

ORANTILILIK İLKESİ VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK

The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law

Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU *

ÖZET

Uluslararası İnsancıl Hukuk, silahlı çatışma ve savaş hallerinde uygulanarak, aşırı şiddet kullanılmasını engellemek amacındadır. Bu dala ait önemli hukuk ilkelerden birisi de “orantılılık” ilkesidir. Bu ilkenin de amacı nihai olarak silahlı çatışmalar sırasında şiddeti kısıtlamak, “şiddet için şiddet” uygulanmasının önüne geçmektir. Bu çalışmanın amacı bu ilkenin incelenmesidir. Bu inceleme sırasında, Uluslararası İnsancıl Hukuk’a ve özelde de orantılılık ilkesine yöneltile bazı eleştiriler de ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Orantılılık İlkesi, Güç Kullanma, Silahlı Çatışma.

ABSTRACT

Humanitarian Law’s main objective is to prevent excessive or random and indiscriminate use of violence during wars and other armed conflicts. One of the main principles of Humanitarian Law is “The Principle of Proportionality”. This paper endeavors to examine this principle in detail. During this, probe; I will try to tackle some of the critique raised by thinkers like David Kennedy and Carl Schmitt.

Keywords: International Law, International Humanitarian Law, The Principle of Proportionality, Use of Force, Armed Conflicts.



GİRİŞ

II. Dünya Savaşı’nın son günlerinde, kaybetmekte olan Japon güçlerinin en ciddi direniş gösterdiği muharebelerden birisi de Manila olmuştur. Filipinler’in başkenti olan Manila’da Japonlarca hazırlanan direnişi fark eden kurmayları, Amerikan Askeri Gücünü yönetmekte olan *General Mac Arthur*’a havadan icra edilecek, dolayısıyla risksiz olacak bir bombardımanı tavsiye etmişlerdir. Ancak *General Mac Arthur* bu öneriyi reddetmiş ve böylesi bir saldırıda tüm Japon askerlerinin yok edileceğini bildiğini, bununla beraber birkaç bin sivil Filipinlinin de öldürülmüş olacağını ifade etmiştir. Bu karar sonrasında iki kuvvet arasında

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, gguneysu@anadolu.edu.tr.

şiddetli çatışmalar çıkmış ve on binlerce asker ve yüz bine yakın Filipinli sivil hayatını kaybetmiştir¹. Görüldüğü üzere savaşın yarattığı tahribat gerçekten korkunçtur. Maalesef silahlı çatışmalar ve savaş tahribatının sivil şahısların da hayatlarını kaybetmelerine, sivil hedeflerin de zarar görmesine neden olmasına engel olunamamaktadır. Elbette bunun farklı nedenleri vardır. Dolayısıyla savaşın ve silahlı çatışmalarının hukuki düzenlemeye tabi tutulması ve bu düzenlemelere uyulması 20. ve 21. yüzyıllarda da ihtiyaç olarak kalmaya devam etmiştir.

Uluslararası İnsancıl Hukuk, söz konusu savaş veya silahlı çatışmalar sırasında uygulanması gereken kuralları koyan hukuk dalıdır. *Carl von Clausewitz* gibi savaş düşünürlerine göre savaş şiddetin son noktasıdır ve bu olaylara hukukun veya benzeri kuralların uygulanması sadece bir saçmalık olarak görülebilir². Bu mahiyetteki görüşler güncel hukukun sahip olduğu yaklaşıma uymamaktadır. Günümüz insancıl hukuk anlayışında, savaş gibi kaotik bir hal dahi hukuk kurallarının tamamen boşlandığı ve unutulduğu bir durum teşkil etmemektedir. Bilakis, savaş hukuku son 150 yıl içinde ciddi ve kapsamlı bir kodifikasyona tabi tutulmuş bir hukuk dalıdır.

452

Bu kodifikasyondan önce de, yani bağlayıcılığı bulunan yazılı hukuk kaynaklarının varlık kazanmasından önce de insancıl hukukun veya savaş hukukunun varlığından bahsetmek mümkündür. Zaten, uygulama ile şekillenmiş bulunan yapılageliş hukuku başlı başına kodifikasyonların da kaynaklarından biri olmuştur. Demek oluyor ki andlaşmalara dayanan insancıl hukuk da –uluslararası hukukta yenilik olarak kabul edilen bazı kuralları istisna olmak kaydıyla- bir boşluğa doğmuş değildir. Öncesinde, riayet konusunda sıkıntı çekse de, aslında bağlayıcılığı olan bazı hukuk kural ve prensipleri var olmuştur. İşte bu kuralların kodifiye edilmesi ile veya tamamen yenilik olarak nitelendirilen diğer kuralların bir araya getirilmesi ile İnsancıl Hukuk kapsamlı ve detaylı bir hukuk dalı haline gelmiştir.

İnsancıl hukukun amacı esas olarak silahlı çatışmalar esnasında yaratılan şiddet ortamının dizginlenmesidir³. İnsancıl hukuk savaşız bir Dünya yaratma iddiasında değildir. Sadece başlamış olan çatışmaların belli sınırlar içinde yürütülmesini ve nihayetinde barışçıl bir ortamın yaratılması ihtimalini

¹ Bu örneği Fenrick'e borçluyum; William J. Fenrick, "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", *Military Law Review*, Volume 98, Fall 1982, s. 91-92.

² Gökhan Güneysu, "Askeri Gereklik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *Ankara Barosu Dergisi* 2012/4, s. 95.

³ Melike Batur Yamaner, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, Arıkan Yayıncılık, 2007, İstanbul, s. 20.

korumak ister. Yine, savaşılan-savaşmayan ayrımı yaparak, silahlı çatışmalarda bulunmayan kişileri de korumaya çalışır. Asker kişileri için de koruyucu özellikte olan hukuk kuralları koymaktadır. İnsancıl hukukun sahip olduğu kuralların yanı sıra bir de temel ilkeleri mevcuttur⁴. İnsancıl hukuku ciddi şekilde tanımlayan bu temel ilkelerinden birisi de orantılılık ilkesidir. Aslında orantılılık hukukun birçok dalında dikkate alınmış bir prensiptir. Aristo'dan günümüze birçok farklı coğrafyada farklı hukuk sistemlerinde mevcudiyeti olan, hukuk sistemlerinde kendisine yer verilen bir prensip olagelmıştır⁵.

I. ORANTILILIK İLKESİ

Uluslararası İnsancıl Hukukun incelendiği hemen her akademik çalışmada kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi gereken bir konu da orantılılık ilkesi olmaktadır. İnsancıl hukuktaki orantılılık veya denge, savaşılan tarafların elde etmek istedikleri askeri fayda ile bu faydaya ulaşılırken zarar verilen insancıl değerler arasında aranmalıdır. Bu orantılılığın mevcudiyeti yahut yokluğu, her halde durumun kendine has özelliklerinin de göze alınması yoluyla tespit edilecektir⁶. Orantılığa atıf yapan ve onun gözetilmesini öngören hükümlerin uygulanması sırasında hesaba katılması gereken unsurlar, her bir olası durum için önceden hukuk tarafından belirlenmiş ve tespit edilmiş değildir. *Cannizzaro*'nun da ifade ettiği gibi, öznel durumun şartlarına atıfta bulunularak ve bu durumda mevcut unsurların görece önemlerinin durumun gerçek şartlarından kaynaklanan güncel ihtiyaçların ışığı altında tespit edilmesiyle, bu orantılılık testi uygulanmalıdır⁷. Bu orantılılık testini gerçekleştirecek olan ise söz konusu askeri eylemi gerçekleştirmeyi planlamakta olan devlettir. Dolayısıyla bir askeri kararın ve bu kararı takip eden askeri harekâtın orantılı veya aşırı olması tespiti yaparken, oldukça bağlam-bağımlı bir tespit yapılmaktadır. Bir durumda kesin bir şekilde orantılı olarak değerlendireceğiniz bir eylem başka şartlar altında hukuka aykırı bir aşırı güç kullanma durumu olarak değerlendirilebilir.

⁴ Bu temel ilkeler için bkz. William J. Fenrick, "Applying IHL Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Volume 27, No. 2, 2009, s. 271-272.

⁵ Eric Engle, "The History of the General Principle of Proportionality: an Overview", *Dartmouth Law Journal*, Volume 10, Number 1, s. 2.

⁶ Enzo Cannizzaro, Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War, *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 864, (2006), s. 785-786.

⁷ *ibid.* s. 786.

Janina Dill ise bu ilkenin etkili bir ilke olmaktan uzak olduğuna işaret etmekte, alınan her türlü kısıtlayıcı önleme ve karara rağmen NATO'nun Afganistan'da icra ettiği hava saldırıları sonucunda hayatını kaybeden sivillerin olduğunu hatırlatmaktadır. Önlenemeyen bu sivil can kaybı da uluslararası toplumda özellikle de sivil ve barışçıl mahiyette bulunan platformlarda büyük tepki toplamaktadır⁸. *Dill'e* göre prensibin daha somut bir şekilde tanımlanması büyük bir ihtiyaç olarak kendisini hissettirmektedir⁹. Ancak bu somutlaştırmanın nasıl gerçekleşeceği açıklığa kavuşturulması gerekene bir sorundur. Her türlü sıkı kurallaştırma her zaman için demode kalma, değişen zaman ve ihtiyaçlara cevap verememe tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu anlamda ise içinde bulunulan ortama göre değişebilen, alçalıp yükselebilen orantılılık eşiği daha kolay adapte edilebilecek bir kural olarak kabul edilebilir. Önemli olan savaşan tarafların diğer kuralların yanı sıra bu ilkeye de uyma iradesini ortaya koyabilmeleridir. Zaten bu gerçekleştiği takdirde savaşın veya silahlı çatışmanın yaratmış olduğu şiddet sınırlandırılmış olacaktır. Burada hatırlatılması gereken bir konu da silahlı çatışmalarca yaratılacak şiddet ortamının tamamen önlenmesi gibi bir amacın insancıl hukuk tarafından güdülmeyeceği gerçeğidir. İnsancıl hukuk tarafların katlanabileceği kadar sınırlandırma yoluna gidebilir, çünkü bu kendisine riyeti mümkün kılan tek yoldur. Gerçekçi olmayan, uyulması durumunda bir tarafın savaşı kaybetmesi riskini yaratabilecek olan bir "hukuk" tamamen göz ardı edilmekten başka bir kadere sahip olamaz.

Yukarıda orantılık ilkesine uyulup uyulmadığının kontrol edilmesi sürecinde bir ölçek olarak kullanılan zarar verilen insani değerlerden bahsedilmişti. Bu değerleri çok sınırlı bir şekilde anlamamak gerekmektedir. Örneğin, her zaman insan unsuru içerisinde barındırmak zorunda olmayan çevresel değerler de insancıl hukukun orantılılık değerlendirmelerinde kendisine yer bulmaktadır. Bununla kast edilen, belli bir askeri eylem sonucunda çevreye verilen zararlar da o saldırı neticesinde hiçbir insan bireyine zarar verilmemiş olsa dahi orantısızlığa hükmedilmesine neden olabilir. Önemli olan, uluslararası insancıl hukuk tarafından korunan değerlerin orantılılık hesabına katılmasıdır. İnsancıl hukukun açıkça korumayı hedeflediği değerlerden biri de çevresel değerlerdir.

⁸ Janina Dill, *Applying The Principle of Proportionality in Combat Operations*, Policy Briefing, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, December, 2010, s.2.

⁹ ibid. S.2.

Bu yaklaşımın çıkış noktasını UAD'ın 1996 tarihli Nükleer Silahlar Danışma Görüşü oluşturmaktadır¹⁰.

Divan bu görüşünde, insancıl hukukun belki de en temel önermesi olan, “devletlerin kullandıkları silahlarda sınırsız bir seçme hakkına sahip olmadıkları” ifadesini açık bir şekilde tespit etmiştir¹¹. Bu sınırlamanın temellerinden biri de bilindiği üzere *orantılılık testi* olmaktadır. Şimdiye kadar, denge sağlanması gereken terazinin bir kefesine beklenen askeri amaçlar faydalar konulurken diğer kefesine de direkt askeri hedef olması yasaklanmış olan, ancak askeri bazı hedeflerin tahrip edilmesi esnasında mecburen sebep olunan sivil kayıplar konulmaktaydı. İşte bu ikinci kefenin içeriği UAD'a göre bu geleneksel anlayıştan biraz daha *geniş algılanmalıdır*. UAD'ın bu danışma görüşüne göre gerçekleştirilecek orantılılık testinde hesaba katılması gereken unsurlardan biri de, gerçekleştirilen askeri eylemler nedeniyle ortaya çıkacak olan çevresel zarar olmalıdır. Bu zararın aşırı olacağı durumlarda gerçekleştirilmesi planlanan saldırının orantısız kabul edilmesi ve bu saldırıdan kaçınılması gerekmektedir.

UAD'ın bu tespitini destekleyen, çevresel korumaya açıkça atıfta bulunan bir başka düzenleme de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü olmaktadır. Roma Statüsü'nün m.8(2)(b)(iv) hükmüne göre, bir askeri eylem uzun süreli, yaygın ve şiddetli çevresel zarara sebep vermiş olsa ve bu zarara sebep veren eylemi emreden, yöneten ve icra edenler bu zararı bilerek ve isteyerek eylemde bulunmuş olsalar dahi; eğer *öngörülen askeri fayda* böylesine bir zararı bile *orantılı* kılacak kadar büyükse, bu eylemden dolayı ilgililerin cezai sorumluluğu söz konusu olamayacaktır¹².

Her şeyden önce hükmün bünyesinde *hangi* mahiyette askeri faydanın suçsuzluğu netice vereceğinin tespitinde faydalı olabilecek herhangi bir objektif ölçüt mevcut değildir¹³. Hükme göre yapılması gereken bir orantılılık testi uygulamaktır. Bu test sonucunda “açıkça orantısız” (*clearly excessive*) kalmayan çevresel zararlar cezai sorumluluğa yol açmamaktadır¹⁴. Hâlbuki hükmün bünyesinden kaynaklanan bir muğlaklık söz konusudur. Bu hususa bir de eylemde bulunanın bildiği yahut bildiğini zannettiği askeri faydaların hüküm kapsamında arandığını eklersek, bu

¹⁰ Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 27-29.

¹¹ Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 130.

¹² Rome Statute of the International Criminal Court, U.N.T.S. , Volume 2187, s. 95.

¹³ Mark Drumbl, “Waging War Against The World: The Need to Move From War Crimes to Environmental Crimes”, *Fordham International Law Journal*, Volume 22, 1998–1999, s. 134.

¹⁴ Fenrick, Applying IHL Targeting Rules, s. 277.

hükümün kendisinin çevreye yeteri seviyede koruma sağlamaktan, kullandığı ölçütün de objektiflikten uzak olduğunu tespit edebiliriz.

Statü'nün hazırlanmasında bulunan delegasyonlara göre, bu testin uygulanmasında eylemi gerçekleştiren şahsın suç işleme zamanında ulaşabildiği/sahip olduğu bilgiye göre hareket edilmeli ve buna göre suçluluğuna veya suçsuzluğuna hükmedilmelidir¹⁵. Kanımızca bu durum, alabildiğine sübjektif bir ölçütün kullanılması anlamına gelir. İlginç olan konu bazı uluslararası yargı kararlarında da buna benzer bir ölçütün Statü'den çok önceleri uygulama bulmuş olmasıdır.

Buna benzer bir yaklaşımı aslında UAD da sergilemiştir. UAD'a göre çevresel koruma sağlayan uluslararası hukuk hükümlerinin uygulanması hususunda problemlili bir durum bulunmamaktadır. UAD rahatlıkla böylesi bir soruya olumlu cevap vermekte ve çevresel koruma öngören insancıl hukuk ve diğer uluslararası hukuk hükümlerinin silahlı çatışmalar sırasında uygulanması fikrine destek olmaktadır. Divan'a göre bu hükümlerden doğacak hukuki sınırlandırmalar meridir ve gözetilmelidir ancak bu riayetinin her şart altında olması konusunda Divan mütereddit görünmektedir. Dolayısıyla durumun gerektirdiği durumlarda bir ihtimal bu kurallardan sapma veya en azından bu kuralları esnetme mümkün olabilir. Elbette, mefhumu muhalif yoluyla bu hükümlerin şartlar gerektirdiği müddetçe ve yine şartların gerektirebileceği oranda uygulanması zorunluluğu da onaylanmış olmaktadır.

II. ULUSLARASI HUKUK DÜZENLEMELERİNDE ORANTILILIK İLKESİ

Yukarıda bahsedilen Roma Statü'sünün m.8(2)(b)(iv) hükmüne ilaveten uluslararası hukukun çeşitli düzenlemelerinde orantılılık ilkesine yer verildiğini görmekteyiz. Burada, bunlardan bazılarını örnek olarak ele almayı planlamaktayız

Bu konuda verilebilecek en erken örneklerden bir tanesi de *Lieber Yasası*'dır (Lieber Code). Yasanın 15. Maddesine göre "askeri gereklilik ilkesi silahlı düşmanın dolaysız olarak tahribi ile diğer şahısların da ancak kaçınılmaz olan durumlarda zarar verici muameleye tabi tutulmalarına izin verir" denmektedir. Kaçınılmaz olmayan yani askeri gerekliliğin bir emri olmayan dolayısıyla keyfi ve orantısız sayılması gereken askeri eylem ve saldırılar Lieber Yasası'na göre hukuka aykırı kabul edilecektir

¹⁵ Tara Weinstein, "Prosecuting Attacks that Destroy the Environment; Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?", *Georgetown International Environmental Law Review*, Volume 17, 2004-2005, s. 710.

Hava Savaşlarına İlişkin 1923 tarihli Lahey Kuralları'nın¹⁶ 24. maddesinin 4. Fıkrasına göre ise “şehir, kasaba, köy, yerleşim yeri ve binaların bombalanması ancak buralardaki askeri varlığın (military concentration) böylesi bir bombalamayı meşrulaştıracak seviyede önemli olması halinde yasal olacaktır”. Görüldüğü üzere, ilk olarak sivil yerleşim yerlerinin bombalanması için orada askeri bir varlığın olması şart koşulmuştur. Ancak herhangi bir askeri gücün söz konusu bölgede konuşlanmış olması yapılacak bombalamayı otomatikman meşrulaştırmamaktadır. Bombalama için ayrıca söz konusu varlığın yeterince önemli olması da aranmalıdır. Aynı maddenin 3. Fıkrasında ise savaş alanıyla alakası olmayan, savaş alanına uzak yerleşim yerlerinin bombalanmasının yasak olduğu belirtilmiş, ayırım gözetilmeksizin yapılacak bombardımanlar yasaklanmıştır.

Bu konuda uygulanması gereken en önemli hukuki düzenlemelerden bir tanesi de 1977 tarihli I. Ek Protokol'ün “Sivil Halkın Korunması” başlığını taşıyan 51.maddesidir¹⁷. Bu maddenin 5. Fıkrasının (b) bendine göre “kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların kombinasyonuna neden olması beklenen ve tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaja nispetle aşırı olan bir saldırı” hukuka aykırı bir saldırıdır¹⁸. Ek Protokol'ün 85.maddesi 3.fıkrası (b) bendi de aşırıya kaçan sivil kayıpların varlığı halinde ciddi bir ihlalden (grave breach) bahsetmekte ve dolayısıyla suçluların cezalandırılmasını öngörmektedir.

I. Ek Protokol'ün 57. maddesinin bazı hükümleri de orantılık ilkesi ile ilgilidir¹⁹. Kelimesi kelimesine 51. maddenin 5. Fıkrasının (b) bendi ile aynı olan bu hükümler bahsedildiği üzere 57. maddede yer almaktadır. 57. madde “İhtiyati Tedbirler” (precautionary measures) başlığını taşımaktadır. Burada hedeflenen, askeri planlamacılar ve karar alıcıların henüz askeri hücum yapılmadan önce, orantılık ilkesini nazara almalarını ve planlamalarını bu ilke ışığında gerçekleştirmelerini sağlamaktır²⁰. Yine, bilgi eksikliği vb. sebeplerle aslında orantılı olmayacak bir eylem planlanmış ise ve fakat bu planın söz

¹⁶ Belgenin tam metni için bkz. <http://wwi.lib.byu.edu/index.php/The_Hague_Rules_of_Air_Warfare> (Erişim Tarihi: 9 Ağustos 2013)

¹⁷ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), U.N.T.S. Volume 1125, s. 26.

¹⁸ Metin için bkz: << http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter4_rule14>> (Erişim Tarihi 8 Ağustos 2013)

¹⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), U.N.T.S. Volume 1125, s.29.

²⁰ Robert P. Barnidge, Jr, “The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Cast Lead”, s.278, <http://mfa.gov.il/MFA_Graphics/MFA%20Gallery/Legal%20Advocacy/Gaza.pdf>, (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2013).

konusu keyfiyeti sonradan fak edilmiş yahut ortaya çıkmışsa, 57. maddenin 2. Fıkrasının (b) bendi gereği bu planların iptal edilmesi yahut askıya alınması gerekmektedir. Görüldüğü üzere 57. Madde ilk başta, daha planlama aşamasında orantılık ilkesine karar alma sürecinin içine sokmaktadır. Buna rağmen, çeşitli nedenlerle hatalı ve hukuka aykırı askeri eylem planlarının da düzeltilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Böylelikle iki aşamalı bir koruma sistemi inşa edilmiştir. Yine, Ek Protokol'ün 85.maddesi 3.fıkrası (b) bendi de aşırıya kaçan sivil kayıpların varlığı halinde ciddi bir ihlalden (grave breach) bahsetmekte ve dolayısıyla suçluların cezalandırılmasını öngörmektedir.

III. MAHKEME KARARLARINDA ORANTILILIK İLKESİ

Uluslararası mahkeme ve tahkim heyetleri orantılılık ve insancıl hukuka doğrudan veya dolaylı olarak temas eden kararlar vermişlerdir. Bu kararlardan bazıları aşağıda ele alınacaktır.

A. Nauliaa Davası

Orantılılık İlkesi'nin savaş hukuku bağlamında ele alındığı ilk davalardan birisi de Nauliaa Davası'dır²¹. Bu tahkim kararında Portekiz ve Almanya Devletleri arasındaki bir anlaşmazlık esastan çözüme kavuşturulmuştur. Tahkim sürecine başvurulmasına neden olan olay Portekiz sömürgesi olan Angola' ile Alman sömürgesi durumundaki Güney Batı Afrika sınırında gerçekleşmiştir. Bu sınırda bir yanlış anlama nedeniyle üç Alman vatandaşı öldürülmüş, başkaları da tutuklanmıştır. Bunun üzerine Almanya birden fazla Portekiz sınır kontrol noktasına saldırıda bulunarak, Portekiz güçlerine kayıp vermiş ve hatta onları konuşlu oldukları Nauliaa'dan sürmüştür²². Almanya'ya göre göstermiş olduğu tepki hukuka uygun bir misilleme eylemidir. Ancak verilen kararda bu eylemin hukuka uygun olması için *orantılı olması* gerektiği da hatırlatılmıştır. Aslında orantılık şartını, yapmış olduğu savunmada Almanya da kabul etmektedir ancak Almanya'ya göre Nauliaa'daki eylemleri orantılıdır.

Görüldüğü üzere, askeri mahiyetteki misilleme eylemlerinin hukuken orantılılık şartına da tabi olduğu taraflar tarafından kabul edilmekte, anlaşmazlık verili olayda bu şarta uygun davranılıp davranılmadığı noktasında baş göstermektedir²³. Tahkim Heyeti'ne göre Nauliaa'daki Alman hareketi kendisine neden olarak gösterilen Portekiz eylemlerine nispetle çok ağır

²¹ Nauliaa Case: Portugal v. Germany, 2 RIAA, 1011, 1928; Alina Kaczorowska, *Public International Law, 150 Leading Cases*, 2. Edition, Old Bailey Press, 2004, s. 377-379.

²² Kaczorowska, s. 377.

²³ ibid, s. 379.

mahiyettedir ve açıkça orantısızdır. Diğer sebeplerin yanı sıra bu gerekçe ile Almanya'nın tazminat ödemesine karar verilmiştir.

B. Shimoda Davası

Orantılılık ile ilgili bir başka mahkeme kararı da Shimoda Davası'dır. Burada Hiroşima ve Nagazaki sakinleri Japon devletine karşı dava açmışlar ve tazminat talebinde bulunmuşlardır. Davacılar göre kendilerine karşı nükleer silah kullanılması hukuka aykırı bir eylemdir. Ancak Japon devleti II. Dünya Savaşı'na ilişkin olası tüm taleplerinden feragat etmesi konusunda ABD ile anlaşığı için kendi vatandaşları mağdur edilmiştir. Bu nedenle vatandaşlarının haleldar edilen menfaat ve hakları için herhangi bir eylemde bulunmayacağı belli olan Japon devleti bu zararları kendisi ödemelidir²⁴.

Mahkeme bu başvuruyu reddetmiştir. Bununla birlikte önemli bazı hukuki tespitlerde de bulunmuştur²⁵. Mahkeme'ye göre nükleer silahların kullanılmasını direkt olarak yasaklayan bir hukuk kuralı mevcut olmamakla beraber, bu ve benzeri silahların kullanımının bir de insancıl hukukun ilke ve kuralları ışığında da değerlendirilmesi gereklidir. Mahkemenin düşüncesine göre, zarar gören sivil hedefler, askeri fayda veya askeri hedeflerin büyüklüğüne nispetle önemsiz bir konumda kalıyorsa; yani elde edilen askeri fayda veya karşı karşıya kalınmış olan askeri gereklilik zarar görecektir sivil değerlere ağır basıyorsa, böylesi bir durumda hukuka uygun bir askeri operasyondan bahsetmek mümkündür. Böylesi bir orantılılık söz konusu değilse o zaman söz konusu saldırı hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilmelidir. Vahim olanı, bu iki şehirde de savunma organizasyonu söz konusu değildir ve bu oranda tahribatı gerekli veya meşru kılacak mahiyette askeri varlık da şehirde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, savunulmamakta olan bu iki şehrin bombalanması insancıl hukukun ihlali olarak görülmelidir.

Görüldüğü üzere mahkeme Hiroşima ve Nagazaki saldırılarını insancıl hukuk kuralları bağlamında çok yönlü olarak araştırmıştır. Bu hukuka uygunluk için kullanılan ölçütlerden biri de orantılılık olmuş ve mahkeme, tazminat talebiyle ilgili kararını etkilemese dahi, saldırının insancıl hukuku ihlal ettiğine işaret etmiştir.

²⁴ Shimoda Case, National Implementation of International Humanitarian Law Database, www.icrc.org. (Erişim Tarihi 5 Ağustos 2013).

²⁵ Gökhan Güneysu, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Basılmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.182-183.

C. High Command Trial

Bu kararda²⁶ da belli bazı meseleler incelenirken orantılılık ilkesine temas edilmiştir. Bu meselelerden bir tanesi de Leningrad'ın kuşatılması hakkındadır. Kuşatma sırasında şehirdeki vaziyetten kaçmak isteyen siviller söz konusu olmaktadır. Bu kaçıışı durdurmak için *Alman Mareşali von Leeb* imzasıyla bir emir yayınlanmıştır. Emre göre, sivil şahısların kaçma eylemi tespit edildiğinde, bu kişilerin tüfek vb. küçük silahlar menziline girmesi beklenmemeli, söz konusu kaçma eylemleri top ateşiyle bastırılmalıdır. Burada orantılı olmayan bir eylem söz konusudur. Mahkeme askeri gereklilik savıyla, zamanının da düzenlemelerine uymak zorunda olduğunu "üzülerek" ifade ederek bu suçlamaya ilişkin olarak *von Leeb*'i aklamıştır. Bununla birlikte, *Fenrick*'in de ifade ettiği gibi²⁷, 1977 tarihli Ek Protokol sonrası bu kararın artık bu şekilde verilmesi mümkün değildir ve *von Leeb*'in eylemlerinin günümüzde işlenmesi durumunda insancıl hukuk kurallarının ihlalden bahsetmemiz zorunlu olacaktır.

Görüldüğü üzere mahkeme muhtemelen orantılı olmayabilecek bir askeri eylemi bu davada askeri gereklilik savıyla kabul etmiştir. Ancak bunu yaparken dahi elindeki hukuku uygulamakla yükümlü olduğundan şikayet etmeyi de ihmal etmemiştir. Az önce ifade edildiği üzere; günümüzde direkt olarak sivil hedeflere ateş edilemeyeceği için, ayrıca asker kişilere de uzaktan top atışı ile karşılık vermek bir ok durumda orantılılık ve ayırmda bulunma kurallarını ihlal edeceği için *von Leeb*'in Leningrad kuşatmasındaki emirleri hukuka aykırı olacaktır.

IV. ORANTILILIK İLKESİNİN ELEŞTİRİSİ

Eleştirel Hukuk Çalışmaları ekolünün Uluslararası hukuk alanındaki en yetkin temsilcilerinden sayılmakta olan *David Kennedy*, İnsancıl Hukuk kapsamında mevcut olan Orantılılık İlkesi'ni problemlili bir konu olarak görmektedir. *Kennedy*'ye göre savaş veya silahlı çatışmalar sırasında askeri hedefler ile olası sivil kayıplarının hesap olarak dengelenmesi çok zor bir görevdir ve bu dengeleme sorusunun her zaman kolay bir cevabı da bulunmamaktadır²⁸. Maalesef, bu zor sorunun savaş meydanlarında hemen her gün yeniden cevaplandırılması gerekmektedir. İçinde bulunulan şartlara göre farklı cevapların verilmesi söz konusudur. Irak'taki çarpışmalar sırasında ABD'li

²⁶ The German High Command Trial, Law Reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume XII, London, 1949, s.84. Ayrıca aynı karar metni için bkz. <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/High%20Command%20Case.pdf>>.

²⁷ J. Fenrick, "The Rule of Proportionality, s. 114.

²⁸ David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton University Press, 2006, s. 143.

askerlerin bazı hallerde sivil şahıslar arasında saklanan Irak Askerleri'ne ateş etmekten imtina ettikleri, bununla beraber bazı durumlarda da sırf askeri öldürebilmek için bir veya iki sivil şahsın ölümünü de normal karşıladıkları ifade edilmektedir²⁹.

Kennedy, savaş ve benzeri durumlarda bu mahiyette kararların her zaman verilmek zorunda olduğu gerçeğini hatırlattıktan sonra insancıl hukukun bu kararlar sonrası meydana gelen ölümleri soğukkanlı bir şekilde bir hesabın parçası sayılara döndürdüğünü savlamaktadır. *Kennedy*'ye göre, "böylelikle bu ölümlerin, karşılığında sorumlu olunan bir özgürlüğün kullanılmasından değil de belli bazı profesyonel ilkelerin soyut bir şekilde icraya dökülmesinden kaynaklandığını" düşünmeye teşvik edilmekteyiz³⁰. Böylelikle hafif bir zarar verilmesi ihtimali varken ciddi tahribata maruz kalan bir yerleşim yerinin bu son acınası halinin aslında ilkesel bazı kararlar ve mekanizmalar nedeniyle yaratıldığı illüzyonu oluşturulmaktadır. Bu sanal bir vaattir ve inanılmayı hak edip etmediği tartışmalıdır³¹.

Elbette *Kennedy*'nin eleştirisi önemli ve de yerindedir. Bununla beraber insancıl hukukun ve özelde de orantılılık ilkesinin şiddeti yaratmaktan çok onu kısıtlayan bir etkisi olması gerektiğini, bu müesseselerin asılamamacının şiddeti en azından bir nebze kısıtlamak olduğunu ifade etmeliyiz. İlaveten, güç sahibi olan ve bu gücü kullanarak yıkım yaratan taraf çoğu zaman zaten herhangi bir insancıl meşruiyet inşasına girecek de değildir yahut başka bir ifadeyle böyle bir meşrulaştırmaya muhtaç değildir.

Ayrıca, genel olarak insancıl hukuk ve özelde de orantılılık ilkesi, çatışmaların başlamasıyla devreye girerler. Dolayısıyla bu kuralların hükümlerini icra etmelerinden önce zaten şiddet yaratılmıştır. Bu hukuk kurallarının uygulamasını tetikleyen şiddetin kendisidir. Şiddetin yaratılmasında ise insancıl hukuk kural ve ilkelerinin herhangi bir dahli olamaz, çünkü zamansal olarak şiddet eylemleri milisaniye ile dahi olsa insancıl hukuka takaddüm edecektir.

İnsancıl hukuka ve genel olarak da uluslararası hukuka karşı geliştirilmiş en sert eleştirilerden birisinin de Alman düşünür *Carl Schmitt*'ten geldiği iddia edilmiştir. *Schmitt*'e göre insanilik söylemi emperyalist genişleme politikalarının bir meşrulaştırıcısıdır. *Schmitt*³², *Proudhon*'a katılmaktadır; O'na göre de

²⁹ ibid. s. 144.

³⁰ ibid. s. 144.

³¹ ibid. s. 144.

³² Schmitt ve kuramları hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Aykut Çelebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in düşüncesinde Siyasal kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, İmaj Yayinevi, Ankara, 2008.

“insaniliği öne süren herkes aslında sadece hile yapmak” derdindedir³³. İnsancıl veya insani söylemi tekel altına alarak bir nevi tartışılmaz ve *hegemonik* mahiyette bir pozisyon olarak aslında düşman olarak kabul edilenler insani alanın dışına alınmakta, insan olma keyfiyetinden soyularak ikincil önemi haiz değerler kategorisine indirgenmektedir.

Schmitt'in 20 yüzyılın başlarında yazmış olduğu bu satırlar, maalesef yakın zaman uluslararası ilişkilerinde ve uluslararası hukuk uygulamalarında gerçekliğini bulabilmiştir. İnsancıl hukukun getirmiş olduğu koruma mekanizmalarından sıyrılmak isteyen *George W. Bush Yönetimi*, insancıl hukukta olmayan kategoriler yaratarak düşmanı olan tarafları insaniyet alanının dışına yerleştirmiş, şeytanlaştırılan bu kişilere her türlü baskı ve işkence tekniklerini uygulama yetkisini kendisinde görebilmiştir. Siyaset bilimi literatüründe Neo-Conlar olarak isimlendirilen *Bush* ve ekibinin uluslararası hukuk hakkındaki kafa yapısını en iyi gösterecek örneklerden birisi de Büyükelçi *John R. Bolton*'in yazdıklarıdır. *Bolton*, uluslararası ilişkilerde gerçekten bir “uluslararası hukuk” var mıdır sorusuyla başlamaktadır, kişisel haçlı seferine³⁴. *Bolton*'a göre uluslararası hukukun hukuk olma keyfiyeti bile şüphelidir. Bu kurallar, uluslararası düzeni kuran ve onun en büyük garantörü olan ABD'yi sadece kısıtlayan kurallardır ve aslında ulusal Amerika hukukundan daha düşük değeri haiz olmalı ve böylelikle önleyici-engelleyici etkisi By-Pass edilmelidir³⁵.

Elbette, *Bolton*'da somutlaştırılan bu zihniyet daha sonraları “unlawful combatant” kategorisini yaratarak³⁶ Taliban üyesi savaş esirlerini bile en temel insancıl haklardan mahrum bırakmış, bu kişileri herhangi bir suçlama hakkında bilgilendirmeden yıllarca tecrit etmiş, birçoğunun sağlıklarını yitirmesine neden olmuştur. Hiç şüphesiz, bu insanlardan bazılarında işkence de uygulanmıştır. O

Schmitt'in uluslararası meselelere dair kuram ve düşünceleri için bkz. Louiza Odysseos/ Fabio Petito, *The International Political Thought of Carl Schmitt*, Routledge, London and New York, 2007.

³³ Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, Çev. George Schwab, The University of Chicago Press, London, 2007, s. 54.

³⁴ John R. Bolton, “Is There Really Law in International Affairs?”, *Transnational Law and Contemporary Problems* Vol 10, Issue 1, 2000, s. 1.

³⁵ Bolton'un görüşlerinin (?) analizi için bkz. Wade Mansell and Emily Haslam, “John Bolton and the United States' Retreat from International Law”, *Social & Legal Studies*, Volume 14, 2005, s.459-460.

³⁶ Unlawful Combatant, hukuksuz-hukuka aykırı savaşan anlamına gelmektedir. İnsancıl Hukuk'ta ya savaşansızdır veya sivil. Hukuka aykırı işlem yapmışsanız, örneğin savaş suçu işlemişseniz elbette adil bir yargılama sonucunda ceza almalsınız. Yine, bir kişinin savaşan mı sivil mi olduğu anlaşılıyorsa, keyfiyet tamamıyla açıklığa kavuşturuluncaya kadar sivil şahısların sahip olduğu güvencelerden istifade etmeniz gerekmektedir.

kadar ki, Amerikan Adalet Bakanlığı'na göre waterboarding uygulaması³⁷ örneğin işkence bile değildir. Bu ve benzeri sorgulama tekniklerine “ileri sorgulama teknikleri” adı verilmektedir, alaycı bir şekilde.

Neticede *Schmitt*'in eleştirisi apaçık görüldüğü üzere insancıl hukuka (ve dolayısıyla orantılılık ilkesine) karşı değildir. İronik olarak onunla hemen aynı kelimeleri kullanan ABD yetkililerini, yüzyıl kadar önceden eleştirmektedir *Carl Schmitt*. Bu, yapıcı veya değil, aslında *insancıl hukuk lehine* görülmesi gereken bir eleştiridir; çünkü son tahlilde insancıl hukuk, doğru uygulandığında elbette, savaşan taraflar arasında iyi-kötü; insan-insan olmayan dikotomileri yaratmadan fonksiyon eda etme iddiası ve amacındadır. Savaşan taraf askerleri arasında, haklı-haksız ayrımı da yapmadan tüm savaşanlara, tüm yaralılara tüm savaş esirlerine koruma getirme niyetindedir. Yine, devletleri haksız yere savaş başlatan ülke vatandaşlarının mallarının ve canlarının korunması da insancıl hukukun amaçlarındandır.

SONUÇ

Orantılılık İlkesi'nin İnsancıl Hukuk'un temel ilkelerinden olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bu ilke askeri planlamadan icraya kadar askeri karar alma süreçlerinin hepsinde dikkate alınması gereken bir ilkedir. Uluslararası İnsancıl Hukuk'un diğer önemli ilke ve kurallarıyla birlikte savaş ve şiddetin azaltılmasına, daha fazla artarak “şiddet için şiddet” seviyesine çıkmasına engel olmaya çalışmaktadır. Yegâne amacı budur. Uluslararası Hukuk ve özeldede İnsancıl Hukuk'a yöneltilmiş eleştiriler önemli ve dikkate alınması gereken eleştiriler olmakla beraber, bunların asıl hedefleri hukuk kurallarının kötüye kullanılma halleridir. İşin özüne bakıldığında bu hukuk kurallarının, *doğaları gereği kötü* olduğu sonucuna varmamız mümkün değildir.

Tuhaf olan bu kurallarla bağlı kalmak istemeyen *John R. Bolton* gibi figürlerin, aslında kendisi gibi düşünen ve hareket edenleri eleştirmekten başka bir amacı olmayan *David Kennedy* gibi yazarlarla aynı tonda yazıp konuşabilmesidir. Tüm bu eleştirel analizler, İnsancıl Hukuk'a olması gerekenden fazla yükler ve manalar yüklemektedir. Orantılık İlkesi ve genel olarak da İnsancıl Hukuk, şiddeti az veya çok dizginlemekten başka bir şeye hizmet etmemektedir.



³⁷ Bu uygulamada bir şahıs düz bir satha yatırılmakta, ağzına sokulan havlu veya beze sürekli olarak su dökülmesi yoluyla kendisinde boğulma hissi yaratılmaktadır.

KAYNAKÇA

Barnidge, Jr., Robert P.: “The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Cast Lead”, <http://mfa.gov.il/MFA_Graphics/MFA%20Gallery/Legal%20Advocacy/Gaza.pdf>

Bolton, John R.: “Is There Really Law in International Affairs?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol 10, Issue 1, 2000.

Cannizzaro, Enzo: “Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War” *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number864, 2006.

Çelebi, Aykut: *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt’in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008.

Dill, Janina: *Applying The Principle of Proportionality in Combat Operations, Policy Briefing*, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, December, 2010.

Drumbl, Mark: “Waging War Against The World: The Need to Move From War Crimes to Environmental Crimes”, *Fordham International Law Journal*, Volume 22, 1998–1999.

Engle, Eric: “The History of the General Principle of Proportionality: an Overview”, *Dartmouth Law Journal*, Volume 10, Number 1, Winter 2012.

Fenrick, William J.: “Applying IHL Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Volume 27, No. 2, 2009.

Fenrick, William J.: “The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare”, *Military Law Review*, Volume 98, Fall 1982.

Güneysu, Gökhan: “Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, 2012.

Güneysu, Gökhan: *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, Basılmamış Doktora Tezi*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2011.

Kaczorowska, Alina: *Public International Law, 150 Leading Cases*, 2. Edition, Old Bailey Press, 2004.

Kennedy, David: *Of War and Law*, Princeton University Press, 2006.

Mansell, Wade: Emily Haslam. “John Bolton and the United States' Retreat from International Law”, *Social & Legal Studies*, Volume 14, 2005.

Nauliaa Case: Portugal v. Germany, 2 RIAA, 1011, 1928.

Odysseos, Louiza ve Fabio Petito: The International Political Thought of Carl Schmitt, Routledge, London and New York, 2007.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), U.N.T.S. Volume 1125, s. 3 vd.

Rome Statute of the International Criminal Court. U.N.T.S. , Volume 2187.

Schmitt, Carl: The Concept of the Political, Çev. George Schwab, The University of Chicago Press, London, 2007.

Shimoda Case: National Implementation of International Humanitarian Law Database, www.icrc.org. (Erişim Tarihi 5 Ağustos 2013)

The German High Command Trial, Law Reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume XII, London, 1949.

Weinstein, Tara: “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment; Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Volume 17, 2004–2005.

Yamaner, Melike Batur: Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayıncılık, 2007, İstanbul.