ne zaman uygulanacağını söyleyen belirli bir açıklama getirmemiştir. Ancak literatürde ilgili maddenin uygulanabilirliğini

düzeylerinde ele alan en önemli kuramsal yaklaşımlardan biri için bkz.: Kenneth Waltz, *Man, The State, and War*, Columbia University Press, New York, 1959. Yirimbirinci yüzyılda teknolojinin savaşa etkisi hakkında bkz.: Alvin Toffler, Heidi Toffler, *21. Yüzyılın Şafağında Savaş ve Savaş Karşısı Mücadele*, Sabah Kitapları, İstanbul, 1994. Askeri müdahale olgusunun emperyal doğasına karşı eleştirel bir yaklaşım için bkz.: Chris Hables Gray, *Postmodern Savaş: Yeni Çatışma Politikası*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

¹²³ Sylvain Vite, "Typology Of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts And Actual Situations", *International Review of The Red Cross*, March 2009, Vol.91, No.873, 69-94, p.71.

¹²⁴ Cenevre Sözleşmeleri, amacı gereği, esasta savaşın tipolojisine ilişkin tanımlayıcı-sınıflandırıcı bir çaba içerisinde olmamıştır. Ancak Ortak Madde 2 ve 3, sırasıyla uluslararası olan ve olmayan çatışmalarda uyulacak kuralları düzenlediği için, literatürde savaşın türlerini belirlemeye yardımcı olan ana kaynaklardan biri olarak kabul görmektedir. Bu çalışmada atıfta bulunulan Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller'in tümü, hazırlanmalarındaki büyük tarihi ve hukuki rolü nedeniyle, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin (International Committee of The Red Cross-ICRC) internet sitesindeki ilgili sayfadan alınmıştır. Bu sayfada yer alan Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 2.1. ile Sözleşme ve Protokoller'in tamamı için bkz.: <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp> (Erişim tarihi: 15.12.2012). Ayrıca Cenevre Sözleşmeleri'nin bütünü, Ortak Madde 2, Ortak Madde 3 ve Ek Protokol metinleriyle ilgili bir derleme ve kapsamlı bir yorum için bkz.: Atalay Kocatepe, *Silahlı Çatışma Hukuku Açısından Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri El Kitabı*, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 2006.

¹²⁵ Vite, "Typology Of Armed Conflicts In International Humanitarian Law", p.71.

¹²⁶ <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

saptamak için başlıca iki ölçütün kullanıldığına dair genel bir uzlaşısı mevcut görünmektedir. Bunlardan birincisi, birbirleriyle savaşı en az iki tarafın var olması; ikincisi, çatışmanın yoğunluğudur.¹²⁷ Bu görüşün kuvvet aldığı temel dayanak ise, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların hangi şartlar altında meydana gelmiş olabilecekleri konusunda bugün genel kabul gören bir metin şeklinde değerlendirilmekte olan EYUCM'nin Tadiç temyiz kararıdır. Söz konusu karara göre, bir silahlı çatışmanın varlığından söz edilebilmesi için “devletler arasında bir silahlı güce başvurulduğunda ya da hükümet otoriteleriyle örgütlü silahlı gruplar arasında veya bir devlet içinde bu grupların kendi aralarında uzun süreli silahlı şiddet bulunması” gerekli ve yeterli koşulu oluşturmaktadır.¹²⁸ Buradan da anlaşılacağı üzere, Tadiç kararının üzerinde durduğu temel iki unsur, uzun süre devam etmekte olan (protracted) bir çatışmanın varlığı ve taraflardan birinde, ki burada devlet otoritesine karşı savaşı güçler kastedilmektedir, kayda değer düzeyde bir örgütlenmenin (organization) oluşudur.¹²⁹ Tadiç Yargı Dairesi kararına göre de, örgütlenmenin dışındaki kriter, çatışmanın yoğunluğu (intensity) şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁰

ABD'nin ISAF ile birlikte gerçekleştirdiği askeri müdahale ise, bütün bu sınıflandırma ve tanımlama girişimlerinin dışında, çatışmaların başından beri, hatta daha da önce, ‘teröre karşı küresel savaş’ gibi popülist bir kavramla anılagelmiş, ABD kamuoyu ve uluslararası topluluk, bu kavram doğrultusunda yaratılmak istenen bir algı ile kuşatılmaya çalışılmıştır. Kuşkusuz ABD, bu kavramla yeni bir savaş tipi yarattığı iddiasında değildir. Ancak böylesine politize edilmiş ve kitleler tarafından benimsenmesi kolay olan bu stereotip nitelendirme pek çok bakımdan eleştiriye açıktır. Birincisi, buradaki düşmanın kimliğini saptamanın zorluğudur. Terörist (ve terör) olarak nitelenen gerçekte kimdir (nedir)? Bu kavramların ifade ettiği tehdit ile bir tür ideoloji mi yoksa bir tür pratik veya somut bir kişi mi kastedilmektedir? İkincisi, bu savaşın sonucunda kazanılacak zaferi tanımlamanın zorluğudur. ‘Küresel savaş’ gibi son derece yoruma açık, soyut bir kavram ile tanımlanan bir çatışmada zafer

¹²⁷ Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets The Eye”, *International Review of The Red Cross*, March 2011, Vol.93, No.881, 189-225, p.191, p.192.

¹²⁸ Prosecutor v. Dusko Tadic, Üstyargılama Dairesi Ara Kararı, Decision on The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1.

Karar için bkz.: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹²⁹ Tadiç kararı hakkında bir yorum için bkz.: Alison Duxbury, “Drawing Lines in The Sand: Characterising Conflicts for The Purposes of Teaching International Humanitarian Law”, *Melbourne Journal of International Law*, 2007, Vol.8, 259-272, p.264. Aynı kararın terör saldırıları ve silahlı çatışma hukukuyla ilişkisine dair bir araştırma için bkz.: Andrea Bianchi, “Terrorism and Armed Conflict: Insights From a Law&Literature Perspective”, *Leiden Journal of International Law*, 2011, Vol.24, 1–21. Kararın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların tanımlanmasına katkıları konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Fatma Taşdemir, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.190-197.

¹³⁰ Prosecutor v. Du[ko tadi] a/k/a/ “Dule”, EYUCM Yargı Dairesi Kararı, IT-94-1-T, para.562, p.193.

‘dünyada hiçbir teröristin kalmayacağı gün’ olarak mı anlaşılmalıdır? Üçüncüsü, böyle bir savaşın başlama ve bitiş noktalarının saptanma güçlüğüdür. Bu derecede geniş bir çatışma hangi şartların gerçekleşmesi durumunda, hangi topraklarda başlamış ve bitmiş olarak kabul edilecektir? Dördüncü zorluk ise, ‘savaş’ ile ‘terör’ ve ‘tehdit’ gibi kavramları ayırt etme gerekliliğidir. Hangi hareket savaş, hangi hareket terör eylemi olarak sınıflandırılacaktır?¹³¹ Teröre karşı savaş tanımının, ABD’nin narkotik operasyonlarını tanımlamak ve meşru kılmak üzere uzun yıllardır kullandığı ‘uyuşturucuya karşı savaş’ (war on drugs) kavramından daha tutarlı ve nesnel bir anlam taşıdığını savunabilmek güçtür. Büyük ölçüde dönemin ‘liberal şahin-yeni-muhafazakar’ iktidar seçkinleri tarafından sloganlaştırılan bu tanım, daha çok küresel ve bölgesel politik çıkarlar uğruna verilen bir savaşı meşru gösterebilmek adına kullanılan bir klişe işlevi taşır gibi görünmektedir.¹³²

ABD’nin Afganistan’da gerçekleştirdiği askeri müdahalenin hangi tür silahlı çatışma olduğunu belirlemek, iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, bütün hukuk dallarında olduğu gibi, silahlı çatışma hukukunun da bir ayrıma tabi tutulması halinde, araştırmacıların olay ve olguları daha belirgin bir çerçevede değerlendirebilmesinin mümkün oluşudur. İnsanların, özellikle bilim insanlarının, sınıflanabilen kavramlarla çalışırken kendilerini daha rahat ve organize olmuş hissettikleri bir gerçektir. İkinci neden ise, müdahale sırasında meydana gelen silahlı çatışma hukuku kurallarının ihlaliyle ilgilidir. Hangi kuralların ihlal edildiğini belirleyebilmek için, çatışmanın hangi antlaşmanın hangi maddeleriyle tanımlanan ne tür bir çatışma sınıfına girdiğini belirlemek şarttır.

ABD’nin Afganistan’da gerçekleştirdiği askeri müdahale ile başlayan savaş, yukarıda yapılan tarihsel gelişim göz önünde bulundurularak, çatışmaların başladığı Ekim 2001 ile ülkenin AIA yönetimi altına girdiği Haziran 2002 arasındaki dönemde uluslararası silahlı çatışma; bu tarihten günümüze kadar uzanan dönemde ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma şeklinde sınıflandırılabilir. Bugün silahlı çatışma hukuku otoritelerince de kabul gören sınıflandırma bu şekildedir.¹³³

¹³¹ Francois-Bernard Huyghe, “The Impurity Of War”, *International Review of The Red Cross*, March 2009, Vol.91, No.873, 21-34, p.26, p.27.

¹³² Yukarıda da belirtildiği üzere, ABD daha yoğun bir diplomatik çaba sarfedip askeri müdahale için BM Güvenlik Konseyi’nden kuvvet kullanımını meşru kılabilcek bir karar çıkarabilseydi ve bu müdahaleyi bir takım emperyal hesapların uzantısı olarak görmeseydi, hiç kuşkusuz bu tip kitlesel ikna ve rıza yaratma sloganlarına ihtiyacı kalmayabilir, savaş sağlam bir hukuki zemine oturtulabilirdi. Hukuken olması gereken de buydu. Zira, 9/11’in ABD’ye karşı yapılan barbarca bir saldırı olması, bu ülkenin meşru müdafa hakkını kullanırken uluslararası hukuk kurallarından münezzeh olacağı anlamına gelmemektedir.

¹³³ http://www.geneva-academy.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=1

(Erişim tarihi: 22.11.2012). Silahlı çatışma hukuku ve Afganistan hakkında Stanford Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan ayrıntılı bir rapor için bkz.: Catherine Baylin, Nicholas Reed, Julian Simcock (ed.), *An Introduction to International Law for Afghanistan*, Afghanistan Legal Education Project (ALEP), Palo Alto, 2011.

Böylelikle, sözkonusu savaş için geçerli olan uygulanabilir kanun (applicable law) ve maddeler de, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yer alan Ortak Madde 3; 1977 tarihli P2 ve diğer bütün ilgili örf-adet hukuku hükümleri olmaktadır.¹³⁴ Bir başka görüş ise, çatışmanın üç ayrı safhası olduğunu ileri sürmekte ve bunları kronolojik bir sıralamaya tabi tutarak, Taliban-Kuzey Koalisyonu çatışması (uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma), Taliban-ABD arasındaki çatışma (uluslararası silahlı çatışma) ve ABD liderliğinde gerçekleştirilen askeri müdahale (uluslararası silahlı çatışma) şeklinde sınıflandırmaktadır.¹³⁵ Bu yaklaşımın esas alınması durumunda ise 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne ait Ortak Madde 2'nin ve 1977 tarihli P1'in geçerli hukuk kuralları olarak kabul edilmeleri gerekecektir ki, ileride görüleceği üzere, özellikle P1'in uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için de belirleyici bir takım normlar içermesi, bu tip çatışmalarda ilgili kanun olarak ele alınabileceği şeklinde yorumlara neden olmuştur. Bu nedenle, bu çalışmada P1 de uygulanabilir kanun olarak değerlendirilecek, sözkonusu protokolün kapsamına giren suçların da temel silahlı çatışma hukuku ihlallerini oluşturduğu varsayılacaktır.

Afganistan'da gerçekleştirilen askeri müdahale sırasında, bu araştırmanın üçüncü bölümünde de gösterilmeye çalışılacağı üzere, silahlı çatışma hukuku kapsamındaki önemli kurallar ve ilkeler ihlal edilmiştir. Bu bölümde amaç, bu kuralları ve ihlalleri sıralamak değil, çatışmanın ne şekilde sınıflandırılabilirliğini saptamak olduğu için sözkonusu kurallara ve bu kuralların yer aldığı antlaşma ve maddelerin tümüne yer verilmemiştir. İhlal edilen kurallar ile bu kuralların yer aldıkları antlaşma ve maddeler üçüncü bölümde incelenecektir.

2.2. SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKU

Akademik yazın alanında Uluslararası İnsancıl Hukuk (International Humanitarian Law-IHL) adıyla bilinen, askeri literatürde ise daha çok silahlı çatışma hukuku (Law of Armed Conflict-LOAC) olarak tanımlanan kavram bir ve aynı olup, devletler hukuku kapsamında yer alan bir hukuk dalıdır.¹³⁶ Bu bölümde, Afganistan savaşında temel ilke ve kurallarının ihlal edildiği öne sürülen silahlı çatışma

¹³⁴ http://www.geneva-academy.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=1
(Erişim tarihi: 22.11.2012)

¹³⁵ Annysa Bellal, Gilles Giacca, Stuart Casey-Maslen, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", *International Review of The Red Cross*, March 2011, Vol.93, No.881, 47-79, p.5-6.

¹³⁶ Uluslararası hukukun tarihsel gelişimi, kaynakları ve tasnif edilmesiyle ilgili güncel ve temel bir çalışma için bkz.: Ademola Abass, *International Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

hukukunun içeriğini daha kapsamlı şekilde kavrayabilmek adına, bu hukuk alanının tarihsel gelişimi, sağladığı güvenceler ve temel ilkeleri üzerinde durulacaktır.

2.2.1. Tarihsel Gelişimi

En yalın tabirle savaşta uyulması gereken kurallar olarak tanımlanabilecek silahlı çatışma hukukunun tarihsel gelişiminde belli bir başlangıç noktasından bahsedebilmek oldukça güçtür. M.Ö. 2000'li yıllarda Babil Kralı Hammurabi tarafından yazılan savaş kuralları ve eski Hindistan'da yazılmış *Mahabharata* ile *Manu Kuralları*'na kadar dayandırılabilen bir geçmişe sahip olan silahlı çatışma hukuku metinleri, milattan sonraki asırlarda aralarında Sultan Selahaddin Eyyübi tarafından Kudüs Savaşı sonrasında yaralılara yapılacak muameleleri düzenlemek amacıyla yazdırılmış kuralların da olduğu pek çok kaynaktan ifade bulmuştur.¹³⁷ Uluslararası hukukun kurucularından biri olarak bilinen Hollandalı hukukçu Hugo Grotius'un 1625 yılında yazdığı *De Jura Belli Ac Pacis, Libri Tres* (Savaş ve Barış Hukuku Üzerine, Üç Kitap), 30 Yıl Savaşları'nda tarafların birbirlerine karşı uyguladığı vahşet üzerine kaleme alınmış olup, savaş kurallarına uyma yükümlülüğünü ve köleliğe karşı çıkılması gerektiğini ilk defa savaş hukuku (*jus in bello*) kapsamında değerlendirmesi açısından önemlidir.¹³⁸

18. yüzyılda teknolojinin gelişmeye başlamasıyla birlikte savaşların yıkıcılığı artmaya başlamış, buna bağlı olarak silahlı çatışmalarda daha büyük sayılarda asker ve sivil zayıatları görülmeye başlanmıştır. Savaş cephelerinde yaşanan bu olumsuz gelişmeler üzerine dönemin devlet liderleri, ordu mensupları ve hukukçuları arasında savaş mağdurlarına insancıl muamele edilmesi gerektiğine dair farkındalık artmış, böylelikle savaşlarda uyulması gereken kurallarla ilgili çalışmalarda nitelik ve nicelik açısından önemli gelişmeler meydana gelmiştir. 1785'de Prusya ve ABD arasında bir Dostluk Antlaşması imzalanarak savaş esirlerine uygulanacak muameleler belli kurallara bağlanmış, 1854'de Rusya Kraliçesi Helena Pawlowna'nın da girişimleriyle Kırım Savaşı'nın ardından cepheden yaralanan askerler için bir sağlık kolordusu kurulmaya çalışılmıştır. 1863'de ise, Columbia Üniversitesi'nden Dr. Francis Lieber tarafından çağdaş silahlı çatışma hukuku kurallarının atası olarak tanımlanabilecek Lieber Kodu (Lieber Code) hazırlanmış, bir

¹³⁷ Kocatepe, *Silahlı Çatışma Hukuku Açısından Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri El Kitabı*, s.6-7.

¹³⁸ a.g.e., s.7-8.

sahra talimnamesi niteliğindeki bu kılavuz ile kara savaşı hukuku kuralları ilk defa çağdaş bir kanun metni kapsamında düzenlenmeye çalışılmıştır.¹³⁹

İşte bu tarihsel gelişim süreci üzerine de, silahlı çatışma hukukunun en önemli kaynaklarından birini oluşturan La Hey Sözleşmeleri inşa edilmiştir. 1899 ve 1907 yıllarında Hollanda'nın La Hey kentinde gerçekleştirilen iki ayrı konferansta imzalanan antlaşmalarla, kara ve deniz savaşlarında uyulması gereken kurallar üzerinde uzlaşmaya varılmış, bu kapsamda, savunmasız köy ve kasabalara yapılacak saldırılar yasadışı ilan edilmiş, gereksiz acıya neden olacak silahların kullanımı yasaklanmıştır.¹⁴⁰ 1899'da düzenlenen konferansın en önemli sonuçlarından biri, Rus delegesi Fyodor Fyodorovich Martens tarafından önerilen ve Martens Şartı (Martens Clause) olarak bilinen temel insancıl hukuk ilkesidir. Buna göre, "Daha bütüncül bir savaş hukuku kuralı yayınlanıncaya kadar, Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendilerince kabul edilmiş bu sözleşmede bulunmayan durumlarda, toplumların ve savaşan tarafların, medeni devletler arasındaki uygulamalarla, insani hukuk kanunlarıyla ve kamusal bilincin gereklilikleriyle oluşan uluslararası hukukun koruması ve yönetimi altında kalacağını düşünmenin uygun olduğunu ilan ederler."¹⁴¹ Her ne kadar bugün devletler şartta sözü edilen 'daha bütüncül bir savaş hukuku'na sahiplerse de, lafzı ve amacı göz önüne alındığında, *Martens Şartı*'nın, bugün silahlı çatışma hukuku kapsamındaki etik değerlerin temelini temsil eden asli ilkelerden biri olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Silahlı çatışma hukukunu düzenlemek için gerçekleştirilen en kapsamlı girişim ise, hiç kuşkusuz 1864 ile 1949 yılları arasında aralıklarla gerçekleştirilen Cenevre Konferansları'dır. Bu girişimin temeli, 1859 yılında Piedmont-Sardinya Krallığı ile müttefik olan Fransa'yla Prusya arasında gerçekleşen Solferino Muhrebesi'ne dayanmaktadır. Muhrebe meydanında savaşan tarafların can kayıplarına tanık olan İsviçreli işadamı ve aktivist Jean Henry Dunant, savaştan üç yıl sonra yazdığı *Bir Solferino Hatırası (A Memory of Solferino)* adlı kitapta, savaş alanlarında yaralanan askerlerin tıbbi bakımı için bir yardım örgütü kurulması gerektiğini vurgulayarak, ICRC'nin kurulmasını sağlamış, bu komitenin katkılarıyla 1864 yılında ilk defa toplanan konferansta imzalanan sözleşmede, savaş meydanlarındaki yaralılar için alınacak önlemler düzenlenmiştir.¹⁴² 1906'da gerçekleştirilen ikinci konferansın ardından 1. Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla o güne kadar üzerinde mutabık kalınan düzenlemelerin yetersizlikleri ortaya çıkmış, bununla birlikte bu yetersizliklerin

¹³⁹ a.g.e., s.8-9.

¹⁴⁰ Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, p.807.

¹⁴¹ Theodor Meron, "The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience" *The American Journal of International Law*, 2000, Vol.94, No.1, 78-89, p.79.

¹⁴² Gary D. Solis, Fred L. Borch, *Geneva Conventions*, Kaplan, New York, 2010, p.3-6.

giderilmesine yönelik yeni bir konferans savaştan ancak onbir yıl sonra 1929'da toplanabilmiştir. 1929 konferansında savaş esirlerine (Prisoner of War-POW) karşı yapılacak misilleme türünden kötü muameleler yasaklanmış, yaralıların ülkelerine geri iade edilmelerine olanak veren yeni maddeler kabul edilmiştir.¹⁴³

2. Dünya Savaşı'nın neden olduğu muazzam can ve mal kaybı ile birlikte ortaya çıkan büyük hukuki ve siyasi sorunlar, ki en önemlilerinden biri savaş esirlerinin hakları meselesi olmuştur, devletlerin silahlı çatışma hukuku alanında çok daha kapsamlı bir çalışma yapmaları gerektiğini ortaya çıkarmıştır. Bunun üzerine, 1948 yılında Stockholm'de düzenlenen 17. Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nda mevcut Cenevre Sözleşmeleri'nin yenilenmesi çağrısı yapılmış, aynı yılın Nisan ayında 64 ülkenin katılımıyla ikinci bir diplomatik konferans düzenlenmiş ve bu girişimin sonunda dört adet sözleşme hazırlanarak devletlerin imzasına açılmıştır.¹⁴⁴ Bu dört sözleşme sırasıyla, Birinci Cenevre Sözleşmesi (Geneva Convention 1 - C1): Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İslahına İlişkin Sözleşme; İkinci Cenevre Sözleşmesi (Geneva Convention 2 - C2): Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin İslahına İlişkin Sözleşme; Üçüncü Cenevre Sözleşmesi (Geneva Convention 3 - C3): Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi (Geneva Convention 4 - C4): Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'dir.¹⁴⁵

Savaşan tarafların bu alanlarda geçerli olan sorumluluk ve haklarını düzenleyen 1949 Cenevre Sözleşmeleri, bugün çağdaş silahlı çatışma hukukunun temel kaynağı olarak, uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uyulması gereken kuralların en kapsamlı şekilde düzenlendiği uluslararası bir antlaşmadır. Bununla birlikte, sözleşmelerde 'savaşçı' (combatant) statüsündeki kişilere uygulanacak davranışlar ve çatışmalarda sivillere sağlanacak korumalar gibi konularda bir takım boşluklar olduğu görülmüş, bu alanlarda ek düzenlemelerin getirilmesi zorunlu olmuştur. Bunun üzerine 1977'de Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü (P1) ve Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü (P2) hazırlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁴⁶ Bu sözleşmeler kapsamında oluşan düzenlemeler, savaşlarda

¹⁴³ a.g.e., p.12.

¹⁴⁴ <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm> (Erişim tarihi: 27.11.2012)

¹⁴⁵ Kocatepe, *Silahlı Çatışma Hukuku Açısından Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri El Kitabı*, s.14. Bu çalışmada, bundan böyle sözü edilen bu sözleşmeler C1, C2, C3 ve C4 olarak; protokoller ise P1 ve P2 olarak tanımlanacaklardır.

¹⁴⁶ http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/additionnal_protocols.pdf (Erişim tarihi: 03.12.2012)

P1 170 ülke, P2 ise 165 ülke tarafından onaylanmış ve imzalanmıştır. 3. Protokol (P3) ise ayırtedici işaretleri düzenlemekte olup 2005 yılında kabul edilmiştir ve Cenevre Sözleşmeleri'ne getirilen en son

esas alınması gereken insancıl davranış normları ve ilkeleri anlamında ‘Cenevre Hukuku’ olarak da adlandırılmakta olup, bu çalışmanın belirli yerlerinde de bu şekilde anılacaktır.¹⁴⁷

2.2.2. Sağladığı Güvenceler ve Özellikleri

Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokollerin silahlı çatışma hukukunun tarihsel gelişim süreci içinde oluşturulan hukuki düzenlemelerin vardığı son nokta olduğu muhakkaktır. Kuşkusuz, sözleşmenin zayıf ve eksik tarafları bulunmaktadır ve savaşın değişen şartları ileride daha kapsamlı antlaşmaların oluşturulmasını gerekli kılacaktır. Ancak bugün için Cenevre Sözleşmeleri, devletlerin önünde, uluslararası nitelikte olan ve olmayan silahlı çatışmalarda uyulması gereken kuralları düzenleyen en kapsamlı hukuk metni olarak durmaktadır. Sözleşmeler, hukuk kapsamında ‘yenilik’ (innovation) olarak nitelenebilecek bir takım değerleri ifade etmeleri açısından özellikle önemlidir. Bu anlamda, literatürde sözleşmelerin silahlı çatışma hukukuna getirdiği başlıca dört yenilik olduğu konusunda genel bir uzlaşısı mevcuttur. Bunlar, tarafların iç hukuklarında, çatışma sırasında yapılması muhtemel büyük ihlaller (grave breaches) hakkında soruşturma gerekliliği getirmiş olması; bu ihlalleri işleyenler hakkında yargılanma zorunluluğu oluşturması; bahse konu ‘büyük ihlaller’ kavramını bizatihi yaratmış olması ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları önemli görerek bu çatışmalarda uyulması gereken kuralları düzenleyen Ortak Madde 3’ü her dört sözleşmeye de yerleştirmiş olmasıdır.¹⁴⁸

Soruşturma gerekliliği – yargılama gerekliliğiyle birlikte – her bir sözleşmede yer almakta olup, sırasıyla 49., 50., 129. ve 146. ortak maddeler kapsamında düzenlenmiştir. Bugün benzeri alanlardaki çağdaş uluslararası antlaşmaların hemen hepsinde yer alan soruşturma ve yargılama mükellefiyetinin ilk defa Cenevre Sözleşmeleri’nde gündeme getirilmesi kuşkusuz önemli bir yeniliktir.¹⁴⁹ Sözleşmelerde vurgulanan büyük ihlaller ise silahlı çatışma hukukundaki en ciddi suçları oluşturmakta olup, sadece Ortak Madde 2 kapsamındaki uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan bir kavramı ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁵⁰ Büyük

yenileme çalışmasıdır. Protokoller hakkında güncel bir yorum için bkz.: Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, *Commentary on The Additional Protocols of 8th June, 1977, to The Geneva Convention of 12th August, 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.

¹⁴⁷ Emine Karacaoğlu, *Uluslararası İnsani Hukuk ve Uluslararası Kızılhaç-Kızılay Hareketi*, İnsan Hakları Yıllığı, 1994, Cilt.16, 51-73, s.52.

www.yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUxMDUxMDUx (Erişim tarihi: 03.12.2012).

‘Cenevre Hukuku’ tanımı hakkında ICRC tarafından yapılan açıklama için bkz.:

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jrlq.htm> (Erişim tarihi: 03.12.2012)

¹⁴⁸ Solis ve Borch, *Geneva Conventions*, p.20.

¹⁴⁹ a.g.e., p.21-25.

¹⁵⁰ a.g.e., p.25. Solis ve Borch, ‘büyük ihlal’ kavramını daha iyi anlatabilmek için hukuktaki hırsızlık gibi eylemleri ifade eden hafif suç, kabahat (misdemeanour) tanımı ile, cinayet gibi eylemleri belirten ağır

ihlaller, sırasıyla, sözleşmelerin 50., 51., 130. ve 147. maddeleri ile protokollerin 11. ve 85. maddelerinde tanımlanmıştır. Sözleşmelerin getirdiği dördüncü yenilik olarak kabul edilen Ortak Madde 3 ise, sadece uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda geçerli olup, özellikle çatışma dışında kalanların korunmasıyla ilgili getirdiği düzenlemeler açısından önemlidir.¹⁵¹ Burada vurgulanmasında fayda olan nokta, maddenin kapsamına aldığı temel insancıl değerlerin uluslararası silahlı çatışmalar için bile bir norm oluşturabilecek güçte kabul edilmiş olmasıdır. Bu özelliklerinden dolayı, Ortak Madde 3 uluslararası hukuk çevrelerinde ‘minyatür Cenevre Sözleşmesi’ olarak da anılmaktadır.

2.2.3. Silahlı Çatışma Hukukunun Temel İlkeleri

Silahlı çatışma hukukunda uyulması gereken asli ilkeler, belirli bir kaynakta bu isim altında somutlaştırılmış değildir. Bununla birlikte, gerek Cenevre Sözleşmeleri gerek konuyla ilgili literatür, bir takım temel normların var olduğunu işaret etmektedir. Ayrıca silahlı çatışma alanındaki örf-adet hukukuna göre de, bu alandaki yükümlülük ve hakları belirleyen ana kurallar vardır. Literatürde, bu kuralların dört ana başlık altında toplanması gerektiği yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Buna göre, silahlı çatışma hukukunun dört temel ilkesi olup bunlar, ayırt etme (distinction), askeri gereklilik (military necessity), gereksiz acıya sebebiyet vermeme (unnecessary suffering) ve orantılılık (proportionality) olarak tanımlanmaktadır.¹⁵² Bu dört temel prensip, bazı kaynaklarda, savaş esirlerine insanca davranılması gerektiğini, bu kişilerin belirli durumlarda adil yargılanma hakları olduğunu ve işkencenin bir suç kabul edileceğini vurgulayan insancılık (humanity) ilkesi ile de tamamlanmaktadır. Stephens’e göre, insancılık, uluslararası yargı sistemi tarafından belirlenmiş bir tür ‘arketip’tir (temel örnek, model).¹⁵³ Stephens, bu yaklaşımını kanıtlamak için UAD ve EYUCM’de görülen konuyla ilgili davaları

suç (felony) tanımlarını karşılaştırmışlardır. Yazarların değerlendirmesine göre, büyük ihlal, ikinci tanım kapsamında ağır suç olarak nitelenmesi gereken fiiller için kullanılmaktadır. Burada yapılan ayırmadan da anlaşılacağı üzere, bu araştırmanın üçüncü bölümünde yer alan suçların hepsi büyük ihlal sınıfına girmektedir.

¹⁵¹ a.g.e., p.28.

¹⁵² Gary D. Solis, *Law Of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, 2010, p.250, p.284.

¹⁵³ Stephens, her ne kadar bu yaklaşımı kendi görüşü olarak sunmuşsa da, çalışmasının dipnotunda da belirttiği üzere, aslında anafikri Waldron’dan almıştır. İnsancılık ilkesinin bir arketip olarak değerlendirilmesiyle ilgili görüşü hakkında bkz.: Dale Stephens, “Blurring The Lines: The Interpretation, Discourse and Application of The Law of Armed Conflict”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2009, Vol.12, 85-118, p.101. Uluslararası hukuk, Amerikan hukuku ve arketip olgusu ilişkileri hakkında ileri bir değerlendirme için bkz.: Jeremy Waldron, “Torture and Positive Law: Jurisprudence for The White House”, *Columbia Law Review*, 2005, Vol.105, No.6, 1681-1750.

incelemiş, bu davaların hepsinin özlerinde 'insancılık' karakteristiğini taşıdıkları sonucuna varmıştır.¹⁵⁴

Cenevre Sözleşmeleri'nin hazırlanmasındaki büyük katkısı nedeniyle silahlı çatışma hukukunun her zaman için en büyük müdahil ve hamisi olan ICRC'nin hazırladığı eğitim dokümanları da bu hukuk alanındaki temel ilkeleri açıklaması açısından önemlidir. Bunlardan birinde, silahlı çatışma hukukunun temel prensipleri ayırt etme, orantılılık, askeri gereklilik, sınırlılık (limitation), iyi niyet (good faith) ve insani davranış ve ayırım yapmama (humane treatment and non-discrimination) başlıkları altında incelenmiştir.¹⁵⁵ Söz konusu çalışmada temel ilkeler olarak belirtilen sınırlılık, savaşta kullanılacak yöntem ve araçların sınırlı olması gerektiğini; iyi niyet, hukukun yorumlanmasında ve arabuluculuk girişimlerinde tarafların sahip olması gereken ahlaki niteliği; insani davranış ve ayırım yapmama da, cinsiyet, milliyet, ırk, din veya politik görüşe bakılmaksızın her insana insani şekilde davranılmasını, alıkoyulanlara ve savaş esirlerine de aynı şekilde insanca muamele edilmesini öngörmektedir.¹⁵⁶

ICRC, silahlı çatışma hukukunun temüllerini incelediği önemli çalışmasında ise, orantılılık ilkesini ayırt etme ilkesinin alt başlığı olarak kabul etmiş; gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesini silahlı çatışmada kullanılabilecek silahlar başlığı altında incelemiş; işkence yasağını, adil yargılanma güvencesini ve kanunilik ilkesini de sivillere ve muhabere dışı kalmış kişilere davranış başlığı altında toplamıştır.¹⁵⁷ Bu çalışmada, Cenevre Sözleşmeleri'nde belirtilmiş temel güvenceler, ilkeler ve kurallar ile, silahlı çatışmayla ilgili örf-adet hukukunda yer alan normlar da göz önünde tutulmak suretiyle, ICRC'nin literatürde genel kabul gören bu eserindeki tasnifin kullanılması uygun görülmüştür. Buna göre, incelenecek olan ilkeler ve ihlaller, insani davranış ilkesi kapsamındaki ihlaller; ayırt etme ilkesi ihlalleri; silahlı çatışmada kullanılabilecek silahlar ve gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesi kapsamındaki ihlaller şeklinde bir çerçevede ele alınacaktır. Afganistan askeri müdahalesi sırasında silahlı çatışma hukuku kurallarının ihlal edilip edilmediği, edilenler var ise bunların hangileri olduğu, bu sınıflandırma kapsamındaki ilkelerin incelenmesi suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılacaktır. Her bir ilke, tezin üçüncü

¹⁵⁴ Stephens, **Blurring The Lines**, p.104. Yazar eserinde, UAD'nin *Advisory Opinion on The Legality of Nuclear Weapons, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)* ve *Nicaragua v. United States* davalarını; EYUCM'nin ise *Martić (Prosecutor v. Milan Martić)* davasını ele almış, bu davalardaki insani davranış vurgularını esas alarak insancılık ilkesinin bir temel norm niteliğini taşıdığını göstermeye çalışmıştır.

¹⁵⁵ http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/law1_final.pdf s.12-14. (Erişim tarihi: 13.12.2012)

¹⁵⁶ http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/law1_final.pdf s.13-14. (Erişim tarihi: 13.12.2012)

¹⁵⁷ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, İstanbul, 2005.

bölümünde ihlallere konu olan suçlar incelenirken Cenevre Sözleşmeleri'ndeki ilgili maddeler çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHLALLER

3.1. İNSANİ DAVRANIŞ İLKESİ KAPSAMINDAKİ İHLALLER

İnsani davranış, yukarıda da belirtildiği üzere, genelde silahlı çatışma hukukunun müstakil ilkelerinden biri olarak değerlendirilmese de, Cenevre Sözleşmeleri ve ilgili literatür incelendiğinde, temel bir norm oluşturduğu açıktır. Afganistan askeri müdahalesi kapsamında pek çok insani davranış kuralının ihlal edildiği mağdurlar kadar uluslararası topluluk, akademik camia ve uluslararası medya tarafından da sayısız kez dile getirilmiştir. Bununla birlikte, bu suçlamaların hukuki bir değer taşımaları için iddia sahipleri tarafından ispat edilmeleri gerekir ki, bu araştırmanın temel konusu da zaten bu ihlallerin gerçekten meydana gelip gelmediklerini araştırmak, gelmişlerse hangi sözleşme maddelerinin ihlal edilmesi sonucunda oluştuklarını tespit etmektir.

Bu bölümde, insani davranış ilkesi altında iki temel ilke ve bunların ihlallerine bağlı olarak işlenmiş olabilecekleri düşünülen iki temel suç ele alınacaktır. Bunlardan birincisi, özgürlükten mahrum bırakma ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali; ikincisi, işkence ve kötü davranıştır. Özgürlükten mahrum bırakma ve makul sürede yargılanma olgularının birbirleriyle ilişkili oldukları açıktır. Makul sürede yargılanmayan bir kişi – bu süreyi alıkoyulan (detainee) konumunda geçirdiği varsayıldığında – aynı zamanda tutuklanmak veya gözaltına alınmak suretiyle özgürlüğünden mahrum bırakılmış olmaktadır. Ancak bu iki hakkın ihlalinden oluşan suç ilk bakışta işkence suçundan ayrı görünmektedir. Ancak çalışmada bu suçlar iki nedenden ötürü aynı başlık altında değerlendirilmişlerdir. Birincisi, adil yargılanma ilkeleri ve işkence, Cenevre Sözleşmeleri'nin her birinde yer alan Ortak Madde 3 kapsamında, aynı çerçevede tanımlanmıştır. İlgili madde, işkence ve kötü muameleyi yasakladığı kadar, savaş sırasında yargı önüne çıkarılacak kişiler için 'bütün yasal garantilerin' verilmesini de şart koşmakta, her iki ilkeyi de insani davranış normu kapsamında değerlendirmektedir.¹⁵⁸ İkincisi, Cenevre Hukuku'nun yorumlanmasında genel algının, işkence yasağı ve yargısal hakların insani davranış başlığı altında ele alınması yönünde olmasıdır. Human Rights Watch gibi insan hakları kuruluşları da, iki olguyu 'gözetim altında bulunan kişilere uygulanacak davranışlar' başlığı altında değerlendirme eğilimindedirler.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cenevre Sözleşmeleri, Ortak Madde 3.

¹⁵⁹ <http://www.hrw.org/news/2012/08/09/q-laws-war-issues-syria#10> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

3.1.1. Özgürlükten Mahrum Bırakma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali

Bu başlık altında, öncelikle sözkonusu hakların genelde devletler hukuku ve özelde Cenevre Hukuku kapsamında ne şekilde düzenlendikleri açıklanmaya çalışılacaktır. Ardından ihlallerin sujesi olan kişilerin çatışma içindeki statüleri incelenecek, son olarak savaş sırasında gerçekleşmiş olan fiiller araştırılarak, ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu personeli tarafından yapılan uygulamalar sonucunda bu düzenlemelerin ne derecede ihlal edildikleri tespit edilmeye gayret edilecektir.

3.1.1.1. Hukuki Düzenleme

Henckaerts ve Doswald-Beck'in, silahlı çatışma hukuku hakkında yazılmış muhtemelen en kapsamlı ve en güncel yorum olan eserlerinde belirttikleri üzere, özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakmak yasaklanmış bir fiildir ve doğrudan bir temel ilke ihlali olarak yorumlanmalıdır.¹⁶⁰ Uluslararası örf-adet hukuku kapsamında, yetmişden fazla devlet, savaş zamanında kişileri özgürlükten hukuka aykırı şekilde mahrum bırakmayı suç olarak kabul etmektedir.¹⁶¹ Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, UMSHS (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) "Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz." demek suretiyle keyfi tutuklama ve alıkoymayı suç olarak kabul etmiştir.¹⁶² BM Güvenlik Konseyi de, Bosna-Hersek ve Burundi'deki silahlı çatışmalar sırasında gerçekleşen keyfi gözaltına alma eylemlerini 1019 ve 1034 sayılı kararları ile kınamıştır.¹⁶³

Cenevre Hukuku ise, kimlerin hangi şartlarda alıkoyulacağıyla ilgili çeşitli hükümlere sahiptir. Sözleşme, silahlı çatışmalar sırasında alıkoymayı sınırsız, mutlak bir hak şeklinde değil, istisnaları olan bir kaideler bütünü şeklinde ele almıştır. Buna göre, C1 ve C2, karadaki ve denizdeki sivil ve dini personelin alıkoyulmasına sınırlılıklar getirmekte; C3, savaş esirlerinin enterne edilmesini (bir kamp içinde herhangi bir cezai müeyyide kapsamında tutuklanmaksızın alıkoyulmasını) düzenlemekte; C4 ise, sivillerin sadece bu kişileri elinde tutan gücün kendi güvenliği açısından mutlak surette zorunlu olması veya işgal altındaki

¹⁶⁰ Henckaerts, Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, s.385.

¹⁶¹ a.g.e., s.389.

¹⁶² UMSHS, Madde 9.1-2. <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

¹⁶³ Her iki karar için de bkz.: <http://www.un.org/docs/scres/1995/scres95.htm> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

topraklarda buyurucu güvenlik gerekçeleri olması halinde alıkoyulabileceklerini belirtmektedir.¹⁶⁴

Özgürlükten mahrum bırakma ile yakından ilişkili olan diğer ihlal ise, yukarıda belirtildiği gibi, makul sürede yargılama ilkesinin ihlalidir. Hukuk öğretisinde yargının kalitesine ulaşabilmek adına üç unsurun bir arada gerçekleşmesinin şart olduğu ve bu unsurlardan birinin ‘hızlılık’, yani makul sürede yargılanma hakkı olduğu günümüzde büyük ölçüde kabul gören bir anlayıştır.¹⁶⁵ Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan makul sürede yargı olgusu, evrensel bir hukuk ilkesini yansıtmakta olup, kökleri *Magna Carta*’ya kadar uzanmaktadır. Hukuk tarihindeki en önemli yazılı kaynaklardan biri olan bu belgede “Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız; kimseyi adaletten menetmeyeceğiz ya da geciktirmeyeceğiz.” demek suretiyle yargının işleyiş süratine verilen önem vurgulanmıştır.¹⁶⁶ Makul sürede yargılanma hakkı, ABD Anayasası’nın 6. Değişikliği’nde “Bütün ceza soruşturmalarında sanık, hızlı ve kamuya açık yargılanma hakkına sahip olacaktır.” cümlesi ile tanımlanmış; yine ABD’de 1974’te yürürlüğe giren Hızlı Yargı Yasası’nda (Speedy Trial Act) ise, tutuklanma ve yargı sürecinin çeşitli periyodları arasına zaman sınırlılıkları konmak suretiyle yargılamada olağanın dışında bir gecikme olması önlenmeye çalışılmıştır.¹⁶⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi, UCM’nin (International Criminal Court-ICC) kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü’nde yer alan ifadeye göre de, “[İ]lgili şahsı yargı önüne getirme amacıyla bağdaşmayacak şekilde yasal işlemlerde makul olmayan gecikme olması” tarafların iyi niyetini sorgulamaya açık hale getiren bir unsur olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS (European Convention on Human Rights-ECHR) ise, makul sürede yargılanma hakkını adil yargılanma ilkesi kapsamında ele almış olup, sözkonusu hakkı “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme

¹⁶⁴ Karadaki ve denizdeki sıhhi ve dini personelin gözetilmesine alınması veya alıkoyulmasındaki sınırlılıklar için bkz.: C1: Madde 28, 30, 32. C2: Madde 36, 37. Savaş esirlerinin enterne edilmesi hakkındaki düzenlemeler için bkz.: C3: Madde 21, 90, 95, 103, 109, 118. Sivillerin alıkoyulmaları hakkındaki düzenlemeler için bkz.: C4: Madde 47, 78.

¹⁶⁵ Feridun Yenisey, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme”, **Yeni Türkiye Yargı Reformu** (Özel Sayı), Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 575. Yenisey’in değerlendirmesine göre diğer iki unsur, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve sistemin etkinliğidir.

¹⁶⁶ Magna Carta, Madde 40. <http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.asp> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

¹⁶⁷ ABD Anayasası 6. Değişikliği için bkz.: www.gpoaccess.gov/constitution/pdf/con017.pdf 1974 Hızlı Yargı Yasası için bkz.:

http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00628.htm

(Erişim tarihi: 15.12.2012)

¹⁶⁸ Roma Statüsü, Madde 17.2(b).

http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (Erişim tarihi: 15.12.2012)

tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” cümlesiyle ifade etmiştir.¹⁶⁹ UMSHS de, makul sürede yargılanma hakkını özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında ele almıştır. Buna göre, “Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir.”¹⁷⁰

Silahlı çatışma hukuku da, yukarıda sayılan temel uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve iç hukuk düzenlemelerine benzer şekilde, belirli yargı güvenceleri olmadan kimsenin yargılanamayacağını esas almıştır. Bu kural, aynı zamanda hem uluslararası hem uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için geçerli bir uluslararası teamül hukuku normudur. Bu aşamada hatırlatmakta fayda vardır ki, uluslararası bir silahlı çatışmada savaşıcı statüsündeki kişiler silahlı çatışmalara katılmak türünden (düşman kuvvetlerine mensup savaşıcı konumundaki kişileri öldürmek gibi) fiiler nedeniyle savaşıcı dokunulmazlığına (combatant’s privilege) sahipken; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda devlet güçlerine karşı silah kullanan kişiler böyle bir ayrıcalığa sahip değildir ve bu suçlarından dolayı tutuklanıp yargılanabilmektedirler.¹⁷¹ Adil yargılanma hakkı ilkesi C1 ve C2’de birbirinin eşi olan cümleler ile tekrarlanmış olup, ilgili maddelerin paragraflarında ‘suçlanan kişilerin uygun yargılanma ve savunma haklarından yararlanacakları’ açıkça belirtilmiştir.¹⁷² C3 ise adil yargılama konusunu aşağıdaki gibi düzenlemiştir:

Bir savaş esiri hakkında verilmiş bir hüküm, ancak esirleri elinde tutan devletin silâhlı kuvvetlerine bağlı kimseleri yargılamaya yetkili olan aynı mahkemeler tarafından, ve onlar hakkında tatbik olunan aynı muhakeme usulüne uygun olarak verilmiş ise, ve ayrıca, bu [Sözleşme] Bölüm’ün[ün] hükümlerine uyulmuş ise geçerli olacaktır.¹⁷³

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir tutuklu hakkında verilen hüküm, sadece Alıkoyan Ülke (Detaining Power) konumundaki ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladığı ve o ülkede geçerli olan usullere göre verilmiş bir hüküm ile paralellik taşıması halinde geçerlidir. C3, aynı zamanda savaş esirleriyle ilgili yargı

¹⁶⁹ AİHS, Madde 6.1.

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi: 15.12.2012)

¹⁷⁰ UMSHS, Madde 9/3. <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (Erişim tarihi: 15.12.2012)

¹⁷¹ Human Rights Watch Raporu, *Enduring Freedom*, p.32.

¹⁷² Cenevre Sözleşmeleri, C1: Madde 49, para.4; C2: Madde 50, para.4.

¹⁷³ Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 102.

soruşturmasının mümkün olan en kısa sürede bitirilmesi gerektiğini (Madde 103, para.1), sanıkların avukat bulundurma, tanık çağırma ve çevirmen temin etme haklarının olduğunu (Madde 105, para.1) ve aynı şekilde temyiz haklarının da mevcut olduğunu (Madde 106, para.1) belirtmektedir. C4 ise savaş sırasında sivillerin korunmasıyla ilgili hukuki tedbirlerden bahsederken, hiçkimsenin adil yargılanma hakkından mahrum edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁴ Aynı sözleşme, sanıkların duruşmalarında tanık çağırma ve temyiz hakları olduğunu da vurgulamıştır.¹⁷⁵ Ayrıca, savaş esirlerini yargılayan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiği; şüphelilerin masumiyet karinesi kapsamında yargılanacakları; ithamların niteliği ve sebepleri hakkında bilgilendirme zorunluluğu olduğu; sanıkların aynı suçtan sadece bir defa cezalandırılacakları (*ne bis in idem*) ilgili madde hükümlerinde açıklanmıştır.¹⁷⁶

Görüldüğü üzere Cenevre Sözleşmeleri, savaş sırasında hukukun sujesi konumuna düşebilecek kişiler hakkında son derece kapsamlı yasal korumalar getirmiştir. Sözleşmeler, devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer alan hemen bütün hakları uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalarda geçerli olacak şekilde tanımlamıştır. Bu anlamda Cenevre Sözleşmeleri'nin, yukarıdaki tarihçede belirtildiği gibi, zaman içinde evrimleşerek gelişen ve insan haklarının savaş ortamında korunmasını amaçlayan son derece kapsamlı bir metin olduğu söylenebilir. Sahip oldukları kapsayıcılık, çağdaşlık ve normatif özellikleri açısından, sözleşmeler, taraf olmayan devletler için de bağlayıcı niteliğe sahip örf-adet hukuku normlarını ifade etmektedirler. Cenevre Hukuku'na bu açıdan bakıldığında, sözleşmeye taraf olan ancak protokollere taraf olmayan ABD için de bir bağlayıcılık oluşturduğunu varsaymak yanlış olmayacaktır.¹⁷⁷ Cenevre Sözleşmeleri'ne göre, savaş sırasında kişilerin bütün bu haklardan mahrum bırakılmaları, yukarıda açıklanan 'ağır ihlal' suçu kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Cenevre Sözleşmeleri, C4: Madde 5.3.

¹⁷⁵ Cenevre Sözleşmeleri, C4: Madde 72.1, 73.1.

¹⁷⁶ Mahkemelerin niteliği hakkında bkz.: C3: Madde 84.2.; masumiyet karinesi hakkında bkz.: P1: Madde 75.4.(d) ve P2: Madde 6.2.(d). İthamların niteliği ve sebepleri hakkında bilgilendirme zorunluluğu için bkz.: C3: Madde 96.4., 105.4., P1: Madde 75.4.(a), P2: Madde 6.2.(a). *Ne bis in idem* ilkesi için bkz.: C3: Madde 86, C4: Madde 117, para.3.

¹⁷⁷ Cenevre Sözleşmeleri'ne üye ülkelerin listesi için bkz.:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=Phttp://www.hrw.org/reports/2004/03/07/ending-freedom> (Erişim tarihi: 16.12.2012)

1 Nolu Protokol'e taraf olan ülkelerin listesi için bkz.:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=Phttp://www.hrw.org/reports/2004/03/07/ending-freedom> (Erişim tarihi: 16.12.2012)

2 Nolu Protokol'e taraf olan ülkelerin listesi için bkz.:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=Phttp://www.hrw.org/reports/2004/03/07/ending-freedom> (Erişim tarihi: 16.12.2012)

¹⁷⁸ Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 130.1.

3.1.1.2. İhlallerin Sujesi Olarak Kanunsuz Savaşçılar

ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu görevlileri, Afganistan askeri müdahalesi kapsamında yürütülen operasyonlarda, Taliban veya El-Kaide militanı oldukları şüphesiyle pek çok kişiyi alıkoymuştur. Özellikle Taliban yönetimi devrildikten sonra bu fiillerde önemli artış meydana gelmiş, militanların yanı sıra, çatışmalara doğrudan katıldıklarına dair yeterli delil bulunmayan pek çok sivil de alıkoymuş, sonuç olarak, kanunen savaşçı statüsüne sahip olanlar ve olmayanlar arasında nasıl bir ayırım yapılacağı, hukuken ve siyaseten geniş bir tartışma konusu haline gelmiştir. Bu sorulara bir cevap bulabilmek için öncelikle, kimlerin kanuni savaşçı (lawful combatant), kimlerin kanunsuz savaşçı (unlawful combatant) olarak tanımlandığını açıklamak yerinde olacaktır.

Kanunsuz düşman savaşçısı tanımı ilk defa 2006 Askeri Komisyonlar Yasası'nda (Military Commissions Act-MCA) yapılmıştır. Buna göre, ABD'ye veya müttefiklerine karşı düşmanlıklarda bulunan ve bu düşmanlıklarda kasıtlı olarak maddi destek sağlayan, kanuni düşman savaşçısı statüsü taşımayan kişiler (Taliban ve El-Kaide veya bunlarla ilişkili güçlere bağlı olan biri de dahil) kanunsuz düşman savaşçısı olarak kabul edileceklerdir.¹⁷⁹ Ancak silahlı çatışma hukuku, savaşan tarafların insanlarını sadece iki kategoride değerlendirmekte olup, bunlar siviller ve savaşçılardır. Cenevre Hukuku'nda 'kanunsuz savaşçı' şeklinde tanımlanan üçüncü bir kategori yoktur. Sivillerin kim olduğu P1'de 'negatif yaklaşım'la açıklanmış olup, buna göre, uluslararası olan veya olmayan çatışmalarda savaşçı sayılmayan herkes sivil olarak kabul edilecektir.¹⁸⁰ Cenevre Sözleşmeleri, kimlerin savaşçı olarak sınıflandırılabileceğini de açıkça belirtmiştir. Buna göre, savaşçılar öncelikle, 'çatışmaya dahil bir tarafın silahlı kuvvetleri mensuplarıyla, bu silahlı kuvvetlere bağlı milislerin ve gönüllü birliklerinin mensupları'dır.¹⁸¹ Ancak, bir ülkenin düzenli silahlı kuvvetleri emrindeki personelin haricinde kalan milis kuvvetleri de bu kategoride değerlendirilebilmektedir. Bu tip milis kuvvetlerde görevli bir kişinin savaşçı statüsünde değerlendirilmesi için aşağıdaki şartları haiz olması gerekmektedir:

- a) Başlarında, astlarından sorumlu bir kişi bulunması;
- b) Sabit ve uzaktan seçilebilir bir işaretlerinin bulunması;

¹⁷⁹ Kanunsuz düşman savaşçısı tanımı için bkz.: Askeri Komisyonlar Yasası, §948a.(1).(A).(i) http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf (Erişim tarihi: 07.01.2013)

¹⁸⁰ Cenevre Sözleşmeleri, P1: Madde 50.1. Söz konusu madde, C3 Madde 4(A)1, 2, 3 ve 6 ile P1'in 43. maddesi kapsamında olan kişileri hariç tutmak suretiyle siviller için oldukça geniş kapsamlı bir tanımlama yapmıştır.

¹⁸¹ Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 4(A),1.

- c) Silahlarını görülebilir şekilde taşımaları;
- d) Harekatlarını, silahlı çatışma hukuku ve örf-adet hukukuna göre yürütmeleri.¹⁸²

Bu düzenlemeye göre, Taliban yönetiminin yanında ABD ve koalisyon güçlerine karşı savaşan El-Kaide militanları, Cenevre Sözleşmeleri'nin kapsamına girmemektedirler. Yukarıdaki maddenin (b) fıkrasında açıklanan giyisilerinde ayırt edici işaret taşımamaları, militanların 'savaşçı' olarak değerlendirilmelerini engellemekte, bu da yakalanarak esir alınmaları halinde POW statüsünde sayılamayacakları ve bu statünün verdiği haklardan yararlanamayacağı sonucunu doğurmaktadır.¹⁸³ POW haklarını kapsayan askerlerin savaşta haklarıyla ilgili yasal kriterler Cenevre Hukuku'nda oldukça kesin ve belirgin olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁴ Buna göre, POW statüsünde bir savaşçı sadece isim, rütbe ve numarasını söyleyebilir; bunların dışındaki sorulara cevap vermek zorunda değildir; insanca muammele gösterilmek zorundadır; acımasız davranış ve diğer savaş suçlarıyla ilgili kişisel sorumlulukları bulunmamaktadır; bireysel suçluluk ve cezai soruşturma muafiyetleri olup bu uygulamalara karşı koruma altındadır.¹⁸⁵

El-Kaide ve Taliban militanlarının savaşçı statüsünde olmamaları nedeniyle POW haklarından yararlanamayacakları görüşü ABD yönetimi ve bazı akademik çevreler tarafından hararetle savunulmuştur. İnsani davranışla ilgili yapılan ihlallerin esasında bir ihlal olarak nitelenemeyeceği de temelde bu gerekçe üzerine kurulmuş, bu kapsamda, alıkoyulanların savaş bitinceye kadar sınırsız olarak gözetim altında tutulabilecekleri iddia edilmiştir. ABD Savunma Bakanlığı'ndan yapılan resmi açıklamada, El-Kaide'nin kendisini sivillerden ayırmaması, silahlı çatışma hukuku kurallarına uymaması ve devlet değil bir terörist örgüt olmasından ötürü Cenevre Sözleşmeleri'ne bir taraf olamayacağı nedenlerine dayanılarak, bu koşullar altında örgüt militanlarının POW statüsünde kabul edilemeyecekleri belirtilmiştir.¹⁸⁶ Adalet Bakanı Yardımcı Asistanı John Yoo da, El-Kaide'nin ulus-devlet kategorisinde bir siyasi varlık olmaması ve Taliban'ın C3'ün yukarıda sözü edilen Madde 4(A), 2(a), (b), (c), (d) maddelerindeki gereklilikleri karşılamaması nedeniyle savaş esiri

¹⁸² Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 4(A), 2(a), (b), (c), (d).

¹⁸³ Chris De Cock, "Counter-Insurgency Operations in Afghanistan - What About The 'Jus ad Bellum' and The 'Jus in Bello': Is The Law Still Accurate?", M.N. Schmitt ve diğerleri (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, Vol.13, T.M.C. ASSER Instituut, The Hague, 97-132, p.116.

¹⁸⁴ Tamar Meisels, "Combatants: Lawful and Unlawful" *Law and Philosophy*, 2007, Vol.26, No.1, 31-65, p.35.

¹⁸⁵ POW statüsündeki savaşçıların burada sözü edilen haklarıyla ilgili olarak bkz.: La Hey Sözleşmeleri, Ek Bölüm, Kısım 1, 'Taraflar Hakkında', Bölüm II, 'Savaş Mahkumları', Madde 4.20., Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 13, 14, 17.

La Hey Sözleşmeleri'nin tamamı ve burada sözü edilen bölüm ve maddeleri için bkz.: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp#art2 (Erişim tarihi: 18.12.2012)

¹⁸⁶ <http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=43960> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

statüsünde değerlendiremeyeceklerini açıklamıştır.¹⁸⁷ Ancak sorun şuradadır ki, uluslararası hukuk açısından burada öne sürülen iddialar mutlak bir doğruyu yansıtmamaktadır. Literatürde bu görüşe karşı ciddi bir muhalefet vardır. Silahlı çatışma hukuku alanındaki çalışmalarıyla tanınan uluslararası hukukçu Marco Sassòli'ye göre, Afganistan'da savaşçı statüsünde değerlendirilemeyecek kişilerin hakları uluslararası olmayan silahlı çatışma hukuku tarafından düzenlenmelidir.¹⁸⁸ C4'ün 4.1. paragrafında açıklanan "Bir ihtilâf veya işgal halinde, ihtilâfa dahil bir tarafın işgal devletinin, her ne zaman ve her ne tarzda olursa olsun, eline düşen ve onların milliyetinde olmayan şahıslar işbu Sözleşme'nin koruması altındadır." şeklindeki hükme dikkat çeken Sassòli, aynı maddenin 4. paragrafında, C3 tarafından korunan kişilerin (savaşçı konumundaki esirlerin) bu Sözleşme'nin (C4'ün) kapsamına girmediğinin belirtildiğini söyleyerek, C3 tarafından korunmayan ancak korunma için şart olan vatandaşlık ve tabiyet gerekliliklerini karşılayan kişilerin C4 kapsamına gireceğini savunmuştur.¹⁸⁹ Sassòli bu noktadan hareketle, ABD silahlı kuvvetleri ile çatışan ve bu çatışmalarda yakalanan Taliban ve El-Kaide militanlarının POW statüsüne sahip olduğunu iddia etmiş, bu konumdaki kişilerin ise 'imtiyazsız savaşçı' (unprivileged combatant) olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.¹⁹⁰ ABD karar alma mekanizması içinde de bu görüşe destek verenler çıkmış, Taliban ve El-Kaide militanlarının POW statüsünde kabul edilmeleri gerektiği, aralarında Eski Dışişleri Bakanı Colin Powell'ın da olduğu bazı politikacılar tarafından da belirtilmiştir.¹⁹¹ Bu durumda, Taliban ve El-Kaide militanlarının, her ne kadar C3'ün ilgili maddesindeki şartları taşıyorlarsa da, Cenevre Hukuku'na göre savaşçıların sahip oldukları haklardan yararlanmaları gerektiği görüşü daha adil bir yaklaşım gibi görünmektedir. Bu görüş, örfi savaş hukukunun Martens Şartı'ndan bugüne sağlamayı amaçladığı temel insani güvencelerle de uyumludur.

Burada değinilmesi gereken bir sorun vardır ki, o da, 'savaşçı' tanımının sadece uluslararası silahlı çatışmalarda kullanılan bir tanım olmasıdır. Söz konusu tanım, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda kullanılmamaktadır.¹⁹² Ortak Madde 3 ve P2 de böyle bir tanımlamada bulunmamıştır. Ancak savaşın değişen doğası, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da bu terimin kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Zira Afganistan savaşı gibi üzerinde genel uzlaş

¹⁸⁷ John C. Yoo, "The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Convention", *Chinese JIL* Vol.3, 2004, 135–150, p.137-140

¹⁸⁸ Marco Sassòli, Daniel Reisner, "Unlawful Combatants: The Law and Whether It Needs to be Revised", *Proceedings of the Annual Meeting*, 2003, Vol.97, 196-200, p.197.

¹⁸⁹ a.g.e., p.197.

¹⁹⁰ a.g.e., p.197.

¹⁹¹ Gerard P. Fogarty, "Is Guantanamo Bay Undermining the Global War on Terror?", *Parameters*, Autumn 2005, Vol.35, No.3, p.59.

¹⁹² Rene Vark, "The Status and Protection of Unlawful Combatants" *Juridica International*, 2005, Vol.X, 191-198, p.193.

sağlanmış bir 'savaşçı' tanımının bile zorlukla yapıldığı bir silahlı çatışmada, 'kanunsuz savaşçı' gibi muallak bir tanımın doğru bir hukuki zemin üzerine oturtulmasını beklemek hepten olanak dışı görünmektedir. Böyle bir tanımın iç savaşta kullanılmaması durumunda, alıkoyulan kişilerden bazılarının statüsü tamamen boşlukta kalacaktır. Dahası, çatışmalara taraf olmaları durumunda bu kişilerin diğer suçsuz sivillerden ayırt edilmeleri gerekecektir. Tam da bu nedenle, iç savaşlarla ilgili bazı antlaşmalarda 'savaşçı' tanımı kullanılmıştır. 1 Nolu Bosna-Hersek Antlaşması, "Yakalanan savaşçılara Üç Nolu Cenevre Sözleşmesi'ne uygun şekilde davranılacaktır." demek suretiyle tanımın uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda da kullanılabileceğini göstermiştir.¹⁹³

Toparlamak gerekirse, kanunsuz savaşçı, silahlı çatışma hukuku kurallarına uymayan bir 'savaşçı' veya yetkisi olmadan silahlı çatışmaya katılan bir 'sivil' olarak tanımlanabilir.¹⁹⁴ Yukarıda belirtildiği üzere, Cenevre Hukuku dahilinde bu sınıflandırmaya dahil olan kişiler hakkında belli bir koruyucu düzenleme oluşturulmuş değildir. Bu durumda sorulması gereken asıl soru, kanunsuz savaşçı diye bir statünün gerçekten var olup olmadığı değil, kimlerin tutuklanabileceği veya alıkoyulabileceğiyle ilgili görünmektedir. Alıkoymanın sujesi olabilecek kişiler hakkında literatürde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan biri, bu kişilerin belirli özelliklerine göre ayırt edilerek alıkoyulabilir kişi olarak tanımlanmasıdır. Bu görüşe göre, alıkoyulacak kişiyi belirlemek için üç ölçütün kullanılması uygun olup, bunlar, 'kişisel davranış' (silahlı bir eylem veya kalkışmada yer alıp almadığı); 'kurumsal statü' (herhangi bir milis kuvvete bağlı olup olmadığı) ve 'yan nedenler' (istihbari veya caydırıcı gerekçeler) olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁵ Burada ilk iki ölçüt kabul edilebilir olsa da, üçüncü ölçüt belirli riskler taşımaktadır. Söz konusu ölçüt tanımlanırken bir kişinin sadece rastlantı ile (happenstance) bir olaya tanık olmasının bile alıkoyulması için yeterli olabileceği savunulmuştur. Bu iddia ise yaratmaya çalıştığı meşruiyet dayanağı açısından oldukça sorunlu görünmektedir. Zira burada bir kişinin istemeden belli bir olaya tanık olmasının dahi özgürlüğünden mahrum bırakılmasına neden olabileceği savunulmaktadır. Alıkoyma hakkını son derece geniş yorumlayan bir anlayışın özgürlükten mahrum bırakma fiillerine cevaz vermek suretiyle ciddi silahlı çatışma hukuku ihallerine yol açacağı ise neredeyse kesindir.

¹⁹³ Marco Sassòli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, International Committee of the Red Cross, 1999, p.208; aktaran: K.W. Watkin, *Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts In The 21st Century*, Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University hazırlık raporu, 2003, p.14-15.

¹⁹⁴ a.g.e., p.193.

¹⁹⁵ Robert M. Chesney, "Who May Be Held? Military Detention Through The Habeas Lens" *Boston College Law Review*, 2011, Vol.52, 769-870, p.776, p.779.

Zaten ABD kuvvetlerinin aşağıda görülecek fiilleri de, alıkoyma yetkileri kullanılırken bu tip geniş yorumlara dayanıldığını gösterir mahiyettedir.

Sonuç olarak, kanunsuz savaşçı kavramı, kuramda ve uygulamada sorunlu bir kavram gibi görünmektedir. Alıkoyma fiilinin olduğu kadar alıkoyulanlara yapılması gereken insancıl muamele ilkelerinin de sorgulanmasına neden olduğu muhakkaktır. Rona, tam da burada yerinde bir tespit yaparak, aslında ABD Yönetimi'nin nasıl boş yere bir kavram kargaşası yarattığını açıklamıştır. Yazara göre, 'savaşçı' zaten 'savaş durumu imtiyazları'na (privilege of belligerency) sahip kişidir. Bu durumda 'kanuni savaşçı' (lawful combatant) gibi bir tanım gereksizdir, zaten böyle bir tanım da yoktur. Kanuni savaşçı tanımının olmadığı yerde 'kanunsuz savaşçı' şeklinde bir tanım yaratmak da, siyasi olarak istenilen bir anlamı kuvvetlendirmek için zıt kelimelerin bir araya getirilmesinden başka bir değer ifade etmemektedir.¹⁹⁶

3.1.1.3. İhlale Neden Olan Fiiller

ABD Başkanı George W. Bush, 13 Kasım 2001 tarihinde, aralarında AUMF'nin de bulunduğu hukuki enstrümanların verdiği yetkiye dayanarak, bir Askeri Emir (Military Order) yayınlamıştır. Teröre Karşı Savaşta Belirli Yabancı Kişilerin Alıkoyulmaları, Davranılmaları ve Yargılanmaları (Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in The War Against Terrorism) isimli emir kapsamında Savunma Bakanlığı bu kişiler hakkında resmi sorumlu merci olarak gösterilmiş; Bakanlığın hangi koşullar altında kişileri alıkoyması gerektiği saptanmış ve kimlerin mahkemelerde yargılanabileceği düzenlenmiştir.¹⁹⁷ Bu emire dayanarak ABD askeri birlikleri tarafından gerçekleştirilen alıkoymalar 24 Kasım 2001 tarihinde başlamış, ilk ele geçirilen alıkoyulanlar, Afganistan'ın çeşitli bölgelerindeki dikenli tellerle örülü ağaçlarda toplanmaya başlanmıştır.¹⁹⁸ Mayıs 2002'den itibaren alıkoyulanlar Kabil'in kuzeyindeki eski bir Sovyet askeri üssü olan Bagram'da oluşturulan Bagram Toplama Noktası'na (Bagram Collection Point) nakledilmeye başlanmış, aynı yılın yaz aylarında oluşturulan ve her biri yaklaşık 10 ABD askerinden meydana gelen Tutuklu İnceleme Komisyonları (Detainee Review Board-DRB), alıkoyulanların ilk ifadelerini almışlar, ancak bu süreçte hiçbir alıkoyulanı neden tutuklandıkları veya gözaltına alındıkları hakkında bilgilendirmemişlerdir.¹⁹⁹ Alıkoyulanlar 2002 yılından

¹⁹⁶ Gabor Rona, "An Appraisal of US Practice Relating to Enemy Combatants", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, Vol.10, 232-250, p.240.

¹⁹⁷ Askeri Emir: "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism", <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

¹⁹⁸ Daphne Eviatar, *Detained and Denied in Afghanistan, How to Make U.S. Detention Comply with the Law*, Human Rights First Raporu, May 2011, p.31.

¹⁹⁹ a.g.e., s.31.

itibaren Küba'daki ABD Deniz Kuvvetleri Üssü Guantanamo Bay'e nakledilmeye başlanmış, üssün Delta Kampı adı verilen bölümünde alıkoyulanların sayısı kısa sürede 600'ü bulmuştur.²⁰⁰

ABD Yönetimi'nin bu politikası, kanunsuz olduğu öne sürülen alıkoymaların sayısındaki artış ve alıkoyulanlara yapılan kötü muameleler medya ve sivil toplum kurumları tarafından ortaya çıkarıldıkça, uluslararası topluluk tarafından sorgulanmaya başlanmıştır. Ancak Yönetim her seferinde bu baskının yaratacağı yasal yükümlülüklerle karşı savunma pozisyonu almış, kendisine uluslararası hukuka uyması yönünde yapılan çağrılar olumsuz şekilde yanıtlamıştır. Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights-IACHR), Şubat 2002'de ABD hükümetine resmi bir başvuruda bulunarak, Guantanamo Bay'da alıkoyulanların hakları konusunda acilen önleyici tedbirler alınmasının şart olduğunu ve alıkoyulanların yasal statülerinin belirlenmesi için yetkili bir mahkeme kurulması gerektiğini belirtmiştir.²⁰¹ Yönetim ise IACHR'nin bu başvurusuna olumsuz cevap vermiş, Guantanamo Bay'de alıkoyulanların haklarıyla ilgili yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir işbirliğine yanaşmamıştır. ABD hükümeti, IACHR'nin silahlı çatışma hukukunun uygulanması konusunda yasal yetkinliği olmadığını açıklamış, bu iddiasını da kendine göre haklı olan – ve aslında oldukça özenli bir hukuk diliyle kaleme alınan – üç temel gerekçeye dayandırmıştır. Birinci gerekçe, bir silahlı çatışmada savaşçı konumundaki kişilerin yakalanıp alıkoyulmasını düzenleyen hukukun insan hakları hukuku değil insancıl hukuk (silahlı çatışma hukuku) olduğunu belirtmekte; ikinci gerekçe, alıkoyulanların durumu açık olduğundan ve bu kişiler üzerinde onarılamaz hasarlar meydana gelmediğinden, önleyici tedbir alınmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığını vurgulamakta; üçüncü gerekçe ise, ABD, IACHR'nin gözlemcisi olduğu Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (American Convention on Human Rights-ACHR) taraf olmadığından, bu mercinin alıkoyulanlar hakkında önleyici tedbirler alınmasını sağlamak için yasal bir girişimde bulunma yetkisi olmadığını savunmaktadır.²⁰²

Yönetimin öne sürdüğü son gerekçenin belli bir ölçüye kadar meşru bir zemine sahip olduğu söylenebilir. Bütün devletlerin temel insan haklarına saygılı olmaları

²⁰⁰ <http://globalresearch.ca/articles/CHO403D.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

Guantanamo Bay'de 2002-2012 arasında toplam 779 kişi alıkoyulmuş, bunlardan 613'ü bugüne kadar geçen on yıl içinde çeşitli zamanlarda serbest bırakılmış, 29 Kasım 2012 tarihi itibarıyla alıkoyulan sayısının 166 olduğu açıklanmıştır. İlgili haber için bkz.: <http://rt.com/usa/news/guantanamo-report-us-detainees-917/> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

²⁰¹ <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/guantanamo-2003.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

²⁰² United States (U.S.): Response of The United States to Request for Precautionary Measures - Detainees in Guantanamo Bay, Cuba; **International Legal Materials**, 2002, Vol.41, No.4, p.1015, p.1027.

uluslararası örf-adet hukukuna göre genel bir ilke olarak kabul edilmişse de, son tahlilde, ACHR'nin, bu antlaşmaya taraf olmayan ABD için bir bağlayıcılığı olmadığı, bu durumda gözlemci kurumun da, ABD üzerinde herhangi bir yaptırımı olamayacağı açıktır. Ancak Yönetim'in burada öne sürdüğü birinci ve ikinci gerekçeler oldukça sorunludur. Birinci gerekçede, savaşçıların ele geçirilmeleri ve alıkoyulmalarını düzenleyen hukukun insan hakları hukuku değil insancıl hukuk (silahlı çatışma hukuku) olduğu belirtilmiştir. Teknik anlamda bu yargı doğrudur. Silahlı çatışma hukukunun, *lex specialis* ilkesi gereği savaşta 'geçerli hukuk' konumunda olduğu savunulabilir. Ancak ele geçirme ve alıkoyma fiilleri kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir mahiyette vuku bulursa, veya bu yönde bir sonuç doğduğu yönünde kanaat mevcutsa, kuşkusuz bu durumda insan hakları hukuku da 'geçerli hukuk' olarak kabul edilmek durumundadır. Bu, bütünüyle yasal zemine sahip bir hükümdür. Uluslararası hukukta savaş zamanında uyulması gereken kuralları silahlı çatışma hukukunun düzenlediği kabul edilse de, insan hakları hukukunun da her zaman geçerliliğini koruyacağı genel kabul gören bir ilke olagelmıştır. Genel bir prensip olarak, insan hakları hukuku hem barış hem savaş zamanında geçerlidir.²⁰³ Özellikle işkence, acımasız ve insanlıkdışı davranışların söz konusu olduğu durumlarda, insan hakları hukuku antlaşmalarının savaş veya barış durumlarında olunduğuna bakılmaksızın yürürlükte olacağı bilinmektedir.

ABD'nin ikinci gerekçesini dayandırdığı açıklama, alıkoyulanların statü durumlarında bir belirsizlik olmadığı ve bu kişilerin onarılamaz hasara neden olacak bir davranışa maruz kalmadıkları tezi üzerine kurulmuştur. Bu gerekçe de iki açıdan sorunludur. Birincisi, alıkoyulanların kanunsuz savaşçı sıfatıyla tanımlanan bir tür 'ara statü'de olduğunu – aşağıdaki ilgili bölümde açıklanacağı üzere – bizzat ABD Yönetimi dile getirmiştir. Bu açıklamayla, söz konusu kişilerin savaşçı veya sivil olarak tanımlanamayacakları savunulmuş, adeta keyfi olarak yeni bir statü yaratılmış, bu da sonuçta uluslararası hukukta derin bir tartışmanın konusunu teşkil etmiştir. Bu şartlarda alıkoyulanların statüsünde bir belirsizlik olmadığını öne sürmek ikna edici bir iddia gibi görünmemektedir. Alıkoyulanlar üzerinde fiziksel ve ruhsal baskı yaratıldığı da – yine aşağıdaki ilgili bölümde gösterileceği üzere – bilinmektedir. Alıkoyulanlara insanlıkdışı yöntemlerle davranıldığı göz önüne alındığında ve bu davranışların arasında kalıcı fiziksel ve ruhsal etkiler bırakabilecek işkence yöntemleri olduğu düşünüldüğünde, bu kişilerin onarılamaz hasara neden olacak bir davranışa maruz kalmadıkları tezi geçerliliğini yitirmektedir. Böylelikle,

²⁰³ Agnieszka Jachec-Neale, "End Justifies The Means?: Post 9/11 Contempt for Humane Treatment", Roberta Arnold, Noëlle Quénivet (ed.) *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, 57-101, p.74.
http://www.ehl.icrc.org/images/resources/pdf/ihl_and_ihrl.pdf (Erişim tarihi: 18.12.2012)

Yönetim'in IACHR'ın başvurusunu geri çevirme gerekçelerinden en az ikisinin hukuki bir karşılıktan yoksun oldukları sonucuna varılabilir.

Taliban veya El-Kaide militanı ya da bu hareket ve örgütle işbirliğinde oldukları şüphesiyle alıkoyulanların maruz kaldıkları silahlı çatışma hukuku ve insan hakları hukuku ihlalleri sayısındaki artış, IACHR dışında, ABD'deki sivil toplum kuruluşlarını da harekete geçirmiştir. Bu kuruluşlardan biri olan Anayasa Hakları Merkezi (Center for Constitutional Rights-CCR), alıkoymaların yasalara aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, aşağıda incelenecek olan ve yasal sürecin en önemli davlarından biri sayılan *Rasul v. Bush* davasına giden yolu açmıştır. Davanın sonunda Mahkeme, "federal mahkemelerin, Yönetim'in sınırsız gözetimine alma yetkisinin kanuna uygunluğuna karar verme yetkisine sahip olduğu" sonucuna varmıştır.²⁰⁴ Aynı gün açıklanan *Hamdi v. Rumsfeld* davasına ait kararda ise, Mahkeme, AUMF'nin Afganistan'da şüpheli görülen kişileri alıkoymak için bir Kongre yetkisi yarattığını kabul etmiş ancak Başkan'ın düşman savaşçıları alıkoymak için Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen kanuni yetkiye sahip olduğundan bahsetmemiştir.²⁰⁵ Oysa ki, aşağıda da görüleceği gibi, aynı davada Yönetim iddiasını savunurken, alıkoyma fiillerinin meşruluğunu bu yetkiye dayandırmıştır. Alıkoyulanların uzun tutukluluk sürelerinin silahlı çatışma hukuku kurallarına aykırı olduğu böylece bizzat ABD yargı makamları tarafından da kabul edilmeye başlanmıştır. Bu süreç içindeki en önemli diğer iki davadan biri sayılan ve yine aşağıda ayrıntıları incelenecek olan *Hamdan v. Rumsfeld* davasında, Anayasa Mahkemesi, alıkoyulanları yargılamakla görevli askeri komisyonların (military commissions) yapı ve usul açısından Cenevre Sözleşmeleri'ne ve ABD Standart Askeri Adalet Yönetmeliği'ne (Uniform Code of Military Justice-UCMJ) aykırı olması nedeniyle alıkoyulanları yargılama yetkisi olmadığını belirtmiş; *Boumediene v. Bush* davasında ise, hukuka aykırı olarak özgürlüklerinden mahrum edilmiş alıkoyulanların bir an önce yargı karşısına çıkarılmasını amaçlayan *habeas corpus* davası açma hakkına sahip oldukları sonucuna varmıştır.²⁰⁶

²⁰⁴ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

²⁰⁵ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

²⁰⁶ Anayasa, *habeas corpus* hakkında, alıkoyulan kişilerin hangi ülkenin vatandaşı olduklarına ve nerede yakalandıklarına bağlı olarak da farklı yorumlar getirmiştir. Ayrıca Amerikan hukuk çevrelerinde *habeas corpus*'un ülke dışındaki silahlı çatışmalarda yakalanabilecek düşman savaşçısı konumundaki kişilerin sayısal çokluğu nedeniyle bu davaların etkin olarak görülemeyebileceği de savunulmuştur. *Habeas corpus*'un belli durumlarda askıya alınabilecek bir hak olduğuna dair bir görüş ve bu görüşü destekleyen kararlar hakkında bir yorum için bkz.: Richard H. Fallon Jr., Daniel J. Meltzer, "Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror", *Harvard Law Review*, 2007, Vol.120, No.8, 2029-2112.

Hamdan davası için bkz.: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZS.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

Boumediene davası için bkz.: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html> (Erişim tarihi: 18.12.2012)

Mayıs 2002’den itibaren başlayan ilk alıkoymalar sonucunda yakalanan şüphelilerin durumları çeşitli isimlerde anılan askeri komisyonlar tarafından incelenmeye alınmıştır. Tutuklu İnceleme Komisyonu (Detainee Review Board-DRB), Kanunsuz Düşman Savaşçıları İnceleme Komisyonu (Unlawful Enemy Combatant Review Board-UECRB) ve Düşman Savaşçısı İnceleme Komisyonu (Enemy Combatant Review Board-ECRB) olarak bilinen bu komisyonlar, yukarıda bahsedilen Cenevre Sözleşmeleri’ndeki yargılama usullerine aykırı olarak, alıkoyulanlara hiçbir hukuki hak tanımadan bu kişileri sorgulamış ve gözetim altında tutmuşlardır. Alıkoyulanlara neden yakalandıkları söylenmemiş, bu kişiler kendilerini savunmaları için mahkeme huzuruna çıkarılmamış ve hiçbirine müdafî tayin edilmemiştir.²⁰⁷ 2002-2008 arasında alıkoyulanlarla tutukluluğun ilk 90 günü içinde bir defa görüşme yapılmış; daha sonra bu görüşmeler yılda sadece bir defa gerçekleştirilmiş, alıkoyulanlara haklarında düzenli inceleme yapılmaya başlandığı ise ancak Nisan 2008 tarihinde bildirilmiştir.²⁰⁸ Buradan anlaşılacağı üzere, fiili alıkoymaların başlangıcı ile kişilerin dosyalarının incelenmeye başlanması ve haklarında yasal işlem yapılacak olanların dosyalarının dava konusu olmaya başlaması arasında altı yıl gibi olağanüstü uzun bir süre bulunmaktadır. Bu sürede – yapılan işkence ve zor kullanarak ifade alma fiilleri hariç tutulsa bile, ki bunlar aşağıda ayrıca incelenecektir – alıkoyulanlara hiçbir şekilde tutuklanma veya gözaltına alınma nedenlerinin açıklanmaması, müdafî tayin edilmemesi ve bu kişilerin hakim önüne çıkarılmamaları, açıkça yukarıda belirtilen Cenevre Sözleşmeleri içindeki ilgili maddelerin ihlali anlamına gelmektedir. Bu ihlallerin hangileri olduğu, aşağıda incelenecek olan dört büyük davanın sonucunda açıklanacaktır.

Alıkoyulardan çoğunun uzun süre sonra serbest bırakılmasına rağmen, bu kişilerin hukuk dışı alıkoyulduğu ve başta *habeas corpus* olmak üzere pek çok temel ilkenin ihlal edildiği açıktır. Bu yargıyı kanıtlayan pek çok vaka mevcuttur. Bu çalışmada, bu vakalardan, ABD iç hukuk içtihatlarında olduğu kadar uluslararası hukuk literatüründe de bir ‘mihenk taşı’ olarak nitelenen dört tanesi aşağıda incelenecektir. Ancak bu büyük davalara geçmeden önce, örnek olarak iki gerçek olaya kısaca değinmek, tutuklamaların ne derecede keyfi yapıldığını göstermek açısından yararlı olabilir. Bunlardan birincisinde, Gül Alai adındaki Afganlı, ülkesinde yaşadığı bölgede iki binadan oluşan bir yerleşim alanında kendine ait olmayan evde el yapımı patlayıcı (Improvised Explosive Device-IED) bulundurmakla suçlanarak tutuklanmıştır. Alai sorgulaması sırasında, evlerin aynı arazi üzerinde olduğunu

²⁰⁷ Eviatar, “Detained and Denied in Afghanistan”, s.7.

²⁰⁸ Eviatar, “Detained and Denied in Afghanistan”, s.7.

kabul etmiş ancak patlayıcıların bulunduğu evle hiçbir ilgisi olmadığını, kendisinin orada oturmadığını belirtmiştir. DRB duruşması sırasında Alai'ye müdafî statüsünde 'kişisel temsilci' (Personal Representative-PR) verilmiş ancak bu kişi dava sırasında iddia makamının delillerini göstermesini istemediği gibi, kendisi de savunma makamı olarak DRB'ye herhangi bir delil sunmamıştır.²⁰⁹ İkinci dava ise Nasrullah (Afganistan'da bazı insanların soyismi olmadığı için bu kişinin de soyisim bilgisi mevcut değildir) adlı kişiyle ilgili olup, alıkoyulma gerekçesi, çalıştığı çiftliğin sahibinin evinde çeşitli türde patlayıcının bulunmuş olmasıdır. Söz konusu evde yedi adet el bombası, bir adet RPG roketatar, iki adet hücum yeleği ve belirtilmeyen sayıda IED bulunmuştur. Şüpheliden örnek doku alınarak yapılan patlayıcı kalıntısı (residue) ve DNA testlerinin sonuçlarının tümü negatif çıkmasına ve bu kişinin patlayıcıların bulunduğu evin sahibi olmamasına rağmen, Nasrullah'ın alıkoyulmasında hiçbir sakınca görülmemiştir.²¹⁰

3.1.1.4. Resul v. Bush Davası

Söz konusu dava, ABD Anayasa Mahkemesi'nde, Afganistan'da ISAF birliklerine karşı Taliban militanı olarak savaştıkları gerekçesiyle tutuklanan Britanya vatandaşı Şefik Resul ve arkadaşları tarafından ABD Yönetimi'ni temsilen Başkan George W. Bush'a karşı açılmıştır. Davanın sonunda, Mahkeme, Amerikan vatandaşı olmayan yabancıların Guantanamo Bay'de haksız yere tutulup tutulmadıklarının ABD mahkemeleri tarafından araştırılmasını kanuna uygun bulmuştur. Dava, her ne kadar ilk bakışta silahlı çatışma hukukundan çok Amerikan iç hukukunu ilgilendiriyor gibi görünse de, iki nedenden ötürü burada incelenecektir. Birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonucunda, Afganistan'da ele geçirilen Taliban ve El-Kaide militanlarının alıkoyulmasındaki hukuki meşruiyetin sorgulanmaya açık hale gelmiş olmasıdır. Mahkeme'nin diğer mahkemeleri alıkoymaların kanunsuz olup olmadığıyla ilgili karar vermeye yetkili kılması, bu tür alıkoymaların kanunsuz olabileceğini göstermesi açısından ilgi çekicidir. Davanın incelenmesindeki ikinci neden, uluslararası hukukla ulusal hukukun belirli kesişim kümeleri dahilinde ortak hukuki unsurlara ve sujelere sahip olmalarıdır. Bu davadaki özgürlükten alıkoyulma suçu ve alıkoyulan kişi (Resul), bu unsurlardan ve

²⁰⁹ ABD Savunma Bakanlığı yönetmeliğine göre, alıkoyulanların haklarını savunmakla görevli olan asker kökenli P.R.'ler hukukçu olmak zorunda değildirler. Beş gün boyunca toplam 35 saatlik bir adli eğitim aldıktan sonra görevlendirilen bu kişilerin görevli oldukları ülkelerin dilini bilmeleri de gerekmemektedir. Yerel kültürle yabancı olan ve hukuk eğitimleri bulunmayan bu görevlilerin, iyi niyetli olsalar bile, DRB'lerde veya diğer komisyonlarda sanık veya şüphelilerin haklarını yetkin düzeyde savunabilecekleri oldukça tartışmalı bir konudur. P.R.'ler hakkında daha ileri bilgi için bkz.: Jeff A. Bovarnick, "Detainee Review Boards in Afghanistan: From Strategic Liability to Legitimacy", *The Army Lawyer*, June 2010, 9-49.

²¹⁰ Her iki olay hakkında bilgi için bkz.: Eviatar, "Detained and Denied in Afghanistan", p.14-15.

sujelerden birisidir. Bu nedenle, Amerikan iç hukuku ve Cenevre Hukuku arasındaki karşılıklı etkileşimin incelenmesi, sözkonusu suçun silahlı çatışma hukuku ihlali olup olmadığını araştırmak açısından önemli görülmüştür. Bu gerekçeler, kısmen veya tamamen, aşağıdaki diğer üç dava için de geçerlidir.

Pakistan göçmeni bir ailenin Britanya’da doğan çocuğu olan Şefik Resul, 2001 Ekim’inde ülkesinde yarım kalan bilgisayar eğitimine devam etmek ve kendi kültürüyle ilgili bilgi sahibi olmak amacıyla Pakistan’a gitmiştir.²¹¹ Resul, teyzesiyle birlikte bir akraba ziyaretine gitmekte iken Kuzey Koalisyonu veya bölgedeki diğer güvenlik güçlerine mensup bir grup asker tarafından yakalandıktan sonra Aralık 2001’de ABD silahlı kuvvetleri birliklerine teslim edilmiş, Ocak 2002’de ise Guantanamo Bay’e sevk edilmiştir.²¹² Resul kampta alıkoyulmaya başladıktan bir süre sonra, alıkoyulardan bazıları ile birlikte ülkesine iade edilebileceğine dair resmi açıklama niteliğinde olmayan duyurular alınmıştır. 20 Ekim 2002 tarihli ‘gizli’ olarak sınıflandırılmış ancak daha sonra medyaya sızdırılmış bir elektronik postada, ABD Savunma Bakanlığı tarafından bazı tutukluların ülkelerine iade edilmesine karar verildiği; kamp komutanının birkaç ayrı dilde yayınladığı bir bildiri ile bunu alıkoyulanlara açıkladığı ve alıkoyulanların Ekim ayı içinde ülkelerine iade edileceği belirtilmiştir.²¹³ Bununla birlikte iade hemen gerçekleşmemiş, Resul ancak 2004 Mart’ında, kendi davasına ait Anayasa Mahkemesi kararının açıklanmasından kısa bir süre önce, Britanya’ya iade edilmiş ve ülkesine ayak bastıktan 36 saat sonra ilgili mahkeme tarafından serbest bırakılmıştır.²¹⁴

Şefik Resul’ün alıkoyulma gerekçesinde yasal temel ve alıkoyulduğu süre boyunca yaşadıkları, hukuka ve insani davranış ilkesine uygunluktan oldukça uzak görünmektedir. Öncelikle, Resul’ün yakalandığı güne kadar Taliban, Afganistan’daki Amerikan birliklerine bir zarar vermemiş, Resul’ün kendisi de böyle bir eylemde doğrudan veya dolaylı olarak yer almamış, bu tip bir eylemde kalkışma içinde de olmamıştır.²¹⁵ Resul yakalandıktan sonra temel haklarından mahrum bırakılmıştır. Devlet görevlileri tarafından defalarca sorguya çekilmesine rağmen, kendisine hangi suç nedeniyle alıkoyulduğu hiçbir zaman söylenmemiştir.²¹⁶ Resul, birlikte tutuklu olduğu diğer arkadaşlarıyla birlikte, iki yıl boyunca Guantanamo Bay’de en temel

²¹¹ Davacıların Esasa Dair Dava Özeti (Petitioners’ Brief on The Merits), Dava No. 03-334, “Shafiq Rasul, et al., (Davalılar), v. George W. Bush, et al., (Davalılar)”, p.3.

Sözkonusu Esasa Dair Dava Özeti, davayla ilgili diğer yasal dokümanlar ve olayın kronolojisi için bkz.: http://www.historycommons.org/entity.jsp?entity=shafiq_rasul (Erişim tarihi: 20.12.2012)

²¹² a.g.e., p.3.

²¹³ http://www.aclu.org/torturefoia/released/FBI_4061_4062.pdf (Erişim tarihi: 20.12.2012)

²¹⁴ http://www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/interviews/shafiq_rasul.html (Erişim tarihi: 20.12.2012)

²¹⁵ Esasa Dair Dava Özeti, s.4.

²¹⁶ Esasa Dair Dava Özeti, s.4.

insan hakkı olan özgürlüğünden mahrum bırakılmış, bu süre içinde kendisini bir müdafî yardımı ile savunma hakkı verilmemiş ve yargı önüne çıkarılmamıştır.²¹⁷

Bunun üzerine, Resul'ün savunmasını üstelenen sivil toplum kuruluşu CCR'nin avukatları, D.C. Asliye Mahkemesi'nde *habeas corpus* ihlali davası açmışlardır. Mahkeme dava dosyasını incelemiş, kendisinin Yönetim'in alıkoyulanları – Cenevre Sözleşmeleri'ne aykırı bir şekilde – süresiz gözaltında tutmasının yasal olup olmadığını tespit etmeye dair bir karar vermeye yetkili olmadığını açıklamıştır.²¹⁸ Asliye Mahkemesi bu kararı alırken, 1950 yılına ait ilgi çekici bir karara atıfta bulunmuştur. Söz konusu karar, *Johnson v. Eisentrager* davasına aittir. 2. Dünya Savaşı sırasında bir grup Alman askeri, Çin'de Amerikan birlikleri tarafından yakalanarak silahlı çatışma hukuku ilkelerini ihlal ettikleri gerekçesiyle suçlu bulunmuş ve Almanya'daki ABD işgali altındaki bir hapisaneye sevk edilmişlerdir. Alman askerleri, alıkoyulmalarının ABD Anayasası'nın ve Cenevre Sözleşmeleri'nin ilgili maddelerini ihlal ettiği ve *habeas corpus* haklarının verilmediği gerekçesiyle D.C. Asliye Mahkemesi'nde dava açmışlardır. Mahkeme, savaş zamanında yabancı düşman statüsündeki kişilerin ABD yargısının yetkisinden yararlanamayacakları gerekçesiyle alıkoyuların böyle bir hakları olmadığına karar vermiştir.²¹⁹ Resul davasına bakan mahkeme de, bu davayı örnek göstererek, ABD'nin kendi egemenlik alanı dışında (Guantanamo Bay'da) alıkoyulan kişiler için *habeas corpus* hakkının geçerli olamayacağını belirtmiş, Resul'un avukatlarının Guantanamo'nun *de facto* olarak ABD toprağı olduğunu iddia etmeleri üzerine de, söz konusu kampın ABD'ye ait bir bağımsız bölge (sovereign territory) olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.²²⁰

Bu karar üzerine CCR'nin savunma avukatları, ABD mahkemelerinin *habeas corpus* hakkının ihlal edilip edilmediğini araştırmaya yetkili oldukları konusunda bir karar çıkartmak amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Savunma, Resul ve arkadaşlarının ABD ile savaşta olan bir ülkenin vatandaşları olmadığını; alıkoyulanların ABD'ye karşı bir saldırıda bulunmadıkları ve bulunmayı planladıklarını; herhangi bir mahkemeye başvuru haklarının verilmediğini ve daha da önemlisi, iki yıldan fazla bir zaman boyunca ABD'nin münhasır yargı ve kontrol haklarının bulunduğu bir bölgede alıkoyulduklarını iddia etmiştir.²²¹ İddia ve

²¹⁷ Esasa Dair Dava Özeti, s.9.

²¹⁸ Arthur H. Garrison, "The War on Terrorism on The Judicial Front, Part II: The Courts Strike Back" *American Journal of Trial Advocacy*, 2004, Vol.27, 473-516, p.473.

²¹⁹ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=763>

(Erişim tarihi: 21.12.2012)

²²⁰ David L. Sloss, "Rasul v. Bush" *The American Journal of International Law*, October 2004, Vol.98, No.4, 788-798, p.789.

²²¹ Esasa Dair Dava Özeti, s.7-8.

savunma makamlarının savlarını inceleyen Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 2004 tarihli çoğunluk kararında, *Resul* ve davaya konu olan diğer kişilerin kanunsuz olarak alıkoyulduklarını ve ABD mahkemelerinin *habeas corpus* ihlali olup olmadığını incelemeye yetkili olduğunu açıklamıştır.²²²

Davanın gösterdiği gibi, ABD silahlı kuvvetleri Afganistan'da yakaladığı bazı kişileri hukuka aykırı olarak özgürlüklerinden mahrum bırakmış ve makul sürede hakim önüne çıkarılma ve yargılanma haklarını teslim etmemiştir. Bu temel haklar silahlı çatışma hukukunun sağladığı asli güvencelerdendir. Anayasa Mahkemesi'nin *Resul v. Bush* davası kapsamında ilgilendiği soru, her ne kadar Cenevre Sözleşmeleri'nin veya diğer benzeri uluslararası hukuk antlaşmalarının ihlal edilip edilmediği değilse de, verdiği karar, temel bir silahlı çatışma hukuku hakkıyla yakından ilintili olması ve bir hak ihlalini işaret etmesi nedeniyle önemlidir. Davanın bir diğer önemli sonucu, karardan hemen sonra Yönetim'in Savaşçı Statüsünü İnceleme Mahkemeleri (Combatant Status Review Tribunals-CSRT) adı altında yeni bir yargı merci kurmuş olmasıdır. CSRT'ler, 7 Temmuz 2004 tarihinde Savunma Bakanlığı tarafından yayınlanan bir memorandumla kurulmuştur. Buna göre, bu mahkemeler, herbiri, daha önce tutuklama, gözaltına alma veya sorgulamalara müdahil olmamış bir hukukçu olan üç bağımsız silahlı kuvvetler mensubundan oluşacak ve alıkoyulan kişinin düşman savaşçı olarak kabul edilip edilmeyeceğini incelemeye yetkili olacaktır.²²³ (CSRT'ler aynı zamanda *Hamdi v. Rumsfeld* davasının kararıyla da ilgili olduğu için, bu mahkemelere dair ayrıntılı tespit aşağıda incelenecek olan sözkonusu davadan sonra yapılacaktır.) Savunma Bakanlığı'nın memorandumu ile düşman savaşının tanımı da yapılmış olup, buna göre, Taliban veya El-Kaide'ye üye olan veya ABD'ye veya koalisyona karşı düşmanca eylemlerde bulunan kişiler bu şekilde niteleneceklerdir.²²⁴ Düşman savaşçı olarak tanımlanan kişiler de *habeas corpus* haklarına sahip olacaklar; böylece mahkemeler de benzeri olaylarda hangi hukukun geçerli olacağını tespit etmeye yetkili kılınmış

Burada özellikle sonuncu iddia önemlidir. Guantanamo Bay Deniz Kuvvetleri Üssü'nün bulunduğu topraklar, 1898 İspanyol-Amerikan Savaşı'nın ardından 1903 Kiralama Antlaşması ile ABD'ye devredilmiştir. Bu antlaşmanın 3. maddesine göre, ABD, Küba Cumhuriyeti'nin sözkonusu topraklardaki mutlak egemenlik haklarını tanıyacak, Küba da ABD'nin bu topraklarda yargı ve kontrol haklarının bulunduğunu kabul edecektir. 1903 antlaşmasının bu maddesiyle, ABD'nin Guantanamo'da alıkoyulanlar için *habeas corpus* ilkesinden doğan haklarını teslim etmesi gerektiği açıkça görülmektedir. Üssün tarihçesi ve yasal statüsü hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Ernesto Hernández-López, "Guantanamo as Outside and Inside The U.S.: Why Is A Base A Legal Anomaly?" *Journal Of Gender, Social Policy & The Law*, 2010, Vol.18:3, 471-501.

1903 antlaşmasının tamamı için bkz.: Yale University Lillian Goldman Law Library: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp (Erişim tarihi: 21.12.2012)

²²² *Rasul v. Bush*, p.1.

<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf> (Erişim tarihi: 21.12.2012)

²²³ Savunma Bakanlığı Memorandum, s.1-2.

<http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf> (Erişim tarihi: 21.12.2012) s.1-2.

²²⁴ Savunma Bakanlığı Memorandum, s.1.

olacaktır ki, bu da alıkoyulanların yargı sürecinde Cenevre Hukuku'nun geçerli olacağını ortaya koyacağı için son derece önemlidir.²²⁵

3.1.1.5. Hamdi v. Rumsfeld Davası

Özgürlükten mahrum bırakma ve makul sürede yargılama ilkelerinin ihlali kapsamındaki en önemli davalardan biri de *Hamdi v. Rumsfeld* davasıdır. Aslen ABD vatandaşı olan Yaser Esam Hamdi tarafından Donald Rumsfeld nezdinde Savunma Bakanlığı'na karşı açılan davanın kararı, Yönetim'in AUMF tarafından verilen alıkoyma yetkilerini tanımakla birlikte, savaşta ele geçirilen bir ABD vatandaşının kendisine isnat edilen düşman savaşçı statüsüne karşı savunma hakkı vermesi ve alıkoyulanlara olağan kanun yolunun (due process of law) açık olduğunu belirtmesi açısından dikkat çekicidir. Dava, silahlı çatışma hukukunda yer alan tutukluların ancak bir savaşın sonuna kadar alıkoyulması gerektiği ilkesini ele alarak, bu ilkeyi ABD Anayasası'nın hükümlerine göre incelemesi açısından da önemlidir.

Hamdi, Louisiana doğumlu bir Amerikan vatandaşı olup, küçük yaşlarda Suudi Arabistan'a giderek hayatının önemli bölümünü burada geçirmiş, bu ülkede yetişmiştir.²²⁶ Afganistan'da Taliban üyesi olmak suçuyla, 2001 yılının tam olarak belirlenemeyen bir tarihinde, Kuzey Koalisyonu askerleri tarafından tutuklanarak önce Guantanamo Bay'e, daha sonra da Norfolk Deniz Kuvvetleri Üssü'ne nakledilerek alıkoyulmuştur.²²⁷ C3'e göre, Taliban saflarında ABD-ISAF birliklerine karşı savaşanlar, yetkili bir mahkeme tarafından aksine hüküm verilmedikçe, savaş mahkumu statüsünde değerlendirilmelidirler.²²⁸ Dahası, silahlı çatışma hukukunun uluslararası nitelikte olmayan bir çatışmada kişileri alıkoymak için işgalci ülkeye bağımsız bir yetki tanımadığı, bu yetkiyi savaşın gerçekleştiği ülkenin hükûmetine

²²⁵ Sloss, "Rasul v. Bush", s.793. Burada Sloss'un değerlendirmesi, Taliban ve El-Kaide militanlarının statülerini ve haklarını incelemesi nedeniyle de dikkate değer görünmektedir. Yazar, önce ABD'nin kanun dışı savaşçılarla ilgili görüşlerini sıralamış, sonra da hangi sözleşmelerin koruması altında olabileceklerini açıklamıştır. Buna göre, ABD alıkoyulanları Taliban ve El-Kaide militanları olmak üzere iki farklı sınıfa ayırmıştır. ABD'nin değerlendirmesine göre, El-Kaide bir devlet olmadığı için Cenevre Sözleşmelerine de taraf olamaz. Taliban militanları ise kanundışı savaşçı oldukları gerekçesiyle sözleşme kapsamındaki haklardan yararlanılmamışlardır. Yönetim, ayrıca çatışmanın ilk safhasını dikkate alarak, savaşın uluslararası nitelikte olduğunu, bu nedenle Ortak Madde 3'ün de alıkoyulanlara uygulanamayacağını savunmuştur. Sloss, hükûmetin analizini 'ciddi şekilde hatalı' olarak nitelermektedir. Zira, alıkoyulanlar için Madde 3 uygulanmasa bile, Afganistan askeri müdahalesi, ABD ve Afganistan arasındaki uluslararası bir silahlı çatışma olarak değerlendirilebileceği için – ki yukarıda görüldüğü üzere savaşın ilk safhası gerçekten de bu niteliktedir – El-Kaide militanları Taliban'a destek vermek amacıyla savaşa katılan taraf olarak uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen kuralların güvencesi altındadırlar. Bu durumda, Sloss'a göre, Taliban militanları C3 veya C4; El-Kaide militanları ise C4 veya Ortak Madde 3 kapsamındaki güvencelerden yararlanmalıdırlar.

²²⁶ ABD Dördüncü Daire Temyiz Mahkemesi Kararı, No. 02-6895, s.12.

<http://legislationline.org/download/action/download/id/1190/file/192dc027df51b0b910937f1ba03a.pdf> (Erişim tarihi: 21.12.2012)

²²⁷ Temyiz Mahkemesi Dördüncü Dairesi Kararı, s.12.

²²⁸ Jenny S. Martinez, "Hamdi v. Rumsfeld", *The American Journal of International Law*, Oct. 2004, Vol.98, No.4, 782-788, p.787.

bıraktığı yönünde güvenilir görüşler bulunmaktadır.²²⁹ Bu aşamada, Hamdi'nin tutuklandığı tarihte Karzai hükümetinin yönetime geldiğini, bu tarihten itibaren savaşın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma sınıfına girdiğini hatırlamakta fayda vardır. Kuşkusuz, bu da işgalci ülke konumundaki ABD tarafından gerçekleştirilen alıkoyma fiilinin meşruluğunu tartışmaya açan bir unsurdur. Ayrıca, her ne kadar Kongre (Yönetim'i yetkilendirdiği AUMF sayesinde) alıkoymaları meşru kabul etmekte ise de, bu fiillerin silahlı çatışma hukukunun örfi adetleriyle çeliştiği, uluslararası hukukçular tarafından kabul edilen bir yaklaşım olagelmıştır.²³⁰

ABD hükümeti, Hamdi'yi, düşman savaşçı statüsü kapsamında, yasal temsil hakkına kavuştuğuna karar verilinceye kadar süresiz olarak (indefinetely) alıkoyma hakkına sahip olduğunu iddia etmiştir.²³¹ Haziran 2002'de Hamdi'nin babası Esam Fuat Hamdi, ABD Anayasası'nın 28/2241. maddesinde öngörülen *habeas corpus* hakkına aykırı olarak, oğlunun 2001 yılından beri hükümet tarafından alıkoyma altına alındığını; o tarihten beri oğluyla görüştürülmediğini; oğluna herhangi bir suç isnadı yapılmadığını ve müdafî hakkının kullandırılmadığını iddia ederek Doğu Virginia Asliye Mahkemesi'ne başvurmuş; oğlunun Afganistan'da insani yardım faaliyetleriyle ilgilendiğini belirtmiş; bunun üzerine mahkeme de Hamdi'ye müdafî tutma hakkının tanınmasına karar vermiş; ancak daha sonra bu karar, güvenlik ve istihbarat çıkarlarının tehlikeye girdiği gerekçesiyle temyizde bozulmuştur.²³² Asliye mahkemesindeki yargı sürecini ve temyiz mahkemesinin gerekçesini daha ayrıntılı olarak tartışmak bu araştırmanın kapsamı dahilinde değildir. Ancak bu karar, Yönetim'in 'güvenlik' ve 'istihbarat' çıkarlarını hukukun üstünlüğünden daha önemli gördüğünü işaret etmesi açısından dikkat çekicidir. Hamdi ve diğer benzeri davaların Anayasa Mahkemesi'ne sevkine neden olan da, politik ve stratejik çıkarların

²²⁹ a.g.e., p.787.

²³⁰ a.g.e., p.787.

²³¹ Hamdi v. Rumsfeld, p.1167.

<http://www.jstor.org/stable/20694494?origin=JSTOR-pdf> (Erişim tarihi: 21.12.2012)

²³² Hamdi v. Rumsfeld, s. 1167. Temyiz Mahkemesi, sözkonusu kararında, 2. Dünya Savaşı'na ait önemli bir harp hukuku davası olan *Ex Parte Quirin*'i örnek göstermiştir. (*Ex parte*, tek bir yargıç tarafından davayla ilgili tarafların katılımı olmadan verilen kararı ifade eder.) 1942 yılında sekiz Alman askeri, aralarında Niagara Falls'daki hidroelektrik santralleri ve New York'taki alüminyum üretim tesislerinin bulunduğu pek çok endüstri hedefine sabotaj düzenlemek amacıyla gizlice ABD'ye girmiştir. Sabotörlerden Herbert Hans Haupt aslen Amerikan vatandaşıdır. Askerlerden ikisinin eylemden vazgeçip FBI'ya başvurarak teslim olmaları üzerine diğer askerler de yakalanmış ve yedi üyelik bir özel askeri mahkemeye sevk edilmişlerdir. Yargılama sonucunda eylemi ihbar eden askerlerden biri 30 yıl, diğeri müebbet hapse mahkum edilirken, Amerikan vatandaşı Haupt ve davaya adını veren Richard Quirin dahil diğer altı asker ölüm cezasına çarptırılmış ve cezaları elektrikli sandelye ile infaz edilmiştir. Dava, Guantanamo Bay'de alıkoyma ile ilgili kararlarda sıkça içtihat olarak ele alınmış, Başkan Roosevelt'in yayınladığı Yürütme Emri (Executive Order) kapsamında gerçekleşen Quirin davasındaki alıkoymalar, Başkan Bush'a verilen yetkiyi meşru kılmak adına örnek olarak gösterilmiştir. *Ex Parte Quirin* davasının resmi kararı için bkz.: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Supreme-Court-1942.pdf (Erişim tarihi: 21.12.2012) Dava hakkında bir hukuk yorumu için bkz.: Morris D. Davis, "The Influence of *Ex Parte Quirin* and Courts-Martial on Military Commissions", *Northwestern University Law Review Colloquy*, 2008, Vol.103, 121-131.

hukuktan üstün görülmesi, alt mahkemelerin de – muhtemelen iktidarın siyasi baskısına maruz kalmaları nedeniye – bu anlayışa göre karar verme eğiliminde olmalarıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgilendiği temel soru, Amerikan vatandaşlarının alıkoyulmasının Yönetim'e verilen yetkinin alanına girip girmediğidir. Mahkeme'ye göre, ABD'nin önünde kendi vatandaşlarından birini düşman savaşçı suçuyla alıkoymaması için hiçbir engel yoktur. Yönetim, tam da bu yetkiye dayanarak, 2. Dünya Savaşı'ndaki süresiz alıkoymaları örnek göstermiş ve bu savaşla Afganistan'daki silahlı çatışma arasında paralellik kurmak suretiyle alıkoymalardaki süresizliği meşrulaştırma yoluna gitmiştir.²³³ Ancak Mahkeme, alıkoyulanların ne kadar devam edeceği belli olmayan bir süre boyunca özgürlüklerinden mahrum bırakılamayacakları yolunda görüş açıklamıştır.²³⁴ Mahkeme, ayrıca düşman savaşçı statüsünde olmadığını iddia eden bir Amerikan vatandaşının, aşağıdaki dipnotta açıklanan *Ex Parte Quirin* davasında verilen kararın aksine, statüsüne ilişkin bilgilendirilme hakkı olduğuna ve tarafsız bir mahkeme önünde Yönetim'in iddialarını delillerle çürütme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamış; askeri güvenliğin kişinin temel hak ve özgürlüklerinden daha önemli olamayacağını açıklamıştır.²³⁵

Silahlı çatışma hukuku açısından *Hamdi v. Rumsfeld* davasının en önemli sonuçlarından biri de, karardan hemen sonra CSRT'lerin kurulmasıdır. Söz konusu askeri mahkemeler, yukarıda belirtildiği gibi, alıkoyulan kişinin düşman savaşçı olarak kabul edilip edilmeyeceğini incelemekle görevlidirler ve Savunma Bakan Yardımcısı Paul Wolfowitz tarafından imzalanan bir emirle kurulmuşlardır. CSRT'lerin kurulması, Anayasa Mahkemesi'nin *Resul* ve *Hamdi* kararlarında yer alan alıkoyulanların düşman savaşçı olarak yargılanmalarına itiraz hakkına sahip oldukları yönündeki görüşlerine karşı Yönetim tarafından verilmiş bir 'reaksiyon' olarak kabul edilebilir.²³⁶ Savunma Bakanlığı, CSRT'leri ABD Kara Kuvvetleri'nin mevcut usullerine göre ve C3'ün 5. maddesine uygun olacak şekilde tasarlamıştır.²³⁷ 5. madde, alıkoyulanların düşman savaşçı olup olmadığıyla ilgili yargı sürecini şu şekilde düzenlemiştir:

Bir savaş fiili işleyip düşmanın eline geçen kişilerin 4. maddede sayılan gruplardan birine ait oldukları hakkında bir şüphe olursa, bu kişiler,

²³³ *Hamdi v. Rumsfeld*, p. 1170.

²³⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, p. 1171.

²³⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, p.1176-1177.

²³⁶ Steven Solomon, David Kaye, "The International Law of Hamdan v. Rumsfeld", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, Vol.8, 179-207, p.188.

²³⁷ a.g.e., s.188.

statüleri yetkili bir mahkeme tarafından belirleninceye kadar, bu sözleşmenin korumasından yararlanırlar.²³⁸

CSRT'ler, Cenevre Hukuku'na uygun bir düzenlemeyi yansıtmakta olsalar da, bir takım eleştirilerden de muaf değildirler. Bunlardan en önemlisi, mahkemelerin askeri yapısıyla ilgilidir. Bu eleştirel görüşe göre, CSRT'ler asker üyelerden oluşmaları nedeniyle hiçbir zaman gerçek anlamda tarafsız olamazlar. Tarafsızlık, yargıçların bağımsızlığına bağlı bir olgudur ve bir yargı organı Başkanlık makamının etkisi altında olduğu sürece tam olarak bağımsız kabul edilemeyecektir.²³⁹ Bu görüş, yargının yönetimden bağımsız olması gerektiği şeklinde yorumlandığında, oldukça yüksek bir doğruluk payına sahiptir. Ancak bu yapısal yetersizliğine karşın, CSRT uygulaması Yönetim'de belli ölçüde bir yumuşamayı ifade etmesi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar hukukta ehven-i şer kavramı MCA

ilkesel açıdan kabul edilebilecek bir yaklaşım değilse de, Afganistan savaşı gibi karmaşık bir silahlı çatışmada mağdur olanların haklarının savunulması sürecinde, en azından doğru yola dönüşü simgelemesi nedeniyle önemlidir.

3.1.1.6. Hamdan v. Rumsfeld Davası

Anayasa Mahkemesi'ne taşınan en önemli davalardan biri de, alıkoyulanları yargılamakla görevli askeri komisyonların aslen bu kişileri yargılama yetkisine sahip olmadıklarını belirten Hamdan davasıdır. Kararın gerekçesi olarak, bu komisyonların yapı ve usul açısından Cenevre Sözleşmeleri'ne ve ABD Standart Askeri Adalet Yönetmeliği'ne (Uniform Code of Military Justice-UCMJ) aykırı olmaları gösterilmiştir.

Selim Ahmet Hamdan, aslen Yemen vatandaşı olup, 24 Kasım 2001 tarihinde Afgan güvenlik kuvvetlerine mensup birliklerle girdiği bir silahlı çatışma sonucunda ele geçirilmiştir.²⁴⁰ Hamdan, Savunma Bakanlığı tarafından Şubat 1996'dan yakalandığı tarihe kadar Yemen, Pakistan ve Afganistan'da El-Kaide terör örgütü içinde yer almak; Üsame Bin Ladin'in şöförlüğü ve kişisel korumalığını yapmak ve Taliban'dan aldığı silahları Kandahar'daki El-Kaide güvenlik sorumlusu Saif El-Adel'e teslim etmekle suçlanmış; böylelikle ABD Anayasası'nın devlete karşı komplo kurma suçunu düzenleyen 10.6950v(bM28) ve terörizme maddi destek sağlama

²³⁸ Cenevre Sözleşmeleri, C3: Madde 5, para.2.

²³⁹ Paul Diller, "Habeas and (Non-)Delegation", *The University of Chicago Law Review*, Spring 2010, Vol.77, No.2, 585-655, p.654.

²⁴⁰ <http://www.highbeam.com/doc/1A1-D8TBIAR81.html> (Erişim tarihi: 23.12.2012)

Sözkonusu çatışmada Üsame Bin Ladin'in üvey oğlunun da Hamdan'ın bulunduğu aracın içinde olduğu iddia edilmiştir. Çatışma sırasında aracın içinde bulunan Hamdan hariç diğer üç militanın ölü olarak ele geçirildiği açıklanmıştır. Hamdan yapılan ilk sorgusunda Bin Ladin'in şöförü olduğunu itiraf etmiştir.

suçunu düzenleyen 10.6950v(b)(25) maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle alıkoyulmasına karar verilmiştir.²⁴¹

Hamdan, tutuklanmasını takibeden üç yıl boyunca Guantanamo Bay'de alıkoyulmuştur. Dosyası hukuk davası kapsamında işleme konulduktan sonra, D.C. Asliye Mahkemesi, 8 Kasım 2004 tarihli kararında, yetkili bir mahkemenin C3'ün 4. maddesi gereğince savaş esirlerinin yararlanması gereken korumaların kapsamına girip girmediğini tespit edinceye kadar, mevcut askeri mahkeme tarafından yargılanamayacağına karar vermiştir.²⁴² Yönetim, bu karara itiraz ederek temyize gitmiş; başvuruyu inceleyen D.C. Temyiz Mahkemesi, Hamdan'ın, Cenevre Sözleşmeleri'nde bir taraf olmayan El-Kaide'ye bağlı olması nedeniyle C3'ün uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.²⁴³ Hamdan'ın avukatlarının bu karara itiraz ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları üzerine, Mahkeme, 7 Kasım 2005 tarihinde bir müzekkere emri (writ of certiorari) yayınlayarak, Temyiz Mahkemesi'nin kararının gözden geçirilmesi gerektiğini açıklamıştır.

Mahkeme'nin önündeki soru, davanının yukarıdaki seyrinden de anlaşılacağı üzere, askeri mahkemenin Hamdan'ı yargılama yetkisi olup olmadığı ve Hamdan'ın Cenevre Sözleşmeleri'nin sağladığı güvencelerden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Yönetim, Anayasa Mahkemesi'ndeki iddianamesinde, AUMF ve DTA'ya göre, askeri komisyonların savaş zamanında yargı yetkisine sahip olduğunu savunmuştur.²⁴⁴ Ancak Mahkeme, bu kurumlardan hiçbirinin askeri komisyonlara bir yargı yetkisi vermediği görüşünden yana olmuştur. Mahkeme, AUMF'nin lafzında ve tarihsel uygulamasında böyle bir yetki olmadığını belirtmiş, DTA'nın da sözkonusu komisyonları meşru kılacak şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir.²⁴⁵ Mahkeme'ye göre DTA, Guantanamo Bay'deki komisyonları

²⁴¹ Hamdan'ın örgütle bağlantısını gösteren Askeri Mahkeme Suçlaması için bkz.: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/tribunals/ushamdan704.html> (Erişim tarihi: 23.12.2012)

Anayasal ihlalleri gösteren Askeri Mahkeme İddianamesi için bkz.: http://www.investigativeproject.org/documents/case_docs/642.pdf (Erişim tarihi: 23.12.2012)

²⁴² Columbia Bölge Asliye Mahkemesi Kararı [Civil Action No. 04-1519 (JR)] http://online.wsj.com/public/resources/documents/Memorandum_Opinion_ORDER_11-8-04.pdf (Erişim tarihi: 23.12.2012)

²⁴³ Columbia Bölge Temyiz Mahkemesi Kararı (No. 04-5393) <http://www.asil.org/pdfs/Hamdanv.Rumsfeld.pdf> (Erişim tarihi: 23.12.2012)

²⁴⁴ Hamdan v. Rumsfeld, p.29.

<http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/05-184P.ZO> (Erişim tarihi: 24.12.2012)

Kongre, 30 Aralık 2005 tarihinde alıkoyulanlara uygulanacak insani davranışları düzenleyen bir yasayı onaylamıştır. Tutuklu Davranma Yasası (Detainee Treatment Act-DTA) adındaki bu yasa, Savunma Bakanlığı Tasarrufları Yasası (Department of Defense Appropriations Act-DDAA) ismindeki daha geniş kapsamlı bir yasanın içinde yer almaktadır. DTA, acımasız, insanlık dışı ve alçaltıcı davranışları yasaklamış, ayrıca yerel mahkemelerin statülerine itiraz eden alıkoyulanların durumları hakkında karar verme yetkilerini de kaldırmıştır.

DTA'nın tam metni için bkz.: http://www.pegc.us/detainee_act_2005.html (Erişim tarihi: 24.12.2012)

DTA hakkında Kongre tarafından hazırlanan bir değerlendirme raporu için bkz.: Michael John Garcia, **Interrogation of Detainees: Requirements of the Detainee Treatment Act**, Congressional Research Service Raporu, August 2009.

²⁴⁵ Hamdan v. Rumsfeld, p.29-30.

mümkün olan en zayıf anlamda (in the weakest sense) tanımış, yasanın komisyonlara sadece kısıtlı bir yargı yetkisi verdiğini belirtmiştir.²⁴⁶ Hamdan'a isnat edilen suçların işlendiği zaman diliminin 1996 ile yakalandığı tarih olan Kasım 2001 arasını kapsamaması da ayrı bir itiraz konusu olmuştur. Mahkeme burada, 1920 yılında yayınlanan bir eserdeki içtihata atıfta bulunarak, bir silahlı çatışma durumunda alıkoyulacak kişilere isnat edilecek suçun savaştan 'önce' değil savaş 'sırasında' gerçekleştirilmiş olması gereği üzerinde durmuştur.²⁴⁷ Bu durumda, 1996 yılından tutuklanma tarihine kadar olan fiilleri nedeniyle alıkoyulan Hamdan'ın bu ölçüte uymadığı açıktır. Mahkeme böylelikle, askeri komisyonların dava açma hakkına sahip olmadıklarına; Hamdan davasında Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3'ün geçerli olduğuna ve bu yargı sürecinde söz konusu maddenin ihlal edildiğine; komplo kurma suçunun silahlı çatışma hukuku ihlali olmadığını, aralarında Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin kararlarının da olduğu uluslararası hukuk kaynakları tarafından kanıtlandığına – dolayısıyla bu davada geçersiz bir suçlama olduğuna – karar vermiştir.²⁴⁸ Karardan kısa bir süre sonra, 7 Temmuz 2006 tarihinde, Savunma Bakanlığı bir memorandum yayınlarak, bakanlığa bağlı bütün personelin alıkoyulanlara Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3 kapsamında davranmak zorunda olduğunu açıklamıştır.²⁴⁹ Böylece Yönetim, El-Kaide militanlarının da Cenevre Hukuku kapsamındaki korumalardan yararlanabileceklerini kabul etmek zorunda kalmıştır.

Ancak Yönetim Majkeme'nin kararına karşı muhalif bir tavır sergilemekten de geri kalmamıştır. Dönemin Adalet Bakanı John D. Ashcroft, davanın sonuçlanmasından hemen sonra yaptığı açıklamada, kararı, yargı tarafından hükümete karşı gerçekleştirilen ciddi bir taciz olarak yorumlamış, Yönetim'in sorumluluğundaki meselelere müdahalede bulunduğu için, Mahkeme'ye karşı suçlayıcı bir tutum içine girmiştir.²⁵⁰ Ashcroft'ın buradaki kızgınlığının nedenini anlamak güç değildir. Bakan, konumu ve inancı gereği, Yönetim'in, süregelen savaş dahilinde mümkün olan en büyük askeri kazanımı elde etmek adına temel insan haklarını çiğnemeyi göze alan politikasını savunma eğilimindedir. Cenevre Hukuku'nu dikkate alan bir adalet görüşü, elbette teröre karşı elde edilecek mutlak zafere odaklanmış bu tip bir *reel politik* anlayışla bağdaşamaz. Ashcroft ve Yönetim'deki diğer kişilerin karara olumsuz bakmalarının gerekçesi, Mahkeme'nin

²⁴⁶ Hamdan v. Rumsfeld, p.30.

²⁴⁷ Hamdan v. Rumsfeld, p.25-26.

²⁴⁸ Hamdan v. Rumsfeld, p.4-6-8.

²⁴⁹ <http://www.defense.gov/pubs/pdfs/DepSecDef%20memo%20on%20common%20article%203.pdf> (Erişim tarihi: 24.12.2012)

²⁵⁰ <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A46434-2004Nov12.html> (Erişim tarihi: 24.12.2012)

temsil ettiği adil yargı kavramını, sözde-ulusal güvenlik stratejileri uğruna yürütölen bir savaşı kazanma yolunda bir engel olarak görmeleridir.

Hamdan davasının Yönetim üzerinde önemli etkileri olduğu bir gerçektir. Düşündürücü ve vahim olan ise, hükümetin davanın hemen sonrasında, Ashcroft'ın yaptığı gibi sadece demagojik çıkışlarda bulunması değil, aynı zamanda fiilen kararı geçersiz kılacak bir takım politik manevralara da başvurmayı tercih etmiş olmasıdır. Yönetim, kararın ardından, hukukun üstünlüğü ilkesini kabul etme yönünde uzlaşmacı bir yol izlemek yerine, politik amaçlarına ulaşmak adına kanunların etrafından dolaşan yöntemler icat etmek gibi siyasi ahlaka aykırı bir tutum sergilemiştir. Bush hükümeti, Mahkeme'nin verdiği kararların ardından – muhtemelen yargıya karşı duyduğu bir tür intikam duygusu ile – alıkoyulanların statülerini kendi siyasi görüşlerine göre yeniden belirleme ve haklarını da kendi hukuk anlayışı doğrultusunda yeniden tanımlama yoluna gitmiştir. Bu anlayışın en önemli göstergesi, kuşkusuz, MCA'dır. 17 Ekim 2006 tarihinde Başkan tarafından imzalanarak yürürlüğe giren yasanın temel amacı, silahlı çatışma hukuku ihlalleri hakkındaki davalara bakmak için için askeri komisyonları yetkilendirmektir. Ancak MCA, alıkoyulanlar için Anayasa Mahkemesi'nin Hamdan ve önceki davalarda kabul ettiği önemli içtihatlarla dayanarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorunlu yasal düzenlemeleri değiştirmesi bir yana, sözkonusu hak ve özgürlükleri daha da kısıtlayıcı yeni düzenlemeler getirmiştir. MCA, yabancı alıkoyulanların *habeas corpus* hakkını kaldırmış; bu kişilerin tutuklanma, transfer, maruz bırakıldıkları kötü davranışlar ve hukuksuz yargılama süreçleriyle ilgili ABD aleyhine dava açmalarını yasaklamış; silahlı çatışma hukukunun temel kaynağı olan Cenevre Sözleşmeleri'ne dayanılarak hukuk davası açma hakkını ortadan kaldırmaya yönelik hükümler getirmiştir.²⁵¹ Bu özellikleri ile adeta Cenevre Hukuku'nun temel ilkelerine meydan okuyan MCA, başlıca beş nedenden ötürü silahlı çatışma hukukuna aykırılık teşkil eden bir yasa olarak kabul edilebilir. Bunlar, ABD askeri mahkeme (court martial) pratiklerinin dışına çıkması; düşman savaşçı tanımlamasını (istismara varacak şekilde) geniş yorumlaması; silahlı çatışma hukukuna ceza hukukundan alınma yeni suç türleri dahil etmesi; Cenevre Sözleşmeleri'ndeki askeri mahkemelerle ilgili özellikleri dikkate almaması; uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak kanunları birleştirmesidir.²⁵²

²⁵¹ Askeri Komisyonlar Yasası, Madde 7 (a), 5 (a).

http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf (Erişim tarihi: 24.12.2012)

²⁵² Jack M. Beard, "The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations", *The American Journal of International Law*, 2007, Vol.101, 56-73, p.57, p.64. MCA hakkında yazılmış kapsamlı bir eleştirel değerlendirme için bkz.: David J. Scheffer, "Introductory Note to Military Commissions Act of 2006", *International Legal Materials*, November 2006, Vol.45, No.6, 1241-1356, p.1241, p.1245. MCA'nın, bütün eleştirilere rağmen, alıkoyulanlar

İçerdiği maddeleri, lafzı ve amacı dikkate alındığında, MCA'nın, hükümetle Anayasa Mahkemesi arasında büyük bir yasal kırılmayı temsil ettiği açıktır. Söz konusu yasa ile, Yönetim, silahlı çatışma hukukuna dair evrensel ilkelerin kendisi için pek fazla değer taşımadığını göstermiş, Yargı ise, doğası ve yetkisi gereği, siyasi iktidara vereceği yanıtı mecburen bir başka davada alacağı kararlara bırakmıştır ki, bu dava da aşağıda incelenecek olan *Boumediene v. Bush* davası olacaktır.

3.1.1.7. Boumediene v. Bush Davası

Aslen bir Birleşik Arap Emirlikleri vatandaşı olan Lakhdar Boumediene'in davası, aşağıda açıklanacak olan diğer hukuki ve siyasi özellikleri ile birlikte, tutuklanma yeri ve gerekçesi açısından da dikkat çekicidir. Boumediene, Birleşik Arap Emirlikleri'nde çalışan bir Kızılay görevlisiyken, kurumun isteği üzerine, ailesiyle birlikte 1997'de Bosna-Hersek'e yerleşmiş, bir süre sonra da bu ülkenin vatandaşlığına geçmiştir.²⁵³ Ekim 2001'de ABD'nin Sarayovo konsolosluk binasına El-Kaide adına saldırıda bulunacak bir grubun içinde yer aldığı şüphesiyle Bosna polisi tarafından tutuklanmış; aleyhinde herhangi bir delil bulunmadığı için serbest bırakılmış; ancak tahliye edildiği gece Amerikan haberalma görevlileri tarafından kaçırılarak Guantanamo Bay'e nakledilmiştir.²⁵⁴

Boumediene, Afganistan savaşının hüküm sürmediği bir bölgede yakalanan Afganistan vatandaşı olmayan bir kişidir. Bu açıdan bakıldığında, gerek ABD yasaları gerek silahlı çatışma hukuku için olağanın dışında bir suje olarak kabul edilebilir. Şubat 2007'de D.C. Temyiz Mahkemesi'nin Boumediene'in *habeas corpus* hakkıyla ilgili başvurusunun reddine karar vermesi üzerine davanın götürüldüğü Anayasa Mahkemesi, MCA'nın getirdiği sınırlamaların bu davada geçerli kabul edilmesi halinde, doğal olarak davacıların *habeas corpus* hakkına sahip

açısından belirli hukuki kazanımlar getirdiği, özellikle hükümetle yargı arasında bir dialog ortamı yaratması açısından da önemli bir düzenleme olduğu iddia edilmiştir. Yasa hakkında hem eleştirel hem olumlu bir yaklaşımı temsil eden bir görüş için bkz.: David A. Martin, "Judicial Review and The Military Commissions Act: On Striking The Right Balance", *The American Journal of International Law*, April 2007, Vol.101, No.2, 344-362.

²⁵³ <http://www.nytimes.com/2012/01/08/opinion/sunday/my-guantanamo-nightmare.html>

(Erişim tarihi: 25.12.2012)

²⁵⁴ Andy Worthington, *The Guantánamo Files: The Stories of the 774 Detainees in America's Illegal Prison*, Pluto Press, London, 2007, s.222-223. Olayla ilgili olarak aralarında Boumediene'in de bulunduğu beş kişi ABD'nin isteği üzerine göz altına alınmıştır. Aslında Bosna hükümeti Boumediene'i ABD'ye teslim etmeye hiçbir zaman onay vermemiştir. Kendisini gözaltına almasının asıl nedeni Amerikan hükümetinin büyük baskısıdır. Worthington'un kitabında, Bosna'da insan hakları aktivisti olarak çalışan Srdjan Dizdarevic, yazara ABD'nin tutumunu anlatırken "Baskı olağanüstüydü. Amerikalıların davranışlarında bir histeri vardı." diyerek durumu tarif etmiştir. Bu olayda ABD hükümetinin güvenlik konusunda ne derecede kuşkucu bir tavır sergilediğini görmek mümkündür. Dizdarevic'in söyleminden, Guantonama Bay'deki alıkoymaların ardında, 9/11'in devlet üzerinde yarattığı travmatik sonuçlar tarafından oluşan bir paranoyanın bulunduğu sonucunu çıkarmak çok da yanlış olmayacaktır.

olamayacaklarını belirtmiş; ancak hemen ardından sözkonusu hakkı tartışmaya açmıştır. Buna göre, *habeas corpus* Anayasa'daki özgürlük mefhumunu belirten tarihi köklere sahip esaslardan biridir ve bu hakkın askıya alınması (suspension clause) sadece 'işgal' veya 'ayaklanma' durumlarında sözkonusu olabilmektedir.²⁵⁵ Bu nedenle davacının gecikme olmaksızın yetkili bir mahkeme önüne çıkarılma ve kendini savunma hakkı mevcuttur. Mahkeme, davada MCA'nın getirdiği *habeas corpus* sınırlamasını – MCA'yla paralellik kurduğu 1996 Antiterörizm ve Etkin Ölüm Cezası Yasası'nın da (Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996- AEDPA) benzer şekilde istisnaları olduğunu hatırlatarak – bu durumda MCA'nın getirdiği *habeas corpus* sınırlamalarının da geçerli olamayacağını belirtmiştir.²⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, davada hükümetin Guantanamo Bay'ın ABD toprağı sayılamayacağı için burada alıkoyulanlar üzerinde ABD mahkemelerinin yetkisinin olmadığı yönündeki iddialarını da kabul etmemiştir. Bu yargısını kanıtlamak için Ada Davaları (Insular Cases) olarak bilinen ve 1898'de İspanyol-Amerikan Savaşı'nda ele geçirilen adalar üzerindeki Amerikan yargı yetkilerini inceleyen bir dizi davanın kararlarını örnek göstermiş, böylelikle ABD'nin Guantanamo Bay'de yargı yetkisinin bulunduğu sonucuna varmıştır.²⁵⁷

12 Haziran 2008'de biten Boumediene davası, Guantanamo Bay'de alıkoyulanlara *habeas corpus* yolunu açmış olması nedeniyle önemlidir. Karar neticesinde 225 tutukluya mahkemede kendilerini savunma olanağı verilmiştir.²⁵⁸ Amerikan ana-akım medyasının önde gelen yayın organlarından bazıları dava sonucunu, 'Bush yönetiminin, boyunu aşan emperyal tutkularının reddi' şeklinde

²⁵⁵ Boumediene v. Bush, p.3.

<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf> (Erişim tarihi: 25.12.2012)

²⁵⁶ Boumediene v. Bush, Yargıç Kennedy'nin görüşü, s.44-45.

<http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-1195P.ZO> (Erişim tarihi: 25.12.2012)

Yargıç Kennedy, burada düşüncesini iki noktaya dayandırmıştır: Bir, Mahkeme'nin daha önce, başka bir bağımsız ülke toprağı üzerinde yakalanan kişilere ait anayasal hakların olup olmadığına dair bir davaya bakmamış olması; iki, bugün dünyanın içinde olduğu yeni ve farklı koşullar. Kennedy'ye göre, mevcut içtihatlar ile bu dava arasında tarihi paralellik bulunmamaktadır. Buradaki mantık açıktır: Teröre karşı küresel savaş bağlamında Afganistan savaşı sadece belli bir toprak üzerinde değil bir anlamda tüm dünyada gerçekleşmektedir. Bunun sonucu olarak da üçüncü bir ülkede yakalanan kişiler de ABD yargısının sujesi olabilir. Ancak bu durum aynı zamanda ABD Anayasası'ndaki haklardan da yararlanabilecekleri anlamına gelmektedir. Kennedy yorumunda gerçekleri bu cümlelerle dile getirmemiştir. Bununla birlikte, seçtiği kelimeler ve yürüttüğü mantık bu tip bir öngörüü destekler mahiyette gibi görünmektedir. Zaten bu görüş, eski Adalet Bakanı John D. Ashcroft'ın da arasında olduğu hukuk ve politika çevreleri tarafından dile getirilmiştir. Ashcroft'a göre, 9/11'den sonra ABD'nin yeni bir tehlike ve önleme paradigmasına ihtiyacı vardır; ancak bunun bir takım zorlama Başkanlık yetkileri ile değil, hukukun üstünlüğüne dayalı düzenlemelerle gerçekleşmesi gerekmektedir. Sözkonusu analizin tamamı için bkz.: John D. Ashcroft, Regent University Law Review and The Federalist Society for Law & Public Policy Studies National Security Symposium, "Luncheon Address: Securing Liberty" Bildirisi, *Regent University Law Review*, 2009, Vol.21, 285-292, s.285, 287, 289. Ayrıca Kennedy'nin ve karara itiraz eden diğer yargıçların görüşleri hakkında bir değerlendirme için bkz.: Harvey Rishikof, "Powers, Distinctions and The State in The Twenty-First Century: The New Paradigm of Force in Due Process" *Regent University Law Review*, 2009, Vol.21, 377-384.

²⁵⁷ Boumediene v. Bush, p.4.

²⁵⁸ Robert M. Chesney, "Boumediene v. Bush", *The American Journal of International Law*, October 2008, Vol.102, No.4, 848-854, p.848.

yorumlayarak, kararı özgürlükler açısından 'bir zafer' olarak nitelemişlerdir.²⁵⁹ Bununla birlikte, davanın bir takım soruları cevapsız bıraktığı da muhakkaktır. Kararda alıkoymalarla ilgili herhangi bir hüküm verilmemiş; *habeas corpus*'un ilerideki davalarda nasıl yorumlanacağıyla ilgili bir açıklama yapılmamış; kararın Afganistan'daki Bagram Hava Üssü ve Irak'taki Camp Cropper gibi alıkoyma merkezlerine de uygulanıp uygulanamayacağı konusu açıkta bırakılmış; salıverilen kişilerin ülkelerinde uğrayabilecekleri insanlık dışı davranışlarla ilgili bir açıklamada bulunulmamıştır.²⁶⁰

Yukarıdaki dört önemli davanın da gösterdiği üzere, ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu personeli, Afganistan savaşı sırasında gerçekleşen alıkoymalar kapsamında, silahlı çatışma hukukunun temel kaynaklarında yazılı olan kurallara ve örf-adet hukukunda yer alan temel ilkelere uymakta zaafiyet göstermişlerdir. Yönetim, bu savaşta uyması gereken Cenevre Hukuku'nun esaslarını kabul etmek yerine, anlaşılması güç bir siyasi ego ile, Yargı'yla çatışmaya girmiş; Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar Kongre'nin çıkardığı karşı kanunlarla geçersiz kılınmaya çalışılmış; bağımsız mahkemeler neredeyse hükümetin tasarrufları doğrultusunda karar almaya mecbur bırakılmış; ulusal stratejik çıkarlar – ki onların da meşruiyetleri tartışmalıdır – uluslararası hukuk karşısında üstün tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, Yönetim'in baskısında kalmadan bağımsız kararlar almayı başarmış, özellikle Hamdi, Rasul ve Hamdan davalarında AUMF'nin Başkan'a alıkoymalarla ilgili kapsamlı yetkiler verdiği anlayışını reddetmiştir.²⁶¹

Yaser Esam Hamdi'nin davasında da görüldüğü üzere, bizzat Müslüman bir Amerikan vatandaşı bile terör örgütüyle ilişkili olabileceği şüphesiyle temel hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılabilmiştir. Tam da bu noktada, eleştirel teorinin öncülerinden Jürgen Habermas'ın ABD'deki hukuksuzluk olgusu hakkındaki saptaması ve bu konuda Alexis de Tocqueville'e dayandığı görüşünü hatırlamak faydalı olabilir. Habermas, Amerikan siyasal sisteminin bir takım önyargılar üzerine tesis edilmiş olduğunu, kamuoyunun bu ön yargıların geçerliliği hakkında en ufak bir şüphe duymadığını belirtmiş, buradan Tocqueville'in görüşüne atıfta bulunarak şöyle yazmıştır: "Birleşik Devletler'de bir insan ve bir parti bir adaletsizliğe maruz kalırsa kime başvurmalıdır? Kamu oyuna mı? Kamu oyu çoğunluğun oluşturduğu bir şey değil midir zaten? Yasama organına mı? O çoğunluğu temsil eder ve körü körüne

²⁵⁹ <http://www.nytimes.com/2008/06/13/opinion/13fri1.html>. Boumediene kararının Anayasa'daki askıya alma (suspension clause) hakkı açısından değerlendirilmesiyle ilgili bir inceleme için bkz.: Paul Diller, "Habeas and (Non-) Delegation", *The University of Chicago Law Review*, Spring 2010, Vol.77, No.2, 585-655.

²⁶⁰ Chesney, "Boumediene v. Bush", p.852-853.

²⁶¹ Michael C. Dorf, "The Detention and Trial of Enemy Combatants: A Drama in Three Branches", *Political Science Quarterly*, Spring 2007, Vol. 122, No.1, 47-58, p.48

boyun eğer. Yürütme organına mı? O da çoğunluk tarafından atanır...Kamu düzeninden sorumlu makama mı? O çoğunluğun silahlanmış halinden başka bir şey değildir. Jüri üyelerine mi? Jüri heyeti çoğunluğun kendisidir.”²⁶² Tocqueville’in yaklaşımını benimseyen Habermas’a göre, ABD’de hukuki bir haksızlığa uğrayan bireyin hakkını arayacağı yasama, yürütme ve yargı, çoğunluk denen kollektif bir inanın, diğer bir deyişle kamu oyunun egemenliği altındadır. Kamu oyu ise, doğruluğu tartışmalı genelgeçer yargılar oluşturarak birey üzerinde her zaman kitlesel bir baskı yaratmaktadır.²⁶³ İnsanların sürekli olarak aynı yargıları duymaları durumunda, sonunda bu yargılar yanlış da olsa, onları kabul etme eğilimine girdikleri bilinmektedir.²⁶⁴ İşte ABD’de toplum, iktidar, yargı ve mağdur arasındaki ilişkilerin dinamiği de bu saptamaya uygun bir durumu yansıtmaktadır.

Mart 2009’da Adalet Bakanlığı, D.C. Bölge Mahkemesi’nin kırk adet *habeas corpus* dosyasıyla ilgileniyor olmasından hareketle, Taliban ve El-Kaide militanlarının bu tarihten itibaren düşman savaşçı statüsünde değerlendirilmeyeceğini belirten bir açıklama yapmıştır. Bu açıklamada belirtilen yeni standarda göre, bir şüpheli, terörle ilişkisi olduğuna dair sağlam kanıt bulunması halinde alıkoyulabilececek, ancak düşman savaşçı olarak tanımlanmayacaktır.²⁶⁵ Obama Yönetimi’nin iktidara gelmesinin hemen ardından gerçekleşen bu yeni uygulama, hukuka uygun bir düzenleme gibi görünmemektedir. Yönetim, bu düzenleme ile, savaş boyunca gözaltına almak veya tutuklamak istediği her kuşkulu kişiyi alıkoyabileceğini beyan etmiştir. Bu tutum da, doğal olarak, alıkoyulanların avukatları tarafından tepki ile karşılanmış, Obama yönetiminin alıkoyulanların *habeas corpus* hakları konusunda Bush yönetiminden daha farklı bir yaklaşım içinde olmadığı yönünde eleştirilerin yapılmasına neden olmuştur.²⁶⁶

Yukarıdaki dört büyük dava sürecinde meydana gelen hukuksuzluklar sadece burada anlatılanlarla da sınırlı değildir. Taliban veya El-Kaide militanı olmaları veya bu hareket ve örgüt tarafından gerçekleştirilen terör faaliyetlerine yardımcı oldukları

²⁶² Alexis de Tocqueville, *Das Zeitalter der Gleichheit*, Stuttgart, 1954; aktaran Jürgen Habermas, *Kamusaliliğin Yapısal Dönüşümü*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s.240.

²⁶³ Burada Habermas ve Tocqueville’in değinmedikleri, kamu oyuna bu gücü verenin aslında toplumsal irade olmayıp, egemen iktidar seçkinleri sınıfı olduğu gerçeğidir. Kitlesel baskı olarak söz edilen fiilin öznesi, burada sanıldığı gibi kamu oyunu oluşturan halk değil, sermaye ve onun bir enstrümanı olarak işlev gören siyasi iktidar olagelmıştır. Dolayısıyla, kamu oyunun yaratımı olduğu ve bireysel hak ve özgürlükleri tanımladığı öne sürülen ön yargılarca şekillendirilen hukuksuzlukları da sermaye-siyaset ilişkisinin bir fonksiyonu olarak değerlendirmek doğru olacaktır.

²⁶⁴ Ahmet Taner Kışlalı, *Tanrı’yı Kim Kullanır?*, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2011, s.120. Kışlalı, burada tam da konuyla ilgili bir açıklama yaparak, böyle bir eğilimin sonucu olarak yanlışları doğru gibi görmenin kolaylaştığını belirtir. Yazara göre, “[Y]anlış dediğimiz şey, genellikle doğrunun tersi değil, ‘eksik bir doğru’dur.”

²⁶⁵ ABD Adalet Bakanlığı Duyurusu, “United States Abandons Detention Based on Designation as Enemy Combatant but Maintains Right to Detain Persons Giving Substantial Support to Terrorism” *The American Journal of International Law*, April 2009, Vol.103, No.2, 351-353, p.352

²⁶⁶ http://www.nytimes.com/2009/03/14/us/politics/14gitmo.html?_r=0 (Erişim tarihi: 28.12.2012)

gerekçesiyle alıkoyulanların *habeas corpus* dışındaki hakları da ihlal edilmiştir. Bu hak ihlalleri doğrudan silahlı çatışma hukukuyla ilgili olmadığı için burada ayrıntılı şekilde incelenmeyeceklerdir. Bununla birlikte, temel insan haklarıyla ilintili olmaları nedeniyle, ihlal edilen haklardan bir tanesine kısaca değinmek yerinde olacaktır. Bahsi geçen suçlamalar nedeniyle yargı önüne çıkarılan alıkoyulanlardan bazıları, uğradıkları haksızlığı protesto etmek adına, avukatlarını savunma görevinden reddetmek ve duruşmalara katılmamak suretiyle davaları boykot etmeye kalkışmışlar, davalarında kendilerini temsil haklarını kullanmak istemişlerdir.

Bu kişilerden Ali Hamza Ahmet Süleyman El-Behlül, duruşmasında “Allah’ın kaidesi adalet üzerine kuruludur.” şeklinde ifade vererek, bir kağıt üzerine Arapça yazdığı ‘boykot’ kelimesini İngilizce dilinde bağırarak dile getirmiş; Binyam Ahmet Muhammed, kendisini yargılayan ‘komisyon’un (commission) aslında bir ‘üçkağıt görevi’ (con-mission) olduğunu belirtmiş; Hasan Abdullah El-Şarbi ise, literatüre konuyla ilgili en bilinen slogan olarak geçen “Buraya kendimi savunmak için gelmedim.” şeklindeki açıklamasını yaparak davasını boykot edeceğini açıklamıştır.²⁶⁷ Duruşmalara katılmayacaklarını veya kendilerini temsil edeceklerini açıklayan alıkoyulanların söylemleri incelendiğinde, hemen hepsinin hukuk mantığıyla ilgisiz, rasyonel bir bakış açısından yoksun, kaderci ve isyankar bir görüşe sahip bireyler oldukları görülebilir. Ancak bu özellikleri, sözkonusu kişilerin kendi kendilerini savunmalarını engelleyecek bir durum teşkil etmemektedir.

Nitekim ABD Anayasa Mahkemesi de, çeşitli kararlarında, savunmanın zaafiyeti nedeniyle zarara uğrayacak olan kişilerin avukatlar değil, bizzat sanık veya şüpheli konumundaki kişiler olduğundan hareketle, bu kişilerin kendilerini savunma hakları olduğunu kabul etmiştir.²⁶⁸ Ancak buna rağmen, ABD Yönetimi’nin resmi politikası, yukarıda sözü edilen alıkoyulanlara kendilerini temsil etme haklarını tanımamak yönünde olmuş, bu hak ancak 2006 yılındaki düzenlemelerle tanınmıştır.²⁶⁹

²⁶⁷ Record of Trial at 60, United States v. al-Bahlul, No. 04-0003. Transkript için bkz.: <http://www.defense.gov/news/Jan2006/d20060125Bahlulvol6.pdf> (Erişim tarihi: 28.12.2012).
Record of Trial at 79, United States v. Muhammad, No. 05-0009. Transkript için bkz.: http://www.mc.mil/Portals/0/pdfs/d20060512RoT_Mohammad_v2.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2012).
Record of Trial at 20, United States v. al-Sharbi, No. 05-0005. Transkript için bkz.: <http://www.defense.gov/news/Apr2006/Vol%204%20-%20al%20Sharbi%20-%20REs%201-32%20%28Apr%2027,%202006%20session%29%20%28151%20pag.pdf> (Erişim tarihi: 28.12.2012).

²⁶⁸ McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168, 176-177. Davanın tam metni için bkz.: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/168/> (Erişim tarihi: 28.12.2012).

Faretta v. California, 422 U.S. 806, 820. Davanın tam metni için bkz.: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/806/case.html> (Erişim tarihi: 28.12.2012).

²⁶⁹ Matthew Bloom, “I Did Not Come Here to Defend Myself: Responding to War on Terror Detainees’ Attempts to Dismiss Counsel and Boycott the Trial”, *The Yale Law Journal*, 2007, Vol.117, No.1, 70-119, p.89, p.91.

Görüldüğü üzere, Afganistan savaşı sırasında tanık olunan adaletsizlikler, gerek ABD iç hukukunun gerek uluslararası hukukun temel ilkelerinin çiğnenmiş olduğuna dair güçlü bir kanaat oluşturmaktadır. ABD hükümeti, politik amaçlarına ulaşabilmek adına gerektiğinde yargıya müdahale etme ve yasamanın gücünü kullanarak yeni yasal düzenlemeler yaratmakta tereddüt etmemiştir. Aslında, meseleyi eleştirel teori çerçevesinde postmodernist bir yaklaşımla yorumlamak gerekirse, bu siyasi ve hukuki çürümüşlük, tam da Baudrillard'ın artık bilinen demokratik anlamda bir iktidar olgusunun kalmadığını, kanunların bir tür 'yasa terörü'ne dönüştüğünü iddia ettiği durumdur. Düşünür, bu yozlaşmayı tanımlarken "Çevremizde iktidar kalıntılarından başka bir şey yoktur." diyerek, çözülme sürecini şu şekilde yorumlamıştır: "İktidar yitilmektedir, hatta yitirilmiştir. Çevremizde iktidar kuklalarından başka bir şey yoktur...[B]unun gerisinde giderek büyüyen, anlaşılması olanaksız, denetlemeden kaynaklanan bir terörle; değiştirilmesi olanaksız ve herbirimizi minicik birer terminale dönüştüren bir kod (yasa) terörünün bulunduğu söylenebilir."²⁷⁰ Bu eleştirel yaklaşımda tarif edildiği üzere, ABD de, 'küresel terör' adını verdiği fenomene karşı ilan ettiği savaşı meşru kılmak adına, Baudrillard'ın 'yasa terörü' olarak tanımladığı suni ve çıkarıcı hukuk düzenlemelerinden ve benmerkezci bir iktidar erkenden güç almıştır.

Sonuç olarak, hegemonik bir rejiminin yarattığı adaletsizlikler ve yukarıda incelenen bütün fiiller, olgular, olaylar, geçerli hukuk düzenlemeleri ve ilgili mahkeme kararları göz önüne alındığında, Afganistan savaşı çerçevesinde ciddi silahlı çatışma hukuku ihlallerinin yapıldığı kesinlik kazanmaktadır. Bu noktadan hareketle, Afganistan'da gerçekleşen askeri müdahalede, Cenevre Sözleşmeleri kapsamındaki savaşçı veya sivilleri yargılayacak mahkemelerin yapısını düzenleyen C3 Madde 48; müdafî ve çevirmen haklarını düzenleyen C3 Madde 99 ve Madde 105; alıkoyulanların tutuklama ve gözaltına alınma nedenini mümkün olan en kısa sürede belirtme zorunluluğunu getiren C3 Madde 100; alıkoyulanların mümkün olan en kısa sürede hakim önüne çıkarılması gerektiğini belirten C3 Madde 103; sivillerin adil yargı hakkını düzenleyen C4 Madde 5 ile, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uyulması gereken temel insani davranış kurallarının belirtildiği Ortak Madde 3'ün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3.1.2. İşkence Yasağının İhlali

Latince *torturus* veya *tortura* kelimelerinden türetilerek Batı literatürüne 'torture' olarak girmiş olan 'işkence' kavramı, genel anlamda belli bir kişide olduğuna

²⁷⁰ Jean Baudrillard, *Simülakrlar ve Simülasyon*, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1998, s.180.

inanılan bir bilgiye ulaşmak için o kişiye uygulanan fiziki ve ruhsal eziyetleri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. İşkence, Antik ve Orta Çağ bir tarafa bırakılacak olursa, en azından erken modern dönemden beri rastlanılan bir şiddet eylemi olarak insanlık tarihinde yüz kızartıcı bir olgu şeklinde mevcudiyetini korumaktadır. Ulusal ve uluslararası hukuk mevzuatı, her ne kadar işkenceyi yasaklayan bir amaca ve lafza sahipse de, bugün hala, özellikle silahlı çatışmalar sırasında ele geçirilen savaşçı konumundaki kişilerin veya sivillerin sorgulamalarında işkencenin yaygın olarak uygulandığı bilinmektedir.

Bu bölümde önce sözkonusu fiil ile ilgili hukuki düzenlemeler hakkında bilgi verilecek, ardından Afganistan savaşı sırasında gerçekleştiği öne sürülen işkence yasağının ihlali vakaları incelenerek, silahlı çatışma hukuku kapsamında ihlale neden olabilecek fiillerin gerçekleşip gerçekleşmedikleri araştırılacaktır.

3.1.2.1. Hukuki Düzenleme

İşkence, gerek ulusal hukuk metinlerinde, gerek uluslararası antlaşmalarda açıkça bir suç olarak tanımlanmış ve yasaklanmıştır. İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nde (The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment-CAT) işkence şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil.”²⁷¹

İşkence, BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi ile suç olarak kabul edilmiştir.²⁷² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi de “Hiç kimse, işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” demek suretiyle işkenceye karşı bireyi korumaya almıştır.²⁷³ Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre de, “Hiç kimse

²⁷¹ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Kısım 1, Madde 1.

<http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm> (Erişim tarihi: 28.12.2012)

²⁷² http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (Erişim tarihi: 28.12.2012)

²⁷³ AIHS, Madde 3.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2012)

işkenceye veya zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”²⁷⁴ BM tarafından hazırlanan fakat bağlayıcılığı olmayan sorgulama ilkelerini tanımlayan Tutukluların Sorgulanması için Standart Asgari Kurallar’ın (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) 31. Maddesi de, bedensel cezalandırmalardan bahsederken, alıkoyulanların karanlık hücrelerde, acımasız, insanlıkdışı ve alçaltıcı şartlarda tutulamayacağını belirtmiştir.²⁷⁵ Amerikalılar-Arası İşkenceyi Yasaklama ve Cezalandırma Sözleşmesi (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture), 2. maddesinde işkencenin tanımını yaptıktan sonra, işkenceye sebep olan, teşvik eden veya bu fiilleri engellemede zaafiyet gösteren kamu görevlilerinin veya hizmetlilerinin doğrudan işkencenin sorumlusu olacaklarını hükme bağlamıştır.²⁷⁶ Savaş zamanında işkencenin suç olduğu ise silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinden biri olup, Cenevre Hukuku’nun temel normlarından birini oluşturmaktadır. Cenevre Sözleşmeleri’ni oluşturan dört antlaşma ve ek protokollerde işkencenin bir suç olduğu ve yasaklandığı açıkça belirtilmiştir.²⁷⁷

Yukarıdaki düzenlemelerden anlaşılabilceği gibi, işkence, uluslararası antlaşmalarla tanımlanmış ve uluslararası hukuk tarafından suç olarak kabul edilmiş bir fiildir. Bununla birlikte, öğretide, işkence suçunun istisnaları olabileceği ve belirli durumlarda suç sayılmayabileceğiyle ilgili görüşler de mevcuttur. Aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, ABD, Afganistan askeri müdahalesindeki işkence yasağını ihlal ederken, fiillerini belli ölçülerde bu istisnacı görüşe dayandırmıştır. İşkence hakkındaki birinci görüş mutlakçı (absolutist) olarak adlandırılmakta olup, suçun herhangi bir istisnası olamayacağını varsaymaktadır. Fiile deontolojik açıdan yaklaşan bu görüşe göre, işkence, özü gereği kötücüdür ve bireyin fiziki ve ruhsal bütünlüğüne yapılan insanlıkdışı bir saldırıyı ifade etmesiyle birlikte, işkenceyi yapan kişilerde ve toplumda önemli bir ahlaki bozunmaya ve yozlaşmaya da neden olmaktadır.²⁷⁸ Mutlakçı görüşün bu keskin ahlaki duruşuna meydan okuyan karşı görüşe göre ise, kamu güvenliğiyle ilgili belirli durumlarda işkence suç olarak kabul edilmeyebilir ki, bu görüşü savunanlar da öğretide koşulcu (conditionalist) olarak

²⁷⁴ Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Madde 7.

www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2012)

²⁷⁵ Tutukluların Sorgulanması için Standart Asgari Kurallar, Madde 31.

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> (Erişim tarihi: 28.12.2012)

²⁷⁶ Amerikalılar-Arası İşkenceyi Yasaklama ve Cezalandırma Sözleşmesi, Madde 2; Madde 3(a).

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3620.html> (Erişim tarihi: 28.12.2012)

²⁷⁷ İşkencenin suç olarak tanımlandığı ve yasaklandığı maddeler için bkz.: C1: Madde3.1(a); Madde 12, para.2; Madde 50, para.2; C2: Madde 3.1(a); Madde 12, para.12; Madde 51; C3: Madde 3.1(a); Madde 17, para.4; Madde 87, para.3; Madde 130; C4: Madde 3.1(a); Madde 32; Madde 147; P1: Madde 75.2(a)ii; P2: Madde 4.2(a).

²⁷⁸ Sanford Levinson (ed.), *Torture* (Oren Gross, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”), Oxford University Press, Oxford, 2004, p.1-2.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=485043 (Erişim tarihi: 28.12.2012)

adlandırılmaktadır.²⁷⁹ 9/11 sonrasında ABD’de oluşan kuşkucu güvenlik zihniyeti, gerçekleşme olasılığı çok da yüksek olmayan bir takım marjinal terör saldırısı senaryolarını gündeme getirmiş, bu senaryolar doğrultusunda yaratılan en-kötü-durum (worst-case) koşullarında işkenceyle ilgili nasıl bir politika izlenmesi gerektiği üzerine kuramsal hukuk tartışmaları gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en bilineni ‘çalışan saatli bomba senaryosu’ (ticking time bomb scenario) olup, bu senaryo, kitle imhasına yol açabilecek bir saldırıyı önlemek adına işkencenin meşru olup olmadığını sorgulamak için kullanılmış ve halen kullanılmaktadır. Senaryo, büyük bir kentte olağanın üstünde can ve mal kaybına yol açmak amacıyla, terörist bir yapılanma tarafından, bu kentin herhangi bir yerine nükleer bir kitle imha silahı koyulması durumunda, sözkonusu suçla ilgili olarak alıkoyulan bir kişiye silahın yerini söylemesi için işkenceye tabi tutulup tutulamayacağı tartışması üzerine kuruludur.²⁸⁰ Mutlakçı görüş, bombanın yeriyle ilgili bilgi almak için dahi olsa, alıkoyulan kişiye hiçbir şekilde işkence uygulanamayacağını savunmakta; koşulcu görüş ise, böyle bir durumda meydana gelebilecek büyük can kaybı ve fiziki zararın bireyin temel hak ve özgürlüklerinden daha önemli olduğunu öne sürerek, alıkoyulan kişinin sorgulamasında işkence uygulanabileceğini öne sürmektedir. ‘Çalışan saatli bomba senaryosu’, gerçekleşme olasılığı düşük şartlar altında gerçekleşmesi mümkün olabilecek bir saldırıyı ifade ederek mantığı oldukça zorlayan kurgusal bir yaklaşımdır. Ancak ABD’de işkencenin meşru gösterilmesi amacıyla fazlasıyla politize edilmiş bir güvenlik anlayışının oluştuğunu göstermesi açısından ilgi çekici bir kuramsal tartışma yarattığına da kuşku yoktur.

Koşulcu görüş, güvenlik kaygısını ön planda tutan araştırmacıların halen desteklediği bir görüştür. Bu çerçevede, ülkenin güvenliği – özellikle bir kitle imha tehdidi ile karşı karşıya olunması durumunda – herşeyden önce gelmelidir. Bu görüşü desteklemek için sunulan kanıtlardan en önemlisi, haklı savaşla kurulan ilintidir. Bu görüşe göre, nasıl ki, gerekli koşullar sağlandığı zaman savaş meşru olarak kabul edilebiliyorsa, aynı şekilde, yeterli güvenlik tehditlerinin olduğuna inanılması durumunda da alıkoyulan kişiye fiziki ve ruhsal zorlama yöntemleri uygulanabilmelidir.²⁸¹

Bu bölümde, Guantanamo Bay ve diğer esir toplama merkezlerinde alıkoyulan Taliban ve El-Kaide militanlarının veya bu hareket ve örgüte üye olduklarından kuşkuylanılan sivillerin sorgulamaları sırasında uygulanan fiziksel ve ruhsal zorlama

²⁷⁹ a.g.e., s.3-5.

²⁸⁰ David Luban, “Liberalism, Torture and The Ticking Bomb”, *Virginia Law Review*, 2005, Vol.91,1425-1461, p.1440.

²⁸¹ Jerome Slater, “Tragic Choices in the War on Terrorism: Should We Try to Regulate and Control Torture?”, *Political Science Quarterly*, 2006, Vol.121, No.2, 191-215, p.201.

eylemleri incelenecektir. Alıkoyulanlara işkence altında ne tip sorular sorulduğu resmi olarak açıklanmamışsa da, sorgulamaların, El-Kaide terör örgütünün yapısı, 9/11'in kimler tarafından planlandığı, nasıl ve ne şekilde gerçekleştirildiği gibi konularda bilgi almak; gelecekte yapılacak terör saldırıları hakkında erken duyum elde etmek ve Afganistan savaşıyla ilgili istihbarat toplamak amaçlarıyla gerçekleştirilmiş olduğu varsayılabilir.

3.1.2.2. Resmi Politika

ABD istihbarat topluluğuna ve silahlı kuvvetlerine mensup bir kısım personelin, Afganistan askeri müdahalesi kapsamında alıkoyulan kanundışı savaşçı kategorisindeki kişilerin ve sivillerin sorgulamaları sırasında, bu kişilere çeşitli fiziki ve ruhsal zorlama teknik ve yöntemleri ile muamele ettikleri, gerek Amerikan medyası gerek uluslararası medya tarafından yoğun şekilde dile getirilmiştir.²⁸² Bu vakalardan bazılarının münferit fiiller olduğu, bazılarının ise mütemadi ve sistematik bir uygulamayı ifade ettiği sıkça dile getirilen bir iddiadır. Sözü edilen suçlamaların daha çok hangi sınıfa giren eylemlerden oluştuğunu ve buradan hareketle, ortada gerçekten bir silahlı çatışma hukuku ihlali olup olmadığını saptayabilmek için, öncelikle Yönetim'in bu konudaki görüşlerini açıklayan yazılı devlet belgelerine bakarak resmi politikasını incelemek yararlı olacaktır.

Afganistan askeri müdahalesi devam ederken, Yönetim tarafından işkenceyle ilgili olarak yayınlanan ilk önemli resmi belge, 1 Ağustos 2002 tarihli Adalet Bakanlığı Hukuk Danışmanlığı Ofisi (Office of Legal Advice-OLC) memorandumudur. ABD'nin işkence konusundaki ulusal ve uluslararası taahhütlerine aykırı bir anlayışı temsil eden bu memorandum, Adalet Bakanı Yardımcısı Jay Bybee tarafından, OLC'den sorgulamaların Anayasa'ya uygunluğu konusunda görüş isteyen Başkan'ın hukuk danışmanı Alberto Gonzales'in resmi başvuru dilekçesine cevaben yazılmıştır. Bybee, sözkonusu memorandumun birinci ve ikinci bölümlerinde işkencenin ABD iç hukuku ve uluslararası hukuk belgelerinde yer alan tanımlarını yapmış, bir eylemin işkence olarak kabul edilebilmesi için ölüm veya organ kaybına yol açacak ciddi acı ve ıstırapın varlığını şart olarak

²⁸² Alıkoyulanlara yapılan kötü muamele aslında bizzat ABD silahlı kuvvetlerinin çektiği fotoğrafların Yönetim'in onayıyla medyaya dağıtılması sonucu başlamıştır. 11 Ocak 2002 tarihinde Guantanamo Bay'de bulunan X-Ray kampında dizleri üzerine çöktürülmüş bir tutuklunun fotoğrafı Deniz Kuvvetleri'nden Astsubay Shane McCoy tarafından çekilmiş, Halkla İlişkilerden Sorumlu Savunma Bakan Yardımcısı Victoria Clarke'in onayı ile medyaya servis edilmiştir. Fotoğraflar bu olaydan sonra önce CNN, ardından diğer uluslararası medya mecralarında yer almaya başlamıştır. İşkence vakalarının medyaya yansımalarıyla ilgili bir inceleme için bkz.: Elspeth Van Veen, "Captured By The Camera's Eye: Guantánamo and The Shifting Frame of The Global War on Terror", *Review of International Studies*, 2011, Vol.37, Issue04, 1721-1749.

görmüştür.²⁸³ Bybee'ye göre, acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı davranışlar işkence olarak kabul edilmemektedir ve edilmemelidir.²⁸⁴ Memorandumun bu haliyle, Başkan'ın Anayasal Başkomutanlık yetkilerine dayanarak yürütülen 'teröre karşı küresel savaş' kapsamında işkence uygulamasını savunulabilir kılan resmi bir niteliğine sahip olduğu kuşkusuzdur.²⁸⁵

Aynı tarihte, Alberto Gonzales'in alıkoyulanlara uygulanan sorgulama yöntemlerinin CAT'i ihlal edip etmediği ve bu eylemlerin UCM'nin soruşturma yetkisi alanına girip girmediği hakkında görüş istemesi üzerine, Adalet Bakanı Yardımcı Asistanı John Yoo tarafından bir başka memorandum yayınlanmıştır. Gonzales'in her iki sorusu da, ABD'nin siyasi çıkarlarını savunmak ve hükümet aleyhine açılacak olası davaları önleme mantığı üzere kurgulanan bir anlayış ile cevaplanmıştır. Yoo, alıkoyulanlar üzerinde uygulanan sorgulama tekniklerinin CAT'yi ihlal olarak yorumlanamayacağını, bu fiillerin de hiçbir şekilde UCM'nin yetki alanına giremeyeceğini belirtmiştir.²⁸⁶ Yoo'nun iddialarını dayandığı temel dayanak Roma Statüsü olup, buna göre, sözü edilen türden bir fiilin UCM'nin sorumluluk alanına girecek bir işkence olarak tanımlanabilmesi için 'belli bir topluluğa karşı geniş çaplı ve sistematik olarak düzenlenen bir saldırı' çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması ve böylece bu fiilin 'insanlığa karşı suç' kategorisine girmiş olması gerekmekte, oysa El-Kaide militanlarına uygulanan sorgulama teknikleri hiçbir şekilde bu sınıflandırma çerçevesinde yer alacak fiilleri teşkil etmemektedirler.²⁸⁷

Yönetim'in işkence konusundaki görüş ve politikalarını açıklayan diğer bir önemli belge, 30 Aralık 2004 tarihli Adalet Bakanlığı OLC memorandumudur. Bakanlıktan işkenceyle ilgili Anayasa maddelerindeki hukuki standartlar konusunda Yönetim tarafından görüş istenmesi üzerine, Bakan Yardımcısı Daniel Levin tarafından yazılıp imzalanan bu belgede, ABD Anayasası'nın 18. kısmındaki 2340 ve 2340.A maddeleri gereğince, işkencenin bir suç olduğunun altı çizilmiş ve ABD Anayasası'nın CAT'de belirtilen yasaklamalarla uyum içinde olduğu belirtilmiştir.²⁸⁸ Bu memorandum 2002 memorandumunu geçersiz kılan bir belge olup, göreceli olarak hukukun üstünlüğü ilkesine saygılı bir görüşü temsil etmekle birlikte, aşağıda

²⁸³ Jay Bybee, Memorandum for Alberto R. Gonzales, p.15.

<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf> (Erişim tarihi: 30.12.2012)

²⁸⁴ Jay Bybee, Memorandum for Alberto R. Gonzales, p.17. Bybee burada görüşünü ağırlıklı olarak CAT'in ilgili düzenlemelerine dayandırmıştır.

²⁸⁵ Norman K. Swazo, "Exemption from the Torture Ban? A Moral Critique of the Bush Administration's Policy", *Public Affairs Quarterly*, January 2007, Vol.21, No.1, 61-87, p.69.

²⁸⁶ John Yoo, Hukuk Danışmanlığı Ofisi memorandumı, p.5-6.

<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/020801.pdf> (Erişim tarihi: 30.12.2012)

²⁸⁷ John Yoo, Hukuk Danışmanlığı Ofisi memorandumı, p.5.

²⁸⁸ Daniel Levin, James B. Comey memorandumı, p.5.

<http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/dagmemo.pdf> (Erişim tarihi: 30.12.2012)

görülebileceği üzere, işkence konusundaki pratiklerin değişmesi için fazlaca etkin olmamıştır. Bunun nedenlerinden biri – belki de en önemlisi – Yönetim’in sorgulama tekniklerinde fiziksel ve ruhsal zorlama yöntemlerinin kullanılabilmesini sağlamak adına yasama üzerinde kurmaya çalıştığı baskıdır. 2004 memorandumundan kısa bir süre sonra, ABD Başkan Yardımcısı Richard Cheney, işkence ile ilgili hukuk anlayışında siyasi çıkarlar doğrultusunda belli değişimlerin yapılması gerektiğini dile getirmiştir. Cheney, alışılmadık şekilde kişisel olarak Senato üyeleriyle görüşerek, ‘McCain Düzeltmesi’ (the McCain Amendment) olarak bilinen 1977 nolu yasa değişikliği hakkında istisnaların uygulanmasını istemiş, CIA’nın sorgulama tekniklerindeki bazı yasaklamalardan muaf tutulması gerektiğini savunmuştur.²⁸⁹ Başkan Yardımcısı’nın bu davranışı, hükümetin işkence konusunda açıkça koşulcu görüşten yana olduğunu gösteren en önemli kanıtlardan biridir.

Alıkoyulanlar üzerinde uygulanan fiziksel ve ruhsal zorlama yöntemlerinin ulusal kamuoyu ve uluslararası topluluk tarafından yoğun şekilde eleştirilmesi üzerine, Yönetim, işkenceyle ilgili siyasi söylem ve eylemlerinde belli ölçüde yumuşama göstermiştir. Elbette bu yumuşamanın işkenceden fiilen sorumlu olan ABD istihbarat topluluğu üzerinde ne derecede etkin olduğunu saptamak, işkence fiillerindeki düşüş oranını ölçmek, en azından bu tezin sınırlılıkları göz önüne alındığında, çok olası değildir. Ancak ikinci Bush hükümetinin sonlarına doğru, işkenceyle ilgili resmi tutumda yüzeysel de olsa bir değişim olduğu açıktır. Yönetim, 20 Temmuz 2007 tarihinde, ‘Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3’ün Merkezi Haberalma Ajansı Tarafından Yürütülen Alıkoyma ve Sorgulama Programına Uygulanmasıyla İlgili Yorum’ adı altında bir Yürütme Emri (Executive Order 13440) yayınlamıştır.²⁹⁰ Emirde, ABD’nin Taliban ve El-Kaide ile bir silahlı çatışma içinde bulunduğu ve bu bağlamda MCA’nın Cenevre Sözleşmeleri’nin uygulanmasına kesin yasaklamalar getirdiği vurgulandıktan sonra, sorgulamalar sırasında uygulanabilecek kurallar Cenevre Hukuku kapsamında yorumlanmıştır. Buna göre,

²⁸⁹ Swazo, “Exemption from the Torture Ban”, p.62. Burada sözü edilen McCain Düzeltmesi, Savunma Bakanlığı gözetimi altında tutulan kişilere uygulanacak sorgulama yöntemlerinde standartlığı ve ABD hükümetinin sorumluluğu ve kontrolü altındaki kişilere acımasız, insanlık dışı ve alçaltıcı davranışlarda veya cezalandırmalarda bulunulamayacağını belirtmektedir. Cheney’nin Senato üzerinde bu yasada değişiklik yapılması için lobi faaliyetinde bulunması ana-akım Amerikan medyası tarafından da ‘alışılmadık’ bir davranış olarak nitelenmiştir. McCain Düzeltmesi, Cheney ve Yönetim’in tüm çabalarına rağmen Senatör McCain’in ısrarlı tutumu neticesinde Senato’da oylanmış ve kabul edilmiştir.

Konu hakkında medyadaki bir yorum için bkz.: http://usatoday30.usatoday.com/news/washington/2005-11-04-cheneytortureban_x.htm (Erişim tarihi: 30.12.2012). Düzeltmenin kabulüyle ilgili bir yorum için bkz.: http://articles.philly.com/2005-12-18/news/25423455_1_prisoner-torture-iraq-s-abu-ghraib (Erişim tarihi: 30.12.2012). Senato oylamasının sonuçları için bkz.: http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=109&session=1&vote=00249 (Erişim tarihi: 30.12.2012)

²⁹⁰ Yürütme Emri 13440, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=75569> (Erişim tarihi: 30.12.2012)

Ortak Madde 3, CIA tarafından gerçekleştirilen alıkoyma ve sorgulamalara uygulanacaktır.²⁹¹ ABD yasalarında suç olarak tanımlanan işkence, sorgulamalarda kullanılmayacak, ilgili yasalarla yasaklanmış olan öldürme, acımasız davranış ve insanlık dışı hareketler ile tecavüz, cinsel istismar, rehin alma ve biyolojik deney uygulamalarına başvurulmayacaktır.²⁹² Emir uyarınca, CIA Direktörü, sorgulama programını yürütmek için yazılı ilkeler yayınlayacak ve her bir alıkoyulan kişiye özel sorgulama planı geliştirmekten sorumlu olacaktır.²⁹³

2008 yılında yapılan Başkanlık seçimlerinde Demokrat Parti adayı Barack Obama'nın seçimleri kazanmasının ardından, Yönetim, cumhuriyetçi hükümetin sorgulamayla ilgili izlediği politiklardan ayrı bir yol izlemeye başlamıştır. Bunun en büyük göstergesi de 13491 nolu Yürütme Emri'dir. Bu emir, sorgulamayla ilgili daha önceki emirleri hükümsüz kılmış; ABD'nin alıkoyulanlara, iç hukuk ve uluslararası antlaşmalardaki taahhütleri doğrultusunda davranacağını belirtmiştir. Emirde, 'insani davranış', 'acımasız davranış', 'işkence', 'bireysel onurun çiğnenmesi' ve 'aşağılayıcı ve küçültücü davranış' kavramlarının, Cenevre Sözleşmeleri'ndeki Ortak Madde 3'te belirtilen anlamlarda kullanılacağı açıklanmıştır.²⁹⁴ Böylelikle yeni hükümet, Afganistan savaşı sırasında alıkoyulanların sorgulamalarında Cenevre Sözleşmeleri'ne uyararak, önceki hükümetin aksine, uluslararası hukuka uygun davranacağı mesajını da vermiştir.

3.1.2.3. İşkence Uygulamaları

ABD istihbarat topluluğu ve silahlı kuvvetler mensuplarından bir kısmının, işkence hakkındaki koşulcu hükümet görüşü doğrultusunda, alıkoyulanlara fiziki ve ruhsal zorlama uyguladıklarını gösteren önemli vakalar mevcuttur. Yönetim'in insani davranış ilkelerine uymayı taahhüt etmesine rağmen, bir takım devlet görevlileri alıkoyulanlar üzerinde çeşitli işkence yöntemleri uygulamış, ancak hükümetin bu filleri mazur göstermek adına yaptığı açıklamalar çoğu zaman klişe beyanatlar olmaktan öteye gidememiştir. Afganistan savaşı sırasında alıkoyulan kişiler hukuki usullere aykırı olarak farklı ülkelere nakledilmiş (rendition); bu ülkelerde, CIA tarafından yönetilen sorgu merkezlerinde işkenceye tabi tutulmuşlardır.²⁹⁵

²⁹¹ Yürütme Emri 13440, Kısım 3.

²⁹² Yürütme Emri 13440, Kısım 3, (b), (i) A, B. Burada sözü edilen ilgili yasalardan birincisi ABD Kanunnamesi (U.S. Code) Başlık 18: Ceza ve Ceza Usulü, Kısım 2340'da belirtilmiş işkencenin tanımına ait düzenlemedir. Buna göre, işkence, kanun adına hareket eden bir kişi tarafından, gözetimi veya fiziki kontrolü altındaki başka bir kişiye, ciddi fiziksel veya ruhsal acı vererek veya ızdırap çektirerek uygulanan fiildir.

²⁹³ Yürütme Emri 13440, Kısım 3, (c), (i), (ii).

²⁹⁴ Yürütme Emri 13491, Kısım 2, (f).

²⁹⁵ <http://www.amnesty.org/en/campaigns/security-with-human-rights/countries-focus/usa> (Erişim tarihi: 02.01.2013)

Afganistan savaşında işkence yasağının ihlaliyle ilgili sayısız vaka bulunmaktadır. Bu vakalardan bir kısmı yargıya intikal etmiş, bir kısmı ise hiçbir zaman etkin olarak soruşturulmamıştır. Bu araştırmanın kapsam ve kısıtı bu vakaların tümünü incelemeye elverişli olmadığı gibi, bu tezin asli amacı da işkence ve incelenen diğer suçlarla ilgili nicel değerlerin ölçümünü yapmak değil, nitel değerlendirmelerde bulunarak bir ihlal olup olmadığı yönünde nesnel bir sonuca ulaşmaktır. Bu nedenle, işkence suçu burada, öncelikle literatürde sıklıkla değinilen beş önemli vaka ile örneklendirilecek, ardından, işkencenin ABD’de meşru kılınması amacıyla yürütülen ikna yöntemleri üzerinde durularak fiilin geniş çaplı ve sistematik olarak uygulandığı gösterilmeye çalışılacaktır.

İncelenecek olan birinci ve en önemli vaka, Halid El-Masri’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki (AİHM) davasıdır. Vaka, El-Masri gibi alıkoyulan pek çok kişiye insanlıkdışı yöntem ve teknikler uygulandığını ve CIA’in bu faaliyetlerini gerçekleştirmek adına üçüncü ülkelerde sorgulama merkezleri çalıştırdığını göstermesi açısından önemlidir. Aslen bir Alman vatandaşı olan ve sorgulamalarında El-Kaide militanı olmakla suçlanarak işkence gören Halid El-Masri, 31 Aralık 2003 tarihinde Makedonya’da polis tarafından gözaltına alınarak Üsküp’te bir otel odasına kapatılmış; burada yirmiüç gün boyunca yeterli derecede İngilizce bilmemesine rağmen bu dilde sorguya çekilmiş; 23 Ocak 2004 tarihinde Üsküp Havalimanı’na götürülerek burada maskeli kişiler tarafından dövüldükten sonra bir uçağa bindirilmiş ve zorla teskin edici yapılmak suretiyle uyutulmuştur.²⁹⁶ El-Masri uçakla, daha sonra Afganistan olduğunu anladığı yabancı bir ülkeye götürülmüş, burada dört ay boyunca küçük bir hücrede tutulmuş; alıkoyulduğu sürece hergün dövülmüştür.²⁹⁷ Bu süre içinde onsekiz kilo veren El-Masri, sorgulamasından El-Kaide ile ilişkili olduğuna dair bir sonuç çıkmayınca, 28 Mayıs 2004 tarihinde uçakla Arnavutluk’a gönderilmiş, oradan da Almanya’ya getirilerek serbest bırakılmıştır.²⁹⁸

El-Masri’nin serbest bırakılmasının ardından 2005’te bir Amerikan sivil toplum kuruluşu (American Civil Liberties Union) tarafından, El-Masri adına eski CIA Direktörü ve adı belirtilmeyen CIA görevlileri aleyhine dava açılmış; bu dava Anayasa Mahkemesi tarafından istihbarat güvenliği gerekçesiyle reddedilmiş; 2007’de Münih savcılığınca adı belirtilmeyen CIA görevlileri hakkında yakalama emri çıkarılmış; 2008’de ise avukatı tarafından kendisini kaçırانların yakalanması için

²⁹⁶ AİHM Basın Bülteni, ECHR 453 (2012), p.1.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22]}) (Erişim tarihi: 02.01.2013)

²⁹⁷ a.g.e., p.2.

²⁹⁸ a.g.e., p.2.

yapılan başvuru Üsküp savcılığınca reddedilmiştir.²⁹⁹ Bunun üzerine El-Masri, kendisine işkence edilmesi, kanunsuz olarak yakalanıp hakim önüne çıkarılmaması, özel hayatına tecavüz edilmesi ve etkin soruşturma talebinin reddedilmiş olması gerekçeleriyle, AİHS'nin 3., 5., 8., ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia ederek, 20 Temmuz 2009 tarihinde Makedonya hükümeti aleyhine AİHM'e başvurmuştur.³⁰⁰

Mahkeme, olayın tarihçesini başvuru (El-Masri) ve davalıdan (Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti) dinledikten sonra; davanın görülme sürecinde, ilgili iç hukuk ve uluslararası hukuk kaynaklarını incelemiştir. Uluslararası hukuk kapsamında, Mahkeme, ağırlıklı olarak UMSHS'nin 4., 7. ve 9. maddelerini dikkate almıştır.³⁰¹ UMSHS'nin 'Olağanüstü Durumda Yükümlülük Azaltma' başlıklı 4. maddesinin 2. paragrafı, "Sözleşmenin 6., 7., 8. (1. ve 2. fıkralar), 11., 15., 16. ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiçbir azaltma yapılamaz." demek suretiyle ilgili maddelerin istisnaya (derogation) tabi olamayacağını açıklamıştır.³⁰² Hemen ardından Mahkeme, UMSHS'nin işkenceyle ilgili maddesine atıfta bulunarak, ilgili kanununu ortaya koymuştur. Buna göre, "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz."³⁰³ Mahkeme, ilgili uluslararası hukuk düzenlemelerinin temel ilke ve esasını bu şekilde ortaya koyduktan sonra, ABD'nin alıkoyulanlara uyguladığı kötü davranış ve güç kullanımını araştırmış, bu kapsamda önceki 9/11 sonrasında işkencenin Cenevre Hukuku'ndaki yeriyle ilgili olarak kamu kaynaklarında (public sources) bulunan iddiaları dikkate almıştır. Bunların başında BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 16 Ocak 2002 tarihinde Guantanamo Bay'da alıkoyulan Taliban ve El-Kaide militanlarıyla ilgili yaptığı açıklama gelmektedir. Komiserliğin yaptığı açıklamaya göre, sözkonusu alıkoyulanların tümü insan hakları hukuku ve silahlı çatışma hukukundan kaynaklanan haklara sahip olup UMSHS ile Cenevre Sözleşmeleri'nin koruması altında bulunmaktadır ve bu kişilerin statüleriyle ilgili bir anlaşmazlığın vuku bulması halinde C3'ün 5. maddesi geçerli olacaktır.³⁰⁴

²⁹⁹ a.g.e., p.2.

³⁰⁰ a.g.e., p.3.

³⁰¹ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.94, p.28.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?%22itemid%22%3A%22001-115621%22%7D> (Erişim tarihi: 03.01.2013) Mahkeme, Makedonya'nın iç hukukunun davayla ilişkilendirilmesi sürecinde, bu ülkenin 1991 Anayasası, Ceza Kanunu ve 1997 Ceza Usul Kanunu'nu da incelemiştir. Ancak bu çalışmanın kapsam ve kısıtı nedeniyle bu bölümde Mahkeme'nin sözkonusu kanunları incelenme sürecine yer verilmemiş, sadece uluslararası hukukla ilgili antlaşmalar kapsamında yaptığı değerlendirme göz önüne alınmıştır.

³⁰² UMSHS, Madde 4 (2).

³⁰³ UMSHS, Madde 7.

³⁰⁴ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.112, p.36.

C3'ün 5. maddesinin 2. paragrafına göre, "Bir savaş suçu işleyip düşmanın eline geçen kişilerin 4. maddede sayılan gruplardan birine bağlılıkları hakkında şüphe olursa, bu kişiler, durumları yetkili bir mahkeme tarafından belirleninceye kadar işbu Sözleşme'nin koruması altında olurlar."

Mahkeme, ABD'nin Afganistan askeri müdahalesi kapsamında Taliban ve El-Kaide militanı oldukları şüphesiyle alıkoyulan kişilere uygulanan insanlıkdışı davranışları araştırırken, uluslararası hükümet-dışı kurumların raporlarına da yer vermiştir. AİHM'in bulgularına göre, Humans Right Watch'un Ağustos 2002 tarihli raporunda, alıkoyulanların stres ve baskıya maruz bırakıldıkları, saatler boyu uygunsuz ve acı verici pozisyonlarda tutuldukları belirtilmiş; Amnesty International'ın 28 Mayıs 2003 tarihli raporunda, Guantanamo Bay'e nakledilen alıkoyulanların kelepçelenip zincire vuruldukları, göz ve kulaklarının kapatıldığı açıklanmış; Uluslararası Helsinki İnsan Hakları Federasyonu'nun Nisan 2003 tarihli raporunda, tıbbi yardıma gereksinim duyan alıkoyulanlara hiçbir müdahale yapılmadığı, tam tersine dövüldükleri ortaya konmuştur.³⁰⁵

Mahkeme, El-Masri'nin başvurusunda tüm bu tarafsız hükümet-dışı kurumların raporlarını da dikkate alarak, şüpheyi yer bırakmayacak (beyond reasonable doubt) delil ilkesi doğrultusunda bir değerlendirme yapmaya çalışmıştır. Buna göre, Mahkeme, davayla ilgili karara ulaşmadan önce aşağıdaki delilleri dikkate almıştır:

- a. El-Masri'nin kaçırılmasında kullanıldığı öne sürülen Boeing tipi uçak, 23 Ocak 2004 tarihinde Palma De Mallorca'dan kalkıp aynı günün akşamı saat 8.51'de [20.51] Üsküp Havalimanı'na inmiş; üç saat sonra Bağdat üzerinden Kabil'e uçmuştur.³⁰⁶

³⁰⁵ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.115, 116, 117, 118, p.36-37. Human Rights Watch raporu için bkz.: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=publisher&publisher=HRW&type=&coi=USA&docid=3d60b2178&skip=0>. (Erişim tarihi: 26.04.2013). Amnesty International'ın raporu için bkz.: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=category&category=COI&publisher=AMNESTY&type=ANNUALREPORT&coi=USA&docid=3edb47e21a&skip=0>. (Erişim tarihi: 26.04.2013). Uluslararası Helsinki İnsan Hakları Federasyonu'nun raporu için bkz.: http://www.cestim.it/argomenti/09razzismo/europa/2003Apr18en_report_anti-terrorism_pdf%5B1%5D.pdf. (Erişim tarihi: 26.04.2013).

³⁰⁶ El-Masri'yi Afganistan'a götüren uçak, Premier Executive Transport Services isimli özel bir jet kiralama şirketine aittir. Şirket, Massachusetts eyaletinin resmi ticaret sicil mercii olan Şirketler Bölümü'ne (Corporations Division) kayıtlı olup, 23 Ekim 1996-10 Şubat 2008 arasında faaliyet göstermiştir. Şirketle ilgili kayıtlarda, Başkan Philip Quincannon, Mali İşler Sorumlusu James Kershaw, yöneticileri Philip Quincannon, Colleen A. Bornt ve James Kershaw olarak gösterilmiştir. Bu kişilerden şirket başkanı olan görünen Philip Quincannon, ilgi çekici bir şekilde, aynı eyaletteki Crowell Aviation Technologies ve Tennessee'deki Stevens Express Leasing'in de başkanı olarak görünmektedir. Ancak bu isimle açılmış Sosyal Güvenlik numarasının 1993-1995 yılları arasında verildiği öğrenilmiş, Quincannon isimli şahsın doğum yılının ise 1949 olduğu saptanmıştır. (ABD'de Sosyal Güvenlik numarası normal şartlar altında doğum anında verilmektedir.) Quincannon ve diğer yöneticilerin sahte isim ve kimlik kullanarak CIA adına çalışan istihbarat görevlileri oldukları kuvvetle muhtemeldir. Halid El-Masri'yi Afganistan'dan Arnavutluk'a geri getiren uçağın kuyruk numarası ise N982RK olup, sözü edilen tarihlerde Computer Sciences Corporation tarafından kiralananmıştır. Uçak, Richmore Aviation isimli şirkete ait olup, Avrupa Birliği hava sahasını kontrol etmekle görevli Eurocontrol'den alınan uçuş kayıt bilgilerine göre, 28 Mayıs'ta Kabil'den kalkıp aynı gün Tiran yakınlarındaki Lucova askeri üssüne iniş yapmıştır. Bütün bilgiler, Halid El-Masri'nin haberalma topluluğu adına çalışan paravan kişi ve kurumlar tarafından Afganistan'a kaçırıldığını, suçsuzluğu anlaşılınca aynı şekilde Arnavutluk'a geri gönderildiğini göstermektedir. Bu olay, işkenceye uğradığını iddia eden El-Masri'nin ifadelerini desteklemesi haricinde, ABD haberalma çevrelerinde işkence ve sınırötesi nakil operasyonlarının son

- b. İlgili uçuş kayıtları, CIA tarafından kiralanan N982RK kuyruk numaralı Gulfstream tipi uçağın 28 Mayıs 2004 tarihinde Kabil'den kalkıp Arnavutluk'un Bezat-Kuçova hava üssüne indiğini doğrulamaktadır.
- c. El-Masri'nin saç köklerinden alınan örnekler üzerinde yapılan analiz neticesinde bir Güney Asya ülkesinde bulunduğu ve uzun süre gıdadan mahrum kaldığı anlaşılmıştır.
- d. Yapılan jeolojik araştırmalar neticesinde, El-Masri'nin alıkoyulduğunu iddia ettiği süre içinde tanık olduğu hafif yer sarsıntılarının, Afganistan'da aynı zaman diliminde meydana gelen depremlerle örtüştüğü saptanmıştır.
- e. El-Masri'nin alıkoyulduğu yerle ilgili taslak çizimler, daha önce bölgede alıkoyulan bir başka alıkoyulananın tarifiyle uyusmaktadır.³⁰⁷

Mahkeme, yukarıdaki bulguları *prima facie* (aksi ispatlanıncaya kadar geçerli sayılacak delil) olarak değerlendirmiş, böylelikle ispat yükünün davalı olan hükümete geçmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁰⁸ Hükümet ise bu olaylarla ilgili tatmin edici ve ikna edici açıklamalar getirememiştir.³⁰⁹ Böylelikle Mahkeme, AİHS'nin 3., 5., 8. ve 13. maddelerinin ihlal edildiği hükmüne varmıştır.³¹⁰

Savaş sırasında işkence yasağının ihlal edildiğini gösteren daha pek çok örnek olay bulunmaktadır. Ancak El-Masri davası, ortaya koyduğu iki sonuç açısından diğerlerinden daha önemli olarak nitelenebilir. Birincisi, bu dava neticesinde ABD istihbarat topluluğu görevlilerinden bir kısmının gerçekten işkence suçunu işlediğini kanıtlanması; ikincisi, ekonomik, politik ve askeri açılardan ABD'ye bağımlı olan ülkelerin, hukuku umursamadan bu ülkenin kendilerine dikte ettiği şekilde davranarak suça iştirak ettiklerini göstermiş olmasıdır. Düşündürücü olan ise, ABD'nin ve ona biyat eden ülkelerin uluslararası hukukun temel ilke ve normlarını gözardı ederek, politik çıkarları 'hukuka tercih edilebilir asli amaç' olarak görmeleridir.

derece organize şekilde gerçekleştirildiğini, geniş çaplı ve sistematik olarak uygulandığını göstermesi açısından önemlidir.

Premier Executive Transport Services hakkında bilgi için bkz.: "Khaled El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia", AİHM Başvuru dosyası, Başvuru no. 39630/09, Beşinci Kısım, 1(f), 2010, Dipnot 7, s.4. Premier Executive Transport Services'in kayıt bilgileri için bkz.: <http://corp.sec.state.ma.us/corp/corptest/CorpSearchSummary.asp?ReadFromDB=True&UpdateAllowed=&FEIN=521857292>. (Erişim tarihi: 02.01.2013). Philip Quincannon'la ilgili haber için bkz.: <http://www.nytimes.com/2005/05/31/national/31planes.html?pagewanted=all&r=0>. (Erişim tarihi: 02.01.2013). N982RK kuyruk numaralı uçağın kiralınmasıyla ilgili bilgi için bkz.: <http://www.corpwatch.org/article.php?id=15730> (Erişim tarihi: 02.01.2013). N982RK kuyruk numaralı uçağın Eurocontrol tarafından açıklanan rota bilgisi için bkz.: http://www.reprive.org.uk/static/downloads/2012_07_17_PRIV_N982RK_from_EC_data.pdf (Erişim tarihi: 02.01.2013)

³⁰⁷ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.157, p.49.

³⁰⁸ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.165, p.51.

³⁰⁹ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, para.165, p.51.

³¹⁰ El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Karar, p.79-80.

Yukarıda sıklıkla bahsi geçen Guantanamo Bay'in, bu işkence iddiaları kapsamında önemli tartışmaların merkezi haline geldiğini hatırlamakta fayda vardır. Kamp, ABD Yönetimi tarafından uluslararası denetimden olabildiğince uzak tutulmaya çalışılmıştır. Bu politika çerçevesinde, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun kampı denetleme girişimleri mümkün olduğunca sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Komisyon'un İşkence Özel Raportörü Manfred Nowak, işkence duyumlarını araştırmak için Guantanamo Bay'e giderek bir rapor hazırlamak amacıyla ABD yetkililerine başvurmuş, başvurusu kabul edilmiş ancak alıkoyulanlarla görüştürülmesine izin verilmemiştir.³¹¹ Nowak, bunun üzerine, Çin'de yaptığı benzeri araştırmalarda bile mahkumlarla görüştürüldüğünü, Guantanamo Bay'da alıkoyulanlarla yüzyüze görüşme yapmadığı takdirde bu kişilerin gerçekten kötü muameleye tabi tutulup tutulmadıklarını anlamasına olanak olmayacağını belirtmiştir.³¹² ABD hükümetinden gerekli izni alma girişimleri başarısız olan Nowak ve ekibindeki diğer uzmanlar, bunun üzerine Britanya, Fransa ve İspanya'da yaşamakta olan ve Guantanamo Bay'den tahliye edilmiş eski alıkoyulanlarla ulaşmış, kendileriyle birebir görüşmüş, açık kamu kaynaklarını incelemiş, konuyla ilgili NGO raporlarını araştırmış, sonunda 'Guantanamo Bay'de Alıkoyulanların Durumu' (Situation of Detainees at Guantánamo Bay) isimli raporlarını hazırlamışlardır. Raporda, alıkoyulanların hücrelerde çıplak, hijyenik koşullardan mahrum şekilde, kalıcı gün ışığı olmaksızın tutuldukları; Maksimum Güvenlik Ünitesi (Maximum Security Unit) adı verilen hücrelerde çok kısa aralıklarla dışarı çıkarılmak kaydıyla 18 ay gibi olağanüstü uzun sürelerde kapalı tutuldukları; dövüldükleri, kelepçelendikleri, zincirlere bağlandıkları, kulak ve gözlerinin kapalı tutulduğu belirtilmiştir.³¹³

Kuşkusuz, Guantanamo Bay'da yaşanan bu trajik olaylar, Afganistan savaşı sırasında alıkoyulan kişilerin uğradıkları kötü müameleleri belirtmeleri açısından büyük öneme sahiptir. Ancak burada vurgulamak gerekir ki, yargı da bu hukuksuzluğu etkin olarak soruşturma görevini yeterince yerine getirmemiştir. ABD adalet mekanizması (Anayasa Mahkemesi hariç) işkence ve kötü muameleyle ilgili gelişmelere mümkün olduğunca mesafeli durmuş, işkence yapmakla suçlanan şüphelilerle ilgili davalar etkin şekilde soruşturulmamıştır. Bu çerçevede, David Passaro'nun davası, yargı sürecindeki aksamaya örnek olması açısından önemlidir. Passaro, kuzey Afganistan'ın Asadabad bölgesinde bulunan Taliban ve El-Kaide

³¹¹ Rita Maran, "Detention and Torture in Guantanamo", *Social Justice*, 2006, Vol.33, No.4(106), 151-181, p.161. Burada bahsi geçen İnsan Hakları Komisyonu, Mart 2006'da İnsan Hakları Konseyi adıyla yeniden yapılandırılmıştır.

³¹² a.g.e., s.161.

³¹³ BM İnsan Hakları Komisyonu Raporu, Situation of Detainees at Guantánamo Bay, p.17-18.

militanlarının yakalanması ve sorgulanmasından sorumlu ABD Özel Kuvvetleri-CIA ortak birliğinin mensubudur. 2003 yılında bir Amerikan üssüne roketli saldırıda bulunduğu şüphesiyle yakalanan Abdül Vahi adındaki Afganlıya gözaltındayken üç gün boyunca işkence ettiği ve ölümüne neden olduğu ileri sürülmüştür.³¹⁴ Passaro, 2004 yılında tehlikeli silahla saldırıdan dolayı ikişer suç, ciddi vücut yaralanmasına sebep olmaktan dolayı da ikişer suç olmak üzere, toplam dört ayrı suç nedeniyle yargılanmış, 2006 yılında Kuzey Carolina Doğu Bölge Mahkemesi tarafından suçlu bulunup yüz ay hapse mahkum edilmiş, bunun üzerine karara itiraz ederek temyize başvurmuştur.³¹⁵ Davaya bakan Richmond Temyiz Mahkemesi 4. Dairesi de Passaro'yu suçlu bulmuş, cezasını sekiz yıl dört ay olarak onamıştır.³¹⁶ Bu tarihten sonra Passaro'nun yargı süreciyle ilgili herhangi bir resmi açıklama yapılmamış, medyada da kendisiyle ilgili herhangi bir haber yer almamıştır. Ancak bazı kaynaklarda, tutuklunun cezasının Nisan 2010'da bir başka kararla 80 aya indirildiği, Ocak 2011'de ise Passaro'nun anlaşılmayan bir şekilde alıkoyulduğu hapishaneden salıverildiği ileri sürülmüştür.³¹⁷ Bu olay – tabii iddiaların doğru olması halinde – ABD yargısının işkence suçuna karşı takındığı resmi tavrın siyasi söylemle ne kadar çeliştiğini göstermesi açısından oldukça manidar ve önemlidir. Passaro'nun CIA ile olan bağlantısı nedeniyle veya başka bir siyasi gerekçe ile yargı tarafından verilen cezalardan muaf tutulması, veya daha da kötüsü, yasalara aykırı olarak tutuklu bulunduğu hapishaneden tahliye edilmesi, kuşkusuz adalet adına onarılması güç bir yara, hatta bir hukuk skandalı şeklinde yorumlanacaktır.

Afganistan savaşında alıkoyulanlar üzerinde işkence uygulandığına dair vakaların çokluğu, sorgulamalar sırasında fiziksel ve ruhsal zorlamanın münferit değil geniş çaplı ve sistematik olarak uygulandığı yönünde yeterli kanaat uyandırmaktadır. Bu kanaati destekleyen vakalardan biri de, Suriye asıllı Kanada vatandaşı Maher Arar davasıdır. Arar, 26 Eylül 2002 tarihinde tatil için gittiği Tunus'tan dönerken, New York'ta aktarma yaptığı sırada, bir terör şüphelisiyle kahve içerken görülmesine dayanılarak ABD güvenlik güçlerince yakalanıp

³¹⁴ John R. Crook (ed.), "Fourth Circuit Affirms Conviction of CIA Contractor for Detainee Death", *The American Journal of International Law*, 2009, Vol.103, No.4, 741-770, p.763.

³¹⁵ a.g.e., p.763.

³¹⁶ http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gSo6iRtgbNNIDhDyO_VcZEmT45MQ (Erişim tarihi: 02.01.2013)

³¹⁷ http://theydontfoolme.com/2785/david-passaro-another-green-berets-scalp-another-government-witch-hunt/#footnote_9_2785 (Erişim tarihi: 02.01.2013)

Bu çalışmanın araştırma ve yazım süreci boyunca yapılan incelemelerde Passaro'nun salıverildiğini doğrulayan herhangi bir resmi bilgiye ulaşılamamıştır. Ancak tutuklunun kayıt numarası (24708-056) Adalet Bakanlığı'na bağlı Federal Tutuklu Bürosu'nun (Federal Bureau of Prisons-FBP) veritabanındaki Tutuklu Mevkii (Inmate Locator) arama sistemine girildiğinde, Passaro'nun salıverildiği (released) bilgisi ile karşılaşılmaktadır. FBP veritabanında yer alan diğer bilgiler (tutuklunun orta adının baş harfi, yaşı, cinsiyeti, ırkı) Passaro'ya ait kimlik bilgileriyle uyushmaktadır. Yine de tutuklunun kanunlardaki boşluklardan yararlanılarak salıverildiği veya kanunsuz olarak çıkarıldığına dair bir iddiada bulunmadan önce, konunun Adalet Bakanlığı'na ve diğer resmi mercilere danışılarak araştırılması gerekmektedir.

alı koyulmuştur. İki hafta boyunca ABD istihbarat görevlileri tarafından göz altında tutulan Arar, bu sürenin ardından Suriye'ye gönderilmiş, bu ülkede on ay boyunca işkenceye tabi tutulmuştur.³¹⁸ Kanada'nın girişimleri sonucu Ekim 2003'te serbest bırakılan Arar hakkında yapılan araştırmalardan terörle ilgili olduğuna dair hiçbir bulgu elde edilmemiştir.³¹⁹ Arar, dönemin Adalet Bakanı John Ashcroft aleyhinde ABD'de dava açmış, ancak bu dava, bölge mahkemesi tarafından ulusal güvenlikle ilgili hassasiyet gerekçesiyle reddedilmiştir.³²⁰

İşkence mağdurlarından sayıları kesin olarak belirlenemeyen bir bölümü ise bu şiddet uygulamaları neticesinde hayatlarını kaybetmişlerdir. Özellikle yukarıda incelenen 2002 memorandumunun ardından, ölümle sonuçlanan vakalar artmış ve

³¹⁸ James Ross, "Black Letter Abuse: The US Legal Response to Torture Since 9/11", *International Review of The Red Cross* September 2007, Vol.89, No.867, 561-590, p.582.

³¹⁹ Jane Mayer, "Outsourcing Torture: The Secret History of America's 'Extraordinary Rendition' Program", *New Yorker*, 14 Şubat 2005, http://www.newyorker.com/archive/2005/02/14/050214fa_fact6 (Erişim tarihi: 02.01.2013)

³²⁰ Ross, "Black Letter Abuse", p.582-583.

Burada, her ne kadar doğrudan silahlı çatışma hukuku ihlali kapsamına girmiyorsa da, insan haklarıyla ilgili önemli bir başlık teşkil ettiği için tutukluların transferiyle ilgili hukuki düzenlemeye de değinmek yerinde olacaktır. Konunun temelindeki geri verme (non-refoulement) ilkesine göre, eğer bir tutuklunun alı koyulduğundan farklı bir ülkeye nakledilmesi durumunda bu kişinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilme olasılığı yüksekse iade gerçekleştirilmez. İlke, çeşitli uluslararası antlaşmalarla güvence altına alınmıştır. 1951 Mülteciler Sözleşmesi'nin 33.1. maddesine göre, "Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir." 1984 İşkence Sözleşmesi de benzeri bir anlayış ile geri verme ilkesini düzenlemiştir. Sözleşme'nin 3.1. maddesi uyarınca, "Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesi olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir." AİHM de Chahal v. The United Kingdom gibi çeşitli kararlarında, işkence gibi insan hakları ihlallerinin vuku bulma ihtimali olması durumunda suçluların ülkelere iade edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Bu antlaşma ve içtihatlar göz önüne alındığında, ABD'nin Maher Arar'ı Suriye'ye göndermek suretiyle sözü edilen antlaşmalardan doğan yükümlülüğünü yerine getirmediği, böylece önemli bir uluslararası hukuk ilkesinin ihlaline neden olduğu görülmektedir. Öte yandan, bu hukuki düzenleme ve yerleşik içtihata rağmen, geri verme ilkesinin mutlaklığı, 9/11'den sonra yoğun şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Bazı hukukçular tarafından ilkenin istisnaları olabileceği savunulmuş, karşı-terör çalışmalarının etkin şekilde yürütülmesi, ulusal güvenlik öncelikleri ve özellikle siyasi sığınma hakkı taleplerinin yoğunluğu gibi nedenlerle ilkenin belirli durumlarda geçerli olamayabileceği ileri sürülmüştür. Ancak mutlakçı görüşü reddeden bu koşulcu yaklaşımın gerekçeleri hukuki olmaktan çok siyasi olduğu için çok da tutarlı görünmemektedir. Geri-vermeme ilkesi hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Cordula Droeger, "Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges", *International Review of The Red Cross*, September 2008, Vol.90, No.871, 669-701. POW statüsündeki kişilerin ülkelere iadeleriyle ilgili bir inceleme için bkz.: Theodor Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", *The American Journal of International Law*, 2000, Vol.94, No.2, 239-278. 1951 İşkence Sözleşmesi için bkz.: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>. Erişim tarihi: (Erişim tarihi: 02.01.2013). 1984 İşkence Sözleşmesi için bkz.: <http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm> (Erişim tarihi: 02.01.2013). Geri vermeme ilkesine ait kararları içeren bazı AİHM davaları için bkz.: Chahal v. The United Kingdom, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58004>; Soering v. The United Kingdom, 1989, Seri A No. 161, para. 91; Cruz Varas and Others v. Sweden, 1991, Seri A No. 201, para. 69-70; Vilvarajah and Others v. The United Kingdom, 1991, Seri A No. 215, para. 102-110. ABD'nin Afganistan savaşı kapsamında izlediği mültecilerle ilgili politikasına karşı eleştirel bir görüş için bkz.: Melissa J. Durkee, "Beyond The Guantánamo Bind: Pragmatic Multilateralism in Refugee Resettlement", *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, Vol.42, 697-758. Geri vermeme ilkesinin mutlaklığıyla ilgili karşı görüş için bkz.: Vijay Padmanabhan, "To Transfer or Not to Transfer: Identifying and Protecting Human Rights Interests in Non-Refoulement", *Fordham Law Review*, 2011, Vol.80, Issue 1, 72-123.

bu durum medyaya daha sık yansır olmuştur.³²¹ Aralık 2002’de 519. Askeri İstihbarat Taburu tarafından Bagram’da sorgulanan Afganistanlılardan Molla Habibullah ve Dilaver işkence nedeniyle hayatlarını kaybetmişlerdir. Yapılan otopsi sonucunda, her iki kişinin de bacaklarında derin yaralar görülmüş, kalplerinde oluşan kan pıhtılaşması nedeniyle öldükleri sonucuna varılmıştır.³²²

ABD hükümeti, Afganistan savaşında insan hakları hukuku ve silahlı çatışma hukukuna uyacağını açıklamış olmasına rağmen, bu yükümlülükleri yerine getirmede önemli zaafiyet göstermiştir. Yönetim’in, 2004 memorandumunda olduğu gibi, Amerikan iç hukukunun uluslararası hukukla uyum içinde olduğunu açıklaması, bu söylemin pratikte bir karşılık bulmasına yetmemiştir. Özellikle Guantanamo Bay gibi alıkoyma merkezleri, kötü muamelenin bir simgesi konumuna dönüşmüştür. Bu araştırmanın yazıldığı dönemde bu üste alıkoyulanlar maruz bırakıldıkları hukuksuzluğu protesto etmek için açlık grevine başlamışlar ve bu eylemlerini halen sürdürmektedirler.³²³ Sonuç olarak, bir kısım ABD istihbarat topluluğu görevlileri ve silahlı kuvvetleri mensuplarının Afganistan’da yürütülen askeri müdahale kapsamında alıkoyulanlar üzerinde fiziki ve ruhsal zorlama yöntemleri kullandıkları; bu uygulamaların öğretilde ‘koşulculuk’ olarak bilinen anlayış çerçevesinde Yönetim tarafından meşru kılınmaya çalışıldığı; işkencenin münferit değil geniş çaplı ve sistematik olarak gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu nedenle, ABD’nin, Cenevre Sözleşmeleri’nin işkenceyi suç olarak tanımlayan ve yasaklayan C1: Madde 3.1(a); Madde 12; Madde 50; C2: Madde 3.1(a); Madde 12; Madde 51; C3: Madde 3.1(a); Madde 17; Madde 87; Madde 130; C4: Madde 3.1(a); Madde 32; Madde 147; P1: Madde 75.2(a)ii; P2: Madde 4.2(a)’yı ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

Afganistan savaşı sırasında gerçekleşen işkence fiilleri, insan haklarının bir silahlı çatışma sırasında ABD gibi çağdaş bir demokrasi tarafından bile çiğnenebileceğini göstermesi açısından hukuki bir trajediyi simgelemektedir. Ancak bundan daha vahimi, bir insana uygulanan fiziki ve ruhsal zorlama fiilini haklı gerekçelere oturtmaya çalışan politik söylemdir. Sistem içinde yer alan bazı hukukçular, ustaca kurgulanmış demagojilerle temel bir insan hakkının ihlalini meşru

³²¹ Alıkoyulanlara yapılan kötü muamele ve medya ilişkisi konusunda bir inceleme için bkz.: Frédéric Mégret, Frederick Pinto, “Prisoners’ Dilemmas: The Potemkin Villages of International Law?”, *Leiden Journal of International Law*, 2003, Vol.16, 467-490.

³²² <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A28737-2005Mar12.html>

(Erişim tarihi: 02.01.2013)

³²³ Açlık grevinin nedeni, kamp görevlilerinin alıkoyulanların kişisel eşyalarına el koymaları olarak açıklanmıştır. Ancak eylemin, burada tutulan kişilerin yıllar boyu maruz kaldıkları kötü muamelelerin sonucunda meydana gelen bir tepki olduğu açıktır. Eylem 6 Şubat 2013 tarihinde başlamış olup, 6 Nisan 2013 tarihi itibarıyla devam etmektedir. Eyleme 41 alıkoyulanın iştirak ettiği belirtilmiş olup, Savunma Bakanlığı tarafından eylemcilerden biri olan Fayez Al-Kandari’nin avukatı olarak tayin edilen Albay Barry Waingard, alıkoyulanların açlıktan ölmeyi kamptan kurtulmanın tek yolu olarak gördüklerini belirtmiştir. Eylemin kronolojisi, nedenleri, uluslararası alandaki tepkiler ve ABD’li yetkililerin açıklamaları hakkında bkz.: <http://rt.com/news/guantanamo-bay-hunger-strike-399/> (09.04.2013)

kılmaya çalışmışlardır. Bu ahlaki yozlaşma ve siyasi çürümüşlük eleştirel teori ışığında incelendiğinde, Bybee ve Yoo gibi hukukçuların söylemlerini suçlu aklama çabası olarak görmemek olası değildir.³²⁴ Eleştirel teorinin öncüsü Theodor Adorno'nun deyişiyle, "Sahtekar avukatın hilesi, şişirilerek kahramanca bir kararlılığa dönüştürülmüştür."³²⁵ Adorno'nun 'gaspın dilsel formülü' olarak nitelediği bu saldırı yöntemi, sözde-liberal retoriğin, evrensel hukuk yargılarını nasıl şekillendirdiğini göstermesi açısından ilgi çekicidir. Siyasi iktidarın, kendi çıkar ve hırsları uğruna, adalet olgusunun zedelenmesine göz yummakta bir sakınca görmemesi, tam da Frankfurt Okulu'nun bakış açısından incelenebilecek ve bir çıkarımda bulunulabilecek bir vakadır. Bu çıkarım da, ne yazık ki, Afganistan savaşıyla ilgili davalarda, ABD'de hukukun belli politik güç çevrelerinin elinde bir araç olarak kullanılmış olduğudur.

3.2. AYIRT ETME İLKESİNİN İHLALİ

Çatışan tarafların hangi tür hedeflere ve kimlere karşı saldırı düzenleyebileceği, muhtemelen savaş tarihinin başından beri cevabı aranan bir sorudur. Devlet yöneticileri ve kanun yapıcılar, uluslararası nitelikte olan ve olmayan silahlı çatışmalarda savaşamayacak durumda olanların çatışmalardan zarar görmemeleri için çeşitli koruyucu tedbirler geliştirmişlerdir. 1868 St. Petersburg Bildirisi'nde "[B]ir devletin savaş sırasında ulaşmak için çaba sarfedebileceği tek meşru amacın düşman askeri gücünü zayıflatmak" olduğu belirtilmiştir.³²⁶ Lieber Kodu ise, askeri-sivil nesnelerin ayırt edilmesini uygarlığın gelişmesi bağlamında ele alarak, savaşın izin vereceği ölçüde, silahsız bir sivilin bireysel, mülki ve onursal haklarını koruma altında tutma gereğinin altını çizmiştir.³²⁷

Aşağıdaki hukuki düzenleme kısmında incelenecek olan Cenevre Hukuku'nun ardından gelen çağdaş düzenlemeler sayesinde, ayırt etme ilkesi evrensel bir norm konumuna ulaşmıştır. Roma Statüsü, sivil hedeflere saldırmayı doğrudan bir savaş

³²⁴ Aslında Bybee, Yoo ve Gonzales gibi hukukçular, eleştirel teorinin değerlendirmesine göre, sisteme yaranmaya çalışan basit bir fûgûr olmanın ötesinde bir değere sahip değillerdir. Varlıklarını ve etkinliklerini korumanın yegane yolu, onlar için, siyasi iktidara biat etmektir. Adorno, bu ahlaki dejenerasyonu olağanüstü ince ve yetkin bir şekilde açıklamıştır: "İşsizinden memuruna, yatırımlarını temsil ettiği kişilerin her an gazabına hedef olabilecek kamu görevlisine kadar, bütün bu tedirgin insanlar, her yerde hazır ve nazır olduğunu sandıkları yürütme gücüne, ancak duygudaşlıkla, gayretkeşlikle işe yarayarak ve bezirganca davranarak yaranabileceklerine inanıyorlar." Yönetim'in işkenceyle ilgili görüşlerini fütursuz bir heyecanla destekleyen hukukçular, tam da Adorno'nun 'yönetime yaranmaya çalışan devlet memurları' tiplmesine uygun şekilde davranmışlardır. Vahim olan ise, Yönetim'in, Afganistan savaşı kapsamında süregelen işkence tartışmalarında doğru bir karar verebilmek için, bu kişilerin görüşlerini dikkate almasıdır. Adorno'nun statükocu sistemler hakkında yararlı bir polemik yaratan aforizmalar şeklinde kaleme aldığı eleştirel düşünceleri için bkz.: Theodor Adorno, *Minima Moralia*, Metis Yayınları, İstanbul, 2005, s.25.

³²⁵ a.g.e., s.115.

³²⁶ <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument> (Erişim tarihi: 07.01.2013)

³²⁷ Lieber Kodu, Madde 22. <http://redressright.org/pdf/The%20Lieber%20Code.pdf> (Erişim tarihi: 07.01.2013)

suçu olarak kabul etmiş; UAD, *Nükleer Silahlar* davası tavsiye kararında, sivil ve askeri hedeflerin ayırt edilmesini önleyen savaş araç ve yöntemlerini kullanmanın yasaklandığını bildirmiştir.³²⁸ Ancak, bütün bu hukuki düzenlemelere rağmen, ilkenin gerek Afganistan savaşında gerek dünyanın diğer bölgelerinde meydana gelen ve halen sürmekte olan diğer savaşlarda geniş ölçüde ihlal edildiği görülmektedir. İhlalin nedenlerini tespit etmek, bu çalışmanın çeşitli yerlerinde belirtildiği üzere, araştırmanın kapsamı dışındadır. Ancak burada şu kadarını belirtmekte fayda vardır ki, ilkenin ihlalindeki temel nedenlerden biri, savaşların siyasallaştırılmış amaçlara hizmet etmesidir. Bir silahlı çatışmanın amacı salt bir düşmanı yenilgiye uğratmak olmayıp düşmanın ‘politik davranışında bir değişim meydana getirmek’ olduğu zaman askeri ve politik amaçlar arasındaki sınırın belirsizleştiği görülmektedir.³²⁹ Özellikle hedef alınan ülkelerde rejim değişikliği yapmak üzere planlanan ve icra edilen askeri hareketlerde silahlı çatışma hukuku ilkelerine uyulmama eğiliminin görülmesi şaşırtıcı bir sonuç değildir. Ayırt etme ilkesinin ihlali, bu eğilimin doğal bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

3.2.1. Hukuki Düzenleme

Ayırt etme ilkesi, literatürde silahlı çatışma hukukunun en önemli ilkesi olarak tanımlanmakta olup, çatışan tarafların sivil ve askeri nesneler arasında mutlak surette ayırım yapmaları gerektiği anlamına gelmektedir. İlke, esasta, bir savaşta masum olarak nitelenebilecek olanlar ile bu şekilde nitelenemeyecek olanları ayırt etmeye yönelik gelenekselleşmiş bir ahlaki tutumun ifadesidir. Bu yaklaşım, savaşçı olmayan (non-combatant) ile masum olanı (innocent), bir ve aynı kavram olarak değerlendirmekte olup, kökleri, Katolik inancındaki ‘haklı savaş’ doktrinine dayalı gelenekselci (traditionalist) yaklaşıma kadar uzanmaktadır.³³⁰

Bu ilke, Ek Protokollerin ilgili maddelerinde somutlaştırılmış olup bunlardan biri P1’in 48. maddesidir. Maddeye göre, “Sivil nüfus ve sivil nesneleri korumak ve özen gösterilmesini sağlamak için, [t]araflar her zaman sivil nüfus ile savaşçıları ve sivil nesnelerle askeri amaçları ayırt etmek ve bu doğrultuda hareketlerini her zaman

³²⁸ Roma Statüsü, Madde 7.1., 8.2. (b), (e); UAD Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidinin Yasallığı Tavsiye Kararı, para. 95.

³²⁹ Janina Dill, “The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More than a Moral Plea?”, *Proceedings of the Annual Meeting*, 2009, Vol.103, 229-232, p.231.

³³⁰ Karşıt bir yaklaşıma göre ise, masum olan-olmayan ayrımı, savaşçı-savaşçı olmayan statülerine karşılık gelen bir kavramsal çerçeve sunmamaktadır. Jollimore, bu görüşü savunanları Revizyonistler olarak tanımlamakta olup, bu çevrlerin iddialarını, sivillere karşı yapılan saldırıların yasaklanmasına dair genel ilkeleri zayıflattığı için tehlikeli ve ikna edici olmaktan uzak olarak değerlendirmektedir. İki görüşün karşılaştırılması için bkz.: Troy Jollimore, “Terrorism, War, and The Killing of The Innocent”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 2007, Vol.10, No.4, 353-372, p.354.

askeri amaçlar doğrultusunda gerçekleştirmek zorundadırlar.”³³¹ Aynı protokolün 44. maddesi de bu ilkeyi işaret etmekte olup, “savaşçılar kendilerini sivil nüfustan ayırt etmekle mükelleftirler.” demek suretiyle ayırt etme ilkesinin savaşan tarafların askerlerine düşen sorumluluğa vurgu yapmaktadır. P1’in 52.2. maddesi de, “Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlı olacaktır. Hedefler söz konusu olduğunda, askeri hedefler doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yıkılması, ele geçirilmesi ya da tarafsızlaştırılması durumunda, zamanın şartlarında, kesin bir askeri avantaj sağlayan hedeflerle sınırlıdır.” demek suretiyle, hedeflerin seçiminde uyulması gereken temel kuralı düzenlemiştir.³³²

P1’e göre, sivil nüfus ve her birey, askeri harekatlardan doğan tehlikelere karşı genel bir koruma altında bulunmaktadır.³³³ Hedef gözetmeksizin yapılacak olan bütün saldırılar yasaklanmış olup; askeri hedeflere yönelik olmayan saldırılar, özel bir askeri nesneye saldırmak için kullanılamayacak savaş yöntem ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ve bıraktıkları etkiler bu protokolce gerekli kılındığı gibi sınırlandırılmayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar bu sınıfa girmektedirler.³³⁴ P1, 5., 6. ve 7. maddelerinde de sivil hedeflerin ayırt edilmesi ve korunması gerektiğini vurgulayan hükümlere sahip olup, bu koruma söz konusu maddeler kapsamında oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.³³⁵ Ancak bu maddeler silahlı çatışma sırasında sivillere mutlak bir dokunulmazlık da vermemektedir. P1’in 51.3. maddesi, “siviller çatışmada doğrudan taraf olmadıkları sürece” demek suretiyle kaidenin istisnasını belirtmiştir.³³⁶ Bir çatışmada doğrudan rol oynayan sivillerin veya çatışan taraflara dolaylı olarak yardım sağlayan kişilerin yukarıda belirtilen koruma düzenlemelerinin sujesi olamayacağı açıktır. Solis’in de belirttiği üzere, ayırt etme ilkesi mutlak bir güvenceyi temsil etmemektedir.³³⁷ Ayırt

³³¹ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 48.

³³² Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 52.2.

³³³ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51.1.

³³⁴ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51.4.

³³⁵ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51.5 .

Diğerlerinin arasında, aşağıdaki saldırı tipleri de ayırım gözetmeyen saldırılar olarak kabul edilmektedir:

(a) Bir dizi birbirinden uzak ve ayrılmış askeri hedefin bulunduğu ve aynı şekilde bir sivil nüfusu ve sivil hedef yoğunluğu da içeren bir şehir, kasaba, köy ya da diğer alanlara tek bir askeri hedef gibi davranan yöntem ve araçlarla bombardıman yoluyla yapılan saldırı ve

(b) Kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen ve tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaj ile çok ilişkili olacak olan bir saldırı.

6. Misillemeler yoluyla sivil halka ya da sivillere karşı saldırılar yasaklanmıştır.

7. Sivil halkın ya da bireysel olarak sivillerin varlığı ya da hareketi belli noktaları askeri operasyonlardan muaf tutmak için, özellikle de askeri hedefleri saldırılara karşı korumak, askeri operasyonlara yarar sağlama ve hız kazandırmak için yapılacak girişimlerde kullanılmayacaktır. Çatışma Tarafları, askeri hedefleri, saldırılara karşı korumak ya da askeri operasyonları kalkanlamak için sivil halkın ya da tek tek sivillerin hareketini yönetmeyecektir.

³³⁶ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51/3.

³³⁷ Solis, *Law of Armed Conflict*, p.258.

etme ilkesi, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları kapsayan P2 çerçevesinde de düzenlenmiştir. Protokolün 4. ve 13. maddeleri sivil toplulukların savaş sırasında korumadan yararlanacaklarını belirterek sözkonusu ilkeye vurgu yapmışlardır.³³⁸

Bu aşamada, ayırt etme ilkesi kapsamında kimlerin bu korumalardan yararlanıp kimlerin yararlanamayacağını tespit edebilmek önemlidir. Bu nedenle, öncelikle, sivil-asker ayrımının önemli bir unsuru olan ‘düşmanlıklara doğrudan katılma’ (direct participating in hostilities) olgusunun incelenmesi yararlı olacaktır.

3.2.1.1. Düşmanlıklara Doğrudan Katılma

Silahlı bir çatışmada, taraflardan birine ölüm, yaralanma veya yıkımla sonuçlanacak zararlar verme amacıyla yardım sağlayacak hareketlerde bulunan kişiler, ‘düşmanlıklara doğrudan katılan kişi’ statüsünde kabul edilmektedirler.³³⁹ Sözkonusu statü, Cenevre Hukuku’nun çeşitli maddelerinde yer alan “çatışmalarda doğrudan yer almadıkça” tanımlamasıyla ifadesini bulmuştur.³⁴⁰ 2009 yılında ICRC, Uluslararası İnsancıl Hukuk Kapsamında Düşmanlıklara Doğrudan Katılma Olgusu Hakkında Yorumsal Rehber (Interpretive Guidance on The Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law) adı altında bir kitap yayınlamıştır. Kitapta, düşmanlıklara doğrudan katılmanın hangi şartlarda ve ne zaman mümkün olabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Araştırmadan çıkan sonuca göre, bir kişinin sözü edilen olgunun sujesi olabilmesi için (yani düşmanlıklara doğrudan katılan kişi olarak sınıflandırılabilmesi için) öncelikle bu olgunun ‘yapıcı unsurlar’ (constitutive elements) adı verilen belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir. ICRC çalışmasında bu unsurlar şu şekilde belirtilmiştir:

i. Fiil, taraflardan birinin askeri hareketini veya kapasitesini ters şekilde etkilemeli veya genişletmeli, bunun sonucu olarak korunması gereken kişi ve nesnelere zarar vermelidir.

ii. Fiil ile sonuç arasında doğrudan bir bağlantı olmalıdır.

iii. Fiil ile süregelen çatışma arasında bir bağıntı bulunmalıdır.³⁴¹

Düşmanlıklara doğrudan katılımı oluşturacak fiilleri belirlemek için belli yapıcı unsurların var olması gerektiği yönünde bir yaklaşımı esas alan ICRC’nin

³³⁸ Cenevre Sözleşmeleri, P2, Madde 4, 13.

³³⁹ <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/direct-participation-ihl-faq-020609.htm#a1> (Erişim tarihi: 07.01.2013)

³⁴⁰ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 50/3; P2, Madde 13/3.

³⁴¹ Nils Melzer, *Interpretive Guidance on The Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009, p.46.

çalışmasındaki bu tanımlama girişimi, silahlı çatışma hukuku alanındaki en yetkin isimlerden biri olan Nils Melzer tarafından yapılmıştır. Ancak bu yaklaşım, silahlı çatışma hukuku alanındaki aynı derecede yetkin olan başka isimler tarafından eleştirilmiştir. Bu bağlamda, Michael Schmitt, bu yaklaşımın modern savaşın karmaşık yapısını açıklamakta yetersiz kaldığını öne sürerek, 21. yüzyılda savaşlara katılacak devletler için ICRC kitabının bir rehber olamayacağını savunmuştur.³⁴² Buradan da anlaşılacağı üzere, düşmanlıklara doğrudan katılma olgusunun tanımı üzerine belli bir uzlaşma olsa da, fiilin hangi koşulların sonucunda meydana geldiği konusunda genel bir kabul bulunmamaktadır. Uzmanlar, düşmanlıklara doğrudan katılma kavramına farklı açılardan bakarak farklı sonuçlara varmışlardır.

ABD Yönetimi ve kanun koyucu erki, teröre karşı küresel savaş stratejisi kapsamında mümkün olan en fazla sayıda suçluyu, şüpheliyi veya sorumluyu enterne ve/veya tasfiye etmek adına kanunsuz düşman savaşçısı (unlawful enemy combatant) kavramını geliştirmiştir.³⁴³ ABD, Afganistan savaşındaki ihlallere neden olan alıkoyma fiillerinden pek çoğunu da aslında bu kavramdan güç alan uygulamalara dayandırmıştır. MCA, kimlerin kanunsuz savaşçı statüsünde kabul edilebileceğini belirtirken ucu son derece açık, soyut bir tanımlama girişiminde bulunmuştur. Böylelikle de, kendisi için çok geniş bir hareket serbestisi yaratmıştır.

Buradan da anlaşılacağı üzere, ABD, düşmanlıklara doğrudan katılma olgusunu, mümkün olabilecek en geniş anlamda yorumlamaktadır.³⁴⁴ Bu geniş yorum da, aşağıda görüleceği gibi, çatışmalar sırasında çoğu zaman koruma altındaki kişilerin hedef alınmasına neden olan bir hareket anlayışının benimsenmesi sonucunu doğurmuş, bu da savaşta azımsanamayacak sayıda sivilin hayatını kaybetmesine yol açmıştır.

3.2.1.2. Ayırt Etme İlkesinin İhlaline Neden Olan Fiiller

Afganistan askeri müdahalesi sırasında ABD silahlı kuvvetlerinin Taliban hareketi ve El-Kaide terör örgütüne karşı düzenlediği harekatlarda ayırt etme ilkesini bilinçli olarak çiğnediğini ve sivil halka kasıtlı olarak zarar verdiğini kanıtlayacak somut bir delil bulunmadığı gibi, böyle bir iddiayı dayandıracak mantıklı bir gerekçe

³⁴² Michael N. Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *International Law and Politics*, 2010, Vol.42, 697-740, p.699. Melzer'in çalışması hakkında olumsuz yaklaşımlar Schmitt'in eleştirileri dışında başka bir takım unsurları da kapsamaktadır. Bunlardan biri sözkonusu fiilin ne zaman başlayıp ne zaman biteceği konusundaki anlaşmazlıktır. Sözkonusu zaman unsuru hakkında bir inceleme için bkz.: Bill Boothby, " 'And For Such Time As': The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *International Law and Politics*, 2010, Vol.42, 741-768.

³⁴³ Kavramın içe hakkında ayrıntılı açıklama aşağıdaki ilgili bölümde yapılacaktır.

³⁴⁴ Eric Christensen, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities", *Journal of Transnational Law & Policy*, Spring 2010, Vol.19.2, 281-309, p.290-291.

bulmak da güçtür. Tersine, muhtemelen ABD silahlı kuvvetleri mensuplarından en azından bir kısmının, uluslararası hukuktan doğan bir sorumluluk bilincine ve bir askerin sahip olması gereken belirli ahlaki değer yargılarına sahip oldukları varsayılabilir.³⁴⁵ EYUCM, saldırının bir ihlal olarak nitelenebilmesi için ölüme ve ciddi fiziki yaralanmaya neden olması; askeri açıdan gerekli olmadığı halde düzenlenmesi ve hedefin sivil olduğunun bilinmesine rağmen kasti olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁶ ABD askeri birliklerinin zayiata neden olabileceklerini bilerek kasti şekilde sivil hedeflere karşı saldırı düzenlemiş oldukları kolayca kanıtlanabilecek bir hipotez değildir.³⁴⁷ Bu çalışmada sahip olunan kaynakların sınırlılığı da böyle bir sonuca varılmasını engellemektedir. Ne var ki, bu iddianın kanıtlanamayacak oluşu, Afganistan'da süregelen silahlı çatışmalar kapsamında dikkate değer sayıda ABD askeri birliğinin ayırt etme ilkesine uymadığı ve sonuç olarak ağır sivil zayiata neden olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü, EYUCM'nin yukarıda belirtilen kriterleri göz önüne alındığında, bu olaylarda kasti saldırı olduğu kanıtlanamasa bile, diğer iki şartın gerçekleştiği (saldırıların ölüm ve ciddi yaralanmalara neden olduğu ve askeri açıdan gerekli olmadığı halde

³⁴⁵ Bu varsayımı destekleyen çeşitli vakalar mevcuttur. Hava saldırılarının başladığı Ekim 2001'de Taliban, Kuzey İttifakı ile temasta bulunduğu cepheyi takviye etmek amacıyla çatışma bölgesine bir konvoy göndermiştir. Bu bilginin Hava Kuvvetleri'ne verilmesinin hemen ardından konvoyun hedef alınmasına karar verilmiştir. Ancak Deniz Kuvvetleri Askeri Hukuk Müşaviri Yüzbaşı Shelly Young, bunun bir hile olabileceğini söyleyerek hareketin onaylanmasına itiraz etmiştir. Konvoyun gerçek bir hedef için 'fazla belirgin' olduğunu söyleyen Yüzbaşı Young, Taliban'ın bu tip hedeflere çocukları yerleştirmiş olabileceğini öne sürmüş, bu nedenle saldırının iptalini istemiştir. Kuşkusuz Yüzbaşı Young istihbari duyarlılığa sahip tek subay değildir. Ancak Hava Kuvvetleri içinde bu duyarlılığın ne derecede yayın olduğu da tartışılabilir bir konudur. Sözelimi, Hava Kuvvetleri içindeki bazı çevrelere göre de, bu tip engellemeler hareketlerin başarısını olumsuz yönde etkilemekte, seçilen hedeflerin vurulmasında tereddüt gösterilmesi, teröristlerin yakalanması veya etkisiz duruma getirilmesi sürecinde pek çok olanağın kaçırılmasına neden olmaktadır. Konu hakkında bir tartışma için bkz.: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A46827-2001Nov17.html> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁴⁶ Prosecutor v. Tihomir Blaskic, EYUCM Yargı Kararı, IT-95-14-T, para. 180, s.60. <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ICTY,,BIH,,4146f1b24,0.html> (Erişim tarihi: 11.01.2013). Sivil hedeflere saldırılarla ilgili EYUCM içtihatları hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Christine Byron, "International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage", M.N. Schmitt ve diğerleri (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol.13, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2010, 175-211.

³⁴⁷ Literatürde, ABD silahlı kuvvetleri mensuplarının genelde doğulu Müslüman toplumlara, özelde ise Afganistanlılara karşı küçümseyici bir bakış açısına sahip olduklarını gösteren kaynaklar mevcuttur. Bazı görüşlere göre, saldırılar, bazen belli bir kent, kasabanın veya bölgenin cezalandırılması maksadıyla yapılmaktadır. Buradaki Amerikan yaklaşımı, Irak'ta rastlanılan yaklaşım gibi, insanları 'aşağılık ve insanlık düzeyine ulaşamamış yaratıklar' olarak gören bir zihniyetin ürünü olabilir. Yaşam felsefelerine, politik reflekslerine ve sosyal pratiklerine bakıldığında, Amerikalılar, genelde kendilerinden olmayanları yabancılaştıran bir hayat görüşünü içselleştirmiş, farklı toplum ve inançları kendi sistemlerine ve hayat tarzlarına yönelik bir tehdit olarak kabul etme eğilimi güçlü olan insanlardır. Bütün bunlara rağmen, bu görüşlerin ABD ordusuna ne derecede yansıdığı bugüne kadar bilimsel olarak ölçülmüş değildir. En azından bu tezin yazarı çalışması sırasında böyle bir araştırmaya rastlamamıştır. Afganistan'daki hedeflere düzenlenen saldırılardaki sivil ölüm vakalarında yabancılaştırma, farklılığı tehdit görme veya üstünlük duygusundan kaynaklanan kesin bir kasıt olup olmadığına dair bir sonuca ulaşabilmek için, ABD toplumunda ve silahlı kuvvetleri içinde uzun bir saha araştırması, titizlikle yürütülecek odak grup çalışmaları ve ayrıntılı şekilde planlanacak derinlemesine görüşme teknikleri ile gerçekleştirilecek kapsamlı bir nitel araştırma yapılması şarttır. Afganistan savaşında sivil kayıpların sayısı, saldırıların nedenleri ve soruşturulmalarıyla ilgili bir çalışma için bkz.: Salih Akyürek, Nursema Kıbrıs, Dilara Ünal, *Afganistan'da Sivil Ölümleri*, Bilgesam Yayınları, İstanbul, 2012.

düzenlendiği) böylece ayırt etme ilkesinin ihlal edildiği görülmektedir. Bu yargı, aşağıda somut olaylardan yola çıkılarak kanıtlanmaya çalışılacaktır.

Saldırıların neden yüksek can kaybına sebebiyet verdiğini araştırmak, saldırıları gerçekleştiren sorumluların neden ayırt etme ilkesine uymadıklarını incelemek ve bu fiillerinin karşılığında herhangi bir soruşturmaya tabi tutulup tutulmadıklarını araştırmak bu çalışmanın kapsam ve kısıtının dışındadır.³⁴⁸ Burada cevabı aranacak soru, yukarıdaki silahlı çatışma ilkeleri ihlallerinin incelenmesinde olduğu gibi, ayırt etme ilkesinin gerçekten ihlal edilip edilmediğidir. Bu soruya doğru cevap vermek için de, somut olayların incelenmesi şart görünmektedir. Ancak bu aşamada bir hususun belirtilmesinde fayda vardır ki, o da, Afganistan savaşındaki sivil-askeri hedef ayrımı yapılmadan düzenlenen saldırılar neticesinde hayatını kaybeden sivillerin sayısının tam olarak belirlenemediğidir. Boston Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen bir araştırma sonucunda yapılan açıklamaya göre, savaşta meydana gelen ölü sayısını hesaplamakla görevli resmi bir kurum veya sivil toplum kuruluşu yoktur.³⁴⁹ Bu nedenle, aynı araştırmada, 2001-2011 yılları arasında geçen on yıllık zaman diliminde gerçekleşen sivil ölüm sayısının 30.400 ile 45.600 arasında değiştiği belirtilmiştir.³⁵⁰ BM ise sivil ölümler konusunda istatistik bilgilerini ancak 2007'de hazırlamaya girişmiş, bu bilgileri 2008'de yayınlamaya başlamıştır. Bu tarihten önce meydana gelen ölümler konusunda net bir bilgi bulmak oldukça güç olup, bu tarihten sonra meydana gelen ölüm sayıları da, farklı metodolojilerin kullanılmasıyla hesaplandığı için, kesin bir veri olarak değil bir referans olarak işlev görmektedirler.³⁵¹ Bu nedenle, aşağıdaki saldırı ve ölüm vakalarıyla ilgili verilerin 2007 tarihine kadar olanları çeşitli açık istihbarat kaynakları, veri tabanları ve medya mecralarından derlenmiş, bu tarihten sonra meydana gelen saldırı ve ölümlerle ilgili istatistik bilgiler ise BM Afganistan Yardım Görevi (United Nations Assistance Mission in Afghanistan-UNAMA) tarafından hazırlanan raporlardan alınmıştır. Bu raporlarda, sivil zayıata neden olan askeri güçler, Hükümet-Karşıtı Unsurlar (Anti-Government Elements-AGE), Hükümet-Yanlısı Unsurlar (Pro-Government

³⁴⁸ Savaşlarda sivillerin hedef alınması ve kurban haline getirilmesinin (victimization) nedenleri oldukça karmaşık ve farklı bir araştırmanın konusudur. Bazı kaynaklara göre, sivillerin askeri hedeflerden ayırt edilmeden saldırılarda hedef alınmasının iki ana nedeni bulunmaktadır. Birincisi, saldıran tarafın savaşı kazanma ve kendi insanlarını koruma güdüsünden kaynaklanan çaresizlik; ikincisi, aynı topraklar için savaşan tarafların yer aldığı çatışmalarda sözkonusu olan toprağı ele geçirme isteğidir. Silahlı çatışmalarda sivillerin hedef alınma nedenleriyle ilgili bu kuramın ayrıntıları için bkz.: Alexander B. Downes, "Desperate Times, Desperate Measures: The Causes of Civilian Victimization in War", *International Security*, 2006, Vol.30, No.4, 152-195.

³⁴⁹ Neta C. Crawford, "Civilian Death and Injury in Afghanistan 2001-2011", Eylül 2011., s.1.
<http://costsofwar.org/sites/default/files/articles/15/attachments/Crawford%20Iraq%20Civilians.pdf>
(Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁵⁰ Crawford, "Civilian Death and Injury in Afghanistan", s.1.

³⁵¹ Susan G. Chesser, *Afghanistan Casualties: Military Forces and Civilians*, Congressional Research Service Raporu, 2012, özet sayfası.

Elements-PGF) ve diğer güçler olarak tasnif edilmiştir. ABD kuvvetleri bu tasnifte PGF sınıflandırması içine dahil edilmekle birlikte, kesin olarak kaç ölüm vakasından doğrudan sorumlu oldukları gösterilmemiştir. Bu nedenle, aşağıdaki UNAMA raporlarındaki sivil hedeflere saldırılar sonucu hayatını kaybeden kişilerle ilgili rakamlar kesin olarak ABD ve/veya NATO birliklerinin neden olduğu ölümleri yansıtmamaktadırlar. Bununla birlikte, ISAF içinde muharip birlik barındıran en büyük kuvvet ABD olduğu için, bu rakamların büyük oranda bu ülkeye ait askeri birliklerin fiilleri sonucunda gerçekleştiğini varsaymak yanlış olmayacaktır.

3.2.1.3. Sivil Hedeflere Saldırıları ve Ölüm Vakaları

Savaşın başında ABD'nin stratejisi Taliban'ı tamamen ortadan kaldırmak ve Kuzey Koalisyonu'na hareket serbestisi vermek üzerine kurulmamış, bunun yerine çatışmaların iki aşamalı bir plan dahilinde yürütülmesine karar verilmiştir. Buna göre, birinci aşamada, Taliban'ın özel operasyonlar ve hava saldırılarıyla zayıflatılması; ikinci aşamada ise, ABD ve Pakistan'ın kontrolündeki Peştunların içinde eritilmesi planlanmıştır.³⁵² Kara saldırıları bu kapsamda gerçekleşmiş, kara birliklerine yardım için yapılan yakın hava desteği (close air support) ve Taliban hedeflerine düzenlenen hava saldırıları da bu strateji kapsamında gerçekleştirilmiştir. Saldırıların planlanma aşamasında, ABD tarafından hedeflerin sivillere zarar verilmeyecek şekilde seçildiği belirtilmiş, hareket aşamasında ise hedeflerin aynı dikkatle vurulmaya çalışıldığı devletin en üst yetkilileri tarafından açıklanmıştır. Dönemin Dışişleri Bakanı Donald Rumsfeld yaptığı açıklamada, savaşın aslında çirkin bir eylem olduğunu, bu nedenle hergün pek çok ölüm ve acıya tanık olunduğunu belirtmiş, ancak insanlık tarihinde hiçbir ülkenin bu savaşta ABD'nin yaptığı kadar sivil ölümlere neden olmaktan kaçınmadığını söylemiştir.³⁵³ Rumsfeld'in sözlerinde ne kadar samimi olduğu bir tarafa, bu açıklama, bilimsel bir yaklaşımı yansıtmadığı için oldukça sorunludur. Öncelikle, Bakan'ın burada silahlı çatışma hukuku ihlallerinden bahsettiği düşünülürse, 'insanlık tarihi' kavramının, böylesine özel bir hukuk alanıyla ilgili tartışmada kullanılması doğru görünmemektedir. Kavramın kapsayabileceği tarihsel dönemlerin, coğrafi bölgelerin ve uygarlıkların neredeyse sonsuz olan genişliği düşünüldüğünde, bu söylemin abartılı bir slogan olması dışında bir değer taşımadığı açıktır. İkincisi, sivillere zarar verme fiilinden kaçınma olgusu konusunda ABD ile diğer ülkeler arasında bir karşılaştırma yapmak son derece zordur. Bu konuda hangi savaşta, kimin, ne derecede başarılı olduğunu

³⁵² Carl Conetta, *Strange Victory: A Critical Appraisal of Operation Enduring Freedom and The Afghanistan War*, Project on Defense Alternatives Raporu, 2002, p.12.

³⁵³ a.g.e., p.16.

saptamak üzere yapılacak bir araştırmada ne gibi bir metodolojinin kullanılması gerektiği dahi açık değildir. Son olarak, söylemin kendisi, fiillerle çelişmektedir. Rumsfeld'in açıklamayı yaptığı savaşın erken dönemlerinde bile çatışmalarda siviller hedef konumuna gelmiş, dikkat çekici seviyede can kayıpları yaşanmaya başlamıştır.

Çatışmaların birinci ayı içinde 1.000 ile 1.300 arasında sivil hayatını kaybetmiştir.³⁵⁴ İlk üç ay içinde sayıları 8.000 ile 18.000 arasında değişen Afganlının açlık, hastalık ve savaş bölgesinden kaçma sırasında meydana gelen çeşitli yaralanmalar nedeniyle hayatlarını kaybettikleri rapor edilmiş olup, bu sayının en azından yüzde 40'ına (3.200 ölüm vakası) doğrudan savaşın neden olduğu belirtilmiştir.³⁵⁵ Savaşın ilk dört ayı içinde ülke içinde yerinden edilmiş kişi (Internally Displaced People-IDP) konumuna düşenlerin toplandığı Amirbad, Bahe, Daşt-i-Arzana, Dehdadi, Maslak, Nasarji ve Şerkat kamplarında 2.500 kişi açlıktan ölmüştür.³⁵⁶ 2005 yılında Taliban güçlerinin tekrar kuvvetlenmeye başlamaları üzerine girişilen harekatlarda savaşçı statüsünde olmayan çok sayıda kişi hedef konumuna gelmiştir. 2005-2008 arasında düzenlenen hava saldırılarında yaklaşık 3.200 sivilin öldüğü düşünülmektedir.³⁵⁷ Sadece 2006 yılı içinde düzenlenen on üç hava saldırısında 116 sivilin öldürüldüğü – ki bu sayının bir önceki yıla göre üç katlık bir artışı ifade ettiği düşünülmektedir – yirmiiki hava saldırısında ise çok daha fazla sayıda sivilin yaralandığı rapor edilmiştir.³⁵⁸

2007 yılından itibaren çatışma yoğunluğunun artması, bu tarihten itibaren sivil kayıplarında da bir yükselme gerçekleşmesine neden olmuştur. 1 Ocak – 31 Aralık 2008 tarihleri arasında 2.118 sivil hayatını kaybetmiş, bu rakam, bir önceki yıl 1.523 olan sivil kayıp sayısı göz önüne alındığında yüzde 39 oranında bir artışı ifade

³⁵⁴ <http://www.comw.org/pda/0201oef.html#appendix1> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁵⁵ Conetta, *Strange Victory*, p.36. Bazı Amerikan medya mecralarında bu sayılar Afganistan'da yakın dönemde meydana gelen savaşlarda görülen sivil ölümleriyle karşılaştırılarak 'düşük' olarak nitelenmiştir. Bunlardan biri olan Los Angeles Times, ICRC ve Human Rights Watch verilerine dayandığı haberinde, 1990'larda Kabil'de meydana gelen iç savaşta 50.000, Mart 1979'daki Sovyet işgali sırasında 20.000, on yıllık işgal boyunca ise toplam 670.000 sivilin öldüğünü belirtmiştir. Ancak savaşın ilerleyen dönemlerinde sivil ölüm sayısının artması, kuşkusuz LA Times ve benzeri kaynakların yorumlarındaki karşılaştırmalı istatistiksel mantığı sorgulamaya açık hale getirmiştir. Söz konusu haber-analiz için bkz.: <http://articles.latimes.com/2002/jun/02/world/fg-bombs2> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁵⁶ a.g.e., s.36. Savaş nedeniyle IDP konumuna düşen insan toplamının yaklaşık 360.000 olduğu tahmin edilmektedir. Bu rakama Pakistan'a kaçan 200.000 kişinin dahil olmadığı düşünülürse, savaşın henüz ilk dört ayında sivillerin hayatlarını ne şekilde etkilediği anlaşılabilir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin araştırma sonuçlarına göre, 2001 yılı itibarı ile Afganistan'daki toplam IDP sayısı 1.200.000'dir. Savaşın ilk iki yılına ait göçmen, sığınmacı ve IDP istatistikleri için bkz.: <http://www.unhcr.org/41d2c1522.html> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁵⁷ http://www.rawa.org/temp/runews/2008/10/07/3-200-afghan-civilians-killed-by-nato-us-action-since-2005-study_9374.html (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁵⁸ Lara M. Dadkhah, "Close Air Support and Civilian Casualties in Afghanistan", <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/close-air-support-and-civilian-casualties-in-afghanistan> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

etmiştir.³⁵⁹ Bu ölümlerin yüzde 39'luk oranını temsil eden 828'i doğrudan hükümet yanlısı güçlerin (ABD-NATO kuvvetleri ve diğer Afgan milis güçleri) neden olduğu vakalardır.³⁶⁰ 2008 yılının pek çok eserde vaka çalışması olarak incelenen en önemli saldırısı, kuşkusuz ülkenin güneyindeki Kandahar eyaletinin Şah Vali Kott kazasında yaşanan 'düğün töreni' saldırısı olmuştur. 3 Kasım 2008 tarihinde ISAF ve Afgan Ulusal Güvenlik Kuvvetleri'ne (Afghan National Security Forces-ANSF) bağlı askeri bir birlik, Bakto Tangi bölgesinde ortak devriye görevi icra ederken tuzağa düşürülmüştür. Çatışmada bir üstünlük sağlayamayan isyancılar geri çekilmiş, bunun üzerine ISAF ve ANSF birlikleri isyancıları takip ederek Vaş Bakto isimli köye gelmişler, çeşitli yerel kaynaklardan alınan haberlere göre, burada isyancılarla üç saat süren bir çatışmaya girmişlerdir. Birlikler, görülen ihtiyaç üzerine yakın hava desteği talep etmiş, bu talep üzerine bölgeye gönderilen hava unsurları köyde kendilerine hedef olarak gösterilen evleri bombalamaya başlamışlardır. Saldırı sırasında, evlerden birinde gerçekleşen bir düğün törenine katılan sivillerin bulunduğu noktaya yapılan atış sonucunda, çoğunluğu kadın ve çocuk olan 37 sivil hayatını kaybetmiştir.³⁶¹

Savaşta sivil kayıplarını takip eden hükümet-dışı kuruluşlardan Human Rights Watch da, silahlı çatışmalar sırasında sivil ölümüne neden olan pek çok saldırı vakasının gerçekleştiğini saptamıştır. Buna göre, 2007 yılında 1.633 Afganlı sivil hayatını kaybetmiş, bunlardan 321'i ABD-NATO hava saldırıları sonucunda; 113'ü kara saldırılarında; 57'si çapraz ateş altında; 192'si ise bilinmeyen nedenlerden ötürü ölmüştür. Kalan 950 kişinin ise Taliban veya El-Kaide güçleri tarafından öldürüldüğü ileri sürülmektedir.³⁶²

1 Ocak – 31 Aralık 2009 tarihleri arasında 2.412 sivil hayatını kaybetmiş, bu rakam ise bir önceki yıla oranla ölü sayısında yüzde 14'lük bir artış olduğunu göstermiştir.³⁶³ Bu sivil ölümlerinden yüzde 25'lik bir orana karşılık gelen 596'sı hükümet yanlısı güçler tarafından öldürülmüştür.³⁶⁴ 2009, Taliban'ın 2001'de yıkılmasından sonra toplam sivil zayıat sayısının en yüksek olduğu yıl olarak kayıtlara geçmiş, güvenlikle ilgili vakaların yıldan yıla (year-on-year) artışı yüzde 29,6 olarak hesaplanmıştır.³⁶⁵ Bu yıl içinde meydana gelen ve en yüksek sivil kayıplarından birine yol açan saldırı 3 Eylül'de meydana gelmiştir. Olay, bir grup

³⁵⁹ UNAMA Raporu, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2008*, January 2009, s.7.

³⁶⁰ a.g.e., p.7.

³⁶¹ a.g.e., p.17.

³⁶² Human Rights Watch, *Troops in Contact: Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan* 2008, p.14.

³⁶³ UNAMA Raporu, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2009*, January 2010, p.1.

³⁶⁴ a.g.e., p.1.

³⁶⁵ a.g.e., p.1.

Taliban militanının Kunduz-Baglan yolu üzerinde seyretmekte olan iki petrol tankerini kaçırmayla başlamıştır. Militanlar, kaçırdıkları tankerleri Aliabad bölgesindeki Ömerkel köyü yakınlarında bulunan Çahar Dara mevkiindeki Kunduz nehrinden geçirmek istemişler, ancak tankerlerin nehir yatağında sıkışması üzerine militanlar araçların içindeki yakıtı tahliye edip toplamak için çevredeki köylülerden yardım istemişlerdir. Köylüler – zorla veya gönüllü olarak – tankerlerin içindeki yakıtı boşaltırken, gece yarısından sonra 4 Eylül tarihinde, faaliyeti haber alan ISAF merkezi bölgeye hava unsurları göndermiş, hedefler ateş altına alınmıştır. Ancak – muhtemelen orantılılık ilkesi gözetilmeden kullanılan havadan-yere mühimmatın büyük tahrip gücü neticesinde – Taliban militanlarının yanında bulunan 74 sivil hayatını kaybetmiştir. UNAMA'nın olay hakkında ayrıntılı bilgi talep etmesine rağmen, ISAF'ın Sivil Kayıpları İzleme Birimi, SKİB (Civilian Casualty Tracking Cell-CCTC) olayla ilgili raporunun tasnif dışı versiyonunu BM yetkilileriyle paylaşmayı reddetmiştir.³⁶⁶ SKİB'nin bu tavrı, kuşkusuz saldırıda sivillere karşı gerekli duyarlılığın gösterilmediğini, ISAF'ın da bu gerçeğin açığa çıkmasından kaygı duyduğunu kanıtlar mahiyettedir.

2010 ise, göreceli olarak sivil kayıpların azalma eğilimine girdiği bir yıl olmuştur. 1 Ocak – 31 Aralık 2010 tarihleri arasında toplam 2.777 sivil hayatını kaybetmiş, bunların yüzde 16'lık bölümüne karşılık gelen 440'ı hükümet yanlısı güçler tarafından öldürülmüştür.³⁶⁷ Bu azalmanın nedenlerinden en önemlisi, ABD silahlı kuvvetleri içindeki emir-komuta yapısında oluşan değişiklik sonucu ayırt etme ilkesine karşı oluşan duyarlılıktır. ISAF'ın komutası, Temmuz 2010'da General Stanley A. McChrystal'dan alınarak General David H. Petraeus'a verilmiştir. Petraeus, selefinin hazırladığı karşı-isyan (counterinsurgency) kılavuzunu yenilemiş; 'disiplin altına alınmış güç kullanımı' unsuru hakkındaki 2009 Taktik Yönergesi'ni güncellemiş; Güç Tırmanışı Hakkındaki Standart Harekat Usulleri (Standard Operating Procedures on the Escalation of Force) ve Gece Saldırıları Hakkında Taktik Yönergesi (Tactical Directives on Night Raids) adı altında yeni kılavuzlar yayınlamıştır.³⁶⁸ Bunlardan, 1 Ağustos 2010 tarihli kılavuzda yer alan ifadeler, ABD silahlı kuvvetlerinin sivil kayıpların artışından duyduğu rahatsızlığı yansıtan maddeler içermektedir. Kılavuzda savaşta uyulması istenen kurallar maddeler halinde belirtilmiş, ayırt etme ilkesi bu maddelerin en başına yerleştirilmiştir. Buna göre, ABD ve diğer NATO üyesi ülkelerin askerleri, 'halka hizmet etmek' ve esas

³⁶⁶ a.g.e., p.18.

³⁶⁷ UNAMA Raporu, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2010*, January 2011, p.21.

³⁶⁸ a.g.e., p.22.

olarak ‘halkın güvenliğini sağlamak’la yükümlü tutulmuşlardır.³⁶⁹ ‘İnsan’ unsurunu, hareketin ‘ağırlık merkezi’ olarak gören bu yeni kılavuzda, çatışmanın belli bir disiplin içinde gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanarak, sadece çatışmayı kazanmak için gerekecek kadar bir ateş gücü kullanılması; sivillerin ölümleri veya mülklerine zarar verilmesi halinde bunun Taliban’ın çıkarlarına hizmet edeceği; bu nedenlerle sivil zayıfın ‘mutlak asgari’ seviyede tutulması gerektiği belirtilmiştir.³⁷⁰

Muhtemelen yeni çatışma kurallarının etkisiyle, 2010’da hava saldırılarının sayısının artmasına rağmen sivil kayıpları azalmıştır.³⁷¹ Hava unsurları ile düzenlenen saldırılar sonucu meydana gelen sivil ölümlerinde yüzde 43 oranında bir düşüş görülmüş, bu saldırılarda ölenlerin sayısı 171, yaralananların sayısı ise 133 olarak bildirilmiştir.³⁷² Yine de saldırılarda hedef seçiminde tamamen ayırt etme ilkesi doğrultusunda özenli davranıldığını iddia etmek güçtür. Bu saldırılardan 11 Ekim tarihinde gerçekleşeni, Helmand eyaletinin Sangin bölgesinde bulunan Malazai köyündeki iki evin aranması sırasında Taliban militanlarının güvenlik güçlerine ateş açması, bunun üzerine bölgeye hava unsurlarının sevk edilerek hedeflerin ateş altına alınması sırasında meydana gelmiştir. Saldırı sırasında en az 10 sivilin öldüğü, 6’sının ise yaralandığı rapor edilmiştir.³⁷³ Yeni taktik yönergeler sayesinde sivil hedeflere saldırı vakaları ve bu vakalarda görülen ölümler azalmışsa da, Malazai örneğinde görüldüğü gibi, saldırılar ve ölümler 2010 yılı boyunca devam etmiştir. Sivil zayıfın hedeflenen ‘mutlak asgari’ seviyede tutulup tutulmadığı ise, esasta General Patreus’un kullandığı bu kavramın ne anlama geldiği hakkında açık bir tanımın olmaması nedeniyle belirsizdir.

2010 yılındaki bu azalmanın ardından 2011 yılında sivil ölümlerinde tekrar bir artış görülmüştür. 1 Ocak – 31 Aralık 2011 tarihleri arasında gerçekleşen saldırılardaki sivil kayıpları yüzde 8’lik bir artışla toplam 3.021 olarak gerçekleşmiş, bunlardan yüzde 12’sini oluşturan 410 sivil, hükümet yanlısı güçlerin düzenlediği saldırılarda hayatını kaybetmiştir.³⁷⁴ 5 Temmuzda Kost eyaletinin Şamal bölgesinde meydana gelen hava saldırısında, biri beş günlük bir bebek olmak üzere 8 çocuk ve 3 kadın ölmüş; 14 Temmuzda Helmand eyaletinin Nad Ali bölgesinde gerçekleştirilen bir gece hareketinde biri çocuk 4 sivil ölmüş; 25 Ağustosta Logar

³⁶⁹ David H. Petraeus, Counterinsurgency (COIN) Guidance, p.1.

³⁷⁰ a.g.e., p.2.

³⁷¹ UNAMA Raporu, p.23-24.

³⁷² a.g.e., p.23.

³⁷³ a.g.e., p.26.

³⁷⁴ UNAMA Raporu, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2011*, January 2012, p.1-2.

eyaletinin Baraki Barak bölgesinde yakın hava desteği için çağrılan hava unsurlarının saldırısında ise bir kadın ile 4 çocuğu hayatını kaybetmiştir.³⁷⁵

2011 yılında sivil ölümlerinde meydana gelen bu genel artışın sebepleri arasında, hükümet karşıtı güçlerin IED türü silahları daha sık bir şekilde ve daha geniş bir hareket alanında kullanmaya başlamaları gösterilmiştir.³⁷⁶ UNAMA'nın raporuna göre, hükümet karşıtı güçler saldırı taktiklerini değiştirerek 2011 yılından itibaren devlet görevlilerine karşı suikastler düzenlemeye başlamışlardır.³⁷⁷ Ancak, aşağıda inceleneceği üzere, bu saldırı taktiği esasen ABD güçleri tarafından El-Kaide'nin lider kadrosuna karşı geniş ve etkin olarak kullanılmış, bu nedenle de uluslararası hukuk mecralarında önemli bir tartışma konusu oluşturmuştur.

Bu çalışmanın araştırma ve yazım evresinde, UNAMA'nın 2012 yılına ait yıl ortası verileri yayınlanmış olup, tüm yılı kapsayan veriler kurum tarafından henüz hazırlanmamıştır. Buna göre, 1 Ocak – 30 Haziran 2012 tarihleri arasında meydana gelen çatışmalarda 1.145 sivil ölmüş, 1.954 sivil yaralanmış olup, bu vakalardan yüzde 10'u hükümet-yanlısı güçler tarafından gerçekleştirilmiştir.³⁷⁸ Sivil zayıyatta bir önceki yılın aynı dönemine göre yüzde 15 oranında bir düşüş görülmüş, bununla birlikte UNAMA yine de kendini, bütün tarafları sivil ölüm ve yaralanma vakaları ile sivil yerleşim bölgelerine verilen zararların azaltılması için çağrıda bulunmak zorunda hissetmiştir.³⁷⁹

Aslında sivil zayıyatın önlenmesi için ABD silahlı kuvvetlerinin başvurduğu belirli yöntemler mevcuttur. Bunların arasında en güvenilir olanı ve yaygın şekilde uygulananı, Yan Hasar Hesaplama Metodolojisi, YHHM (Collateral Damage Estimation Methodology-CDEM)'dir. YHHM, bir askeri hareket sırasında seçilmiş hedeflere düzenlenecek saldırıda meydana gelebilecek muhtemel sivil kayıpları, bir bilgisayar yazılımı ve insan analiziyle değerlendirme yöntemidir. Bu yöntem çerçevesinde, komuta meviindeki subaylar ve hukuk danışmanları beş soruyu cevaplamak zorundadırlar. (Hedef alınan kişi veya bölge mevcut savaş kurallarına göre pozitif olarak tanımlanabilmiş midir? Kullanılacak silahın menzili içinde korunma altında sivil yerleşim yeri veya çevreyle ilgili önemli bir değer var mıdır? Bu değere verilecek zarardan başka bir silah ve yöntemin kullanılmasıyla sakınılabılır mı? Sakınılamazsa, bu saldırı sonucunda kaç kişi yaralanabilir veya ölebilir?

³⁷⁵ a.g.e., p.25, p.26.

³⁷⁶ a.g.e., p.2.

³⁷⁷ a.g.e., p.2.

³⁷⁸ UNAMA Raporu, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2012*, July 2012, p.1.

³⁷⁹ a.g.e., p.1-2.

Saldırının icrası için daha yüksek düzeyde bir komutanın iznine gerek var mıdır?³⁸⁰ Prosedüre göre, YHHM ile yapılan hesaplamalar yüksek sivil zayıt olabileceğini gösteriyorsa, karar için Savunma Bakanı'ndan, hatta bizzat Başkan'dan bile izin alınması gerekebilir.³⁸¹ Ancak, yukarıdaki araştırma sonuçlarında görüldüğü üzere, bu yöntemle rağmen sivillerin zarar görmesinin önüne tamamen geçilememiş, savaş boyunca savaşçı konumunda olmayan pek çok kişi düzenlenen saldırılarda yaralanmış veya hayatını kaybetmiştir.

Çatışmalar sırasında yerleşim bölgelerine karşı düzenlenen saldırılar ve sivil ölümleri, orantılılık ilkesinin de gözetilmediğinin bir kanıtı olarak kabul edilebilir. Orantılılık, dar anlamda yorumlandığında, meydana gelen zararın sorumluluk çerçevesinde meşrulaştırılması; geniş anlamda yorumlandığında ise, gereklilik veya ehven-i şer (lesser evil) olgularını meşrulaştırırken daha kısıtlayıcı bir anlayışı benimsemek olarak tanımlanabilir.³⁸² Orantılılık, Cenevre Sözleşmeleri'nde doğrudan kullanılmış bir kavram değildir. Ancak P1'in 50. maddesinde saldırılarda meydana gelebilecek sivil kayıpların seviyesiyle ilgili paragraflarda tekrarlanan 'haddinden fazla' (excessive) tanımı bu ilkenin varlığını ve geçerliğini işaret etmektedir.³⁸³ Orantılılık ilkesinin ihlaliyle suçun nasıl oluşacağı, Cenevre Hukuku kapsamında ve diğer ilgili uluslararası hukuk antlaşmalarında düzenlenmiştir. P1, 51. maddesinde "Kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen ve tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaj ile çok ilişkili olacak olan saldırı" suç kabul edilerek yasaklanmıştır.³⁸⁴ Henckaerts ve Doswald-Beck'in bu araştırma kapsamında esas alınan eserlerinde ise, bu madde doğrudan orantılılık ilkesiyle ilişkilendirilmiş, sözü edilen fiill bir suç olarak kabul edilmiştir.³⁸⁵ Roma Statüsü de, orantılılık ilkesiyle ilgili düzenlemesini 8. maddesinde yapmıştır. Buna göre, "Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelerin zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması" bir savaş suçudur.³⁸⁶ Orantılılık, bu çalışma kapsamında ayırım yapma ilkesinin bir alt başlığı olarak değerlendirilmesi nedeniyle, burada daha fazla ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Ancak bu aşamada, Afganistan

³⁸⁰ Michael N. Schmitt, "Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan", *Israel Yearbook on Human Rights*, 2009, Vol. 39, 307-339, p.310.

³⁸¹ Colin H. Kahl, "How We Fight", *Foreign Affairs*, 2006, Vol.85, No.6, 83-101, p.90.

³⁸² Jeff McMahan, "Proportionality in The Afghanistan War", *Ethics & International Affairs*, 2011, Vol.25, No. 2, 143-154, p.146.

³⁸³ U.S. Army War College Raporu, James F. Garrett, *Necessity and Proportionality in The Operation Enduring Freedom VII Campaign*, 2008, p.11.

³⁸⁴ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51.5(b).

³⁸⁵ Henckaerts, Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, s.49.

³⁸⁶ Roma Statüsü, Madde 8.2.(b).iv.

askeri müdahalesi sırasında ABD birlikleri tarafından düzenlenen pek çok saldırı fiilinin bu ilkenin ihlaliyle sonuçlandığı da akıllardan uzak tutulmamalıdır. Savaş boyunca sadece General McChrystal, sivillere zarar verme pahasına kara birliklerine hava desteği sağlanması – ve böylece orantılılık ilkesinin savaşı kazanmaktan daha önemli olamayacağı – görüşünü sorgulamıştır ki, bilindiği gibi kendisi de bu gibi muhalif yaklaşımları yüzünden görevinden alınarak yerine General Patreus getirilmiştir.³⁸⁷

Savaşta sivillerin zarar gördüğü saldırıların askeri gereklilik nedeniyle gerçekleştirildiği de şüphelidir.³⁸⁸ Bazı metinlerde bağımsız bir ilke olarak kabul edilen askeri gereklilik, en yalın şekilde, ‘bir savaş hedefine ulaşmak için gerekli olanı yapmak’ şeklinde tanımlanabilir.³⁸⁹ Daha ayrıntılı bir açılımla ifade etmek gerekirse, askeri gereklilik, bir yandan askeri avantaj kazanmayı düşünürken diğer yandan insanların çekeceği acıları azaltmayı ve fiziki sivil zayıfatı göz önünde tutarak silahlı çatışmanın amacını belirleme girişimidir.³⁹⁰ C1’in 50. maddesi “[k]asti öldürme, işkence ve insanlık dışı davranış, kasti acıya veya vücudun ve sağlığın ciddi şekilde yara almasına neden olan biyolojik deneyler ve mülklerin genişletilmiş yok edilmesi ve ele geçirilmesi askeri gereklilik açısından meşru değildir ve kanun dışı ve kötü niyetli olarak değerlendirilecektir.” demek suretiyle askeri gereklilik ilkesini açıklayıcı bir tanım vermiştir.³⁹¹

³⁸⁷ Janina Dill, Politika Brifingi, “Applying The Principle of Proportionality In Combat Operations”, Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, Oxford, 2010, p.11. Orantılılık, her ne kadar tanımı üzerinde tartışmaların sürdüğü bir kavram olsa da, ilke hakkında literatürde oldukça canlı bir tartışma vardır. Kavramın asimetrik savaşla ilgisi hakkında bir değerlendirme için bkz.: Samuel Estreicher, “Privileging Asymmetric Warfare (Part II): The “Proportionality” Principle under International Humanitarian Law”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 275., 2011. Silahlı çatışmalarda sorumluluk-orantılılık ilişkisi hakkında bir inceleme için bkz.: Michael Walzer, “Responsibility and Proportionality in State and Nonstate Wars”, *Parameters*, Spring 2009, 40-52. Afganistan’da gerçekleştirilen askeri hareketlerde orantılılık ilkesinin ihlali hakkında bir tartışma için bkz.: Rebecca J. Barber, “The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in The Armed Conflict in Afghanistan”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, Vol.15, No.3, 467-500. Orantılılık ilkesinin haklı savaş doktrini çerçevesinde bir değerlendirilmesi için bkz.: Thomas Hurka, “Proportionality in The Morality of War”, *Philosophy & Public Affairs*, Winter 2005, Vol.33, No.1, 34-66.

³⁸⁸ Askeri gereklilik, esasen gücünü ve meşruiyetini bir 19. yüzyıl Alman savaş doktrininden alan bir ilkedir. Bazı kaynaklarda silahlı çatışma hukukun dört temel ilkesinden biri olduğu belirtilmiştir. Bu doktrine göre, ‘savaşta gereklilik, savaş haline ait hareket tarzını geçersiz kılar’. (Kriegsraison geht vor Kriegsmanier). İlke, askeri açıdan amaca ulaşmak için mutlak gerekli olan hareketler ile insancıl davranış arasındaki denge unsuru olarak kabul edilen bir olguyu ifade etmektedir. Askeri gereklilik ilkesinin tarihsel gelişimi ve kavramsal çerçevesi hakkında bir değerlendirme için bkz.: Michael N. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal Of International Law*, 2010, Vol.50:4, 796-839. Askeri gereklilik ilkesinin uygulamada hukuktan kaçma veya hukuku esnetme amacıyla kullanılabildiği ile ilgili bir yorum için bkz.: Gökhan Güneysu, “Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı:4, 93-108.

³⁸⁹ Solis, *Law Of Armed Conflict*, p.259.

³⁹⁰ a.g.e., p.260.

³⁹¹ Cenevre Sözleşmeleri, C1, Madde 50. Askeri gereklilik ilkesi bu maddenin dışında başka maddeler kapsamında da ele alınmıştır. İlgili diğer maddeler için bkz.: C1: 8, 30, 33, 34; C2: 8, 28, 51; C3: 8, 126, 130; C4: 9, 49, 53, 55, 108, 112, 143, 147; P1. 54, 62, 67, 71; P2: 17.

Savaş sırasında, bu ilkeyi ihlal edecek şekilde, askeri açıdan gerekli olmayan pek çok hedef saldırıya uğramıştır. Çoğu saldırıda havadan atılan bombalar askeri bir öneme sahip olmayan noktalara düşmüştür.³⁹² Taliban ve El-Kaide hedeflerine karşı gerçekleştirildiği iddia edilen bazı hava saldırılarında, Kajaki'deki baraj elektrik istasyonu, Kabil'deki telefon santrali, El-Cezire televizyon kanalının Kabil ofisi, mülteci taşıyan kamyon ve otobüsler vurulmuştur.³⁹³ 2001 Aralık ayı içinde, Paktin eyaletinde aralarında Taliban kuvvetlerinin olduğu ve uçaksavar silahlarıyla ABD uçaklarına karşı ateş açıldığı öne sürülen bir konvoy bombalanmıştır. Farklı kaynaklar ise, konvoyun, Karzai hükümetinin yemin törenine katılmaya giden kabile liderlerine ait olduğunu ileri sürmüştür.³⁹⁴ Olay sırasında, konvoyun yakınında bulunan bir köy de bombalanmış, gerekçe olarak da araçların köyde durması ve daha sonra güzergahını değiştirerek başka bir yola sapması gösterilmiştir.³⁹⁵ Askeri açıdan kayda değer önemlerinin olamayacağı bu hedeflerin saldırıya uğramış olması kuşkusuz hareketlerin planlanmasında ve icrasında ciddi sorunlar olduğunu göstermektedir. Öte yandan, askeri açıdan gerekli olan hedeflerin vurulması durumunda bile, kullanılan silahların büyük yıkıcı etkileri hedef bölgelerin yakınında bulunan sivillerin fiziksel ve ruhsal açıdan olumsuz etkilenmelerine neden olmuştur. B-52 bombardıman uçaklarından atılan bombalardan bazıları (GBU-31) 2.000 lb. ağırlığında mühimmatlardır. Bizzat bir ABD subayı tarafından yapılan açıklamada, bu bombaların nereye atılırsa atılsın, çeyrek mil çapında bir daire içindeki insanlarda en azından önemli psikolojik etkiler yaratacağı belirtilmiştir.³⁹⁶

ABD hükümetinin saldırıların sonuçlarını gizlemeye çalışması ise, bu saldırıların – kasıtlı veya kasıtsız olarak – sivil hedeflere zarar verecek şekilde gerçekleşmiş olabileceğini gösteren bir gelişmedir. Savunma Bakanlığı, havadan bombalanan bölgelerin sivil gözlem uydularından alınmış fotoğraflarda görünmesini önlemek için bu uyduları işleten firmalarla temasa geçerek saldırı bölgelerini gösteren fotoğrafları – en azından bu fotoğrafların önemli bir bölümünü – satın almıştır.³⁹⁷ Bombalanan bölgelerin fotoğraflarını çeken uydular IKONOS uyduları olup, bu uydulardan fotoğraf satın alan kurum Space Imaging adlı şirkettir.³⁹⁸

³⁹² Marc W. Herold, *A Dossier on Civilian Victims of United States' Aerial Bombing of Afghanistan: A Comprehensive Accounting*, 2001. http://cursor.org/stories/civilian_deaths.htm (Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁹³ Herold, *A Dossier on Civilian Victims*.

³⁹⁴ Marco Roscini, "Targeting and Contemporary Aerial Bombardment", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005, Vol.54, No.2, 411-444, p.417.

³⁹⁵ a.g.e., p.417.

³⁹⁶ <http://www.guardian.co.uk/world/2001/nov/02/afghanistan.terrorism10>

(Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁹⁷ <http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/17/physicalsciences.afghanistan>

(Erişim tarihi: 11.01.2013)

³⁹⁸ <http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/17/physicalsciences.afghanistan>

Yönetim'den bu iddiayı kısmen veya tamamen yalanlayan herhangi resmi bir açıklama yapılmamış olması ise kuşkuları arttırıcı bir faktördür. Hükümetin tekzip mahiyetinde bir tepki vermemesi, iddianın gerçek olabileceği yönünde güçlü kanaat oluşturmaktadır. Bu durumda – eğer sözü edilen iddialar doğru ise – ABD hükümetinin IKONOS uydularından elde edilen görsel imajları satın almak suretiyle medya üzerinde bir sansür uygulama girişiminde bulunduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.³⁹⁹ Oysa ki, bugün uydular yardımıyla elde edilen coğrafi-mekansal (geospatial) bilgilerin insan hakları ihlallerinde çok önemli bir yere sahip olduğu bilinmektedir.⁴⁰⁰ Kriz ve çatışma bölgelerinde gerçekleşen suçlar, ki bunların arasında yerleşim bölgelerinin yıkılması ve yağmalanması gibi fiiller de vardır, uydulardan alınan görüntülerle tespit edilerek ilgili mahkemelerde delil olarak kullanılabilir.⁴⁰¹ Teknolojik ilerlemenin insan hakları açısından böylesine önem kazandığı bir zamanda, Afganistan'da gerçekleşen silahlı çatışma hukuku ihlallerine dair elektronik verilere erişim yasağı getirmenin hukukla olduğu kadar siyasi etikle de bağdaşmayacağı açıktır.

ABD'nin bu tartışmalı girişimlerinin arkasında, gerek Amerikan toplumunu gerek uluslararası topluluğu kendi iddialarının doğruluğuna ikna etme ve gerçeği saklama güdüsünün olduğunu varsaymak hatalı bir varsayım değildir. Yönetim, ayırt etme ilkesinin ihlaline karşı oluşacak kamuoyu tepkisinden çekindiği için bu tepkiyi kendi inisiyatifiyle yönlendirmeye karar vermiş gözükmemektedir. Olay ilk bakışta bir sansür eylemi gibi görünüyorsa da, meseleye eleştirel teori açısından bakıldığında daha düşündürücü bir sorun ile karşılaşmaktadır ki, o da toplumsal düşüncenin baskı altına alınması ve yönlendirilmesidir. Eleştirel teorinin önemli isimlerinden Herbert Marcuse'un yorumu burada oldukça açıklayıcıdır: "Tek-boyutlu düşünce,

(Erişim tarihi: 11.01.2013). IKONOS'tan fotoğraf hizmeti satın aldığı söylenen şirketin (Space Imaging) adına benzer farklı kurumlar mevcut ise de, elektronik ortamda belirtilen şirkete ait herhangi bir kayıt bulunamamıştır. IKONOS uyduları halen DigitalGlobe şirketine ait olup, çeşitli özel ve kamu kurumlarına uydudan alınmış yüksek çözünürlüklü görsel imajlar temin etme hizmeti vermektedir.

³⁹⁹ Yönetim, aslında bu fiilini meşru kılacak yasal bir düzenlemeye sahiptir. 23 Nolu Başkanlık Karar Yönergesi (Presidential Decision Directive 23 - PDD-23) uyarınca, ABD hükümeti, uydulardan alınan görsel malzemelerin yabancı ülkelere satışına 'kepenk kontrolü' (shutter control) adı verilen bir uygulama ile ulusal güvenlik gerekçesi kapsamında sınırlama getirebilmektedir. IKONOS'tan alınan ve Afganistan'ın bombalanan bölgelerini gösteren fotoğrafların satışına yasaklama getirilmesi bu yönerge ile yasal kılınabilir. Ancak bu düzenlemenin ardına sığınarak sivil hedeflerin vurulduğunu gösteren görsel imajların kamuoyuna yansıtılmasını engellemek Anayasa'nın özgürlükçü anlayışı ile çelişmektedir. Anayasa'nın Birinci Düzenlemesi, Kongre'nin konuşma ve basın özgürlüğünü kısıtlayacak kanunlar yapamayacağını açıkça belirtmektedir. Yasama'nın yapmaktan alıkoymadığı bir düzenlemenin Yönetim tarafından bir takım istisnai ulusal güvenlik gerekçelerinin öne sürülerek kanunlaştırılmasının ve uygulamaya konulmasının, güvenliği geniş yorumlayarak temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir anlayışı ifade ettiğine kuşku yoktur. ABD Anayasası Birinci Düzenlemesi için bkz.: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf> (Erişim tarihi: 11.01.2013) 23 Nolu Başkanlık Karar Yönergesi için bkz.: <http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd/pdd-23.pdf> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

⁴⁰⁰ Philip Alston, "Global Human Rights Monitoring, New Technologies and The Politics of Information" *European Journal of International Law*, 2012, Vol.23, No.4, p.1113.

⁴⁰¹ a.g.e., p.1113.

politika tasarımcıları ve onların kitle-bilişim pazarlamacıları tarafından dizgesel olarak geliştirilir. Bunların söylem evrenleri kendini doğrulayan varsayımlar tarafından kalabalıklaştırılır ve bunlar aralıksız olarak ve tekelci bir biçimde yinelenerek hipnotize edici tanımlar ya da buyruklar olurlar.”⁴⁰² ABD Yönetimi’nin siyasi ahlakla hiç bağdaşmayacak şekilde açığa çıkmasından endişe ettiği gerçekleri gizlemek için uydu görüntülerini satın aldığına dair iddiaları vahim kılan, tam da ‘düşünce tasarımcıları’ ve ‘kitle-bilişim pazarlamacıları’ tarafından yaratılmaya çalışılan tek tip düşünce oluşturma girişimidir. Kamuoyunun hava saldırıları sonucu meydana gelen sivil ölümlerinden haberdar olmasını önlemek, hukukun çiğnendiği anlamına gelmesi bir tarafa, toplumsal düşünceyi totaliter biçimde şekillendirme çabasını ifade etmesi nedeniyle de demokratik devlet olgusu için büyük bir tehdit oluşturmaktadır.

3.2.1.4. Hedefli Öldürme Saldırıları

ABD Yönetimi, özellikle Barack Obama’nın başkanlığa geldiği 2009 yılından itibaren, özel olarak El-Kaide ve Taliban’ın lider kadrosunu tasfiye etmek üzere, Afganistan sınırları içinde ve dışında bu kadroya yönelik pek çok saldırı düzenlemiş, bu saldırılarda hedeflenen kişilerle birlikte çoğu kez siviller de zarar görmüştür. Hedefli öldürme (targeted killing) olarak bilinen bu saldırılar, genellikle ‘dron’ veya İnsansız Savaş Hava Araçları, İSHA, (Unmanned Combat Air Vehicle-UCAV) olarak bilinen pilotsuz uçaklarla gerçekleştirilmiştir. Başkan Barack Obama, 2011 Aralık ayında yaptığı açıklamada, Üsama Bin Ladin’in öldürüldüğü hareket hariç, El-Kaide’ye karşı yürütülen savaşta bugüne kadar 30 örgüt yöneticisinden 22’sinin İSHA’ların kullanıldığı hareketler ile etkisiz duruma getirildiğini belirtmiştir.⁴⁰³ Ancak bu açıklama, savaşın başından beri gerçekleştirilen hedefli öldürme saldırılarını ve bu saldırılarda İSHA’ların rolünü ayrıntılı şekilde tasnif eden istatistiki niteliğe sahip bir veri gibi görünmemektedir. Literatürde veya devlet arşivlerinde, tüm İSHA

⁴⁰² Herbert Marcuse, *Tek-Boyutlu İnsan, İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler*, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997, s.24.

⁴⁰³ Council on Foreign Relations Raporu, Micah Zenko, *Reforming U.S. Drone Strike Policies*, January 2013, p.9. El-Kaide terör örgütünün lideri Üsama Bin Ladin, 2 Mayıs 2011 tarihinde Pakistan’ın Abbottabad kentinde yaşadığı müstakil evde ABD Deniz Kuvvetleri’ne bağlı SEAL kuvvetleri tarafından düzenlenen bir operasyon sonucunda öldürülmüştür. Operasyon, teknik anlamda bir hedefli öldürme fiilidir. Bin Ladin’in öldürülmesinin yasal olup olmadığı hakkında literatürde genel bir uzlaşma mevcut değildir. Bazı çevreler, İsrail Anayasa Mahkemesi’nin hedefli öldürme konusunda önemli bir içtihat olarak görülen ve aşağıda incelenecek olan PCATI kararına dayanarak, fiilin yasal olduğunu savunurken; bazı çevreler ise, USMHS’nin yaşama hakkıyla ilgili düzenleme ve güvencelerine istinaden, yasal olmadığını iddia etmişlerdir. Bu çalışmanın kapsam ve kısıtı nedeniyle, Bin Ladin’in öldürülmesiyle ilgili iddialar burada ayrıntılı olarak tartışılmayacaktır. Operasyonla ilgili Beyaz Saray’dan yapılan resmi açıklama için bkz.: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/remarks-president-osama-bin-laden> (Erişim tarihi: 11.01.2013) Olayla ilgili karşıt hukuki görüşleri inceleyen bir değerlendirme için bkz.: Christian Henderson, “Assassination and Targeted Killing - The Killing of Osama Bin Laden”, *International and Comparative Law Quarterly*, July 2011, Vol. 60, 788–798.

saldırıların aynı zamanda hedefli öldürme hareketleri olduğu sonucuna varmak veya tüm hedefli öldürme saldırılarının İSHA'larla gerçekleştirildiğini varsaymak için yeterli ve güvenilir bilgi veya resmi kayıt yoktur. Bu nedenle, bu bölümde hedefli öldürme saldırıları ele alınacak, İSHA'ların kullanımı ve bu kapsamda meydana gelen ihlaller bir sonraki bölümde müstakil olarak incelenecektir.

Hedefli öldürme stratejisi, gündeme geldiği ilk zamanlardan beri, silahlı çatışma hukukuna uygunluğu açısından dikkat çekici bir tartışma konusu oluşturmuş, Yönetim'e yakın belirli çevreler tarafından savunulurken, uygulamanın hukuki sakıncalarına ve sivil zayıyata neden olmasına dikkat çeken çevreler tarafından da eleştirilmiştir. Hedefli öldürme, çeşitli hukukçular tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Otto'ya göre sözkonusu fiil, seçilmiş bir bireyin devlet adına çalışan bir fail tarafından cezai müeyyidesi olmadan savaş veya barış zamanında öldürülmesidir.⁴⁰⁴ Doswald-Beck ise aynı fiili, savaşçı statüsünde olmadığı halde, düşmanca faaliyetlerde bulunmadığı zamanda bile faaliyet ve kararları nedeniyle bir devlete ciddi tehlike teşkil eden kişiye karşı öldürücü saldırı olarak tanımlamıştır.⁴⁰⁵ Melzer de, hedefli öldürmenin, uluslararası hukukun bir sujesi olan bir kişiye karşı, onu fiziki gözetimi altında tutmayan bir devlet tarafından öldürme niyeti, taammüdü ve kastı ile girilen güç kullanma fiili olduğunu öne sürmüştür.⁴⁰⁶ Fiilin, bir devletin güvenlik öncelikleri ve tehdit algılarına göre, belli koşul ve zamanlarda belli bir meşruiyete sahip olduğu öne sürülebilir. Ancak sözkonusu eylemi uluslararası hukuk açısından sorgulanabilir kılan önemli düzenlemeler ve normlar da bulunmaktadır. Fiilin oturtulmaya çalışıldığı yasal zemini zayıflatan da esasında bu hukuki çerçevedir.

Hedefli öldürme, her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, bir insanın hayatını sona erdirmek için gerçekleştirilen fiilidir. Bu özelliğiyle, doğal olarak insan hakları hukukunun da ilgi alanına giren edimlerden biri olmaktadır. Uluslararası hukukta ölümcül güç kullanımı iki değişik hukuk rejimi tarafından belirlenmekte olup, bunlar barış hukuku (insan hakları hukuku) ve savaş hukukudur (silahlı çatışma hukuku).⁴⁰⁷ Barış hukuku olarak tanımlanan hukuk alanının en önemli kaynağı UMSHS'dir. Sözleşme'nin 6.1. maddesine göre, "[h]er insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak, hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun

⁴⁰⁴ Roland Otto, *Targeted Killings and International Law*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010, p.8.

⁴⁰⁵ Louise Doswald-Beck, "The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All The Answers?", *International Review of The Red Cross*, December 2006, Vol.88, No.864, 881-904, p. 894

⁴⁰⁶ Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, s.5

⁴⁰⁷ Marry Ellen O'Connell, "Seductive Drones: Learning from a Decade of Lethal Operations", *Journal of Law, Information & Science*, 2011, DOI: 10.5778/JLIS.2011.21.OConnell.1, EAP (8). <http://www.jlisjournal.org/abstracts/oconnell.21.2.html> (Erişim tarihi: 11.01.2013)

bırakılamaz.”⁴⁰⁸ UMSHS, bu maddeyle öncelikle, bireyin hukuk sistemi ve yargı dışında kalan bir erk tarafından hiçbir şekilde yaşamına son verilemeyeceğini bir kaide olarak belirtmiştir. Yaşam hakkı doğuştan (inherent) gelen bir haktır ve yargı tasarrufu olmadan bireyin bu haktan mahrum edilmesi söz konusu olamaz. UMSHS, bu kaidenin istisnalarını belirtirken iki unsura yer vermiştir. Birinci unsur soykırım ile ilgili olup, buna göre, “[ö]lüm cezası kaldırılmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok ağır suçlar için ölüm cezası verilebilir.”⁴⁰⁹ İkinci unsur ise yaş haddi ve kadınların doğum hakkıyla ilgili olup “[y]aşı onsekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez, hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.⁴¹⁰ UMSHS’nin düzenlemelerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, bireyin ancak yargı tarafından verilen bir karar neticesinde yaşam hakkından mahrum edilmesi, uluslararası hukukun üzerinde anlaştığı temel ilkelerden birisidir. Hukuk, yargının dışında kalan erklere (siyasi iktidar, silahlı kuvvetler veya istihbarat topluluğu gibi) bireyin yaşaması veya ölmesi hakkındaki bir karara veya sürece müdahil olma yetkisi vermiş değildir. Buna göre, hedefli öldürme fiilinin ulusal veya uluslararası hukuka uygun olduğunu kabul etmek normatif açıdan doğru görünmemektedir.

AİHS de, yaşam hakkını düzenlediği maddesinde, bu konudaki kaide ve istisnaları açıkça belirtmiştir. Buna göre, “[h]erkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”⁴¹¹ AİHS’ne göre, bireyin ölümü ancak belirli şartlarda kabul edilebilir bir nitelik taşıyabilmektedir. Sözleşme bu istisnaları sırasıyla, “[b]ir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması”; “[b]ir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme” ve “[b]ir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması” olarak düzenlemiştir.⁴¹² Sözleşme, bireyin yaşam hakkına ait istisnaları UMSHS’ye göre daha koşulcu bir anlayışla oluşturmuştur. Yaşam hakkı, AİHS’de Avrupa liberal hukuk anlayışına tezat olarak ‘mutlak’ bir olgu şeklinde tanımlanmamıştır. Ancak buradan hukuk dışında kalan siyasi veya güvenlik tasarruflarıyla bireyin yaşam hakkından mahrum edilebileceği gibi bir sonuç

⁴⁰⁸ UMSHS, Madde 6.1.

⁴⁰⁹ UMSHS, Madde 6.2.

⁴¹⁰ UMSHS, Madde 6.5.

⁴¹¹ AİHS, Madde 2.1.

⁴¹² AİHS, Madde 2.2. (a), (b), (c).

çıkarmak da elbette mümkün değildir. AİHS de, aynı UMSHS gibi, bireyin öldürülmesi fiilinin meşruluğunu sadece istisnai durumlarda kabul etmekte olup, farkı, bu istisnaları belirlerken çizdiği çerçevenin UMSHS'den biraz daha geniş olmasıdır. Bununla birlikte, hedefli öldürme fiilinin AİHS'ne göre de meşru bir eylem olarak kabul edilemeyeceği açıktır.

İnsan hakları açısından, yaşam hakkından mahrum bırakma ile sonuçlanacak güç kullanma, literatürde, yukarıdaki tasniften ayrı olarak, iki hukuk alanındaki düzenlemeler kapsamında da incelenmekte olup, bunlardan biri ülke içinde kanuni yaptırım (law enforcement) fiili çerçevesinde yakalama ve tutuklamanın olanaksız hale geldiği istisnai durumlar; diğeri ise silahlı çatışmalardır.⁴¹³ Kanuni yaptırımlar çerçevesindeki uygulamalar bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Çalışma kapsamındaki silahlı çatışma hukukunda yer alan öldürme fiili incelenirken, hedef konumundaki kişilerin statülerinin esas alındığı, bu kişilerin sadece silahlı güçlere mensup olan savaşçılar ve belirli durumlarda düşmanlıklara doğrudan katılan siviller olabileceği bilinmektedir.⁴¹⁴ Bu çerçevede yapılacak ilk değerlendirmede, silahlı çatışma hukukunun da, ABD silahlı kuvvetlerinin hedefli öldürme fiilini meşru kılan bir düzenlemeye cevaz vermediği iddia edilebilir. Gerçekten, Cenevre Hukuku'nda uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda kimlere karşı güç kullanılabileceği belirtilmiş olup, hedefli öldürme saldırılarında öldürülen kişilerin bu sınıfta olmadıkları, dahası, aşağıda görüleceği üzere, bu saldırılarda sivil zayiata neden olunarak ayırt etme kuralının ihlal edildiği de açıktır.

Hedefli öldürmenin meşruiyeti, silahlı çatışma hukuku açısından farklı hukukçular tarafından değişik şekillerde değerlendirilmiştir. Bu fiilin sadece belirli durumlarda meşru olabileceğini belirten Solis'e göre, uluslararası silahlı çatışmalarda hedefli öldürme yasaklanmış bir fiildir.⁴¹⁵ Burada kuralı koyan P1'in 51.3. maddesi olup, sözkonusu madde, yasağı "Siviller, savaş halinde doğrudan yer almadıkları sürece bu bölüm ile sağlanan korumadan yararlanacaklardır." şeklinde düzenlemiştir.⁴¹⁶ Aynı düzenleme, aynı cümle ile, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin korunması hakkında hükümler içeren P2'nin 13.3. maddesinde de yer almaktadır.⁴¹⁷ Bu durumda, sadece üniforma giymedikleri ve

⁴¹³ Kenneth Anderson, "Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a 'Legal Geography of War'", *Washington College of Law Research Paper*, 2011, No.2011-16, p.3.

⁴¹⁴ a.g.e., p.4.

⁴¹⁵ Solis, *Law of Armed Conflict*, p.539, p.542-543. Solis, hedefli öldürmenin meşru kabul edilmesi için beş şart olduğunu savunmuştur. Bu şartlar, uluslararası veya uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı; kurbanın belirli bir sivil olması; bu sivilin tutuklanmasının olanaksız olmasına dair hiçbir kuşkunun kalmaması; saldırı emrinin üst düzey bir yetkili askeri otorite tarafından verilmesi; ayırt etme ve askeri gereklilik ilkelerine uyulmasıdır.

⁴¹⁶ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 51.3.

⁴¹⁷ Cenevre Sözleşmeleri, P2, Madde 13.3.

silahlarını genellikle görünür şekilde taşımadıkları için savaşçı kategorisine girmedikleri öne sürülen Taliban ve El-Kaide liderlerinin sivil statüye sahip olmaları nedeniyle bu saldırılarda hedef alınmaları yasal görünmemektedir. Çünkü, her ne kadar bu kişileri tasnif ve tasfiye edebilmek için MCA tarafından ‘kanundışı savaşçı’ tanımı geliştirilmişse de, esasen kategorik anlamda bu kişilerin dahil edilebilecekleri üçüncü bir sınıf yoktur. Ancak, düşmanlıklara doğrudan katılma fiili içinde olmaları nedeniyle – ki, ABD’nin aşağıdaki İSHA’larla ilgili bölümde incelenecek olan temel argümanı da zaten bu varsayım üzerine inşa edilmiştir – bu kişiler de, hedefli öldürme saldırılarında meşru hedef olarak kabul edilmektedirler. CIA, Yönetim’in emriyle Salim Sinan El-Hareti’yi Yemen’de öldürdüğünde, işte tam da bu gerekçeden hareket etmiştir.⁴¹⁸

Hedefli öldürme, bazı hukukçular tarafından yasal olarak kabul edilmektedir. Bu görüşü savunanlar, ABD silahlı kuvvetlerinin Taliban ve El-Kaide liderlerine karşı düzenledikleri bu tür hareketlerin meşru müdafa çerçevesinde değerlendirilebileceği saldırılar olduğunu belirtmektedirler. Radsan ve Murphy’ye göre, AUMF, Başkan’a ‘gerekli ve uygun bütün gücü kullanma’ yetkisi vermiş olup, bu yetki, ayrıca Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen Başkomutanlık sıfatı gereği Yönetim’in bu saldırıları gerçekleştirme emri vermesini meşru kılmaktadır.⁴¹⁹ Yine yazarların görüşüne göre, aşağıda incelenecek insansız hava araçlarıyla gerçekleştirilen

Burada Solis’in de vurguladığı önemli nokta şudur ki, ‘doğrudan katılım’ her ne kadar P1 kapsamında bir olgu olarak ele alınıyorsa da, ‘analojik’ bir yaklaşımla, aynı zamanda P2’ye ait bir düzenleme olarak da görülebilir. Solis burada kullandığı ‘analoji’ fikrini Ryan Goodman’dan almıştır. Bu durumda yorumun, aslında genel bir varsayım olarak, tüm P1 ve P2 maddeleri için de geçerli kabul edilebileceğini düşünmek yanlış olmayacaktır. Bu da, kuşkusuz, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma hakkında yeterli düzenlemenin olmadığı durumlarda, uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen hükümlere başvurulabileceğini gösteren faydacı bir görüştür. Goodman’ın konu hakkındaki incelemesi için bkz.: Ryan Goodman, “The Detention Of Civilians In Armed Conflict”, *The American Journal Of International Law*, 2009, Vol.103, 48-74, s.50.

⁴¹⁸ 2000 yılında Yemen’in Aden limanında demirlemiş olan Amerikan destroyeri *USS Cole*’a düzenlenen saldırıda rol oynadığına inanılan El-Hareti, bu saldırıdan sonra CIA’nin ‘yüksek-değerli’ kişiler listesine alınmıştır. El-Hareti, 3 Kasım 2002 tarihinde Sana yakınlarında çöllük bölgede bir SUV içinde seyir halindeyken, aracın içindeki beş kişi ile birlikte, RQ-1 Predator tipi bir İSHA’dan fırlatılan AGM-114 Hellfire füzesi ile vurularak öldürülmüştür. İlgili haber için bkz.: <http://tech.mit.edu/V122/N54/long4-54.54w.html> (Erişim tarihi: 17.01.2013)

⁴¹⁹ Afsheen John Radsan, Richard Murphy, “The Evolution of Law and Policy for CIA Targeted Killing”, *Journal of National Security Law & Policy*, 2012, Vol.5, 439-463, p.444. Aslında Radsan ve Murphy gibi hedefli öldürmenin meşruiyetini savunan hukukçular bile bu fiilin mutlak bir yasallığı olduğunu savunmamaktadırlar. Yazarlar, bir başka çalışmalarında, hedefli öldürmenin Anayasa’nın 5. Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi’nin *Hamdi v. Rumsfeld* ve *Boumediene v. Bush* kararlarıyla çeliştiğini savunmuşlardır. 5. Değişiklik, hiçkimsenin olağan hukuk yolundan (due process of law) geçmeden yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarından yoksun bırakılamayacağını belirtmiştir. Hedefli öldürme fiili bu düzenlemeyi ihlal eden bir eylemi ifade etmektedir. *Hamdi v. Rumsfeld* ve *Boumediene v. Bush* kararlarında ise, yargı sürecinin Yönetim’in alıkoyma fiillerini kontrol ettiğini kabul etmiştir. Radsan ve Murphy, yargı sürecinin ‘alıkoyma’ fiilini kontrol eden bir kurum olduğunu, bu durumda aynı kurumun doğal olarak ‘öldürme’ fiili üzerinde de kontrol yetkisini haiz olduğunu iddia etmiştir. Hedefli öldürmenin ABD iç hukuku ve silahlı çatışma hukuku bağlamında değerlendirilmesi için bkz.: Richard Murphy, Afsheen John Radsan, “Due Process and Targeted Killing of Terrorists”, *Cardozo Law Review*, 2009, Vol.31:2, 405-450.

hedefli öldürme saldırılarında sivil zayıat düşük olduğundan, bu tür saldırıların sivillere zarar vererek ayırt etme ilkesini ihlal ettikleri de doğru değildir.⁴²⁰

Literatürde, hedefli öldürmeyi yasal kabul eden bu yaklaşımı reddeden dikkate değer nicelik ve nitelikte bir karşı görüş de oluşmuş bulunmaktadır. Bunlardan biri olan Stein'a göre, hedefli öldürme saldırılarında iki önemli sorun mevcut olup, birincisi, hareket bölgesinin yakınında bulunan sivillerin ölüm riski; ikincisi ise, öldürülecek kişilerin kimliklerinin kesin olarak doğru şekilde saptanmasındaki güçlüktür.⁴²¹ Carvin ise, hedefli öldürmenin hukuki sakıncalar dışında sosyo-politik sakıncalar da taşıdığına dikkat çekerek bu fiilin etkin bir yöntem olmadığını savunmuştur. Carvin'e göre, hedefli öldürme saldırıları, eylemi düzenleyen devlete karşı olumsuz tepkilere neden olabilmekte; öldürülen terör örgütü liderlerinin yerine daha tehlikeli kişiler gelebilmekte; bu nedenle bir terör örgütü liderini tutuklamak çoğu kez öldürmekten daha etkili olabilmektedir.⁴²²

Bütün bu tartışmaların ortasında ilgi çekici olan ise, hedefli öldürmenin Başkan'ın yetkisi dahilinde kalan bir tasarruf olduğu iddiasına rağmen, ABD'nin hedefli öldürme ile ilgili Yönetim tarafından açıklanmış bir Başkanlık Emri veya Askeri Emir, ya da Savunma Bakanlığı tarafından yayınlanmış herhangi bir memorandum veya yönerge olmayışıdır.⁴²³ Yönetim, muhtemelen yaratacağı siyasi riskler ve hukuki tartışmalar nedeniyle, kendisine sorun çıkarabilecek böyle bir düzenleyici belge yayınlamamıştır. Konuya bu açıdan bakıldığında, hedefli öldürme saldırıları, savaşın kendi iç dinamiklerinin yarattığı taktik gereklilikler tarafından dikte edilen bir realite gibi görünmektedir. Bu nedenle, sözkonusu saldırıların, teröre karşı küresel savaş kapsamındaki tehdit algısından kaynaklanan bir güvenlik politikasının eseri olduğunu, bir başka deyişle, konjoktüre göre zaman içinde şekillenen bir askeri yapılageliş fiiline dönüşerek, 'kerameti kendinden menkul' bir sözde-meşru eylem haline geldiğini iddia etmek çok da yanlış olmayacaktır.

Hedefli öldürmeyi meşru göstermeye çalışan görüş, sıklıkla İsrail'in sözkonusu fiil hakkında verdiği önemli bir mahkeme kararına da atıfta bulunmaktadır. Karar, İsrail Anayasa Mahkemesi tarafından görülen *İsrail'de İşkenceye Karşı Kamu*

⁴²⁰ a.g.e., p.456. Yazarlar bu sonuca New America Foundation'ın araştırmasındaki insansız hava araçlarıyla Pakistan'daki Taliban ve El-Kaide liderlerine karşı düzenlenen hareketlerde meydana gelen sivil zayıata ilişkin istatistik bilgilerini esas alarak varmışlardır. Sözkonusu kurumunun hazırladığı istatistik için bkz.: <http://counterterrorism.newamerica.net/drones#2011chart> (Erişim tarihi: 17.01.2013)

⁴²¹ Yael Stein, "By Any Name Illegal and Immoral", *Ethics & International Affairs*, 2003, Vol.17, No.1, 127-137, p.134.

⁴²² Stephanie Carvin, "The Trouble with Targeted Killing", *Security Studies*, 2012, Vol.21:3, 529-555 p.536-537. Carvin burada saydığı unsurları Audrey Kurth Cronin'e dayandırmıştır. Cronin'in hedefli öldürme saldırılarının sakıncaları hakkındaki eleştirel yaklaşımı için bkz.: Audrey Kurth Cronin, *How Terrorism Ends: Understanding The Decline and Demise of Terrorist Campaigns*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

⁴²³ Solis, *Law of Armed Conflict*, p.542.

Komitesi ve Diğerleri, İsrail Hükümeti ve Diğerlerine Karşı (The Public Committee Against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.-PCATI) isimli davanın sonucunda verilmiştir. Mahkeme'nin bu davadaki görevi, İsrail'in Judea, Samaria ve Gazze'de terörist olarak nitelediği hedeflere karşı düzenlediği ve sivillerin de hayatlarını kaybettiği saldırılarda devletin yasadışı bir davranış içinde olup olmadığını bulmak olarak açıklanmıştır.⁴²⁴ Anayasa Mahkemesi, davayı incelerken silahlı çatışma hukuku kapsamında iki unsuru ele almış, kararını bu unsurlar hakkında yaptığı değerlendirmeye göre vermiştir. Bu unsurlardan birincisi, 'düşmanlıklara doğrudan katılma' olgusudur. Mahkeme, bu olguyu geniş olarak yorumlamayı tercih etmiş, düşmanlıklara doğrudan katılan kişileri tanımlarken, yalnızca fiziki olarak fiile karışan kişilerin değil, eylemleri planlayan, karar veren ve eylemcileri saldırılara gönderen kişilerin de hedef alınabileceğini belirtmiştir.⁴²⁵ Dikkate alınan ikinci unsur ise 'zaman' konusudur. Mahkeme'ye göre, bu unsur, ilgili kişinin 'hedef alındığı anda' ne yaptığıyla değil, 'o sırada halen bir terör örgütünün elemanı olarak aktif şekilde görev yapıp yapmadığı'yla ilgilidir. Bu çerçevede, eğer bir terörist bir terör örgütüne girip orayı 'ev'i gibi benimsedikten sonra aralarında kısa zaman periyodları olacak şekilde bir dizi eylem gerçekleştirirse, eylem yapmadığı zamanlardaki fiillerinden de sorumludur; çünkü her bir ara, aslında bir sonraki eylemin hazırlık safhasıdır.⁴²⁶

İsrail Anayasa Mahkemesi'nin kararını incelemek elbette bu araştırmanın kapsamı içinde değildir. Ancak bazı çevrelerin ABD'nin hedefli öldürme hareketlerini bu karar ile meşru göstermeye çalışmasıyla bir bağıntı kurabilmek adına, karardaki üç sorunlu noktaya kısa da olsa değinmek zorunlu görünmektedir. Birincisi, PCATI kararına istinaden gerçekleştirilen saldırılarda hedef alınan kişilerin sorumluluk ve görevlerinin ne şekilde belirlenip tasnif edileceğidir. Son derece karmaşık ve geniş militan kadrolarına sahip terör örgütlerinde planlama, karar alma ve eylemcileri saldırıya gönderme fiillerinden sorumlu kişilerin kimlerden oluştuğunu tespit etmek, bağlantıların hangi hücrelere hatta ülkelere kadar uzandığını bulmak ve nihayetinde mutlak sorumluları orta ve alt kademelerden ayırt etmek istihbari açıdan olağanüstü zordur. Bu kişi ve kadroların arasında kesin sınırlar bulunduğuna inanabilmek için muhtemelen kimsenin elinde 'makul şüphenin ötesinde' bir delil olmayacaktır. İkinci husus, fiillerin arasındaki zamanın ölçümüyle ilgilidir. Eğer, hedefli öldürmenin sujesi olacak kişinin o anki fiiline değil, geniş bir zaman perspektifi içinde örgütsel fiillerine

⁴²⁴ İsrail'de İşkenceye Karşı Kamu Komitesi ve Diğerleri, İsrail Hükümeti ve Diğerlerine Karşı. (PCATI Kararı) Karar için bkz.: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/d14f3f94989b702fc12572d80043927b!OpenDocument> (Erişim tarihi: 17.01.2013)

⁴²⁵ PCATI Kararı, Para.37.

⁴²⁶ PCATI Kararı, Para.39.

bakılacaksa, bu zamanın ne kadar olacağı tartışmalı bir konudur. Bir terör örgütü üyesinin hangi periyotlarda gerçekleşen eylemsizlik süresince bir eylem hazırlığı içinde kabul edileceği, hangi periyotlarda ise aktif üyelikten çıkmış olarak niteleneceği belirsizdir. Üçüncü ve son olarak, bu karar neticesinde silahlı çatışma hukuku kurallarına getirilen geniş yorumlar, daha ileride emsal kabul edilerek bu hukuk alanındaki diğer temel ilke ve normların da sorgulanmasına neden olabileceklerdir. Geçerlilikleri sorgulanan ilkelerin ise zaman içinde önemlerini kaybedip, nihai olarak Cenevre Hukuku'nun asli düzenlemelerinin kısmen de olsa işlevsiz kalması sonucunu doğurması olasıdır. İsrail Anayasa Mahkemesi'nin kararı, hedefli öldürme gibi son derece karmaşık bir konuyu ele alma cesaretini yansıttığı için takdir edilmelidir. Ancak kararın, uzun vadede hedefli öldürmeyle ilgili uluslararası hukuk kurallarının şekillenmesinde de etkili olabileceği unutulmamalıdır.⁴²⁷ Yanlış bir şekillenmenin ise, temel hukuk ilkelerinden sapılması tehlikesini yaratarak, silahlı çatışma hukukunun evrensel doğrulardan uzaklaşmasına neden olabileceği muhakkaktır.

3.2.1.5. İSHA'larla Gerçekleştirilen Saldırıları

2010 yılından itibaren, ABD'nin Afganistan'da bulunan ve savaştan kaçıp Pakistan'ın Kuzey ve Güney Vaziristan eyaletlerine yerleşen Taliban ve El-Kaide liderlerine karşı düzenlediği saldırılar, ağırlıklı olarak İSHA'lar ile gerçekleştirilen hareketlere dönüşmüştür.⁴²⁸ Eski Savunma Bakanı Leon Panetta, bu saldırıları daha önce Pakistan'da gerçekleştirdiklerini, halen Yemen'de ve adını açıklamadığı başka ülkelerde bu tip hareketlerin icra edildiğini, gelecekte de bu silahların ABD ulusal savunmasının bir aracı olmaya devam edeceğini açıklamıştır.⁴²⁹ İnsansız hava araçlarına dayalı yeni savunma konseptinde bu şekilde ifadesini bulan İSHA'lar, yukarıda tanımlanan hedefli öldürme amacı taşımayan farklı hareketlerde de kullanılabilirle birlikte, temel kullanım alanlarının hedefli öldürme hareketleri olduğu kabul edilmektedir.⁴³⁰ Ancak burada hukuki açıdan ilgi çekici olan, İSHA'ların Afganistan'dan çok, Taliban'ın Pakistan'da bulunan lider kadrosuna karşı kullanılmasıdır. Pakistan, ABD politik baskısı altında, kendi egemenlik sınırları içinde

⁴²⁷ Kristen E. Eichensehr, "On Target? The Israeli Supreme Court and The Expansion of Targeted Killings", *The Yale Law Journal*, 2007, Vol.116, 1873-1881, p.1880.

⁴²⁸ Michael N. Schmitt et.al., "Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'Fog of Law'", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, Vol.13, 311-326, p.311.

⁴²⁹ http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/02/06/the_warrior_king (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁴³⁰ Sebastian Wuschka, "The Use of Combat Drones in Current Conflicts – A Legal Issue or a Political Problem?", *Goettingen Journal of International Law*, 2011, Vol.3, 891-905, p.897.

kalan FATA (Federally Administered Tribal Areas) adı verilen bölgede İSHA hareketlerinin gerçekleştirilmesine gönülsüzce de olsa destek vermektedir.⁴³¹

İSHA'lar, bir harp aracı olarak İnsansız Hava Araçları'nın (İHA) bir alt grubunda yer alan unsurlar şeklinde tanımlanabilir. İHA olarak tanımlanan sistemler, en genel anlamda, bir insan tarafından kullanılmayan, uzaktan komut veya otonom programlama ile kontrol edilen balon veya uçaklardır.⁴³² İSHA ise, adından da açıkça anlaşılacağı üzere, İHA'nın silahlandırılmış türüdür. Savunma amacıyla geliştirilen insansız uçaklar aslında yeni bir silah sistemi olmayıp, ilk kez 1903'te gözetleme amacıyla balonların kullanımı suretiyle ortaya çıkmış; 1. Dünya Savaşı'nda torpido taşıyan Sperry Aerial Torpedo hava araçları; 2. Dünya Savaşı'nda Alman V-1 füzeleri; 1970'lerde iletişim dinleme sistemleri (communication intelligence-COMMINT) taşıyan SPA-147'ler; 1990'lardan bugüne ise keşif ve saldırı amacıyla kullanılan RQ-1 Predator ve RQ-4 Global Hawk gibi araçlar İSHA tarihinin dönüm noktalarını oluşturmuşlardır.⁴³³ Modern savaşın değişen koşulları, çatışmaların meskun mahallere yayılma olasılığını gündeme getirmiş, çatışma cephelerindeki bu değişim iletişimin önemini artırmış, iletilen bilginin nitelik ve nicelik açısından çoğalması da otomasyonu zorunlu hale getirerek, Ağ Merkezli Muharebe (Network Centric Warfare-NCW) kavramını yaratmıştır.⁴³⁴ İSHA'lar da bu kavram çerçevesinde gerçekleştirilen askeri harekatlarda kullanılan bir değer haline gelmişlerdir. 2008 yılında ABD silahlı kuvvetlerinin elinde olan 5.331 adet İHA bulunmaktayken, bu sayının 2012'de 7000 civarında olduğu ileri sürülmüştür.⁴³⁵ Bu sayısal ve teknolojik gücü haiz silahlar, aslında henüz adı konulmayan, insan unsurundan arındırılmış savaş sistemlerinin başrolünde olduğu yeni bir silahlı çatışma doktrininin yansımasını ifade etmektedirler. Afganistan'da ve teröre karşı küresel savaş hareketleri çerçevesinde dünyanın pek çok bölgesinde kullanılan İSHA'ların komuta merkezleri hakkında çok fazla resmi bilgi yoksa da,

⁴³¹ Sikander Ahmed Shah, *The Legality of the ISPU U.S. Drone War in Pakistan*, Institute for Social Policy and Understanding Raporu, Washington, D.C., 2011, p.114. Pakistan'ın Taliban'la ilişkisi ve ABD'nin bu ilişki çerçevesindeki politikaları ile ilgili *The New Yorker* dergisi yazarı Steve Coll ile yapılan bir röportaj için bkz.: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/taliban/interviews/coll.html> (Erişim tarihi: 09.04.2013)

⁴³² Joint Publication 1-02, *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Washington, D.C., 2010, p.325.

⁴³³ <http://www.pbs.org/wgbh/nova/spiesfly/uavs.html> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴³⁴ Arda Mevlütoğlu, "İnsansız Hava Araçları ve Ağ Merkezli Muharebe Kavramı", *V. Ulusal Uçak, Havacılık ve Uzay Mühendisliği Kurultayı*, Eskişehir, 22-23 Mayıs 2009. Ağ Merkezli Muharebe, 'tüm unsurların birbiriyle ve merkezle daimi ve çift yönlü iletişim halinde bulunduğu, bilgiyi paylaşarak bir kuvvet çarpanına dönüştüren ve sonuç olarak muharebe görevini, nicel olarak görece daha küçük bir yapı ile daha etkin biçimde yerine getirme kabiliyetini haiz bir güç tasarımı' şeklinde tanımlanabilir. Kavram, tanım ve güncel uygulamaları hakkında bir değerlendirme için bkz.: Arda Mevlütoğlu, "Modelleme ve Simülasyon Teknolojilerinin Tedarik Süreç Yönetiminde Kullanılması ve Simülasyon Tabanlı Tedarik Yöntemi", *Savunma Sanayi Gündemi Dergisi*, Mayıs 2010, Sayı 11, 21-25, s.22.

⁴³⁵ Peter Singer, "Wired for War? Robots and Military Doctrine", *Joint Force Quarterly*, 2009, Issue 52, 1st quarter, 104-110, p.105. İSHA'ların sayıları ve maliyetleri hakkında güncel bir değerlendirme için bkz.: http://fcnl.org/issues/foreign_policy/understanding_drones/ (Erişim tarihi: 15.01.2013)

ABD’de farklı merkezlerden kontrol edildikleri, bunların arasında, Nevada’daki Creech Hava Kuvvetleri Üssü gibi çeşitli hava üsleri ve Virginia’daki CIA karargahının olduğu belirtilmektedir.⁴³⁶ ABD silahlı kuvvetleri tarafından kullanılan İSHA’lar, pilotlu savaş uçaklarının havadan-yere mühimmat konfigürasyonlarında yer alan silahların pek çoğunu kullanmakta olup, bunlar arasında yarı-aktif laser güdümlü AGM-114 Hellfire füzeleri, laser güdümlü GBU-12 Paveway II ve atalet/GPS güdümlü GBU-38 JDAM tipi bombalar bulunmaktadır.⁴³⁷ Aşağıda görüleceği gibi, İSHA’ların çatışma bölgelerinde önemli derecede sivil kayıplarına neden olmalarının asıl nedeni de, sahip oldukları bu etkin ve yüksek ateş gücüdür.

İSHA hareketleri ve bu hareketlerde meydana gelen sivil kayıplarla ilgili resmi devlet bilgileri oldukça sınırlıdır. Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (American Civil Liberties Union-ACLU), 13 Ocak 2010 tarihinde, Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası çerçevesinde, Savunma Bakanlığı, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve CIA’ye başvurarak, İSHA’larla gerçekleştirilen hareketlerin hangi yasal zemine dayandırıldığını ve bu hareketlerin ne zaman, nerede ve kimlere karşı düzenlendiğinin açıklanmasını istemiştir. Her üç bakanlık da ACLU’ya bir takım bilgiler vermiş, CIA ise bu konuda herhangi bir bilgi açıklamamış, bu tip saldırıların varlığını doğrulamak veya yanlışlamaktan bile kaçınmıştır.⁴³⁸

New America Foundation’ın hükümetten aldığı verilere göre ise, İSHA’larla Pakistan’daki Taliban ve El-Kaide unsurlarına karşı düzenlenen saldırılar sonucunda önemli ölçüde sivil can kaybı meydana gelmiştir. Bu araçlarla gerçekleştirilen saldırılarda, 2004-2007 döneminde 43-76 arasında militan, 95-107 arasında sivil; 2008’de 157-265 arasında militan, 23-28 arasında sivil; 2009’da 241-508 arasında militan, 66-80 arasında sivil; 2010’da 555 ile 960 arasında militan, 16-21 arasında sivil; 2011’de 304-488 arasında militan, 56-64 arasında sivil; 2012’de 189-308 arasında militan, 5 sivil; 2013’te ise (3 Ocak 2013 itibarı ile) 15 militan öldürülmüştür.⁴³⁹ Yukarıdaki bölümde belirtildiği gibi, İSHA saldırıları genellikle hedefli öldürme hareketlerinde kullanılıyorsa da, bu saldırılardan kaçının özellikle belirli bir kişiyi hedef aldığına, kaçının ise genel hedeflerin vurulması için

⁴³⁶ <http://www.spiegel.de/international/world/remote-warriors-how-drone-pilots-wage-war-a-682420.html> (Erişim tarihi: 15.01.2013) İSHA’lar ve teröre karşı küresel savaşla ilgili bir değerlendirme için bkz.: Scott Nicholas Romaniuk, “Slaying The Dragon: Combating Al-Qaeda and The Threat of Militant Islam”, *Journal of Politics and Law*, March 2012, Vol.5, No.1, 151-166.

⁴³⁷ <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?id=6405> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴³⁸ <http://www.aclu.org/national-security/predator-drone-foia> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

ACLU’nun başvurusu üzerine üç bakanlık tarafından açıklanan verilerde sivil ölüm sayılarıyla ilgili istatistiki bilgiler değil, medya kanalıyla kamuoyuna yansıyan ölüm olaylarının tartışmaları yer almaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, sözkonusu dokümanlarda belirtilen olaylara ait ölüm vakası sayılarından istatistiki resmi veri olarak yararlanılmamıştır. Dokümanlar için bkz.: <http://www.aclu.org/national-security/drone-foia-released-documents> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴³⁹ <http://counterterrorism.newamerica.net/drones> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

gerçekleştirildiğine dair kesin bir bilgi mevcut değildir. Bununla birlikte, Afganistan içindeki hareketlerin Savunma Bakanlığı yönetiminde icra edilirken, Pakistan'daki saldırılar gibi Afganistan sınırları dışında kalan hareketlerin CIA tarafından yürütülmekte olduğu bilinmektedir.⁴⁴⁰ Bu durumda, yukarıda sayıları verilen İSHA saldırılarından en azından büyük çoğunluğunun hedefli öldürme hareketleri kapsamında gerçekleştiğini varsaymak yanlış olmayacaktır. Yine New America Foundation'ın çalışmasında, 2004 yılından beri Pakistan'da gerçekleştirilen saldırılar sonucunda öldürülen militan sayısının 1.934 ile 3.239 arasında değiştiği, bu saldırılarda hayatını kaybeden sivil sayısının ise 1.489 ile 2.605 arasında olduğu rapor edilmiştir.⁴⁴¹

Saldırılar – her ne kadar sivil zayıyata neden olmamak için dikkatli şekilde planlanıp icra edildikleri iddia ediliyorsa da – bazen hedef alınan kişilerin yanında bulunan 'düşmanlıklara doğrudan katılmamış kişi' statüsündeki sivillerin ölümüne de neden oldukları bilinmektedir. Bu saldırılardan biri, Afganistan'da ISAF güçlerine karşı savaştan Taliban birliklerini destekleyen Tahrik-i-Taliban Pakistan örgütünün lideri Beytullah Mesut'un öldürülmesidir. Mesut, 5 Ağustos 2009'da, Güney Vaziristan'daki evinde uğradığı İSHA saldırısı sonucunda öldürülmüştür. Saldırı sırasında kullanılan İSHA'nın Virginia'daki CIA karargahından kontrol edildiği ve uydu aracılığıyla alınan video imajlarında Mesut'un evinin balkonunda yanında oturmakta olan karısı, amcası ve doktor olduğu açıklanan bir sivilin de bulunduğu belirtilmiştir. Saldırı, video imajlarında sivillerin olduğu görülmesine rağmen, hedefe iki adet yarı-aktif laser güdümlü AGM-114 Hellfire füzesi atılması suretiyle gerçekleştirilmiş, meydana gelen patlamada Mesut'la birlikte toplam 11 kişinin öldüğü açıklanmıştır.⁴⁴² Bu ve benzeri saldırılar, ayırt etme ilkesinin ihlal edildiğini göstermekte olup, gelişmiş teknolojinin, aşağıda açıklanacağı gibi, aslında sivillerin hayatlarını koruduğu yönünde yapılan açıklamaların da her zaman doğru olmayabileceğini kanıtlamaktadır. Neticede bu tip saldırılarda esas olan, İSHA'ların kullanımındaki niyet ve kasıttır. Söz konusu hareketler, insanın yaşam hakkına değer vermeyen bir anlayış çerçevesinde gerçekleştirilmeye devam ettiği sürece sivillerin de hayatlarını kaybedeceği muhakkaktır.

İSHA'larla gerçekleştirilen saldırılar, genellikle Yönetim ve ona yakın çevreler tarafından desteklenirken, savaşta kullanılan silah ve yöntemler konusunda eleştirel bir duruş sergileyen uluslararası hukuk çevreleri tarafından da pek çok açıdan eleştirilmektedir. Genel olarak Yönetim'in görüşlerine yakın olan fakat konu

⁴⁴⁰ <http://www.cfr.org/counterterrorism/targeted-killings/p9627#p4> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴⁴¹ <http://counterterrorism.newamerica.net/drones> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴⁴² Scott Nicholas Romaniuk, "Slaying The Dragon: Combating Al-Qaeda and The Threat of Militant Islam", *Journal of Politics and Law*, March 2012, Vol.5, No.1, 151-166, s.154.

hakkında nesnel değerlendirmeleri de bulunan Schmitt'e göre, İSHA'lar silahlı çatışmalarda kullanılan diğer silahlardan farklı değildirler ve diğer silahlara uygulanan hukuk – ki burada Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan düzenlemeler kastedilmiştir – bu silah türü için de geçerlidir; diğer silahların kullanımının sivil zayıatı azaltmak için daha elverişli olduğuna emin olunursa İSHA kullanımı tercih edilmemelidir.⁴⁴³

İSHA'ların kullanımından yana olan görüşler, sözkonusu araçlarla gerçekleştirilen saldırıların insanlı hava araçlarına göre bazı avantajları olduğunu savunmaktadır. Buna göre, öncelikle, bu araçların sahip oldukları kuş-bakışı görüş avantajına dayanılarak gerçekleştirilen hareketler, saldırıdan önceki gözetleme safhasında saldıran tarafın hedefi doğru teşhis etmesi için bir avantaj vermektedir. İkinci olarak, İSHA'larla gerçekleştirilen saldırılar, alan bombardımanı (area bombing) gibi saldırı türlerine oranla daha düşük bir etki yaratmakta, bu da istenmeyen yan hasarları (collateral damage) azaltmaktadır.⁴⁴⁴ Bu görüş dikkate alınacak olursa, İSHA'larla gerçekleştirilen saldırılar sivil zayıata neden olmamakta, tam tersine, bu saldırılar ayırt etme ilkesine uyan bir hareket anlayışını ifade etmektedirler.

ABD, ISAF yönetimindeki geniş çaplı askeri müdahaleye rağmen, Taliban ve El-Kaide militanlarının Afganistan'da ve üçüncü ülkelerde hala etkin olmaları üzerine, bu güçleri etkisiz hale getirmek için, İSHA'ları çatışmaya doğrudan katılmayan ülkelerde de kullanmaya karar vermiş ve bu hareketin meşru müdafa olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunarak uluslararası hukuka uygun olduğunu açıklamıştır.⁴⁴⁵ Bu görüş ilk olarak Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı Harold Hongju Koh tarafından resmi olarak ifade edilmiştir. Koh, 25 Mart 2010 tarihinde Amerikan Uluslararası Hukuk Derneği'nde yaptığı konuşmada, silahlı çatışma hukukunun temel kurallarına uyulması şartıyla, bu hukuk düzenlemesi kapsamında, İSHA'lar gibi yüksek teknolojiye sahip silahların kullanımını yasaklayan hiçbir madde olmadığını belirtmiştir.⁴⁴⁶ Bu silah sistemlerinin sivil zayıatı azalttığını öne süren Koh, hedeflemeyi belirleyen kuralların (saldırının planlama safhasındaki askeri-sivil hedeflerin belirlenme sürecinin), kullanılan silah sistemlerinin türüne bağlı olmadığını savunmuştur.⁴⁴⁷ Kuşkusuz Koh'un kuramsal yaklaşımı ilk bakışta silahlı çatışma hukukuna uygun görünmektedir. Gerçekten, silahlı çatışma hukuku teknolojinin

⁴⁴³ Schmitt, "Drone Attacks Under The Jus Ad Bellum and Jus In Bello", p.325.

⁴⁴⁴ Daniel Brunstetter, Megan Braun, "The Implications of Drones on the Just War Tradition", *Ethics & International Affairs*, 2011, Vol.25, No.3, 337-358, p.348-349.

⁴⁴⁵ http://insidejustice.com/law/index.php/intl/2010/03/26/asil_koh_drone_war_law (Erişim tarihi: 21.01.2013)

⁴⁴⁶ <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> (Erişim tarihi: 21.01.2013)

⁴⁴⁷ <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> (Erişim tarihi: 21.01.2013)

gelişmesi sonucunda ortaya çıkacak silah sistemlerini yasaklayıcı tedbirler getirmiş değildir. Ancak buradaki sorun, hukukun teknolojiyle olan ilintisinde değil, bizzatıhi kullanılan teknolojinin neden olduğu ölçümlenebilen sonuçlardadır. İSHA'larla gerçekleştirilen saldırılarda meydana gelen sivil zayıata dair sayılar yukarıda verilmiştir. 2004'ten bugüne bu araçlarla gerçekleştirilen saldırılardaki ortalama askeri-olmayan zayıat oranı (average non-militant casualty rate) yüzde 18 ile 23 arasında gerçekleşmiştir.⁴⁴⁸ Bunun anlamı, Afganistan askeri müdahalesi kapsamında gerçekleştirilen İSHA saldırılarında hayatını kaybedenlerin neredeyse dörtte birinin savaşçı statüsüne girmeyen kişiler olduğudur. Silahlı çatışma hukukunda elbette 'ideal askeri-olmayan zayıat oranı' şeklinde bir kavram yer almamaktadır. Ancak bu derecede yüksek bir oranın hiçbir şekilde kabul edilebilir ve makul bir seviyeyi belirtmediği de açıktır. Bu nedenle, Koh'un savunmasını yerleştirdiği kuramsal çerçeve ilk bakışta doğru gibi görünmesine rağmen, uygulamada ortaya çıkan sonuçlar dikkate alındığında geçerliliğini korumakta güçlük çekmektedir.

BM'de 2004-2010 yılları arasında Özel Raportör olarak çalışan New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Philip Alston, Koh'un açıklamasından yaklaşık iki ay sonra hedefli öldürme ve İSHA'lar konusunda bir rapor hazırlayarak BM İnsan Hakları Konseyi'ne sunmuştur. Alston'a göre, öncelikle silahlı çatışma hukuku kuralları sivil-asker ayrımı yapmayan tüm silahların kullanımını yasaklamış olup, asıl mesele silahların kullanımının silahlı çatışma hukukuyla uyum içinde olup olmamasıdır.⁴⁴⁹ Alston, İSHA saldırılarının büyük ölçüde insan istihbaratına dayandırılmak zorunda olduğunu belirtmiş, bunun da hedef bölgesinden binlerce kilometre uzakta bulunan personel tarafından gerçekleştirilemeyecek kadar zor olduğunu vurgulamıştır.⁴⁵⁰ Saldırıların bilgisayarlar tarafından sağlanan görsel ve işitsel veriler doğrultusunda sağlanan istihbarata göre gerçekleştirilmesi, Alston'a göre, İSHA hareketlerini bir tür 'Playstation mantalitesi'ne büründürcek, bu da hedef bölgesinde sivil-asker ayrımı yapmayı güçleştirecektir.⁴⁵¹ Gerçekten de, İSHA

⁴⁴⁸ <http://counterterrorism.newamerica.net/drones> (Erişim tarihi: 21.01.2013)

⁴⁴⁹ Philip Alston, *Report of The Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, BM İnsan Hakları Konseyi Raporu, A/HRC/14/24/Add.6, 2010, p.24.

⁴⁵⁰ a.g.e., p.25.

⁴⁵¹ a.g.e., p.25.

Alston, raporunda Harvard Üniversitesi İnsancıl Politika ve Çatışma Araştırması Programı (The Program on Humanitarian Policy and Conflict Research-HPCR) tarafından hazırlanan ve 'Hava ve Füze Savaşına Uygulanabilen Uluslararası Hukuk Hakkında HPCR Kılavuzuna Yorum' (Commentary on The HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare-HPCR Commentary) adlı eseri kaynak göstererek İSHA'lar hakkında getirilen düzenlemelere dikkat çekmiştir. Yorum, bağlayıcı bir sözleşme niteliği taşımamakla birlikte, kendi alanında önemli tanım ve kavramlar getirmesi ve bunları uluslararası örf-adet hukukunda genel kabul gören normlar olarak sunması açısından önemlidir. Yorum'un C kısmının 3. maddesinde, bazı silahların doğaları gereği hukuk dışı olduğu, bazılarının ise, hukuk dışı olmamalarına rağmen, saldırıları düzenleyen hükümlerin ihlali açısından hukuk dışı olabileceği belirtilmiştir. Bu tanım, yasal olarak kullanılmaları sakıncalı olmayan, fakat

saldırıları, özellikle ABD istihbarat topluluğu tarafından bir tür ileri teknoloji oyunu şeklinde değerlendirilmekte olup, Amerikan kamuoyuna ve uluslararası topluluğa, mevcut insansız araç teknolojisinin düşmana karşı kullanılabilecek en iyi, hatta tek etkin silah olduğu söylenmektedir. 2011-2013 yılları arasında Savunma Bakanı olarak görev yapan Leon Panetta, Pasifik Uluslararası Politika Konseyi isimli düşünce kuruluşunda İSHA'lar konusunda yaptığı açıklamada, bu araçları 'kasabadaki tek oyun' (only game in town) şeklinde tanımlayarak, El-Kaide'nin eylemlerini önleme veya örgütü dağıtma hedeflerine ulaşabilmek için kullanılan teknolojiyi meşru göstermeye çalışmıştır.⁴⁵² ABD'nin teröre karşı yürüttüğü küresel savaşın, özellikle 9/11'in yarattığı tehdit algıları dikkate alındığında, belli bir haklılığı bulunmaktadır. Ancak Panetta'nın açıklamasına söylem analizi çerçevesinden bakıldığında, savaşı bir 'oyun' olarak niteleyen bu retoriğin klasik Amerikan sarkastik üslubundan başka bir değer taşımadığı da aşikardır. Politik dil, bir kez daha hukukun üstünlüğü ilkesini siyasi çıkarlar karşısında geri plana itmek için işlevsel bir araç olarak kullanılmıştır.

Afganistan savaşının dolaylı bir sonucu olarak, bu ülkenin dışında gerçekleşen hareketlerin CIA tarafından yürütülmesi de ayrı bir hukuk sorununa işaret etmektedir. Buradaki sorun, bir devletin silahlı kuvvetleri mensuplarının dışında kalan kişi ve kurumların (haberalma görevlileri ve kurumları gibi) saldırıların planlanması ve icra edilmesine fiilen katılıp katılamayacağıyla ilgilidir. İSHA saldırılarına karşı olan Amerikan uluslararası hukuk çevrelerinde ağırlıklı olarak dile getirilen görüşler, istihbarat topluluğuna bağlı görevlilerin (CIA mensuplarının) saldırılara fiilen katılmaları nedeniyle hukuki sorumluluk altına sokulmaları gerektiğinden yanadır. Silahlı çatışma hukukunda bu sorun hakkında ayrıntılı bir yasal düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, uluslararası örf-adet hukukuna göre, CIA görevlileri İSHA'larla gerçekleştirdikleri saldırı eylemlerinden dolayı bir silahlı çatışma hukuku ihlali gerçekleştirmeseler de, bu durum, iç hukuk açısından

kullanım prosedürleri gereği hukuka aykırı fiillere neden olabilecek silah sistemlerini işaret etmesi açısından İSHA'lara uygundur. Yorum, kullanımı sakıncalı olan savaş araçlarını sınıflandırırken, C kısmının 7. bölüm (c) maddesinde, Görsel Menzil Dışındaki Silah Sistemleri (Beyond Visual Range Weapons Systems) olarak ayrı bir sınıf oluşturmuştur. Buna göre, 'görsel menzilin dışında' kavramı, hedefin ufuk hattının ötesinde olması gibi nedenlerden ötürü görüş menzili ötesinde olmasını ifade etmektedir. Görüş menzili dışından ateşlenen füze ve patlayıcılar bu kapsama dahil edilmiş olup, bu silahların sivil-askeri hedef ayrımı yapıldığı takdirde kanuni olabileceği belirtilmiştir. İSHA'lar, yukarıda belirtildiği gibi, ABD sınırları içindeki merkezlerden (ufuk hattı ötesinde) kontrol edilmekte, taşıdıkları silahlar da bu merkezlerden ateşlenmektedirler. Bu durumda, İSHA'lar, Yorum'daki ilgili madde kapsamında değerlendirilerek, kullanılmaları ancak sivil-askeri hedef ayrımının yapılabileceği durumlarda meşru sayılabilecektir. HPCR Kılavuzu için bkz.:

<http://ihlresearch.org/amw/HPCR%20Manual.pdf>

(Erişim tarihi: 22.01.2013) HPCR Yorumu için bkz.:

<http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf>

(Erişim tarihi: 22.01.2013)

⁴⁵²http://articles.cnn.com/2009-05-18/politics/cia.pakistan.airstrikes_1_qaeda-pakistani-airstrikes?_s=PM:POLITICS (Erişim tarihi: 22.01.2013)

soruşturmaya tabi olmadıkları anlamına gelmemektedir. Haberalma topluluğu mensupları savaşı konumunda değil sivil konumundadırlar ve bu nedenle devlet adına düşmanlıklara katılmak için hukuki bir hakka sahip değillerdir.⁴⁵³

Aslında bütün bu teknik ve politik tartışmalardan ayrı olarak, Pakistan'da gerçekleştirilen İSHA saldırılarının en önemli noktası *jus ad bellum* kavramı çerçevesindeki boyutudur. Bu kavram, araştırmanın kapsamı dışında olduğu için burada ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Ancak yine de kapsam dahilindeki *jus in bello* boyutuyla ilgili ihlallerin aslında meşru olmayan bir savaşın şartları içinde cereyen ettiğini göstermesi açısından konunun ana hatlarıyla ortaya konulmasında fayda vardır. ABD, yukarıda da açıklandığı gibi, saldırıların başından beri bu hareketlerin meşru müdafa hakkı çerçevesinde gerçekleştirildiğini iddia etmektedir. Taliban ve El-Kaide gibi devlet-dışı aktörlerin saldırıları sonucunda ülkelerin BM Sözleşmesi'ndeki 51. maddede düzenlenen meşru müdafa haklarını kullanmalarının yasal olduğu çeşitli uluslararası hukuk çevrelerinde de öteden beri savunulagelmıştır.⁴⁵⁴ Yoram Dinstein, bu görüşü savunurken hipotetik olarak yarattığı iki ülke olan Arcadia ve Utopia'yı örnek göstermiştir. Buna göre, Arcadia'da bulunan silahlı bir örgütün veya teröristlerin Utopia'nın topraklarına saldırı düzenlemesi halinde, bu hareket ikinci ülkeye yönelik bir silahlı saldırı sayılacaktır.⁴⁵⁵ Dinstein, bu görüşünü desteklemek için Güvenlik Konseyi'nin 1967 yılında aldığı 241 numaralı kararı örnek almış; bu kararda, Portekiz'in paralı asker birliklerinin kendisine ait toprakları kullanarak Kongo'ya saldırı düzenlemelerini engelleyemediği gerekçesiyle kınanmasını delil olarak göstermiştir.⁴⁵⁶ Ancak bu ve benzeri kararlara dayanarak, ABD'nin Afganistan savaşı için elinde tuttuğu meşru müdafa hakkı çerçevesinde Pakistan gibi üçüncü ülkelerde saldırı hareketlerine girişmesinin yasal olduğunu savunmak oldukça güçtür. UAD, 1986 *Nikaragua* ve 2007 *Bosna* kararlarında, bir devletin bir devlet-dışı aktörün saldırılarından sorumlu tutulabilmesi için bu devletin sözkonusu aktör üzerinde 'etkin kontrol'ü olması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵⁷ Pakistan ise ABD'ye saldırmamış, 9/11'de etkin bir sorumluluk sahibi

⁴⁵³ David W. Glazier, "Rise Of The Drones II: Examining The Legality of Unmanned Targeting", ABD Temsilciler Meclisi oturum görüşmesi metni, Nisan 2010. Glazier'in açıklamasında üzerinde durduğu diğer bir husus da, İSHA saldırılarının gerçekleştiği bölgelerin coğrafi özelliğiye ilgilidir. Glazier'e göre, saldırı sadece tarafların kendi toprakları üzerindeki çatışma bölgelerinde gerçekleştiği takdirde meşrudur. Tarafsız ülkelerde gerçekleştirilen saldırılar ise, ancak bu ülkelerin rızaları ile gerçekleşirse, veya bu ülkeler kendi topraklarının taraflar tarafından bir diğerine zarar verecek şekilde kullanılmasını engelleyemezse meşru olabilmektedir. Oturum görüşmesinin metni için bkz.: http://www.fas.org/irp/congress/2010_hr/042810glazier.pdf (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴⁵⁴ Jordan J. Paust, "Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan", *Journal of Transnational Law & Policy*, Spring 2010, Vol.19.2, 237-280, p.238.

⁴⁵⁵ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p.214.

⁴⁵⁶ a.g.e., p.214.

⁴⁵⁷ UAD Nikaragua Kararı, Para.114-15.; UAD Bosna Kararı, Para.391. Nikaragua kararı için bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5> (Erişim tarihi:

olmamıştır. El-Kaide üzerinde 'etkin kontrol'ü olduğunu kanıtlayan hiçbir delil de mevcut değildir. Bu nedenle, ABD'nin Pakistan toprakları üzerinde saldırı düzenlemesi – İSHA'larla veya başka silah sistemleriyle – hiçbir şekilde yasal değildir.⁴⁵⁸

SİHA saldırılarıyla ilgili incelemeyi burada sonlandırmadan önce, ABD Yönetimi tarafından konuyla ilgili olarak yapılan açıklamaların da her zaman gerçeği yansıtmadığını hatırlamakta fayda vardır. Bu silah sistemleriyle gerçekleştirilen saldırılarda sivil kayıpların makul düzeyde olduğuna dair yapılan açıklamaların doğru olmayabileceğine, dahası, hükümetin bu konuda bilerek gerçekleri gizlediğine ilişkin önemli kanıtlar vardır. Bunlardan biri, ABD'de ana akım medyanın dışında kalan McClatchy Newspapers'da yayınlanan haberdur. Gazetede ulusal güvenlik ve istihbarat yazarı olarak çalışan Jonathan S. Landay imzasıyla yayınlanan habere göre, McClatchy, Pakistan'daki SİHA saldırılarının sonuçlarıyla ilgili çok-gizli olarak tanımlanan bir takım resmi belgelere ulaşma ve bunları inceleme olanağı bulmuş, bu sayede devletin iddialarının gerçek olmadığı sonucuna varmıştır. Landay'a göre, Eylül 2010-Eylül 2011 arasında SİHA hareketlerinde öldürüldüğü açıklanan 482 kişiden 265'i aslında El-Kaide lideri değil, sıradan aşırılıkçı militanlar olup, bu saldırılardan sadece 6'sında örgütün üst düzey yöneticileri tasfiye edilebilmiştir.⁴⁵⁹ Bölgede yaşayan ve sadece gelenekleri gereği silah taşıyan masum etnik Peştunlar bu saldırılarda hedef olmuştur. Daha da önemlisi, ABD topraklarına karşı bir saldırı düzenlemeyen Hakkani örgütünün lider ve militanları da bu saldırılarda öldürülmüştür.⁴⁶⁰ Landay, gazetecilerin kaynaklarını gizli tutma hakkı gereği, incelediği belgelerin adını veya türünü belirtmemiş, bunlara nasıl ulaştığını açıklamamıştır. Ancak ortada sözü edilen resmi dokümanların gerçek olmadığını kanıtlayan hiçbir tezip veya karşı iddia da yoktur. Ayrıca California eyaletinde ciddi bir medya grubu tarafından yayınlanan gazetenin böylesine hassas bir konuda gerçekdışı bir haber yayınlama olasılığı çok da yüksek görünmemektedir. Bu durumda McClatchy'de yayınlanan haberin gerçek olduğunu, açıklanan bilgiler ve sayısal veriler doğrultusunda, Pakistan sınırları içinde gerçekleştirilen SİHA saldırılarında meydana gelen sivil zayıyatı hükümetin de bildiği ancak gerçekleri kamuoyuna açıklamadığı gibi oldukça rahatsız edici bir durum ortaya çıkmaktadır.⁴⁶¹

15.01.2013) Bosna kararı için bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2013)

⁴⁵⁸ Mary Ellen O'Connell, *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009*, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper, No.09-43, p.19.

⁴⁵⁹ <http://www.mcclatchydc.com/2013/04/09/188062/obamas-drone-war-kills-others.html> (15.04.2013)

⁴⁶⁰ <http://www.mcclatchydc.com/2013/04/09/188062/obamas-drone-war-kills-others.html> (15.04.2013)

⁴⁶¹ Haberi yazan Jonathan S. Landay, 1984-1995 yılları arasında, aralarında United Press International'ın da olduğu çeşitli medya kurumlarında çalışmış, 1989 Tiananmen olaylarından 2003 Irak Savaşı'na kadar pek çok siyasi olay ve silahlı çatışmayla ilgili habere imza atmıştır. Georgetown

Bu da, hiç kuşkusuz, SİHA'larla ilgili diğer resmi açıklamaların güvenilirliğini de külliye sorgulamaya açık hale getiren düşündürücü bir olgudur.

Görüldüğü üzere, Afganistan'daki Taliban yönetimine karşı başlatılıp Pakistan sınırları içine uzanan saldırıların meşru bir zemine oturtulmaya çalışılması, *jus ad bellum* kriterleri açısından oldukça sorunlu olduğu gibi, bu saldırıların *jus in bello* ilkeleri doğrultusunda yerine getirildiğine yönelik resmi açıklamalar da inandırıcılıktan uzaktır. ABD silahlı kuvvetlerinin ve istihbarat topluluğunun – en azından bu kurumlar içindeki bir kısım sorumlu devlet görevlilerinin – Cenevre Hukuku'na saygılı davranmadıkları açıktır. Yukarıdaki olay incelemelerinden anlaşılan odur ki, Afganistan askeri müdahalesi kapsamındaki hareketler ile bunlarla bağlantılı olarak Pakistan'da gerçekleştirilen hedefli öldürme ve İSHA saldırılarında, ABD, silahlı çatışma hukukunun en önemli kurallardan biri olan ayırt etme ilkesine uymada önemli zafiyet göstermiştir. Bu zaafiyet sonucunda, hedefli öldürme saldırılarında ve İSHA hareketlerinde dikkat çekici oranda sivil hayatını kaybetmiştir. Silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerini çiğneyen bu fiiller neticesinde, Cenevre Sözleşmeleri'nin P1'de yer alan 5., 6., 7., 44., 48., 51.1., 51.2., 51.4., 51.5., 52.2. maddeler ile, P2'de yer alan 13.2. maddenin ihlal edildiği görülmüştür.

Afganistan savaşı, sivillerle askerlerin arasında ayırım yapılması gerektiğini öngören ilkelerin ihlalleri açısından ele alındığında, bir anlamda askeri teknoloji sayesinde gerçekleşen insanlıktan uzaklaşma sürecine işaret etmektedir.⁴⁶² Bu süreç içinde sivillerin öldürülmesi 'yan hasar' olarak adlandırılır olmuş, sivil yerleşim bölgelerinin bombalanması düşman mevzilerinin vurulması olarak meşru kılınmıştır.⁴⁶³ Orwell'ın söylediği gibi, kelimeler birbirlerinin ters anlamına gelecek şekilde dönüştürülmüştür.⁴⁶⁴ Postyapısalcı anlayış doğrultusunda bakıldığında, bu durum, tam da siyasi iktidarlarının varlıklarını meşru kılmak adına dil ile oynayarak kavramları şekillendirme, dolayısıyla ulusal ve uluslararası kamuoyu algısını kendi lehlerine değiştirme çabasını ifade etmektedir. ABD silahlı kuvvetleri, en azından ihlalleri gerçekleştiren birliklere mensup olanlar ve onları yöneten siyasi erk, askeri hareketin amaçlarına ulaşılırken meydana gelecek yan hasarlar konusunda, bu algı yönetiminin de etkisiyle, duyarlı bir görünüm sergilememişlerdir. Müdahalenin dayandığı strateji anlayışı, esasen hiçbir zaman sivillerle askerler arasında bir fark

University 2007 Weintal Ödülü dahil olmak üzere, çeşitli gazetecilik ödüllerine sahiptir. McClatchy Newspapers'da yayınladığı bu haber, Foreign Policy tarafından, ABD'nin SİHA'larla ilgili açıklamalarının yanlış olduğunu kanıtlayan en önemli haber olarak değerlendirilmiştir. Foreign Policy'nin haberle ilgili yorumu için bkz.:

http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/04/10/an_inconvenient_truth_drones?page=0,0&wp_login_r edirect=0 (15.04.2013)

⁴⁶² John Ellis van Courtland Moon, "The Death of Distinctions: From 9/11 to Abu Ghraib", *Politics and the Life Sciences*, 2005, Vol.23, No.2, 2-12, p.6.

⁴⁶³ a.g.e., s.6.

⁴⁶⁴ a.g.e., s.6.

gözetme eğiliminde olmamıştır. Eleştirel teorinin saptaması, kuşkusuz burada da açıklayıcı bir referans teşkil edecektir. Theodor Adorno'ya göre, "Gözetilecek çıkarları ve gerçekleştirilecek planları olan 'dünyevi kişi'nin gözünde, karşılaştığı insanlar otomatik olarak dost veya düşmana dönüşür." Adorno, burada felsefi bağlamda bir ayırt etme mefhumunun üzerinde durarak, yozlaşmış egoist bir kültürde varlıkların siyah-beyaz hatlarla tanımlandığını, bu şartlarda her varlığın bir 'tehdit - tehdit olmayan' ikiliği içinde değerlendirildiğini vurgulamıştır. Düşünür, bu materyalist görüşü ve ona tehdit oluşturan olgu ve olayları şu şekilde betimlemiştir: "Kendi planları içinde oynayabilecekleri rolü kestirmeye çalışırken onları daha en baştan nesneye indirgemıştır. Bazıları yararlıdır, bazıları engel. Her farklı kanı, önceden belirlenmiş hedeflerin – bunlar yoksa pratik adam kendini kaybolmuş hisseder – sağladığı yerlemler üzerinde, yorucu bir direnç, bir sabotaj, bir kumpas olarak belirir; her anlaşma da, en bayağı çıkarlara dayandığı durumlarda bile, bir destek görünümü alır, kullanılabilecek bir şeye, bir ittifak senedine dönüşür."⁴⁶⁵ Afganistan savaşında ABD ile Taliban ve El-Kaide militanları arasındaki ilişki tam da Adorno'nun tanımladığı şekilde gelişmiştir. ABD Yönetimi, duruma göre karşısındaki düşmanı sınıflandırırken bazen 'kanunsuz savaşçı' gibi ara kategoriler yaratmış, bazen de karşısındaki gücü sadece 'yararlı' veya 'engel' şeklinde siyah-beyaz olarak tanımlanabilecek ikili bir ayrıma tabi tutmuş, engel olarak gördüklerini tasfiye etmeyi birincil amaç olarak belirlemiştir. Adorno'nun 'farklı kanı' olarak betimlediği düşünsel ve kültürel farklılığıda sürekli olarak bir tehdit olarak algılamıştır. Düşmanın varlığı da, esasında öteden beri ABD'nin kendi varlığını ve politik *raison d'être*'ini hissedebilmesi için, gerekli bir unsur olarak kabul edilmiştir. Gerçekten de ABD, aynı Adorno'nun 'pratik adam'ı gibi, hegemon bir güç olarak düşmanların olmadığı bir evrende kendini kaybolmuş hissetmektedir. Savaşın ve silahlı çatışma hukuku ihlallerinin temelinde yatan da, muhtemelen tam bu noktada ortaya çıkan 'savaştan beslenme' kültürüdür.

3.3. SİLAHLI ÇATIŞMADA KULLANILABİLECEK SİLAHLAR VE GEREKSİZ ACIYA SEBEBİYET VERMEME İLKESİNİN İHLALİ

Silahlı çatışma hukukuna göre, gereksiz acıya neden olan savaş araç ya da yöntemlerinin kullanılması yasak olup, bu kural uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir örf-adet hukuku kuralıdır.⁴⁶⁶ Gereksiz acı kavramının üzerinde mutabık kalınmış bir tanımı bulunmamaktadır.⁴⁶⁷ İlkenin üç

⁴⁶⁵ Adorno, *Minima Moralia*, s.137.

⁴⁶⁶ Henckaerts, Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, s.263.

⁴⁶⁷ William J. Johnson, Andrew D. Gillman (ed.), *Law of Armed Conflict Deskbook*, The Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, 2012, p.151.

temel gereklilik üzerine kurulduğu kabul edilmektedir. Bunlar, askeri personelin uygar toplumların gereksiz acıya neden olabilecek silahları kullanmayacağı; silahlı kuvvetlerin silah kullanımında antlaşma ve teamül hukukuna titizlikle uymaları gerektiği ve gereksiz acıya neden olacak silahları hatalı olarak ve kasti şekilde kullanmamaları gerektiğidir.⁴⁶⁸ Savaş sırasında çatışan taraflarda savaşçı ve sivil konumundaki kişilerin gereksiz acıya maruz kalmaması St. Petersburg Bildirisi'nde "[s]avaşamayacak durumdaki kişilerin acılarını daha da kötüleştirmek ve ölümlerini kaçınılmaz hale getirmek" şeklinde tanımlanarak kınanmış; Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin (Convention on Certain Conventional Weapons) 2. Protokolü'nün 3.3. maddesinde, mayın ve bubi tuzakları ile gereksiz acıya neden olabilecek diğer silahların her türlü koşul altında kullanımının yasaklandığı hükme bağlanmış; Roma Statüsü'nde ise "[g]ereksiz yaralanmaya veya ıstıraba yol açan veya 121. ve 123. maddelerin hükümlerine uygun olarak bu Statü'ye bir ek şeklinde dahil edilmesi ve geniş yasaklamaya tabi olması halinde, kendiliğinden ve ayırım yapmadan uluslararası savaş hukuku ihlalleri oluşturan silah, mermi, malzeme veya savaş yöntemleri kullanılması", savaş suçu olarak kabul edilmiştir.⁴⁶⁹ UAD de, nükleer silahların kullanımıyla ilgili *Nükleer Silahlar* tavsiye görüşünde, silahlı çatışma hukukundaki en önemli ilkeleri sıralarken, birinci ilke olarak ayırt etmeyi, ikinci ilke olarak da gereksiz acıya sebebiyet vermemeyi genel bir kural olarak kabul etmiş, savaşçı statüsündeki kişilere bu şekilde acı verecek silahların kullanılmasının yasak olduğunu belirtmiştir.⁴⁷⁰ Divan'a göre, devletler silahlı çatışmalarda kullanabilecekleri silahları seçerken sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir.⁴⁷¹

Gereksiz acıya sebebiyet vermemeyi temel bir ilke olarak kabul eden ve bu acıya neden olabilecek silahların kullanımını silahlı çatışma hukuku kurallarına aykırı gören diğer önemli antlaşmalardan biri de Ottawa Sözleşmesi olarak bilinen Anti-Personel Mayın Yasağı Sözleşmesi'dir. Taraf devletler, bu sözleşmenin giriş bölümünde belirtildiği üzere, antlaşmayı kabul ederken, gereksiz acıya neden olacak

⁴⁶⁸ a.g.e., p.151.

⁴⁶⁹ St. Petersburg Bildirisi için bkz.: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument> (Erişim tarihi: 18.01.2013) Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi 2. Protokolü için bkz.: [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/7607D6493EAC5819C12571DE005BA57D/\\$file/PROTOCOL+II.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/7607D6493EAC5819C12571DE005BA57D/$file/PROTOCOL+II.pdf) (Erişim tarihi: 18.01.2013) Bu sözleşme protokolü, 2001 yılından beri uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara da uygulanabilir bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Sözleşme kapsamındaki protokoller ve yasakladıkları silah grupları şunlardır: Protokol 1: Tespit Edilemeyen Parçalar; Protokol 2: Mayın, Bubi Tuzağı ve Diğer Silahlar; Protokol 3: Yangın Silahları; Protokol 4: Körleştiren Laser Silahları. Roma Statüsü için bkz.: http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (Erişim tarihi: 18.01.2013)

⁴⁷⁰ UAD Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidinin Yasallığı Tavsiye Kararı, Para.95, s.262. <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICJ,,,4b2913d62,0.html> (Erişim tarihi: 23.01.2013)

⁴⁷¹ UAD Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidinin Yasallığı Tavsiye Kararı, Para 78, s.257. <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICJ,,,4b2913d62,0.html> (Erişim tarihi: 23.01.2013)

silah, materyal ve yöntemlerin yasaklanmış olduğu gerçeğinden hareket etmişlerdir.⁴⁷²

Gereksiz acıya neden olan silahların yasaklanmasında, her ne kadar etik anlamda siviller de bu olgunun kapsamında ise de, hukuki anlamda bu silahların kullanımıyla esasen savaşçı konumundaki kişiler üzerinde oluşabilecek etkiler kastedilmekte ve silahları değerlendirirken bu etkiler göz önüne alınmaktadır.⁴⁷³ Bu etkilerin neler olduğu ve hangi silahların gereksiz acılara neden olabileceği konularında literatürde veya uluslararası antlaşmalarda sağlanan mutlak bir uzlaşıdan bahsetmek güçtür. Ancak gereksiz acıya neden olacak silahları belirleyen etkenler arasında iki unsurun öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, bir silahın kaçınılmaz olarak ciddi ve kalıcı bir sakatlığa sebep verme niteliğidir. Bu gruba giren pek çok silah arasında yanıcı-yakıcı mühimmatlar buna bir örnek olarak verilebilir. İkinci etken ise, bir silahın kaçınılmaz olarak ölüme neden olma özelliğidir. Zehirli gaz ve dom-dom kurşunu ise bu tür silahlara örnek olarak kabul edilmektedirler.⁴⁷⁴

Bu kriterlerin de göz önüne alınmasıyla, hangi silahların gereksiz acıya neden olduğu konusunda, en azından referans anlamında, bir tasnif yapıldığından söz edilebilir. Henckaerts ve Doswald-Beck'in çalışması, bu tasnifi yapabilen en güvenilir araştırmaların başında gelmektedir. Buna göre, uygulamada bütün hallerde veya belirli şartlarda, ucu dikenli mızraklar, testere dişli süngüler, ucu açılarak genişleyen mermiler, infilaklı mermiler, zehir ve zehirli silahlar, biyolojik ve kimyasal silahlar, asıl etkisi X ışınlarıyla görülemeyecek parçalarla yaralamak olan silahlar, bazı tuzaklar, anti-personel mayınları, kendi kendini imha mekanizması olmayan torpidolar, yangın çıkarıcı silahlar, kör edici laserler ve nükleer silahlar, gereksiz acıya sebebiyet veren silahlar olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷⁵ Ancak aşağıda görüleceği üzere, çatışmalarda kullanılan daha farklı savaş araçları ve mühimmatlar da, insanlar üzerinde yarattıkları olumsuz etkiler nedeniyle gereksiz acıya sebebiyet verebilecek silahlar olarak kabul edilebilmektedirler. Bu sebeple, bu bölümde yukarıda belirtilen ve gereksiz acıya sebebiyet verdiği öne sürülen silahlar incelenirken, bu sınıflandırmaya girebilecek olan ve gerçek çatışma sahasında bu etkiyi yarattığı gözlemlenen silahlar ve mühimmatlar dikkate alınacaktır.

Silahlı çatışma hukuku kapsamında gereksiz acıya sebebiyet veren silahlarla ilgili bütün bu tanımlama, tasnif etme ve hukuki düzenleme çalışmalarına rağmen,

⁴⁷² Anti-Personel Mayın Yasağı Sözleşmesi, Giriş Bölümü
[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/8DF9CC31A4CA8B32C12571C7002E3F3E/\\$file/APLC+English.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/8DF9CC31A4CA8B32C12571C7002E3F3E/$file/APLC+English.pdf) (Erişim tarihi: 23.01.2013)

⁴⁷³ Henckaerts, Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, s.266.

⁴⁷⁴ a.g.e., s.267.

⁴⁷⁵ a.g.e., s.270-271.

uygulamada halen çeşitli teorik ve pratik sorunlarla karşılaşmaktadır. Öncelikle, gereksiz acı kavramı ile anlatılmaya çalışılan acının ne olduğu konusunda hala soru işaretleri bulunmaktadır. Gereksiz acının tıbben ölçümlenemeyeceğini savunan ciddi itirazlar vardır. İkinci sorunlu konu, hangi noktada ne gibi silahların kullanımının 'gereksiz' olarak kabul edileceğiyle ilgilidir. İlkenin savaşçı statüsündeki kişiler için geçerli olması, hangi silahların kullanımıyla askeri avantaj sağlama amacının dışına çıkılacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Son olarak, düşman savaşçı birliklerinin insancıl bir duyarlılık anlayışıyla korunması gerektiği hakkında hala çekinceler vardır. Pek çok silah, ki bunların arasında napalm, beyaz fosfor ve alev fişkırtıcılar da bulunmaktadır, askeri hedeflere karşı kullanılmaları durumunda yasal kabul edilmektedir.⁴⁷⁶ Bugün, bütün bu belirsizlik ve çekinceler, gereksiz acıya neden olabilecek silahların kullanımını engelleme çabalarının önünde bir engel olarak durmakta, bu tür acılara neden olan silahlar, yasaklayıcı hukuki düzenlemelere rağmen halen silahlı çatışmalarda kullanılmaktadır.

3.3.1. Hukuki Düzenleme

Silahlı çatışma hukukuna ait temel kaynaklar ve teamüller incelendiğinde, gereksiz acıya neden olan silahların ve bu silahların yasaklanmalarıyla ilgili kuralların iki ayrı hukuki düzenleme altında incelendiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, La Hey Hukuku kapsamındaki 1907 La Hey Sözleşmesi'nin 4 Numaralı Düzenlemesi; ikincisi ise, Cenevre Hukuku kapsamındaki Cenevre Sözleşmeleri'ne ait P1'dir. La Hey Sözleşmeleri kapsamındaki 4 Numaralı Düzenleme'nin 23(e) maddesi gereğince, gereksiz acıya neden olacağı hesaplanan silah, mermi veya materyallerin kullanımı yasaklanmıştır.⁴⁷⁷ Cenevre Sözleşmeleri'nde ise, gereksiz acıya sebebiyet vermeme yasağı, P1'de yer alan 35.1. ve 36. maddeler ile düzenlenmiştir. 35.1. maddeye göre, herhangi bir silahlı çatışmada tarafların yöntem ve araçları seçme özgürlükleri sınırsız değildir.⁴⁷⁸ 35.2. maddeye göre ise, aşırı yaralama ve gereksiz acıya neden olabilecek özelliğe sahip silah, mermi, materyal ve savaş yöntemlerinin kullanılması yasaktır.⁴⁷⁹ P1, 35.2. madde ile gereksiz acıya sebebiyet vermeme yasağını bu şekilde düzenledikten sonra, ileriye dönük bir güvence olarak, yeni geliştirilecek silahlarla ilgili olarak da bir sınırlama getirmiştir. 36. maddede belirtilen bu koruma tedbiri, yeni silahların, araçların ve yöntemlerin, araştırma, geliştirme, edinme ve uyarlanma çalışmaları kapsamında, bunların

⁴⁷⁶ Solis, *Law of Armed Conflict*, p.272.

⁴⁷⁷ Kara Savaşı Kanun ve Örf-Adetleri Hakkında La Hey Sözleşmesi (IV), Madde 23(e).
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/195> (Erişim tarihi: 23.01.2013)

⁴⁷⁸ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 35.1.

⁴⁷⁹ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 35.2.

sözleşmeciler tarafından imzalanan bu protokol vasıtasıyla veya diğer uluslararası antlaşmalarla getirilen yasaklamalara uymaları gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸⁰

3.3.2. Gereksiz Acıya Sebebiyet Vermeme İlkesinin İhlaline Neden Olan Silahlar ve Fiiller

Afganistan askeri müdahalesi kapsamında gerçekleşen silahlı çatışmalarda gereksiz acıya sebebiyet verebilecek silahların kullanıldığıyla ilgili tarafsız kaynaklar tarafından açıklanan veya doğrulanan güvenilir bilimsel veriler mevcut değildir. Bunun muhtemelen en önemli nedeni, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, hangi silahların bu çerçevede ele alınabileceği ile ilgili belirsizliklerin halen çözülmemiş oluşudur. Bütün tanımlama ve sınıflandırma çalışmalarına rağmen, Afganistan savaşına müdahil olan silahlı kuvvetler mensupları, silahlı çatışma hukuku uzmanları, sivil toplum kuruluşları ve tıbbi gözlemciler, hangi yaralanma ve ölümlerin bu tür silahlarla gerçekleşmiş olabileceğini gösteren bir kılavuza sahip değildirler. ABD silahlı kuvvetleri ve Yönetim tarafından yapılan açıklamalar ise elbette bu tip silahların kullanımından doğan herhangi bir ihlalin olmadığı yönündedir. ISAF üyesi ülkeler içinde de, siyasi ve diplomatik nedenlerden ötürü, bu iddiaları doğrulayacak veya yanlışlayacak bir irade bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda, gereksiz acıya sebebiyet verdiği kabul edilen silahların kullanıldığı öne sürülen saldırılarla ilgili bilgilerin pek çoğu yerel, ulusal ve uluslararası medya mecraları ile bağımsız haber kaynaklarından öğrenilmektedir. Bu şartlarda sözkonusu bilgilerin ve duyumların bilimsel bir araştırma verisi olarak kabul edilmesi, en azından akademik gelenek ve standartlar açısından tartışmalı bir konu başlığı oluşturmaktadır. Gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ihlaline neden olan saldırıları incelerken, bu tür siyasi, askeri ve hukuki güçlüklerin akılda tutulmasından yarar vardır.

3.3.2.1. Beyaz Fosfor

Afganistan'da gerçekleştirilen askeri harekatlarda kullanıldığı öne sürülen ve gereksiz acıya sebebiyet verdiği iddia edilen silah ve mühimmatlardan biri beyaz fosfordur. Beyaz fosfor (white phosphorus), havan ve top mermileri ile el bombası gibi silahların içinde, çatışma sahasında duman yaratmak, düşman veya dost birliklerin yerlerini göstermek gibi amaçlarla kullanılan bir maddedir.⁴⁸¹ Beyaz fosfor malzemeleri, aynı zamanda yangın bombası olarak düşmana öldürme haricinde

⁴⁸⁰ Cenevre Sözleşmeleri, P1, Madde 36.

⁴⁸¹ *Toxicological Profile For White Phosphorus*, Sciences International, Inc. Raporu, 1997 p.2.

geniş çaplı zarar vermek amacıyla da kullanılmaktadır.⁴⁸² Beyaz fosfor zehirli bir madde olup deride ve mukoza zarında ciddi tahribata yol açmaktadır.⁴⁸³ Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin 2.2. maddesine göre 'toksik kimyasal' madde olarak sınıflandırılmakta; yine aynı sözleşmenin 2.1.(a) maddesi uyarınca da kimyasal silah olarak değerlendirilme potansiyeli taşımaktadır.⁴⁸⁴

Afganistan'ın resmi insan hakları kurumu Afgan Bağımsız İnsan Hakları Komisyonu Başkan Yardımcısı Nadir Nadiri'nin 13 Mayıs 2009'da yaptığı açıklamaya göre, ABD silahlı kuvvetleri Farah eyaletinin bir köyündeki çatışmalar sırasında beyaz fosfor kullanmış, çatışmalarda 130 sivil hayatını kaybetmiş, çok sayıda sivil yaralanmış, ölü ve yaralıların vücutlarında beyaz fosfor nedeniyle meydana gelmiş olduğu kuşkusunu uyandıran yaralar görülmüştür.⁴⁸⁵ Bu tarihten sadece birkaç gün önce, Kapisa eyaletindeki bir köyde meydana gelen bir başka çatışmada ise sekiz yaşındaki bir kız çocuğunun vücudundaki yanıklar, bu askeri hareket sırasında da beyaz fosfor kullanılmış olabileceği şüphelerini doğurmuştur.⁴⁸⁶ ABD Savunma Bakanlığı, bu olayın hemen ertesinde yaptığı resmi açıklamada Afganistan savaşında beyaz fosfor kullanıldığına yönelik iddiaları reddetmiştir.⁴⁸⁷ Farah'taki saldırı, gerek uluslararası medya gerek hükümet-dışı kuruluşlar üzerinde etkili olmuş, ABD'nin bu silahı gerçekten kullanıp kullanmadığının açığa çıkarılmasıyla ilgili yoğun bir sivil toplum baskısı oluşmuştur. İnsan hakları örgütü HRW, saldırı hakkında kapsamlı bir araştırma yapılması ve bulguların kamuoyuyla paylaşılması için çağrıda bulunmuştur.⁴⁸⁸ Ancak bütün bu ısrarlı baskıya rağmen, ABD silahlı kuvvetleri veya Yönetim'den konuyla ilgili çevreleri tatmin edici nitelikte bir açıklama yapılmamıştır. Tam tersine, olay kısa sürede bir karşı-propaganda silahı haline getirilmiş, ABD, Taliban'ı beyaz fosfor kullanmakla suçlamaya başlamıştır. Yapılan resmi açıklamalara göre, Taliban militanları, 2007 ile 2009 arasında, içlerinde beyaz fosfor bulunan el yapımı patlayıcılarla 7, roket ve havan topları ile de 12 saldırı düzenlemiştir.⁴⁸⁹

⁴⁸² a.g.e., s.2.

⁴⁸³ I.J. MacLeod, A.P.V. Rogers, "The Use of White Phosphorus and The Law of War", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, Vol.10, 75-97, p.77.

⁴⁸⁴ a.g.e., p.90. Sözleşmenin toksik kimyasal maddeyi tanımladığı 2.2. maddesi şu şekildedir: 'Toksik kimyasal', hayat süreci üzerindeki kimyasal aksiyonu sayesinde insanlar ve hayvanlar üzerinde ölüm, geçici acizlik veya kalıcı hasar yaratan herhangi bir kimyasaldır. Sözleşmenin 2.1.(a) maddesi ise kimyasal silahı şu şekilde tanımlamıştır: 'Kimyasal silah', bu Sözleşme tarafından yasaklanmamış amaçlara ulaşma kasıtlarının haricinde kalan, nicelik ve nitelikleri bu Sözleşme'ye uyan toksik kimyasallar ve onların öncü maddeleridir.

⁴⁸⁵ www.rferl.org/content/Investigation_Launched_Into_White_Phosphorus_Claims_In_Afghanistan/1731117.html (Erişim tarihi: 05.02.2013)

⁴⁸⁶ <http://in.reuters.com/article/2009/05/08/idINIndia-39498520090508> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

⁴⁸⁷ <http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=54294> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

⁴⁸⁸ <http://www.hrw.org/news/2009/05/08/afghanistan-nato-should-come-clean-white-phosphorus> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

⁴⁸⁹ <http://www.nbcnews.com/id/30672076/#.URjz6GediSo> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

Beyaz fosforun saldırı dışında kalan amaçlarla kullanılması da yoğun şekilde eleştirilmiştir. Stockholm Uluslararası Barış Araştırmaları Enstitüsü'nün (Stockholm International Peace Research Institute-SIPRI), Kimyasal ve Biyolojik Güvenlik Bölümü Başkanı John Hart, beyaz fosforun uçaklardan atılan ve hedeflerin yerlerinin işaretlenmesi için kullanılan bir mühimmat olduğunu, ancak modern teknoloji sayesinde artık buna gerek kalmadığını açıklayarak, sözkonusu maddenin askeri gereklilik ilkesi açısından da bir önem taşımadığını vurgulamış; Kraliyet Birleşik Hizmet Enstitüsü Hava Gücü ve Teknoloji Programı Başkanı Elizabeth Quintana ise, ABD'nin beyaz fosforu saldırı amacıyla kullanmak istediğini bildiklerini, bu durumda NATO ülkelerinin çatışma kurallarını daha sert hale getirdiklerini, bu nedenle Britanya'nın da hiçbir zaman bu maddeyi kullanmaması gerektiğini savunmuştur.⁴⁹⁰

3.3.2.2. Salkım Bombası

Gereksiz acıya sebebiyet verdiği ileri sürülen silahlardan biri de salkım bombasıdır. Salkım bombası (cluster bomb), bir taşıyıcı ünite ve bunun içinde yer alan iç mühimmattan oluşan, havadan veya yerden atılabilen, içindeki patlayıcıları hedef alınan bölgeye yakın bir yerde veya bu bölgenin üstünde bırakan silahlardır.⁴⁹¹ Patlayıcı maddenin bulunduğu iç mühimmat dört ana kategoride sınıflandırılmakta olup bunlar, anti-personel (el bombası etkisine benzeyen patlayıcılar), anti-tank/anti-madde (zırh delici patlayıcılar), birleşik-etki-mühimmatları (genellikle zirkonyumla güçlendirilmiş ve hedef bölgesinde ilave yangın çıkarabilen patlayıcılar) ve mayınlardır.⁴⁹² Bu sınıfa giren silahlar, kol ve bacaklarda kopmalar, görme yeteneği

⁴⁹⁰ http://www.liveleak.com/view?i=37a_1303382507 (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁴⁹¹ Rae McGrath, *Cluster Bombs: The Military Effectiveness and Impact on Civilians of Cluster Munitions*, UK Working Group on Landmines Raporu, Londra, 2000, p.15.

⁴⁹² a.g.e., p.15. ABD Hava Kuvvetleri envanterinde çok sayıda salkım bombası mevcut olup bunlardan başlıcaları CBU-87, CBU-89, CBU-97, CBU-103 ve CBU-104'tür. Bu bombalar havadan atılan serbest düşüşlü güdümsüz bombalar olup, hassas bombalama (precision bombing) özelliğine sahip değildir. Bu nedenle çatışma bölgesinde kullanılmaları halinde askeri hedeflerin yanı sıra çok sayıda sivilin de ölümüne neden olabileceği yüksektir. Ancak bu silahlar belirli şartlarda - sözgelimi CBU-89'a WCMD (Wind Corrected Munitions Dispenser) güdümlerle sistemi takılarak CBU-104 versiyonuna dönüştürülmesi gibi bazı özel uygulamalarda - 'akıllı bomba' olarak bilinen hassas güdümlü mühimmat (precision-guided munition) özelliğine sahip olabilmektedirler. Ancak bu durumda bile, salkım bombalarının oldukça geniş bir arazi üzerinde etkili oldukları göz önüne alındığında, bu silahların büyük çaplı sivil ölümlerine neden olabilecekleri varsayılabilir. B-52 bombardıman uçaklarıyla düzenlenen saldırılarda kullanılan salkım bombalarının özellikleri incelendiğinde, bu saldırıların yıkıcı etkileri daha iyi kavranılabilecektir. Bu uçaklar, hedeflenen bölgelere çok sayıda CBU-87 tipi salkım bombası atılabilme imkânına sahiptir. Her bir CBU-87 içinde de, 202 adet 'cyclotol' türü patlayıcı ve zirkonyumlu savaş başlığı olan BLU-97/B tipi iç mühimmat (bomblet) bulunmaktadır. Bu mühimmatın sivil yerleşim bölgelerine yakın hedefler üzerinde kullanılmaları durumunda, savaşçı konumunda olmayan kişilerde meydana getirebileceği zarar da kuşkusuz kabul edilebilir seviyenin çok üstünde olacaktır. ABD Hava Kuvvetleri envanterindeki salkım bombaları ve bu bombaları taşıyan savaş uçakları hakkında ayrıntılı güdümler ve silah sistemleri bilgisi için bkz.: <http://www.airforce-magazine.com/MagazineArchive/Magazine%20Documents/2011/May%202011/0511weapons.pdf> (Erişim tarihi: 06.02.2013). Salkım bombaları ve hassas güdümlerle sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.designation-systems.net/dusrm/app5/wcmd.html> (Erişim tarihi: 06.02.2013). İç

kaybı ve muhteviyatlarında bulunan metal parçaları vasıtasıyla patlama anında hedef bölgesinde bulunan insanların iç organlarında ciddi hasar meydana getirmekte, fiziksel olduğu kadar psikolojik travmalara da neden olabilmektedirler.⁴⁹³ Bu nedenle gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ihlaline neden olan silahlar kategorisinde değerlendirilmeleri yanlış olmayacaktır.

Salkım bombası kullanımı uluslararası hukuk tarafından da suç olarak kabul edilen bir fiildir. Bu kategorideki silah ve mühimmatların üretimi, saklanması, transferi ve kullanımı, Oslo Konvansiyonu olarak da bilinen 2008 Salkım Cephaneleri Sözleşmesi'nin (Convention on Cluster Munitions) 1.1. maddesi gereğince yasaklanmıştır.⁴⁹⁴ Ancak ABD bu sözleşmeye taraf olmamış, salkım bombasını Afganistan askeri müdahalesi kapsamındaki silah arsenali içinde önemli bir değer olarak görmüş ve etkin şekilde kullanmıştır.⁴⁹⁵ Salkım bombaları, Afganistan askeri müdahalesinin 2001-2002 yıllarını kapsayan döneminde, Taliban hükümeti devrilinceye kadar militanların saklandığı üslere, koruganlara ve mağaralara karşı gerçekleştirilen hava saldırılarında yaygın olarak kullanılmıştır.⁴⁹⁶ Salkım bombalarının Afganistan askeri müdahalesi kapsamında gerçekleştirilen hava saldırılarında kullanımı ABD silahlı kuvvetleri tarafından 2003 yılında yasaklanmıştır.⁴⁹⁷ Ancak bu yasaklamadan önce silahlı çatışmanın erken evrelerindeki hareketlerden bazılarının sözkonusu silah ve mühimmatlarla gerçekleştirildiği bilinmektedir. Savaşın ilk altı ayı içinde düzenlenen 232 hava saldırısında ABD Hava Kuvvetleri çeşitli hedeflere, içlerinde 248.056 adet iç mühimmat olan 1.228 adet salkım bombası atmıştır.⁴⁹⁸ Savaşın başında Herat kenti yakınlarındaki bir köyün yanlışlıkla salkım bombasıyla vurulması sonucunda sekiz sivil ölmüş, köyde bulunan kırkbeş evden yirmisi kısmen veya tamamen

mühimmat hakkında teknik bilgi için bkz.: <http://www.fas.org/man/dod-101/sys/dumb/cbu-75.htm> (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁴⁹³ John Borrie, Rosy Cave, "The Humanitarian Effects of Cluster Munitions: Why Should We Worry?", *Disarmament Forum*, 2006, Vol.4, 5-13, p.7.

⁴⁹⁴ Sözleşmenin, kapsamı, tarafları, yazım ve imzaya açılma süreciyle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Matthew Bolton, Thomas Nash, "The Role of Middle Power-NGO Coalitions in Global Policy: The Case of The Cluster Munitions Ban", *Global Policy*, 2010, Vol.1, Issue 2, 172-184, p.173. Sözleşme için bkz.: <http://www.clusterconvention.org/files/2011/01/Convention-ENG.pdf> (Erişim tarihi: 06.02.2013).

⁴⁹⁵ Human Rights Watch Raporu, *Fatally Flawed: Cluster Bombs and Their Use by The United States in Afghanistan*, New York, 2002. p.15.

⁴⁹⁶ Cluster Munition Contamination, ICRC bülteni, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/legal-fact-sheet/cluster-munition-contamination-factsheet-020208.htm> (Erişim tarihi: 06.02.2013).

⁴⁹⁷ Andrew Feickert, Paul K. Kerr, *Cluster Munitions: Background and Issues for Congress*, Congressional Research Service Raporu, 2012, p.6.

⁴⁹⁸ *Fatally Flawed*, p.15. HRW bu sayıları ABD Savunma Bakanlığı'nın yayınladığı "Probable UXO [Unexploded Ordnance] Locations" (Muhtemel UXO [Patlamamış Cephane] Mevkileri) adlı kaynağa dayanarak vermiştir. Ancak, büyük olasılıkla ABD hükümeti bu ve benzeri belgeleri yaygın sivil kullanıma açmakta isteksizlik gösterdiği için, çalışmanın araştırma ve yazım sürecinde bu kaynağın aslına ulaşılammıştır.

kullanılmaz hale gelmiştir.⁴⁹⁹ 2001-2002 döneminde meydana gelen ve ölüm veya yaralanmaya neden olan diğer önemli salkım bombası saldırıları, Langi Kil köyünde (1 ölü), Kanabad bölgesi Aingat köyünde (5 ölü, çok sayıda yaralı), Kandahar'daki Sarbant köyünde (1 ölü), İshak süleyman köyünde (12 ölü, 16 yaralı), Kala Şater köyünde (11-13 arası ölü, 14 yaralı) Kol-e Urdu Taliban karargahında (2 ölü, 4 yaralı) gerçekleşmiştir.⁵⁰⁰

Askeri müdahalenin başladığı ilk ay içinde Tora Bora ve Şahi-Kot bölgelerindeki El-Kaide militanlarının saklandığından şüphelenilen bölgelere karşı gerçekleştirilen saldırılar sonrasında erozyona uğramış görünen ağaçlık alanlar, parçalanmış giyim eşyaları ve cesetler bu bombardımanlarda salkım bombası kullanıldığını göstermiştir.⁵⁰¹ Bu ve sonraki saldırılarda salkım bombası kullanıldığı ABD resmi makamları tarafından da doğrulanmıştır. ABD Eski Savunma Bakanı Donald Rumsfeld ve Eski Genelkurmay Başkanı General Richard Myers, düzenledikleri ortak basın toplantısında, B-1 ve B-52 tipi bombardıman uçaklarıyla uygun görülen hedeflere karşı bu silahların kullanıldığını açıklamışlardır.⁵⁰² ABD'nin resmi görüşüne göre, salkım bombasının kullanımı silahlı çatışma hukukuna aykırı olmayıp, çatışmaların ön cephesinde savaşıyan Taliban ve El-Kaide birliklerine karşı etkin olarak kullanılabilen bir mühimattır.⁵⁰³ Savunma Eski Bakan Yardımcısı Paul Wolfowitz de, salkım bombalarıyla ilgili bir soruyu yanıtlarken sivil kayıplara neden olmaktan çekindiklerini, ancak savaşı da kazanmak zorunda olduklarını vurgulayarak, bu silahların kullanımında bir sakınca görmediklerini belirtmiştir.⁵⁰⁴ Bu yaklaşım, ABD Yönetimi'nin savaşıla ilgili pragmatik bakış açısını oldukça yalın şekilde yansıtmaları açısından önemlidir. Wolfowitz, burada diplomatik bir dille Amerikan birliklerinin sivil ölümlerine (ve aynı zamanda gereksiz acıya neden olan silahların kullanımına) karşı duyarlı olduğunu belirtmekle birlikte, hedefe ulaşmak için mümkün olan bütün araçları kullanmaktan çekinmeyeceklerini de belirtmiştir. Çatışmalarda sivillerin gereksiz acıya maruz kalmalarına neden olan en önemli faktörlerden biri de zaten reelpolitik felsefeye dayalı savaş stratejisini ifade eden 'hedefe erişmek için her yol mübahtır' şeklindeki anlayıştır. Bu zihniyetle planlanan ve icra edilen saldırıların silahlı çatışma hukuku kurallarının ihlal edilmesine neden olması da elbette beklenmeyen bir sonuç olmayacaktır.

⁴⁹⁹ a.g.e., p.15.

⁵⁰⁰ a.g.e., p.44-50. HRW raporunda bu saldırıların ve saldırılarda meydana gelen ölüm ve yaralanmaların salkım bombası vukuatlarının tamamını yansıtmadığı belirtilmiştir. Raporda sıralanan saldırılar, HRW'nin kendi saha çalışması kapsamında erişebildiği bilgilerden oluşmaktadır. HRW'nun salkım bombalarıyla ilgili bir diğer raporu için bkz.: **Cluster Bombs in Afghanistan**, <http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/arms/cluster-bck1031.htm> (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁵⁰¹ a.g.e., s.16.

⁵⁰² <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2183> (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁵⁰³ <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2468> (Erişim tarihi: 06.02.2013)

⁵⁰⁴ <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2202> (Erişim tarihi: 06.02.2013).

Wolfowitz'in burada sözü edilen pragmatik yaklaşımı, aslında eleştirel teorinin de üzerinde titizlikle durduğu bir konudur. Horkheimer'e göre, modern düşünce ve pragmatizm, bir düşüncenin, bir kavramın ya da bir teorinin bir eylem planı ya da tasarısından başka bir şey olmadığını ve dolayısıyla doğruluğun da sadece bu düşüncenin başarısından ibaret olduğunu savunur. Pragmatizm, derin düşünmeye vakti olmayan bir toplumu yansıtır ve hiçbir pragmatist gerçek bir teorik soruna ilgi duymaz. Gerçekten de, bu anlamda Wolfowitz ve onun mantığına yakın kişiler, silahlı çatışma hukukunun ilkelerini birer teori olarak görmekte, bu ilkelerin ifade ettiği değerlerle ve koruma altına aldığı haklarla değil, pratik sonuçlarla ilgilenmektedirler. Eğer stratejik önemi haiz bir hedefin vurulması gerekiyorsa, hukukun öngördüğü ayırt etme ilkesi bu amaca ulaşmanın önünde fazlasıyla kuramsal bir engel teşkil etmektedir. Bu da gerçek bir pragmatistin asla kabul edemeyeceği bir müşküldür.⁵⁰⁵

Afganistan'da 2007 yılı itibarıyla salkım bombası nedeniyle meydana gelen ölüm sayısının 2.814 ile 4.132 arasında değiştiği tahmin edilmektedir.⁵⁰⁶ Savaşın ilk iki yılında bütün ölümlerin yüzde 10'u bu silahların yarattığı etki neticesinde gerçekleşmiş olup, ayrıca hedeflere atılan ancak patlamayan iç mühimmatlar nedeniyle, en çok bu bombalarla oyun amacıyla fiziki temas halinde olan ve yaşları 5 ile 14 arasında değişen erkek çocukların zarar gördüğü gözlenmiştir.⁵⁰⁷ Savaşta en çok kullanılan salkım bombası iç mühimmatı olan BLU-97'lerde yüzde 16 oranında hatalı patlama (belirlenen hedef noktasında patlamama) tespit edilmiştir.⁵⁰⁸ Bu da, kuşkusuz, hedef bölgesine bırakılmalarından çok sonra, özellikle yetişkin olmayan yaştaki sivillerin yüzyüze kaldığı tehlikenin boyutunu daha iyi anlatan bir istatistik veridir.

3.3.2.3. Seyreltilmiş Uranyum

Seyreltilmiş uranyum (depleted uranium), nükleer reaktörlerin ve nükleer silahlarda kullanılan doğal uranyumun zenginleştirme sürecinden elde edilen bir yan üründür.⁵⁰⁹ ABD'de, Enerji Bakanlığı ve diğer ilgili hükümet birimleri tarafından saklandığı bilinmektedir.⁵¹⁰ Barışçıl amaçlarla ve savunma sanayiinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Havacılıkta uçakların karşı-ağırlık gerektiren bölgeleri, yalıtım

⁵⁰⁵ Eleştirel teorinin pragmatizm hakkındaki değerlendirmesi için bkz.: Max Horkheimer, **Akıl Tutulması**, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.

⁵⁰⁶ Handicap International Raporu, **Circle of Impact: The Fatal Footprint of Cluster Munitions on People and Communities**, Londra, 2007, p.93.

⁵⁰⁷ a.g.e., p.93.

⁵⁰⁸ a.g.e., p.94.

⁵⁰⁹ Brian Littleton, **Depleted Uranium: Technical Brief**, U.S. Environmental Protection Agency Office of Radiation and Indoor Air Radiation, Protection Division Raporu, 2006, p.1.

⁵¹⁰ a.g.e., p.1.

gerektiren radyoaktif tedaviyle ilgili tıbbi donanımlar ve radyoaktif materyallerin nakillerinde görev alan konteynerler, sözkonusu yan ürünün barışçıl amaçlarla sıklıkla kullanıldığı yerlerdir.⁵¹¹ Askeri amaçla zırh-delici mühimmat olarak kullanılmakta olup, bu madde ile donatılmış mermiler hedeflerine çarptıkları anda ortaya çıkan kinetik enerji ve ısıнын havayla birleşip yanması neticesinde zırhlı araçları ve içlerinde bulunan personeli yakmak suretiyle etkisiz duruma getirmektedirler.⁵¹² Bu özellikleri itibarıyla, seyreltilmiş uranyumla imal edilmiş silah ve mühimmatların gereksiz acıya sebebiyet verme ilkesini ihlal etme potansiyeli taşıdıkları açıktır.

Bununla birlikte, seyreltilmiş uranyum silahlı çatışma hukukunda doğrudan tanımlanan, kullanımı suç kabul edilen ve yasaklanan bir madde değildir. Bu maddenin kullanımını yasaklayan herhangi bir uluslararası ikili veya çok taraflı bir antlaşma yoktur. Ancak, sahip olduğu öldürme, yaralama ve acı verme potansiyeli nedeniyle kullanımının uluslararası hukuk açısından sakıncalı görüldüğü açıkça belirtilmiştir. BM İnsan Hakları Komisyonu'na (UNHRC) bağlı Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Altkomisyonu tarafından hazırlanan iki önergede, gereksiz acıya neden olabilecek silahlar sıralanmış, bunların arasında seyreltilmiş uranyum da yer almıştır. Altkomisyon, 1996 yılında hazırladığı birinci önergenin 1. maddesinde bütün ülkeleri, aralarında seyreltilmiş uranyumun da olduğu silahları ve mühimmatların üretimini ve çoğaltılmasını kontrol altına almaya teşvik etmiş; 1997 yılında hazırladığı ikinci önergenin giriş bölümünde ise, bu silahların kullanımından doğacak tehlikelere dikkat çekerek seyreltilmiş uranyum ihtiva eden silahların yersiz yaralama ve gereksiz acıya neden olabileceğini belirtmiştir.⁵¹³ Altkomisyon, bu iki önergenin ardından, 2002 yılında 'İnsan Hakları ve Ayrım Gözetmeyen ve Yersiz Yaralanma veya Gereksiz Acıya Sebebiyet Verme Özelliği Olan Kitle İmha Silahları' isimli çalışma raporunu hazırlamış, bu raporda seyreltilmiş uranyumun insan ciğerlerine nüfuz ederek uzun yıllar bu organlarda

⁵¹¹ Dünya Sağlık Örgütü Raporu, **Depleted Uranium: Sources, Exposure and Health Effects**, Geneva, 2001. http://www.who.int/ionizing_radiation/pub_meet/en/DU_Eng.pdf (Erişim tarihi: 07.02.2013).

⁵¹² Avril McDonald, "Depleted Uranium Weapons: The Next Target for Disarmament?" **Disarmament Forum**, 2008, Vol.3, 17-24, p.17.

⁵¹³ 1996 önergesi için bkz.: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0811fcbd0b9f6bd58025667300306dea/887c730868a70a758025665700548a00> (Erişim tarihi: 07.02.2013).

1997 önergesi için bkz.: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/21a4acb0f1b289ed80256633004ce147> (Erişim tarihi: 07.02.2013).

kalmak suretiyle radyasyon yayabileceğini belirtmiş, ülkeleri bu silahları ortadan kaldırmaya çağırmıştır.⁵¹⁴

ABD Yönetimi, Afganistan'da gerçekleşen çatışmalarda seyreltilmiş uranyum ihtiva eden silah ve mühimmat kullanıldığını ne tamamen reddetmiş ne de doğrulamıştır. Bu konudaki resmi açıklamalar çelişkili gözükmemektedir. Yönetim veya silahlı kuvvetler bu konuda herhangi bir doğrulayıcı veya reddedici açıklama yapmazken, hükümet içinde yapılan yazışmalarda içlerinde uranyum bulunan silah ve mühimmatın kullanıldığı kesin bir dille reddedilmiştir. Savunma Bakanlığı Savunma Sistemleri Dairesi Başkanı Glenn F. Lamartin, Senatör Jon Kyl'ın konu hakkında bakanlıktan bilgi istemesi üzerine gönderdiği açıklama mektubunda, savaşta, içinde herhangi tür bir uranyum bulunan güdümlü bombalar veya seyir füzeleri kullanılmadığını belirtmiştir.⁵¹⁵ Öte yandan, Donald Rumsfeld ise, BM Atomik Radyasyon Etkileri Bilimsel Komitesi'nin bir raporuna dayanarak – kendi üslubuna göre alaycı bir yaklaşımla – kendisinin ve her insanın yediği gıdalar neticesinde bir yılda 0.000436 gram Uranyum 238 aldığını belirtip, ABD silahlı kuvvetlerinin kullanmış olabileceği uranyumun insan sağlığına olumsuz etkisi olamayacağını ima etmiştir.⁵¹⁶

ABD silahlı kuvvetleri envanteri içinde bulunan ve Afganistan'da kullanılan bazı silah ve mühimmatın seyreltilmiş uranyum ihtiva ettiği bilinmektedir. Bunlardan biri de A-10 Warthog savaş uçaklarında kullanılan mermilerdir. A-10, kara birliklerine yakın hava desteği (close air support-CAS) sağlamak amacıyla kullanılan ve otuz milimetrelik beş namlulu GAU-8/A Gatling tipi makinalı topa sahip bir savaş uçağıdır.⁵¹⁷ Uçağın burun kısmına yerleştirilen bu makinalı top, PGU-14/B tipi seyreltilmiş uranyum ihtiva eden mermi atabilme özelliğine sahip olup, dakikada 4.000 atış yapabilmektedir.⁵¹⁸ Uluslararası Uranyum Silahları Yasaklama Koalisyonu (International Coalition to Ban Uranium Weapons-ICBUW) adlı sivil toplum kuruluşu, 2010'da bu uçaklarda kullanılan uranyumlu mermilerin kullanım dışı bırakılacağını haber almışsa da, A-10'lar bugüne kadar Afganistan savaşında etkin olarak

⁵¹⁴ Yeung Sik Yuen, *İnsan Hakları ve Ayrım Gözetmeyen ve Yersiz Yaralanma veya Gereksiz Acıya Sebebiyet Verme Özelliği Olan Kitle İmha Silahları*, İnsan Hakları Komisyonu Raporu, 2002, p.4, p.6.

⁵¹⁵ Glenn F. Lamartin, Savunma Bakan Yardımcılığı Ofisi mektubu, 25 Ağustos 2004. <http://www.wise-uranium.org/pdf/lamiq04.pdf> (Erişim tarihi: 07.02.2013).

⁵¹⁶ Rumsfeld esasen bu açıklamayı ABD silahlı kuvvetler mensuplarının seyreltilmiş uranyumun etkilerine maruz kaldıklarına dair şikayet ve eleştiriler üzerine yapmıştır. Savunma Bakanlığı'ndan bu maddeyi ihtiva eden silahların kullanılmadığına ilişkin resmi bir açıklama yapılmış değildir. Rumsfeld'in açıklaması için bkz.: <http://www.newsmutiny.com/pages/Opinion/DUBreakfast.htm> (Erişim tarihi: 07.02.2013).

⁵¹⁷ <http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

⁵¹⁸ <http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

kullanılmış, dolayısıyla pek çok hedef seyreltilmiş uranyumlu mermiyle vurulmuştur.⁵¹⁹

Bu ve benzeri silah ve mühimmatın savaşta kullanıldığına dair çok sayıda iddia bulunmaktadır. Afganlı bir savaş karşıtı aktivist olan Dr. Muhammed Davut Miraki, Apache helikopterlerinin ve Bradley zırhlı araçlarının çatışmalar sırasında seyreltilmiş uranyumlu silahlar kullandığını belirterek, Afganistan nüfusunun yüzde 62.7'sinin tehlikeli radyoaktif maddelerin etkisine maruz kaldığını açıklamıştır.⁵²⁰ Kanada'da faaliyet gösteren ve kar amacı gütmeyen bir bağımsız araştırma kurumu olan Uranyum Tıbbi Araştırma Merkezi (The Uranium Medical Research Center-URMC), savaşın ilk iki yılında Afganistan'ın belirli bölgelerinde seyreltilmiş uranyum kullanımını tespit edebilmek için bir saha araştırması gerçekleştirmiştir. Kurum tarafından hazırlanan 2 Nolu Saha Takım Raporu, içeriğindeki bulgular açısından önemlidir. Raporda, deneklerden alınan idrar örnekleri üzerinde Britanya'daki NERC İzotop Jeobilim Laboratuvarı'nda spektrometre analizleri yaptırıldığı, bu analizler sonucunda idrar örneklerinde olağanın üzerinde uranyum konsantrasyonuna rastlanıldığı belirtilmiştir.⁵²¹ URMC'nin eczacılık alanında çalışan uzmanlarından Prof. Dr. Asaf Durakovic ise BBC'ye yaptığı açıklamada, saha araştırmasından alınan örnekler üzerinde yapılan testlerde saptanan uranyumun seyreltilmiş olmadığını ancak gözlenen seviyelerin de normal karşılanamayacak kadar yüksek olduğunu belirtmiştir.⁵²² Savaşta seyreltilmiş uranyum kullanıldığı şüphelerini güçlendiren önemli kaynaklardan biri de Alman Federal Ordusu'na (Bundeswehr) bağlı İletişim Merkezi tarafından 2005 yılında yayınlanan rapordur. Söz konusu raporda, Taliban rejimine karşı Kuzey İttifakı'nı desteklemek için icra edilen Enduring Freedom harekatı boyunca ABD uçakları tarafından seyreltilmiş uranyum ihtiva eden zırh delici mermiler kullanıldığı iddia edilmiş, bu maddenin askeri personel üzerinde de toksik radyoaktif etkiler gösterebileceği uyarısı yapılmıştır.⁵²³

⁵¹⁹ <http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

ABD, dünyadaki en büyük seyreltilmiş uranyum stoğuna sahiptir. Bu madde, savunma sanayi için önemli bir ekonomik değer taşımaktadır. ABD'de bulunan üç büyük savunma şirketi orduya seyreltilmiş uranyumlu mühimmat satmakta olup, bunlar Alliant Techsystems, Day & Zimmerman/American Ordnance ve General Dynamics Ordnance and Tactical Systems'dir. ABD Kara Kuvvetleri, sadece Alliant Techsystems'dan 2006 yılında 77 milyon dolar tutarında seyreltilmiş uranyumlu M-829 anti-tank mühimmatı satın almıştır. Sektörün geniş hacmi nedeniyle bu alanda çalışan şirketler için bir kazanç aracı olması, ABD'nin bu maddeyi ihtiva eden mühimmatı kullanmasında ekonomik faktörlerin de rol oynamış olabileceğini göstermektedir. Konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: <http://newint.org/features/2007/11/01/the-facts/> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

⁵²⁰ <http://www.presstv.ir/detail/224165.html> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

⁵²¹ Tedd Weyman, **Afghan Field Trip Report 2: Precision Destruction - Indiscriminate Effects**, UMRC Raporu, 2002, s.1.

⁵²² <http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/3050317.stm> (Erişim tarihi: 08.02.2013).

⁵²³ <http://www.bandepleteduranium.org/en/a/283.html> (Erişim tarihi: 08.02.2013). Rapor 2009 yılında açıklanmış, ancak taşıdığı öneme rağmen Batı kaynaklı ana-akım medya mecralarında yer almamıştır. İlgili çekici olan, raporun Alman hükümeti üzerinde de göze çarpan bir etki yaratmamış olmasıdır. Uranyum kullanımının yasaklanmasıyla ilgili çağrıda bulunan Yeşiller dışında konuyla fazla ilgilenen

Bu bölümün başında da belirtildiği üzere, gereksiz acıya sebebiyet verebilecek silah ve mühimmat türleri yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Bu kategoride ele alınan silah ve mühimmatın içine kuşkusuz beyaz fosfor, salkım bombası ve seyreltilmiş uranyum dışında başka tür harp araç ve gereçleri ile silah, mühimmat ve bunlara ait yedek parçalarla patlayıcı maddeler de girebilir. Bu silahların ABD silahlı kuvvetleri tarafından Afganistan savaşında, geniş çaplı ve sistematik şekilde olmasa da en azından, salkım bombalarında olduğu gibi, savaşın belirli bir periyodunda etkin şekilde kullanıldığını gösteren makul şüphenin ötesinde delillerin mevcut olduğu görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, insanlar üzerinde olumsuz kimyasal ve biyolojik etkileri olduğu bilinen silahlar askeri gereklilik kapsamında saldırı dışındaki amaçlarla da kullanılabilir. ABD silahlı kuvvetleri belirli zamanlarda, bölgelerde ve şartlarda bu tip silah ve mühimmatı farklı amaçlarla (yer belirtme-işaretleme gibi) çatışma kurallarına uygun olarak kullanmış olabilir. Sözü edilen silahların ne zaman saldırı kastı ile ne zaman savunma veya saldırı dışı başka kasıtlarla gerçekleştirildiğini ayırt etmek için yeterli ve güvenilir veri bulunmamaktadır. Ancak, bu silah ve mühimmatın etkilerine maruz kalan kişilerde ve bölgelerde yapılan tıbbi tetkikler ve saha araştırmaları oldukça kesin sonuçlar vermiştir. Bu sonuçlar, çatışma bölgesinde gereksiz acıya sebebiyet verme olasılığı dikkate değer derecede yüksek olan silahların kullanıldığı kanaatini uyandırmaktadır. Gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ne dereceye kadar ihlal edildiği konusunda kesin bir yargıya ulaşabilmek için ayrıntılı saha araştırmaları yapmak, devlet görevlileri ve askeri yetkilileri ısrarlı ve sürekli şekilde konu hakkında kamuoyunu bilgilendirmeye davet etmek ve vakaları bilimsel yöntemlerle inceleyerek nesnel sonuçlara ulaşmak gerekmektedir. Ancak yukarıda açıklanan mevcut araştırma sonuçları bile, gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ihlal edildiğini doğrular niteliktedir. Bu noktadan hareketle, ABD silahlı kuvvetlerinin Afganistan askeri müdahalesi kapsamında gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesini düzenleyen La Hey Sözleşmesi'nin 4 Numaralı Düzenlemesi'ne ait 23(e) maddesi ile, Cenevre Sözleşmeleri'ne ait P1'de yer alan 35.1. ve 35.2. maddelerini; uluslararası hukukun yukarıda bahsedilen diğer ilgili antlaşmalarını ve örf-adet hukuku kurallarını ihlal ettiği sonucuna varılması kaçınılmaz görünmektedir.

Gereksiz acıya neden olan silahların kullanımı çerçevesindeki tartışmalar, bu çalışmada incelenen diğer silahlı çatışma hukuku ihlalleri gibi, ABD Yönetimi tarafından hukuki içerikten uzaklaştırılarak yüksek düzeyde politize edilmiştir. Rumsfeld ve Wolfowitz gibi yeni-muhafazakarlar, kendi dünya görüşlerini haklı

olmamış, merkez ve sağ kanat partileri uranyumun yasaklanmasıyla ilgili bir girişime sıcak bakmamışlardır.

kılmak adına, işlenen suçları görmezden gelmeyi tercih etmişlerdir. Politika bir kez daha hukuka üstün gelirken, aslında sistem, sorumlu karar alıcıların bu vasıfsız davranışları ile, bir yerde kendi yetersizliğini ilan etmiştir. Kaygı verici olan ise, hukuka meydan okuyan politikanın bizatihi politikacılar tarafından ahlaki çürümüşlüğü'nün göstergesi haline getirilmiş olmasıdır. Eleştirel teoriye postyapısalcı perspektiften destek veren Jean Baudrillard'ın "Terörizmden kurtulmanın karşılığında ne verirsiniz?" şeklindeki kışkırtıcı sorusunda dile getirmeye çalıştığı gibi, ABD'li politikacılar aslında tehdit olarak gördükleri Taliban ve El-Kaide'yi tasfiye amacıyla belirli hukuk ilkelerinden ödün vermeye hazır olmuşlardır.⁵²⁴ Burada Baudrillard'ın yorumu oldukça açıklayıcıdır. Düşünür, sistemin teröre ancak polis devleti uygulamasıyla karşı gelmeye çalıştığını vurgulayarak, 'devletin teröristlerden daha terörist' olduğunu savunmuştur. Kuşkusuz bu yargı eleştirel teoriye özgü bir analogi içermektedir. Burada kastedilen, elbette ABD'li politikacıların terör örgütü üyesi oldukları veya teröre fiilen destek verdikleri değil, söylem ve yöntemlerinin terörün amaç ve araçlarını çağrıştırdığıdır. ABD silahlı kuvvetlerinin kullandığı silah ve mühimmatın neden olduğu sivil zayıat da bu yargıyı destekler mahiyettedir. Bu bölümde incelenen gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesinin ihlali ve daha geniş anlamda Afganistan askeri müdahalesi kapsamında tanık olunan silahlı çatışma hukuku ihlalleri, işte tam da bu anlayışın sonucunda meydana gelmiştir.

ABD'nin Afganistan'da neden olduğu hukuksuzluğu anlamada, eleştirel teori tarafından beslenen eleştirel hukukun tezlerinden biri de yardımcı olacaktır. Eleştirel hukukun 'gizemleştirme' tezine göre, hukuk kuralları belirli gerçekleri maskelemek için kullanılabilir. Söz konusu tez, üç temel metodu kapsamakta olup, bunlar meşrulaştırma, başka türlü gösterme ve şeyleştirme.⁵²⁵ Aktaş'a göre, meşrulaştırma metodu, rasyonel nedenlere başvurmak suretiyle egemenlik sistemlerine ilişkin meşruluk inançlarını güçlendirmek için kullanılırken; başka türlü gösterme metodu, başkaları adına çıkar gruplarının yararına hizmet ettiği gerçeğini gizlemek; şeyleştirme metodu ise, soyut şeyleri maddi şeyler gibi temsil etme amacına hizmet etmektedir.⁵²⁶ Wolfowitz'in düşmana karşı insancıl davranma ilkesine uyduklarını ama savaşı kazanmaları gerektiğini açıklaması meşrulaştırma metodu için bir örnek teşkil ederken; beyaz fosfor kullanımı konusunda ABD'nin karşı propaganda ile söz konusu maddenin kullanımından asıl sorumlu olanın Taliban olduğunu açıklaması da, esasen başka türlü gösterme metodunun bir uygulamasıdır. Rumsfeld'in kurbanların maruz kaldıkları seyretilmiş uranyum

⁵²⁴ Jean Baudrillard, *Çaresiz Stratejiler*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2002, s.42.

⁵²⁵ Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, s.33.

⁵²⁶ a.g.e., s.34.

miktarının zararsız olduğunu, asgari radyoaktif madde alımıyla ilgili bilimsel gerçeklerle kıyaslayarak maddi bir gerçekmiş gibi göstermesi ise, şeyleştirme metodunun göstergesi olarak kabul edilebilir. Bu söylem ve eylemler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ABD'nin, Afganistan savaşında meydana gelen silahlı çatışma hukuku ihlallerini savunabilmek adına, eleştirel hukukun gizemlileştirme tezine dayalı bir stratejiyi benimsediği ileri sürülebilir. Bu araştırma boyunca çeşitli vesilelerle açıklanmaya çalışılan Amerikan siyaset ahlakı ve karar verme mekanizmasının çalışma yöntemleri hatırlandığında, sahip olunan gücün korunması uğruna bu tip Makyavelist bir stratejinin benimsendiğini görmek herhalde şaşırtıcı olmayacaktır.

SONUÇ

Afganistan'da 9/11'in hemen ardından ABD liderliğindeki ISAF birlikleri tarafından gerçekleştirilen müdahale, askeri, jeopolitik, siyasi ve hukuki içerikli derin tartışmalara neden olmuş, ancak hepsinden çok, silahlı çatışma hukuku kapsamında meydana gelen ihlaller açısından geniş bir tartışma konusu haline gelmiştir. ABD, 'teröre karşı küresel savaş' gibi akademik terminolojide yeri olmayan popülist bir isimle meşru kılmaya çalıştığı bu müdahaleyi, ulusal olduğu kadar bölgesel ve küresel ölçekli bir tehdit algısına tepki olarak gerçekleştirmiştir. Tartışmalı bir ulusal güvenlik kaygısının arkasına gizlenen bir bölgesel kontrol ve hegemonya arayışı, ABD'nin bu müdahaledeki temel motivasyonu olmuştur. Savaşın amacı, Afganistan'daki Taliban hükümetini düşürmek ve El-Kaide terör örgütünü, en azından bu ülkenin sınırları içinde, etkisiz duruma getirmek olarak belirlenmiş, ancak bu amaca ulaşmak için düzenlenen askeri harekatlarda büyük ölçüde sivil zayıyata neden olunmuş ve uluslararası antlaşmalarda düzenlenen temel insan hakları ihlal edilmiştir. En önemlisi ise, silahlı çatışma hukukunu düzenleyen temel antlaşma olan Cenevre Sözleşmeleri'nin savaş esirlerine ve sivillere sağladığı hukuki güvenceler dikkate alınmamıştır.

Cenevre Sözleşmeleri'nin yaratıcısı ve gözeticisi olan ICRC'nin kılavuz niteliğindeki önemli çalışması incelendiğinde, silahlı çatışma hukuku kapsamında düzenlenen haklar ve yasaklamaların belli bir tasnife tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre, sözkonusu haklar ve yasaklamaların belli ilkeler çerçevesinde ele alındığı ve bu ilkelerin başlıca üç ana grup dahilinde tanımlandığı görülmüştür. Bunlar, insani davranış ilkesi, ayırt etme ilkesi ve silahlı çatışmada kullanılabilecek silahlarla ilgili gereksiz acıya sebebiyet vermeme ilkesidir. Literatürde bazen müstakil başlıklar altında tanımlanan ilkelerden askeri gereklilik, sözü edilen ICRC çalışmasında bağımsız bir ilke olarak ele alınmamış, orantılılık ise ayırt etme başlığının içindeki bir altbaşlık olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmada da bu sınıflandırma sistemi esas alınmıştır. Çalışmanın amacı, ISAF içindeki en etkin güç olan ABD silahlı kuvvetlerinin Afganistan askeri müdahalesi sırasında silahlı çatışma kurallarını ihlal edip etmediğini bulmak, edilen kurallar varsa bunların hangileri olduğu ve ne şekilde ihlal edildikleri hakkında bir sonuca ulaşmaktır.

Çalışmada, önce savaş sırasında ABD kuvvetleri tarafından alıkoyulan Taliban ve El-Kaide militanlarının POW statüsünde sayılıp sayılmayacakları hakkındaki görüşler incelenmiş; alıkoyulanların yargılama sürelerindeki uzunluk ve hakim önüne çıkarılmalarındaki gecikmelerin silahlı çatışma hukuku açısından ne gibi sonuçlar doğurduğu araştırılmıştır. Bu çerçevede, ABD Yönetimi ve bazı akademik çevrelerin

El-Kaide ve Taliban militanlarının savaşı statüsünde olmamaları nedeniyle POW haklarından yararlanamayacakları görüşünü savundukları görülmüştür. ABD Savunma Bakanlığı'nın resmi açıklamasında, El-Kaide'nin kendisini sivillerden ayırmaması, silahlı çatışma hukuku kurallarına uymaması ve bir terörist örgüt olması nedeniyle Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olamayacağı iddia edilmiştir. Bu koşullar altında, örgüt militanlarının da POW statüsünde kabul edilemeyecekleri belirtilmiştir. Ancak araştırma sırasında, literatürde bu görüşe karşı ciddi bir muhalefet olduğu görülmüştür. Uluslararası hukuk alanındaki çalışmalarıyla tanınan Marco Sassöli, C4'te yer alan "Bir ihtilâf veya işgal halinde, ihtilâfa dahil bir tarafın işgal devletinin, her ne zaman ve her ne tarzda olursa olsun, eline düşen ve onların milliyetinde olmayan şahıslar işbu Sözleşme'nin koruması altındadır." hükmüne dikkat çekerek, savaşı konumuna girmeyen kişilerin C4 kapsamında korunma altına alınmaları gerektiğini savunmuştur. Sassöli, Taliban ve El-Kaide militanlarının POW statüsüne sahip olduğunu, bu konumdaki kişilerin 'imtiyazsız savaşı' olarak tanımlanabileceğini iddia etmiştir. Zaten Cenevre Hukuku da, uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma sırasında statüleri belirlenemeyen kişilerin savaşı konumunda kabul edilerek haklarının buna göre düzenlenmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. Silahlı çatışma hukuku, savaşı ve sivil dışında bir üçüncü statü tanımamış, böylelikle, savaşı statüsünde olmayan herkesin sivil sayılacağı ve sivillere tanınan haklardan ve korumalardan yararlanabileceğini öngörmüştür.

Öte yandan ABD, siyasi bir saikle, bir tür ara kategori yaratarak bu kişileri 'kanunsuz savaşı' olarak tanımlamış, bu kişilerin sahip olması gereken hakları ve korumaları bu keyfi sınıflandırma dahilinde düzenlemeye çalışmıştır. Sonuç olarak bu uygulama da, silahlı çatışma hukukunun kural ve ilkelerine aykırı olarak alıkoyulanların temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline zemin hazırlamış, bu ihlallerin meşru kılınması için yapay bir hukuki çerçeve oluşturmuştur. ABD, bu görüşünü, ancak Anayasa Mahkemesi'nin *Hamdi v. Rumsfeld* davasında verdiği, alıkoyulanların olağan kanun yolundan yararlanabileceklerini belirten kararından sonra değiştirerek, bu kişilerin *habeas corpus* haklarını kabul etmiştir. Bununla birlikte, bu hükümlere her zaman mesafeli duran Yönetim, yargı ile adeta bir hukuk savaşına girmiş, Anayasa Mahkemesi'nin kararları, Kongre tarafından çıkarılan yeni düzenlemelerle aşmaya çalışılmıştır. Tez yazarının bu araştırmayı yaparken karşılaştığı en ilgi çekici gerçeklerden biri de, ABD Anayasa Mahkemesi üyelerinin siyasi iktidarın tasarrufları karşısında boyun eğmeyen tavırları olmuştur. Afganistan savaşı mağdurlarının çektikleri maddi ve manevi acılar hiçbir şartta telafi edilemeyecekse de, en azından 'yüce divan' rolü oynayan bir kurumun, bu kişilere

yapılan hukuksuz uygulamaları doğru şekilde tespit edip adaletin tecellisine yardımcı olması hukuk adına cesaret vericidir.

Araştırma sırasında, ABD silahlı kuvvetlerine ve istihbarat topluluğuna bağlı bir kısım personelin, POW statüsü tanınmayan bu kişiler üzerinde fiziki ve ruhsal zorlama yöntemleri uyguladıkları görülmüştür. Küba'daki Guantanamo Bay ve Afganistan'daki Bagram üslerinde tutuklu bulunan Taliban ve El-Kaide militanları ile, bu hareket ve örgütle hiçbir ilişkisi olmadıkları kanıtlanan siviller uzun süre işkence görmüş, kendilerine ne gerekçeyle alıkoyuldukları söylenmemiş, adil yargılama ilkesine aykırı şekilde uzun süre alıkoyularak hakim önüne çıkarılmamışlardır. Bu uygulamaların, Cenevre Sözleşmeleri'nde belirtilen ilgili maddelerin ve silahlı çatışma hukuku kapsamındaki insani davranış ilkesinin ihlali olduğuna şüphe yoktur.

Afganistan askeri müdahalesindeki hukuki sorunların en önemlilerinden birini de geçerli hukukun ne olacağı yönündeki tartışmalar oluşturmuştur. Bir görüş, *lex specialis* ilkesinden yola çıkarak silahlı çatışma hukukunu tek geçerli hukuk olarak kabul etmiş, karşıt görüş ise, insan hakları hukukunun savaş zamanında askıya alınamayacağını öne sürerek bu hukuk alanındaki düzenlemelerin de geçerli olduğunu savunmuştur. Bu tez, ihlalleri incelerken temelde birinci görüşe ait olan hukuk düzenlemelerini esas almışsa da, ikinci görüşe daha yakındır. İnsan hakları hukuku, çeşitli uluslararası hukuk uzmanlarının da belirttiği üzere, hem barış hem savaş zamanında bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için oluşturulmuştur. Bütün savaşlarda, Cenevre Sözleşmeleri'yle birlikte insan hakları hukukuyla ilgili uluslararası antlaşmaların da uygulanması, gerek savaşçı gerek sivil statüsünde bulunan kişilerin korunma altına alınması için şarttır.

Afganistan savaşında ihlal edilen silahlı çatışma hukuku ilkelerinden birinin de ayırt etme ilkesi olduğu görülmüştür. Uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda sivillerle askeri hedeflerin ayırt edilmesi silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu çalışma kapsamında yapılan incelemelerde, ABD silahlı kuvvetlerinin Afganistan'daki Taliban ve El-Kaide hedeflerine karşı düzenlediği saldırılarda pek çok sivilin yaralanmasına ve hayatını kaybetmesine neden olduğu anlaşılmıştır. Bu fiiller de, doğal olarak, Cenevre Hukuku'nun açık bir ihlali olarak değerlendirilmiştir.

ABD silahlı kuvvetleri, gereksiz acıya sebebiyet verecek silah ve mühimmatın kullanımı konusunda da yeterli duyarlılığı göstermiş gibi görünmemektedir. Çatışmalar sırasında, savaşçı statüsündeki kişilere ve sivillerin yaralanmasına ve ölümlerine neden olabilecek silahların kullanıldığıyla ilgili kayda değer nicelik ve nitelikte resmi açıklama veya bilimsel araştırma verisi bulunamamıştır. Bununla birlikte, hükümet-dışı kuruluşların, yerel, ulusal ve uluslararası medyanın rapor,

bulgu ve haberlerine göre, savaşta gereksiz acıya sebebiyet verebilecek silahların kullanıldığı kesindir. ABD silahlı kuvvetleri, beyaz fosfor, salkım bombası ve seyreltilmiş uranyum ihtiva eden mühimmat kullanmak suretiyle, La Hey Hukuku ve Cenevre Hukuku'nun temel ilke ve kurallarını ihlal etmiştir.

Sonuç olarak, ABD silahlı kuvvetlerinin ve istihbarat topluluğunun Afganistan savaşında gerçekleştirilen askeri harekatlarda silahlı çatışma hukukuna ait asli kuralları ve ilkeleri ihlal ettikleri açıktır. ABD ordusu, ISAF içinde üstlendiği lider konumuna uygun hareket etme konusunda ciddi zaafiyetler göstermiştir. Bununla birlikte, tezin yazarı, tam da bu aşamada bir hususun belirtilmesinde yarar görmektedir. Bu tez, mesnetsiz, kronik bir Amerikan-karşıtı duruşun ifadesi değildir. ABD'nin, en azından kuramsal olarak, temsil ettiği özgürlükçü dünya görüşüne veya demokratik siyaset felsefesine meydan okumak gibi bir niyeti de yoktur. Dahası, bu çalışmanın varsayımlarından biri, ABD ordusunun, köklü gelenekleri olan, yüksek nitelikli donanım ve eğitime sahip bütün ordular gibi, belirli ahlaki ilkelere sahip olduğu yönündedir. ABD silahlı kuvvetleri mensuplarının temsil ettikleri değerleri belirtmek için kullanılan klasik 'bir subay ve centilmen' gibi davranma terimi, özellikle Irak ve Afganistan savaşlarında yaşananlardan sonra içi boş bir slogan gibi görünse de, her zaman Amerikan askerlerinin sahip olmaları gereken duruşu simgelemiştir. Sorumluluk bilincine sahip ve karar alma düzeyinde bulunan pek çok ABD subayının şartlar elverdiği ölçüde insani duyarlılık motivasyonu ile görevlerini yerine getirmeye çalışmalarının arkasında bu düstur vardır. Ancak, ordu içinde bu değerleri pek de umursamayan bazı askeri görevlilerin ve haberalma topluluğu mensuplarının, Afganlıları neredeyse insanlık düzeyine ulaşamamış kişiler olarak gören anlayışı, yozlaşmış siyasi iktidarın hegemonya hevesi ve hepsinden öte, savaşın karmaşık doğası, bu ülkede gerçekleşen askeri harekatlarda büyük acıların yaşanmasına neden olmuştur. Neticede, Francis Lieber'in temellerini attığı hukuk ahlakına dayalı Amerikan askeri geleneği, bugün aynı hukukun saldırgan bir siyaset anlayışı doğrultusunda ihlal edilmesine engel olamamıştır.

ABD silahlı kuvvetleri ve istihbarat topluluğu, ne yazık ki, temsil ettikleri özgürlükçü değerlerden çok, politik tahakküm üzerine kurulmuş bir stratejinin enstrümanı haline gelmişlerdir. Meşru müdafa gerekçesiyle 9/11 sonrasında gerçekleşen savunma refleksi, esasında hem bir güvenlik paranoyasını yansıtan, hem bölgesel ve küresel jeopolitik üstünlük arayışını simgeleyen bir hareket olarak yorumlanabilir. ABD, sahip olduğu muazzam ekonomik zenginlik nedeniyle, her zaman kaybedebileceği çok şey olduğuna dair derin bir kuşku ve patalojik bir tedbirlilik hali ile yaşamış ve yaşamaktadır. Aynı zamanda ABD, muhtemelen kuruluşundan bugüne, ülkedeki yönetim ve yasama mekanizmasının arkasında

bulunun küresel kapitalin dikte ettiği emperyal politikaları uygulayan bir egemen güç olagelmıştır. Politik çıkar grupları ile sermaye, biyolojik bir benzetmeyle söylemek gerekirse, adeta sembiyotik bir ilişki içinde karşılıklı olarak birbirlerine bağlı şekilde varlıklarını sürdürmektedirler. Böylesine yozlaşmış bir sistemin sahip olduğu güvenlik ve tehdit algısı, neo-liberal ekonomik anlayış üzerine kurulu küreselleşme stratejisiyle birleştiğinde, sonuç, elbette mutlak kontrol isteği ve bu kontrolü sağlamak adına gerektiğinde askeri güce başvurma eğilimidir. Böylesine hükümrان bir güçlü olma ve yönetme arzusu ile gerçekleştirilen savaşlarda ise ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının uygulandığına dair bir emare aramak beyhude bir çaba olacaktır. Afganistan savaşındaki silahlı çatışma hukuku ihlallerinin temelinde yatan da budur.

ABD, sahip olduğu dünya görüşlerini bu saldırganlıkla ifade etmeye çalıştığı sürece, ne yazık ki, eleştirel teorinin öngörülleri doğru çıkacak gibi görünmektedir. Adorno ve Horkheimer'in insan türüne genelleştirerek savunduğu, sözde-demokrat dejenere olmuş emperyal sistemin 'kendi kendisini yok edeceği' savı, tam da Amerikan yayılcılığının ve savaş kültürünün nihai varış noktasını ifade etmektedir. Eleştirel teorinin söylemi burada her ne kadar simgesel bir değer taşımaktaysa da, içerdiği mesaj boş bir kehanet değildir. Tahakküm hevesinin yayılcılığı tetikleyeceği, yayılcılığın ise çoğu zaman savaşlara neden olacağı, bu saiklerle gerçekleştirilen savaşların da uluslararası hukukun temel kural ve normlarına uygun olmayacağı açıktır. Bu süreçte en büyük zararı gören de, devletler hukukunun en önemli alanlarından biri olan silahlı çatışma hukuku olacaktır.

Elbette uluslararası hukukun yüzyüze kaldığı bu tehlikeyi bütünüyle ortadan kaldırmayı hedeflemek, ütöpik bir beklenti olmaktan öte bir değer ifade etmez. Ancak bu gerçek, zararı asgariye indirmek için ilgili çevreler tarafından sürdürülebilir çalışma planları yapıp uygulanamayacağı anlamına da gelmez. Kendilerinde bu konuyla ilgili bir sorumluluk gören kurumların hepsi, silahlı çatışma hukukunun taşıdığı önemi, Afganistan savaşından alınan dersler doğrultusunda, ulusal ve uluslararası kamuoyuyla paylaşmalıdır. Bu çerçevede, silahlı çatışma hukukuyla ilgili öteden beri ciddi bilimsel araştırmalar yapan ICRC, Afganistan özeline inerek, bu hukuk alanındaki ihlallere ait daha ayrıntılı saha araştırmaları gerçekleştirmelidir. Bu araştırmalar, Cenevre Hukuku'nun hangi fiillerin ne şekilde gerçekleşmesi sonucu ihlal edileceği sorularını cevaplayarak, konu hakkında bir kamu bilinci uyandırılmasında faydalı olacaktır. Human Rights Watch ve Amnesty International gibi hükümet-dışı kuruluşlar, Afganistan'da yaşananlarla ilgili bulgularını uluslararası toplulukla daha etkin şekilde paylaşarak, siyasi iktidarlar üzerinde demokratik yöntemlerle bir sivil toplum baskısı yaratmalıdır. Böyle bir baskının oluşturulması

durumunda, siyasi iktidar mekanizmalarının savaşıla ilgili kararlar alırken keyfi tasarruflar doğrultusunda sorumsuzca davranamayacakları muhtemeldir. Düşünce kuruluşları, Afganistan’da tanık olunan silahlı çatışma hukuku ihlallerinden yola çıkarak, bu ülkede ve dünyanın farklı ülkelerindeki silahlı çatışmalarda vuku bulan ihlaller konusunda araştırmalar gerçekleştirerek, uluslararası hukukun bu önemli dalının gelişimine katkıda bulunmalıdırlar. Yüksek eğitim kurumları ise, silahlı çatışma hukukuyla ilgili bir müfredat belirleyerek, bu hukuk alanını, üniversitelerin ilgili ana bilim dallarında zorunlu veya seçmeli ders olarak verilmesini sağlamalıdırlar. Örnek olay olarak Afganistan savaşında yaşananların tarafsızca inceleneyeği böyle bir dersin, gerek uluslararası ilişkiler gerek uluslararası hukuk alanlarında öğrenim gören öğrenci ve araştırmacılar için faydalı olacağı muhakkaktır. Bu eğitimi alan uzmanlar, ileride gerçekleşebilecek benzeri silahlı çatışma durumlarında kendi ülkelerinin, müttefik ülkelerin ve düşman ülkelerinin uymaları gereken hukuk kuralları konusunda siyasi iktidarlara ve silahlı kuvvetleri bilgilendirerek, gerçekleşmesi olası ihlallerin önüne geçilmesinde önemli rol oynayacaklardır. Harp hukuku, ancak böylesine bütünleşik, planlı ve kararlı eylemlerle güçlendirildiğinde, savunduğu temel değeri olan insancılığı koruyabilecek kuvvete sahip olabilecektir. Çiçero’nun “Savaş zamanında yasalar sessizdir.” sözünün yansıttığı acımasız gerçekçiliği reddetmek mümkün değildir. Ancak erdemli insanların da, en azından savaşı düzenleyen bir takım yasalar olduğunu akıllarında tutarak, o yasaları gerekli olduğu durumlarda uygulamaya çalışmaktan başka seçenekleri yoktur.

KAYNAKÇA

MAKALELER

ADHAMI Wael, "The Strategic Importance of The Internet for Armed Insurgent Groups in Modern Warfare" International Review of The Red Cross, December 2007, Vol.89, No.868

AGGER Ben, "Critical Theory, Poststructuralism, Postmodernism: Their Sociological Relevance", Annual Review of Sociology, 1991, Vol.17

AHMAD Khabir, "Human-rights Concerns Raised About Northern Alliance", The Lancet, 2001, Vol.358

ALSTON Philip, "Global Human Rights Monitoring, New Technologies and The Politics of Information" European Journal of International Law, 2012, Vol.23, No.4

ASHCROFT John D., "Luncheon Address: Securing Liberty", Regent University Law Review, 2009, Vol. 21:285,

AYUB Fatima, KOUVO Sari, "Righting The Course? Humanitarian Intervention, The War on Terror and The Future of Afghanistan", International Affairs, 2008, Vol.84, No.4

BALKIZ Bekir, "Frankfurt Okulu ve Eleştirel Teori: Sosyolojik Pozitivizmin Eleştirisi", Sosyoloji Dergisi, 2004, sayı: 12-13

BARBER Rebecca J., "The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in The Armed Conflict in Afghanistan", Journal of Conflict & Security Law, 2010, Vol.15, No.3

BARON Ilan Zvi, "Dying for The State: The Missing Just War Question?", Review of International Studies, January 2010, Vol. 36, Issue 01,

BEARD Jack M., "The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations", The American Journal of International Law, 2007, Vol.101

BELLAL Annyssa, GIACCA Gilles, CASEY-MASLEN Stuart, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", International Review of The Red Cross, March 2011, Vol.93, No.881

BERNARD HUYGHE Francois-, "The Impurity Of War", International Review of The Red Cross, March 2009, Vol.91, No.873

BIANCHI Andrea, "Terrorism and Armed Conflict: Insights From a Law&Literature Perspective", Leiden Journal of International Law, 2011, Vol.24

BLOOM Matthew, "'I Did Not Come Here to Defend Myself': Responding to War on Terror Detainees' Attempts to Dismiss Counsel and Boycott the Trial", The Yale Law Journal, 2007, Vol.117, No.1

BOLTON Matthew, NASH Thomas, "The Role of Middle Power–NGO Coalitions in Global Policy: The Case of The Cluster Munitions Ban", *Global Policy*, 2010, Vol.1, Issue 2

BOOTHBY Bill, " 'And For Such Time As': The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *International Law and Politics*, 2010, Vol.42

BORRIE John, CAVE Rosy, "The Humanitarian Effects of Cluster Munitions: Why Should We Worry?", *Disarmament Forum*, 2006, Vol.4

BOVARNICK Jeff A., "Detainee Review Boards in Afghanistan: From Strategic Liability to Legitimacy", *The Army Lawyer*, June 2010, Issue 445

BRADLEY Curtis A., GOLDSMITH Jack L., "Congressional Authorization and The War on Terrorism", *Harvard Law Review*, May 2005, Vol.118, No.7

BRUNSTETTER Daniel, BRAUN Megan, "The Implications of Drones on the Just War Tradition", *Ethics & International Affairs*, 2011, Vol.25, No.3

CARVIN Stephanie, "The Trouble with Targeted Killing", *Security Studies*, 2012, Vol.21:3

CHESNEY Robert M., "Boumediene v. Bush", *The American Journal of International Law*, Oct., 2008, Vol.102, No.4

CHESNEY Robert M., "Who May Be Held? Military Detention Through The Habeas Lens" *Boston College Law Review*, 2011, Vol.52

CHRISTENSEN Eric, "The Dilemma of Direct Participation in Hostilities", *Journal of Transnational Law & Policy*, Spring 2010, Vol.19.2, 281-309

COHN Marjorie, "Bombing of Afghanistan is Illegal and Must Be Stopped", *International Review of Contemporary Law*, 2002, Vol.51, Special ed.

CROOK John R. (ed.), "Fourth Circuit Affirms Conviction of CIA Contractor for Detainee Death", *The American Journal of International Law*, 2009, Vol.103, No.4

DAVIS Morris D., "The Influence of Ex Parte Quirin and Courts-Martial on Military Commissions", *Northwestern University Law Review Colloquy*, 2008, Vol.103

DILL Janina, "The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More than a Moral Plea?", *Proceedings of the Annual Meeting*, 2009, Vol.103

DILLER Paul, "Habeas and (Non-) Delegation", *The University of Chicago Law Review*, Spring 2010, Vol.77, No.2

DILLER Paul, "Habeas and (Non-)Delegation", *The University of Chicago Law Review*, Spring 2010, Vol.77, No.2

DORF Michael C., "The Detention and Trial of Enemy Combatants: A Drama in Three Branches", *Political Science Quarterly*; Spring 2007, Vol. 122, No.1

DOSWALD-BECK Louise, "The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All The Answers?", *International Review of The Red Cross*, 2006, Vol.88, No.864

DOWNES Alexander B., "Desperate Times, Desperate Measures: The Causes of Civilian Victimization in War", *International Security*, 2006, Vol.30, No.4

DROEGE Cordula, "Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges", *International Review of The Red Cross*, September 2008, Vol.90, No.871

DURKEE Melissa J., "Beyond The Guantánamo Bind: Pragmatic Multilateralism in Refugee Resettlement", *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, Vol.42

DUXBURY Alison, "Drawing Lines in The Sand: Characterising Conflicts for The Purposes of Teaching International Humanitarian Law", *Melbourne Journal of International Law*, 2007, Vol.8, 259-272

EICHENSEHR Kristen E., "On Target? The Israeli Supreme Court and The Expansion of Targeted Killings", *The Yale Law Journal*, 2007, Vol.116

EMADI Hafizullah, "State, Modernisation and Rebellion: US-Soviet Politics of Domination of Afghanistan", *Economic and Political Weekly*, January 26, 1991

FALLON Richard H. Jr., MELTZER Daniel J., "Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror", *Harvard Law Review*, 2007, Vol.120, No.8

FOGARTY, Gerard P., "Is Guantanamo Bay Undermining the Global War on Terror?", *Parameters*, Autumn 2005, Vol.35, No.3

GARRISON Arthur H., "The War on Terrorism on The Judicial Front, Part II: The Courts Strike Back" *American Journal of Trial Advocacy*, 2004, Vol.27

GHUFRAN Nasreen, "Pushtun Ethnonationalism and The Taliban Insurgency in The North West Frontier Province Of Pakistan", *Asian Survey*, November/December 2009, Vol.XLIX, No.6

GOODMAN Ryan, "The Detention Of Civilians In Armed Conflict", *The American Journal Of International Law*, 2009, Vol.103

GUEST Ken, "Dynamic Interplay Between Religion and Armed Conflict in Afghanistan" *International Review of The Red Cross*, December 2010, Vol.92, No.880

GÜNEYSU Gökhan, "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı:4

HALLIDAY Fred, "Soviet Foreign Policymaking and the Afghanistan War: From 'Second Mongolia' to 'Bleeding'", *Review of International Studies*, October 1999, Vol.25, No.4

HENDERSON Christian, "Assassination and Targeted Killing - The Killing of Osama Bin Laden", *International and Comparative Law Quarterly*, July 2011, Vol.60

HERNÁNDEZ-LÓPEZ Ernesto, "Guantanamo as Outside and Inside The U.S.: Why Is A Base A Legal Anomaly?" *Journal Of Gender, Social Policy & The Law*, 2010, Vol.18:3

HURKA Thomas, "Proportionality in The Morality of War", *Philosophy & Public Affairs*, Winter 2005, Vol.33, No.1

JACHEC-NEALE Agnieszka, "End Justifies The Means?: Post 9/11 Contempt for Humane Treatment", Roberta Arnold, Noëlle Quénivet (ed.) *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 2008, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden

JOHNSON Thomas H., "Afghanistan's Post-Taliban Transition: The State of State-Building After War", *Central Asian Survey*, March-June 2006, 25

JOKIC Aleksander, "What's A Just War Theorist?", *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, July, 2012, Vol. 4(2)

JOLLMORE Troy, "Terrorism, War, and The Killing of The Innocent", *Ethical Theory and Moral Practice*, 2007, Vol.10, No.4

KAHL Colin H., "How We Fight", *Foreign Affairs*, 2006, Vol.85, No.6

KARACAOĞLU Emine, *Uluslararası İnsani Hukuk ve Uluslararası Kızılhaç-Kızılay Hareketi*, İnsan Hakları Yıllığı, 1994, Cilt.16

KARP Craig M., "The War in Afghanistan" *Foreign Affairs*, Summer, 1986, Vol.64

KULOĞLU Armağan, "ABD'nin Yeni Afganistan Stratejisi ve Türkiye'nin Durumu" *Ortadoğu Analiz*, Ocak 2010, Cilt 2, Sayı 13

LUBAN David, "Liberalism, Torture and The Ticking Bomb", *Virginia Law Review*, 2005, Vol.91

MARAN Rita, "Detention and Torture in Guantanamo", *Social Justice*, 2006, Vol.33, No.4(106)

MARTIN David A., "Judicial Review and The Military Commissions Act: On Striking The Right Balance", *The American Journal of International Law*, 2007, Vol.101, No.2

MARTINEZ Jenny S., "Hamdi v. Rumsfeld", *The American Journal of International Law*, Oct. 2004, Vol.98, No.4

MARTINOT Steve, "The Cultural Roots Of Interventionism In The U.S.", *Social Justice*; 2003; Vol.30, No.1

MAYER Jane, "Outsourcing Torture: The Secret History of America's 'Extraordinary Rendition' Program", *New Yorker*, 14 Şubat 2005

MCDONALD Avril, "Depleted Uranium Weapons: The Next Target for Disarmament?" *Disarmament Forum*, 2008, Vol.3

MCINNES Colin, "A Different Kind of War? September 11 and The United States' Afghan War" *Review of International Studies*, 2003, Vol.29

MCMAHAN Jeff, *Proportionality in The Afghanistan War*, *Ethics & International Affairs*, 2011, Vol.25, No. 2

MÉGRET Frédéric, PINTO Frederick, "Prisoners' Dilemmas': The Potemkin Villages of International Law?", *Leiden Journal of International Law*, Vol.16, 2003, 467-490

MEISELS Tamar, "Combatants: Lawful and Unlawful" *Law and Philosophy*, 2007, Vol.26, No.1

MENDELSON Barak, "Sovereignty Under Attack: The International Society Meets The Al Qaeda Network", *Review of International Studies*, 2005, Vol.31, Issue 01

MERON Theodor, "The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience" *The American Journal of International Law*, 2000, Vol.94, No.1

MEVLÜTOĞLU Arda, "Modelleme ve Simülasyon Teknolojilerinin Tedarik Süreç Yönetiminde Kullanılması ve Simülasyon Tabanlı Tedarik Yöntemi", *Savunma Sanayi Gündemi Dergisi*, Mayıs 2010, Sayı 11

MOON John Ellis van Courtland, "The Death of Distinctions: From 9/11 to Abu Ghraib", *Politics and the Life Sciences*, 2005, Vol.23, No.2

MUNIR Muhammad, "The Layha for the Mujahideen: An Analysis of the Code of Conduct for the Taliban Fighters Under Islamic law", *International Review of The Red Cross*, March 2011, Vol.93, Issue 881

MURPHY Richard, RADSAN Afsheen John, "Due Process and Targeted Killing of Terrorists", *Cardozo Law Review*, 2009, Vol.31:2

NEOCLOEUS Mark, "International Law as Primitive Accumulation; Or The Secret of Systematic Colonization", *The European Journal of International Law*, 2012, Vol.23, No.4

O'CONNELL Marry Ellen, "Seductive Drones: Learning from a Decade of Lethal Operations", *Journal of Law, Information & Science*, 2011

OTTO Roland, *Targeted Killings and International Law*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010

PADMANABHAN Vijay, "To Transfer or Not to Transfer: Identifying and Protecting Human Rights Interests in Non-Refoulment", *Fordham Law Review*, 2011, Vol.80, Issue 1

PAUST Jordan J., "Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan", *Journal of Transnational Law & Policy*, Spring 2010, Vol.19.2

PEJIC Jelena, "The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets The Eye", *International Review of The Red Cross*, March 2011, Vol.93, No.881

RADSAN Afsheen John, MURPHY Richard, "The Evolution of Law and Policy for CIA Targeted Killing", *Journal of National Security Law & Policy*, 2012, Vol.5

RATNER Steven, "Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11", *The American Journal of International Law*, October 2002, Vol.96, No.4

REUVENY Rafael, PRAKASH Aseem; "The Afghanistan War and The Breakdown of The Soviet Union", *Review of International Studies*, 1999, Vol.25

RISHIKOF Harvey, "Powers, Distinctions and The State in The Twenty-First Century: The New Paradigm of Force in Due Process" *Regent University Law Review*, 2009, Vol.21

ROMANIUK Scott Nicholas, "Slaying The Dragon: Combating Al-Qaeda and The Threat of Militant Islam", *Journal of Politics and Law*, March 2012, Vol.5, No.1

ROMANIUK Scott Nicholas, "Slaying The Dragon: Combating Al-Qaeda and The Threat of Militant Islam", *Journal of Politics and Law*, March 2012, Vol.5, No.1

RONA Gabor, "An Appraisal of US Practice Relating to Enemy Combatants", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, Vol.10

ROSCINI Marco, "Targeting and Contemporary Aerial Bombardment", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005, Vol.54, No.2

ROSS James, "Black Letter Abuse: The US Legal Response to Torture Since 9/11", *International Review of The Red Cross* September 2007, Vol.89, No.867

RYAN Maria, "Bush's 'Useful Idiots': 9/11, The Liberal Hawks and The Cooption of The 'War on Terror' ", *Journal of American Studies*, 2011, Vol.45, Issue 04

SASSÒLI Marco, REISNER Daniel, "Unlawful Combatants: The Law and Whether It Needs to be Revised", *Proceedings of the Annual Meeting*, 2003, Vol.97

SCHEFFER David J., "Introductory Note to Military Commissions Act of 2006", *International Legal Materials*, November 2006, Vol.45, No.6

SCHMITT Michael N., "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *International Law and Politics*, 2010, Vol.42

SCHMITT Michael N., "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal Of International Law*, 2010, Vol.50:4

SCHMITT Michael N., "Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan", *Israel Yearbook on Human Rights*, 2009, Vol. 39

SHAHID Afsar, SAMPLES Chris, WOOD Thomas; "The Taliban: An Organizational Analysis", *Military Review*, May-June 2008

SIDKY Hodayun, "War, Changing Patterns of Warfare, State Collapse and Transnational Violence in Afghanistan: 1978–2001", *Modern Asian Studies*, 2007, Vol.41-4

SINGER Peter, "Wired for War? Robots and Military Doctrine", Joint Force Quarterly, 2009, Issue 52, 1st quarter

SLATER Jerome, "Tragic Choices in the War on Terrorism: Should We Try to Regulate and Control Torture?", Political Science Quarterly, 2006, Vol.121, No.2

SLOSS David L., "Rasul v. Bush" The American Journal of International Law, Oct. 2004, Vol.98, No.4

SOLOMON Steven, KAYE David, "The International Law of Hamdan v. Rumsfeld", Yearbook of International Humanitarian Law, 2005, Vol 8

STEIN Yael, "By Any Name Illegal and Immoral", Ethics & International Affairs, 2003, Vol.17, No.1

SWAZO Norman K., "Exemption from the Torture Ban? A Moral Critique of the Bush Administration's Policy", Public Affairs Quarterly, Jan. 2007, Vol.21, No.1

VAN VEEREN Elspeth, "Captured By The Camera's Eye: Guantánamo and The Shifting Frame of The Global War on Terror", Review of International Studies, 2011, Vol.37, Issue04

VARK Rene, "The Status and Protection of Unlawful Combatants" Juridica International, 2005, Vol.X

VITE Sylvain, "Typology Of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts And Actual Situations", International Review of The Red Cross, March 2009, Vol.91, No.873

WALDRON Jeremy, "Torture and Positive Law: Jurisprudence for The White House", Columbia Law Review, 2005, Vol.105, No.6

WALZER Michael, "Responsibility and Proportionality in State and Nonstate Wars", Parameters, Spring 2009

WUSCHKA Sebastian, "The Use of Combat Drones in Current Conflicts – A Legal Issue or a Political Problem?", Goettingen Journal of International Law, 2011, Vol.3

YAZICI Orhan, "Afganistan'daki Otorite Boşluğunun Tarihi Temelleri ve Bölge Güvenliği Üzerindeki Etkileri", History Studies, 2010, Vol.2.1

YOO John C., "The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Convention", Chinese JIL, 2004, Vol.3

ZALMAN Amy, CLARKE Jonathan, "The Global War on Terror: A Narrative in Need of a Rewrite", Ethics & International Affairs, Summer 2009, Vol.23, Issue 2

KİTAPLAR

ABASS Ademola, International Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Oxford, 2012

ADORNO Theodor, HORKHEIMER Max, Aydınlanmanın Diyalektiği, Felsefi Fragmanlar, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2010

ADORNO Theodor, Minima Moralia, Metis Yayınları, İstanbul, 2005, s.25

AFFAH Ebrahim, GUHR Alexandra Hilal, “Afghanistan: Building a State to Keep The Peace”, (editörler: A. von Bogdandy, R. Wolfrum), Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2005, Vol.9

AKTAŞ Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011

BARNETT Thomas P.M., Pentagon’un Yeni Haritası: 21. Yüzyılda Savaş ve Barış, 1001 Kitap, İstanbul, 2005

BAUDRILLARD Jean, The Spirit of Terrorism, Verso, Londra, 2002

BAUDRILLARD Jean, Simülakrlar ve Simülasyon, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1998

BAUDRILLARD Jean, Çaresiz Stratejiler, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2002

BERGEN Peter, Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Bin Laden, The Free Press, New York, 2001

BRZEZINSKI Zbigniew, Büyük Satranç Tahtası: Amerika’nın Önceliği ve Bunun Stratejik Gerekleri, Sabah Kitapları, İstanbul, 1998

BYRON Christine, “International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage”, M.N. Schmitt ve diğerleri (ed.), Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.13, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2010

COHN Marjorie, “United States Violation of International Law in Yugoslavia, Afghanistan and Iraq”, Joakim Nergelius, Pasquale Policastro, Kenji Urata (ed.), Challenges of Multi-Level Constitutionalism, Polpress Publisher, Chicago, 2004

CRESWELL John W., Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches, London, 2009

CRONIN Audrey Kurth, How Terrorism Ends: Understanding The Decline and Demise of Terrorist Campaigns, Princeton University Press, Princeton, 2009

DANCHIN Peter G., “Transitional Justice In Afghanistan: Confronting Violations Of International Humanitarian And Human Rights Law”, Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.4, 2001

DE COCK Chris, “Counter-Insurgency Operations in Afghanistan - What About The ‘Jus ad Bellum’ and The ‘Jus in Bello’: Is The Law Still Accurate?”, M.N. Schmitt ve diğerleri (ed.), Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.13, T.M.C. ASSER Instituut, The Hague, 2010

DINSTEIN Yoram, War, Agression and Self-Defense, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

GARRAWAY Charles, "Afghanistan and The Nature of Conflict", Michael N. Schmitt (ed.), The War in Afghanistan: A Legal Analysis, Naval War College, Newport, 2009

GRIFFIN David Ray, The New Pearl Harbor: Disturbing Questions About The Bush Administration and 9/11, Olive Branch Press, Northampton, 2004

GROTIUS Hugo, The Rights Of War And Peace - Book II, Natural Law and Enlightenment Classics, Liberty Fund, Indianapolis, 2005

HABERMAS Jürgen, Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012

HENCKAERTS Jean-Marie, DOSWALD-BECK Louise, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, İstanbul, 2005

HOLMES Robert L., On War and Morality, Princeton University Press, Princeton, 1989

HORKHEIMER Max, Akıl Tutulması, Metis Yayınları, İstanbul, 2010

JOHNSON William J., GILLMAN Andrew D. (ed.), Law of Armed Conflict Deskbook, The Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, 2012

KIŞLALI Ahmet Taner, Tanrı'yı Kim Kullanır?, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2011

KOCATEPE Atalay, Silahlı Çatışma Hukuku Açısından Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri El Kitabı, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 2006

MACLEOD I.J., ROGERS A.P.V., "The Use of White Phosphorus and The Law of War", Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.10, 2007

MARCUSE Herbert, Tek Boyutlu İnsan: İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997

MARRS Jim, The Terror Conspiracy Revisited: Deception, 9/11 and The Loss of Liberty, Disinformation Books, New York, 2006

MELZER Nils, Interpretive Guidance on The Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2009

MELZER Nils, Targeted Killing in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2008

OREND Brian, War and International Justice: A Kantian Perspective, Wilfrid Laurier University Press, Ontario, 2000

OTTO Roland, Targeted Killings and International Law, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010

PHARES Walid, The Historical Roots of Jihad, Palgrave Macmillan, New York, 2005

RASHID Ahmed, Taliban: Islam, Oil, and The New Great Game in Central Asia, I. B. Tauris, New York, 2000

SANDOZ Yves, SWINARSKI Christophe, ZIMMERMANN Bruno, Commentary on The Additional Protocols of 8th June, 1977, to The Geneva Convention of 12th August, 1949, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987

SARUP Madan, Post-yapısalcılık ve Postmodernizm: Eleştirel Bir Giriş, Kırk Gece Yayınları, İstanbul, 2010

SCHMITT Michael N. et.al., "Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'Fog of Law'", Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.13, 2010

SERDAR Ziyaüddin, Postmodernizm ve Öteki: Batı Kültürünün Yeni Emperyalizmi, Söylem Yayınları, İstanbul, 2001

SHAW Malcolm N., International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1977

SOLIS Gary D., BORCH Fred L., Geneva Conventions, Kaplan, New York, 2010

SOLIS Gary D., Law Of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War, Cambridge University Press, New York, 2010

STEPHENS Dale, "Blurring The Lines: The Interpretation, Discourse and Application of The Law of Armed Conflict", Yearbook of International Humanitarian Law, Vol.12, 2009

TARPLEY Webster Griffin, 9/11 Synthetic Terror: Made in USA, Progressive Press, Palm Desert, 2011.

TAŞDEMİR Fatma, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

TAŞDEMİR Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK, Ankara, 2006

TOFFLER Alvin, TOFFLER Heidi, 21. Yüzyılın Şafağında Savaş ve Savaş Karşısı Mücadele, Sabah Kitapları, İstanbul, 1994. Askeri müdahale olgusunun emperyal doğasına karşı eleştirel bir yaklaşım için bkz.: Chris Hables Gray, Postmodern Savaş: Yeni Çatışma Politikası, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000

Von CLAUSEWITZ Carl, On War, Pelican Classics, London, 1968

WALTZ Kenneth, Man, The State, and War, Columbia University Press, New York, 1959

WALZER Michael, Arguing About War, Yale University Press, New Haven, 2004

WOODWARD Bob, Bush at War, Simon and Schuster, New York, 2002

WORTHINGTON Andy, The Guantánamo Files: The Stories of the 774 Detainees in America's Illegal Prison, Pluto Press, London, 2007

WRIGHT Lawrence, The Looming Tower: Al-Qaeda and The Road to 9/11, Knopf, New York, 2006

YENİSEY Feridun, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme”, Yeni Türkiye Yargı Reformu (Özel Sayı), Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996

RAPORLAR, BİLDİRİLER, DUYURULAR, ARAŞTIRMA YAZILARI

ABD Adalet Bakanlığı Duyurusu “United States Abandons Detention Based on Designation as Enemy Combatant but Maintains Right to Detain Persons Giving Substantial Support to Terrorism”, The American Journal of International Law, April, 2009, Vol.103, No.2

ABD Temsilciler Meclisi Ulusal Güvenlik Komitesi Raporu, The Khobar Towers Bombing Incident, Staff Report, Ağustos 1996

AKYÜREK Salih, KIBRIS Nursema, ÜNAL Dilara, Afganistan’da Sivil Ölümleri, Bilgesam Yayınları, İstanbul, 2012

ALSTON Philip, Report of The Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, BM İnsan Hakları Konseyi Raporu, A/HRC/14/24/Add.6, 2010

ANDERSON Kenneth, “Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’”, Washington College of Law Research Paper, 2011, No.2011-16

ASHCROFT John D., Regent University Law Review and The Federalist Society for Law & Public Policy Studies National Security Symposium, “Luncheon Address: Securing Liberty” Bildirisi

BAYLIN Catherine, REED Nicholas, SİMCOCK Julian (ed.), An Introduction to International Law for Afghanistan, Afghanistan Legal Education Project (ALEP), Palo Alto, 2011

BM İnsan Hakları Komisyonu Raporu, Situation of Detainees at Guantánamo Bay, 2006

CHESSER Susan G., Afghanistan Casualties: Military Forces and Civilians, Congressional Research Service Raporu, 2012

CONETTA Carl, Strange Victory: A Critical Appraisal of Operation Enduring Freedom and The Afghanistan War, Project on Defense Alternatives Raporu, 2002

COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS Raporu, Micah Zenko, Reforming U.S. Drone Strike Policies, January 2013

DILL Janina, Politika Brifingi, Applying The Principle of Proportionality In Combat Operations, Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, Oxford, 2010

DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ Raporu, Depleted Uranium: Sources, Exposure and Health Effects, Geneva, 2001

ESTREICHER Samuel, "Privileging Asymmetric Warfare (Part II)?: The "Proportionality" Principle under International Humanitarian Law", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 275, 2011

EVIATAR Daphne, Detained and Denied in Afghanistan, How to Make U.S. Detention Comply with the Law, Human Rights First Raporu, May 2011

FEICKERT Andrew, KERR Paul K., Cluster Munitions: Background and Issues for Congress, Congressional Research Service Raporu, 2012

GARCIA Michael John, Interrogation of Detainees: Requirements of the Detainee Treatment Act, Congressional Research Service Raporu, Ağustos 2009

GARRETT James F., U.S. Army War College Raporu, Necessity and Proportionality in The Operation Enduring Freedom VII Campaign, 2008

HANDICAP INTERNATIONAL Raporu, Circle of Impact: The Fatal Footprint of Cluster Munitions on People and Communities, Londra, 2007

HUMAN RIGHTS WATCH Raporu, Blood-Stained Hands: Past Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity, June 2005

HUMAN RIGHTS WATCH Raporu, Enduring Freedom: Abuses by U.S. Forces in Afghanistan, Vol. 16, No. 3 (C), 2004

HUMAN RIGHTS WATCH Raporu, Fatally Flawed: Cluster Bombs and Their Use by The United States in Afghanistan, New York, 2002

HUMAN RIGHTS WATCH Raporu, Troops in Contact: Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan, New York, 2008

KATZMAN Kenneth, Afghanistan: Post-Taliban Governance, Security, and U.S. Policy, Congressional Research Service, September 21, 2012

LITTLETON Brian, Depleted Uranium: Technical Brief, U.S. Environmental Protection Agency Office of Radiation and Indoor Air Radiation, Protection Division Raporu, 2006

LYAKHOVSKIY Aleksandr Antonovich, Inside The Soviet Invasion of Afghanistan and The Seizure of Kabul, December 1979, (Çeviri: Gary Goldberg, Artemy Kalinovsky), Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C., Ocak 2007

MCGRATH Rae, Cluster Bombs: The Military Effectiveness and Impact on Civilians of Cluster Munitions, UK Working Group on Landmines Raporu, Londra, 2000

MEVLÜTOĞLU Arda, "İnsansız Hava Araçları ve Ağ Merkezli Muharebe Kavramı", V. Ulusal Uçak, Havacılık ve Uzay Mühendisliği Kurultayı, Mayıs 2009

MUELLER Karl P., CASTILLO Jasen J., MORGAN Forrest E., PEGAHÍ Negeen, ROSEN Brian, Striking First: Preemptive and Preventive Attack in U.S. National Security Policy, RAND Corporation, 2006

O'CONNELL Mary Ellen, Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 09-43, 2004-2009

SCIENCES INTERNATIONALE, Inc. Raporu, Toxiological Profile For White Phosphorus, 1997

SHAH Sikander Ahmed, The Legality of the ISPU U.S. Drone War in Pakistan, Institute for Social Policy and Understanding Raporu, October 2011

THE 9/11 COMMISSION Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, W. W. Norton & Company, New York, 2004

U.S. Army War College Raporu, James F. Garrett, Necessity and Proportionality in The Operation Enduring Freedom VII Campaign, 2008

UNAMA Raporu, Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2008, January 2009

UNAMA Raporu, Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2009, January 2010

UNAMA Raporu, Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2010, January 2011

UNAMA Raporu, Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2011, January 2012

UNAMA Raporu, Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2012, July 2012

WATKIN K.W., Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts In The 21st Century, Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Hazırlık Raporu, 2003

WEYMAN Tedd, Afghan Field Trip Report 2: Precision Destruction - Indiscriminate Effects, UMRC Raporu, 2002

YUEN Yeung Sik, İnsan Hakları ve Ayrım Gözetmeyen ve Yersiz Yaralanma veya Gereksiz Acıya Sebepiyet Verme Özelliği Olan Kitle İmha Silahları, İnsan Hakları Komisyonu Raporu, 2002

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR, HUKUK METİNLERİ, BASIN BÜLTENLERİ

1868 Saint Petersburg Bildirgesi

1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri

1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri

Amerikalılar-Arası İşkenceyi Yasaklama ve Cezalandırma Sözleşmesi

Anti-Personel Mayın Yasağı Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Basın Bülteni, ECHR 453

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Tutukluların Sorgulanması için Standart Asgari Kurallar Tavsiyesi

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya

Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Kuba-Amerika Antlaşması (1903 Kiralama Antlaşması)

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

KANUNLAR

1974 ABD Hızlı Yargı Yasası

ABD 2006 Askeri Komisyonlar Yasası

ABD Anayasası

Lieber Kodu

Magna Carta

BM GÜVENLİK KONSEYİ KARARLARI, ABD HÜKÜMET YÖNERGELERİ, BAŞKANLIK EMİRLERİ, DEVLET AÇIKLAMALARI, MEKTUPLAR, MEMORANDUMLAR

ABD 23 Nolu Başkanlık Karar Yönergesi

ABD Başkanlık Yürütme Emri 13440

ABD Kongresi Ortak Önergesi (Joint Resolution - S.J. Res. 23), SEC. 2. (a), Public Law 107-40, 107th Congress

ABD Savunma Bakanlığı Askeri Emri: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism

ABD Savunma Bakanlığı Savaşçı Statüsü Değerlendirme Mahkemeleri Kuruluş Memorandumu

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1373 Sayılı Kararı [S/RES/1373 (2001)]

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1386 Sayılı Kararı [S/RES/1386 (2001)]

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1413 Sayılı Kararı [S/RES/1413 (2002)]

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1510 Sayılı Kararı [S/RES/1510 (2003)]
Daniel Levin, James B. Comey Memorandumu
David H. Petraeus, Counterinsurgency (COIN) Guidance
David W. Glazier, "Rise Of The Drones II: Examining The Legality of Unmanned Targeting", ABD Temsilciler Meclisi oturum görüşmesi
Jay Bybee, Alberto R. Gonzales Memorandumu
John Yoo, Hukuk Danışmanlığı Ofisi Memorandumu
Joint Publication 1-02, Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, Washington, D.C., 2010
Remarks by Homeland Security Under Secretary Allen, October 8, 2008, Foreign Policy Bulletin, Fall 2009
Remarks by President Obama, June 22, 2011, Foreign Policy Bulletin, September 2011
Remarks by Secretary of Defense Gates, January 27, Foreign Policy Bulletin, Fall 2009
Response of The United States to Request for Precautionary Measures - Detainees in Guantanamo Bay, Cuba; International Legal Materials, 2002, Vol.41, No.4
S/2001/946 Nolu Birleşmiş Milletler ABD Daimi Temsilcisinin Güvenlik Konseyi Başkanına Mektubu
Selected Speeches of President George W. Bush, 2001 – 2008

ULUSAL VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI VE TUTANAKLAR

ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Boumediene v. Bush (Lakhdar Boumediene, et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al.)
ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Ex Parte Quirin (Ex parte Richard Quirin; Ex parte Herbert Hans Haupt; Ex parte Edward John Kerling; Ex parte Ernest Peter Burger; Ex parte Heinrich Harm Heinck; Ex parte Werner Thiel; Ex parte Hermann Otto Neubauer; United States ex rel. Quirin v. Cox, Brig. Gen., U.S.A., Provost Marshal of the Military District of Washington, and 6 other cases)
ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Faretta v. California, 422 U.S.
ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Hamdan v. Rumsfeld (Salim Ahmed Hamdan, Petitioner v. Donald H. Rumsfeld, United States Secretary of Defense; John D. Altenburg, Jr., Appointing Authority for Military Commissions, Department of Defense; Brigadier General Thomas L. Hemingway, Legal Advisor to the Appointing Authority for Military Commissions; Brigadier General Jay Hood, Commander Joint Task Force, Guantanamo, Camp Echo, Guantanamo Bay, Cuba; George W. Bush, President of the United States)

ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Hamdi v. Rumsfeld (Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi as next friend of Yaser Esam Hamdi, Petitioners v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.)

ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, McKaskle v. Wiggins, 465 U.S.

ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Rasul v. Bush (Shafiq Rasul, et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al.; Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al., Petitioners v. United States, et al.)

ABD Anayasa Mahkemesi Kararı, Shafiq Rasul, et al., (Davacılar), v. George W. Bush, et al., (Davalılar), Davacıların Esasa Dair Dava Özeti (Petitioners' Brief on The Merits), Dava No.03-334

ABD Dördüncü Daire Temyiz Mahkemesi Kararı, (No. 02-6895)

D.C. Asliye Mahkemesi Kararı [Civil Action No. 04-1519 (JR)]

D.C. Temyiz Mahkemesi Kararı (No. 04-5393)

El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia Kararı

İsrail'de İşkenceye Karşı Kamu Komitesi ve Diğerleri, İsrail Hükümeti ve Diğerlerine Karşı. (PCATI Kararı)

Prosecutor v. Du[ko tadı] a/k/a/ "Dule", EYUCM Yargı Dairesi Kararı, IT-94-1-T

Prosecutor v. Dusko Tadic, EYUCM Üstyargılama Dairesi Ara Kararı, IT-94-1

Prosecutor v. Tihomir Blaskic, EYUCM Yargı Kararı, IT-95-14-T

Record of Trial at 20, United States v. al-Sharbi, No. 05-0005

Record of Trial at 60, United States v. al-Bahlul, No. 04-0003

Record of Trial at 79, United States v. Muhammad, No. 05-0009

Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua – ABD Davası Kararı

Uluslararası Adalet Divanı Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidinin Yasallığı Tavsiye Kararı

İNTERNET KAYNAKLARI

http://aan-afghanistan.com/uploads/20110704_CKlark_The_Layha.pdf

<http://afghanistan.hmg.gov.uk/en/conference/london-conference/outcomes/>

http://articles.cnn.com/2001-12-13/us/ret.bin.laden.videotape_1_government-translation-bin-laden-talks-osama-bin?_s=PM:US

http://articles.cnn.com/2003-11-06/us/massoud.cable_1_bin-qaeda-sheikh-osama?_s=PM:US

http://articles.cnn.com/2009-05-18/politics/cia.pakistan.airstrikes_1_qaeda-pakistani-airstrikes?_s=PM:POLITICS

<http://articles.latimes.com/2001/dec/06/news/mn-12224>

<http://articles.latimes.com/2002/jun/02/world/fg-bombs2>

<http://articles.latimes.com/2011/jun/12/world/la-fg-embassy-bombings-20110612>
http://articles.philly.com/2005-12-18/news/25423455_1_prisoner-torture-iraq-s-abu-ghraib
<http://berkleycenter.georgetown.edu/resources/countries/afghanistan>
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=763>
<http://costsofwar.org/sites/default/files/articles/15/attachments/Crawford%20Iraq%20Civilians.pdf>
<http://counterterrorism.newamerica.net/drones>
<http://counterterrorism.newamerica.net/drones>
<http://counterterrorism.newamerica.net/drones>
<http://counterterrorism.newamerica.net/drones#2011chart>
http://cursor.org/stories/civilian_deaths.htm
<http://factsanddetails.com/world.php?itemid=2336&catid=58&subcatid=387#140>
http://fcnl.org/issues/foreign_policy/understanding_drones
<http://globalresearch.ca/articles/CHO403D.html>
<http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf>
<http://ihlresearch.org/amw/HPCR%20Manual.pdf>
<http://in.reuters.com/article/2009/05/08/idINIndia-39498520090508>
http://insidejustice.com/law/index.php/intl/2010/03/26/asil_koh_drone_war_law
<http://necrometrics.com/20c1m.htm#Afghanistan>
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/3050317.stm>
http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8484878.stm
http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/12/newsid_4252000/4252400.stm
<http://oxforddictionaries.com/definition/english/war>
<http://rt.com/news/guantanamo-bay-hunger-strike-399/>
<http://rt.com/usa/news/guantanamo-report-us-detainees-917/>
<http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/close-air-support-and-civilian-casualties-in-afghanistan>
<http://tech.mit.edu/V122/N54/long4-54.54w.html>
http://theydontfoolme.com/2785/david-passaro-another-green-berets-scalp-another-government-witch-hunt/#footnote_9_2785
http://usatoday30.usatoday.com/news/washington/2005-11-04-cheneytortureban_x.htm
<http://www.911memorial.org/faq-about-911>
<http://www.aclu.org/national-security/drone-foia-released-documents>
<http://www.aclu.org/national-security/predator-drone-foia>

http://www.aclu.org/torturefoia/released/FBI_4061_4062.pdf
<http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?id=6405>
<http://www.airforce-magazine.com/MagazineArchive/Magazine%20Documents/2011/May%202011/0511weapons.pdf>
<http://www.amnesty.org/en/campaigns/security-with-human-rights/countries-focus/usa>
<http://www.bandepleteduranium.org/en/a/283.html>
<http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html>
<http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html>
<http://www.bandepleteduranium.org/en/a/314.html>
<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/734613/al-Qaeda>
<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/734613/al-Qaeda>
http://www.bt.com.bn/analysis/2008/12/17/story_of_us_cia_and_taliban
http://www.cbc.ca/news/world/story/2004/10/29/binladen_message041029.html
<http://www.cbsnews.com/stories/2002/09/04/september11/main520830.shtml>
http://www.cestim.it/argomenti/09razzismo/europa/2003Apr18en_report_anti-terrorism_pdf%5B1%5D.pdf
<http://www.cfr.org/counterterrorism/targeted-killings/p9627#p4>
<http://www.chron.com/news/article/Taliban-confirms-death-of-Osama-bin-Laden-s-2035185.php>
<http://www.comw.org/pda/0201oef.html#appendix1>
<http://www.conflictmonitors.org/countries/afghanistan/about-the-conflict/conflict-history>
<http://www.daplatform.com/images/frankfurtokulu.pdf>
<http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=54294>
<http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2183>
<http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2468>
<http://www.designation-systems.net/dusrm/app5/wcmd.html>
<http://www.encyclopedia.com/topic/Kabul.aspx>
<http://www.fas.org/man/dod-101/sys/dumb/cbu-75.htm>
<http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL30588.pdf>
<http://www.foreignaffairs.com/articles/62093/colin-h-kahl/how-we-fight>
http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/02/06/the_warrior_king
http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/04/10/an_inconvenient_truth_drones?page=0,0&wp_login_redirect=0
http://www.geneva-cademy.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=1

<http://www.globalsecurity.org/military/facility/khobar.htm>
http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gSo6iRtgbNNIDhDyO_VcZEmT45MQ
<http://www.guardian.co.uk/world/2001/nov/02/afghanistan.terrorism10>
<http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/05/afghanistan.terrorism>
<http://www.guardian.co.uk/world/2001/oct/17/afghanistan.terrorism11>
<http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/20/nato-afghanistan-2014-withdrawal-lisbon>
<http://www.guardian.co.uk/world/2012/mar/05/attorney-general-targeted-kill-programme>
<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/coldwar/interviews/episode-17/brzezinski1.html>
<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB97/tal32.pdf>
http://www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/interviews/shafiq_rasul.html
<http://www.highbeam.com/doc/1A1-D8TBIAR81.html>
<http://www.historyinanehour.com/2011/09/28/death-of-mohammad-najibullah/>
<http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html>
<http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html>
<http://www.historyofnations.net/asia/afghanistan.html>
<http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/arms/cluster-bck1031.htm>
<http://www.hrw.org/news/2009/05/08/afghanistan-nato-should-come-clean-white-phosphorus>
<http://www.hrw.org/news/2012/08/09/q-laws-war-issues-syria#10>
http://www.huffingtonpost.com/2011/06/22/obama-afghanistan-troop-withdrawal_n_882451.html
http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/additionnal_protocols.pdf
http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/law1_final.pdf
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/direct-participation-ihl-faq-020609.htm#a1>
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/legal-fact-sheet/cluster-munition-contamination-factsheet-020208.htm>
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jrlq.htm>
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>
<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument>
<http://www.isaf.nato.int/chronology.html>

<http://www.isaf.nato.int/chronology.html>
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html>
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html>
<http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-1195P.ZO>
http://www.liveleak.com/view?i=37a_1303382507
http://www.longwarjournal.org/archives/2012/03/us_withdrawal_from_a.php
<http://www.mcclatchydc.com/2013/04/09/188062/obamas-drone-war-kills-others.html>
<http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm>
<http://www.nbcnews.com/id/30672076/#.URjz6GediSo>
<http://www.newsmutiny.com/pages/Opinion/DUBreakfast.htm>
http://www.newyorker.com/archive/2002/06/10/020610fa_fact_anderson
<http://www.nytimes.com/2002/09/09/world/threats-responses-assassination-afghans-too-mark-day-disaster-hero-was-lost.html>
<http://www.nytimes.com/2008/06/13/opinion/13fri1.html>
http://www.nytimes.com/2009/03/14/us/politics/14gitmo.html?_r=0
<http://www.nytimes.com/2011/05/02/world/asia/osama-bin-laden-is-killed.html?pagewanted=all>
<http://www.nytimes.com/2012/01/08/opinion/sunday/my-guantanamo-nightmare.html>
http://www.orient.uw.edu.pl/balcerowicz/texts/Ahmad_Shah_Masood_en.htm
http://www.pbs.org/newshour/bb/africa/embassy_bombing/map.html
http://www.pbs.org/newshour/updates/military/july-dec96/fatwa_1996.html
<http://www.pbs.org/wgbh/nova/spiesfly/uavs.html>
<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/bushswar/view/>
<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/binladen/who/interview.html>
<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/knew/etc/script.html>
<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/taliban/interviews/coll.html>
http://www.pegc.us/detainee_act_2005.html
<http://www.presstv.ir/detail/224165.html>
<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=category&category=COI&publisher=AMNESTY&type=ANNUALREPORT&coi=USA&docid=3edb47e21a&skip=0>
<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=publisher&publisher=HRW&type=&coi=USA&docid=3d60b2178&skip=0>
http://www.rferl.org/content/Investigation_Launched_Into_White_Phosphorus_Claims_In_Afghanistan/1731117.html

http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=109&session=1&vote=00249
<http://www.spiegel.de/international/world/remote-warriors-how-drone-pilots-wage-war-a-682420.html>
<http://www.stanford.edu/class/intnlrel193/readings/week6/afghan.html>
<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>
<http://www.state.gov/s//releases/remarks/139119.htm>
<http://www.state.gov/s//releases/remarks/139119.htm>
<http://www.thenation.com/article/cost-afghan-victory?page=0,1#>
<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1004145,00.html>
<http://www.umsl.edu/services/govdocs/wofact2001/geos/af.html#Govt>
<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1373%282001%29>
<http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7248.doc.htm>
<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/21a4acb0f1b289ed80256633004ce147>
<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0811fcbd0b9f6bd58025667300306dea/887c730868a70a758025665700548a00>
<http://www.unhcr.org/41d2c1522.html>
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A28737-2005Mar12.html>
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A46434-2004Nov12.html>
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A46827-2001Nov17.html>
<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/05/01/fact-sheet-us-afghanistan-strategic-partnership-agreement>
<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/guantanamo-2003.html>
<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html>
<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html>

ÖZGEÇMİŞ

Bu çalışmanın yazarı Şener Çelik, 27 Kasım 1965 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. University of London'da uluslararası ilişkiler alanında lisans eğitimi görmüştür. İnşaat ve emlak sektöründe faaliyet gösteren aile şirketlerinin ortağıdır. 2002-2006 yılları arasında Dünya Gazetesi ve Medialand Basın&Halkla İlişkiler A.Ş.'de dış haberler muhabiri ve haber müdürü olarak çalışmıştır. 2007 yılında İnkılap Kitabevi tarafından yayınlanan *Dost Ateşi* ve 2009 yılında APRIL Yayıncılık tarafından yayınlanan *Kontratak* isimli iki kitabı, çeşitli hakemli dergilerde yer alan makale ve kitap incelemesi bulunmaktadır. Halen iş yaşamı ve akademik faaliyetlerinin yanında, Thucydides'in *History of The Peloponnesian War* adlı eserindeki *The Melian Dialogue*'u tiyatro eseri haline getirmek için yakın arkadaşları ile birlikte araştırmalarını sürdürmekte ve biri edebiyat diğeri akademik olmak üzere iki kitap projesi üzerinde çalışmaktadır. 2013 akademik yılı itibarı ile de uluslararası güvenlik alanında doktora çalışmasına başlamayı planlamaktadır.

