

SİLAHLI ÇATIŞMA SIRASINDA SİLAHLI KUVVETLER PERSONELİNİN YAŞAM HAKKI

Berkant AKKUŞ*

Öz

Silahlı çatışmalar sırasında yaşam hakkı, uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişki için önemli bir test alanıdır. Hukukun bu iki dalının birbirine yakınlaştığı ancak yaşam hakkı ve özellikle de devletin fiili kontrolünde olmayan kişilere yönelik ölümcül güç kullanımı söz konusu olduğunda, genellikle birbirleriyle çeliştikleri tartışılmaktadır ve uluslararası insancıl hukukun silahlı çatışmalarda herhangi bir yaşam hakkı tanımadığı düşünülmektedir. Yaşam hakkının askeri personele uygulanması tartışmalı bir konu olmuş ve duygusal ihtilaflar yaratmıştır. Bu konuda iki ana görüş bulunmaktadır. Silahlı çatışma sırasında ölüm olasılığını isteyerek kabul etmenin, silahlı kuvvetlerde görev yapmanın doğal bir parçası olduğunu kabul edenler ve bu doğru olsa da, devletlerin yine de silahlı kuvvetlerini uygun şekilde eğitime ve donatma yükümlülüğü olduğunu iddia edenler. Bu makale, bu alandaki davaları gözden geçirmekte ve bir devletin silahlı kuvvetleriyle ilgili olarak ne zaman yaşam hakkı yükümlülükleri olduğu ve bu yükümlülüklerin ne anlama geldiği konusunda bir görüş sunmaktadır. Makalenin araştırma sorularını incelemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yanı sıra evrensel insan hakları hukuku standartları ve diğer bölgesel insan hakları kurumlarının kararları da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yaşam Hakkı, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

THE RIGHT TO LIFE OF ARMED FORCES DURING ARMED CONFLICT

Abstract

The right to life during armed conflict is an important testing ground for the relationship between international human rights law and international humanitarian law. It is argued that these two branches of law converge but contradict each other when it comes to the right to life and especially the use of lethal force against persons not under the de facto control of the state, and it is thought that international humanitarian law does not recognize any right to life in armed conflicts. The application of the right to life to military personnel has been a

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bölümü,
berkantakus91@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6652-2512>.

controversial issue and has created emotional conflicts. There are two main views on this issue. The first one puts forward that willingly accepting the possibility of death during armed conflict is a natural part of serving in the armed forces, and the second one argues that while this is true, states still have an obligation to properly train and equip their armed forces. This study reviews cases in this issue and provides a view of when a state has right to life obligations in relation to its armed forces and what those obligations mean. In order to answer the research questions, the jurisprudence of the European Court of Human Rights, as well as the universal human rights law standards and the decisions of other regional human rights institutions were examined.

Keywords: *Right to Life, International Humanitarian Law, European Court of Human Rights.*

Giriş

Yaşam hakkı hiç şüphesiz her insan için gerçekten doğal ve temel bir insan hakkıdır. Hem en üstün hak hem de diğer tüm hakların dayanak noktasıdır. Yaşam hakkı, içeriği uluslararası teamül hukukunda bulunan ve insanlığın vicdanını yansıtan bir *jus cogens* norm olarak kabul edilirse, kodifiye edilmiş bütün hakların bu en temel insan hakkını güçlendirdiği anlaşılabilecektir (Gormley, 1985: 121). *Jus cogens*'in uygulanmasına ilişkin özellikle önemli bir örnek, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Şili Raporu'nda görülebilir. Raporda yaşam hakkı gelişmişlik derecesi veya kültürel yapısı ne olursa olsun, her toplumda temel bir hak olarak kabul edilmiştir (UN. Commission on Human Rights, 1983: 18). Her ne kadar silahlı çatışmalarda da insanların yaşama haklarından keyfi olarak mahrum bırakılmayacağı kabul edilse de (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996: 25), bunun uygulanabilirliğinin ve etkisinin tartışmalı olduğu belirli bir alan vardır: silahlı çatışmaların yürütülmesi sırasında devletin kendi askeri personelinin yaşamları.

Bu alan, silahlı çatışmalarda yaşam hakkı muammasını temsil etmektedir. Bir yandan hem evrensel hem de bölgesel insan hakları belgeleri uyarınca, herkesin yaşamı korunmalıdır ve hiç kimse keyfi olarak bu haktan mahrum bırakılamaz. Geniş ve kapsayıcı yapısının bir sonucu olarak, silahlı çatışmalarda bulunan tüm bireyler için, statüleriyle ilgili başka herhangi bir özel gerekliliğe bakılmaksızın uygulanır (Beck, 2006: 864). Öte yandan, askeri personelin insan haklarının ve yaşam haklarının yersiz bir kavram gibi görüldüğü sıklıkla ileri sürülmektedir (Rowe, 2014: 520). Askerler, hak sahibi veya ihlal mağduru olmaktan ziyade, insan haklarını ihlal eden devlet görevlileri olarak görülmektedir (Rowe, 2008).

Ancak literatürde askeri personelin yaşam hakkına çok az dikkat çekilmiştir. Hiçbir uluslararası içtihat, çatışmaların yürütülmesi sırasında yaşam haklarının potansiyeli ve sınırları hakkında net bir rehberlik sağlamamıştır.

Dolayısıyla bu çalışma, insan hakları hukukunun evriminin uluslararası insancıl hukuk normlarında, özellikle de çatışmaların yürütülmesinin düzenlenmesinde yaratabileceği etkilere odaklanacaktır.

Silahlı kuvvetler mensuplarının yaşam haklarının korunması söz konusu olduğunda, geride kalmamalarını sağlamayı amaçlayan uluslararası insan hakları hukukundaki mevcut eğilimlerin ve pratik uygulama söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek potansiyel tuzakların eleştirel analizlerini sunacaktır.

Bu makalede, devletlerin kendi silahlı kuvvetleri mensupları için çatışmalar sırasında yaşam hakkı açısından oluşan hukuki boşluğu ele alacaktır. Öncelikle mevcut insan hakları sistemi analiz edilecek ve askerlerin, askeri operasyonlar bağlamı da dahil olmak üzere, yaşam hakkından gerçekten yararlandıkları gösterilecektir. Araştırmanın ana odağı, Avrupa Konseyi dışındaki içtihat hukuku ve yumuşak hukuk kaynaklarının sınırlı kapsamı nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) uygulanmasıdır. İlk bölümde, askerlerin yaşam hakkının tanınması ve devletin barış ve savaş zamanındaki yükümlülüklerinin çeşitliliği ele alınacaktır. AİHS'nin ülke dışı uygulamasına ve yurtdışında yürütülen silahlı çatışmalarda yaşam hakkından feragat etme olasılığına özel önem verilecektir. Bu çalışma, devletin silahlı çatışmalarda askerlerin yaşam hakkı karşısındaki yükümlülüklerinin, çatışmaların yürütülmesine etkileri olan kapsamını analiz edecektir. İkinci bölüm, çatışmaların yürütülmesi sırasında askerlerin hayatının korunması alanında uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insancıl hukukun birbiri ile etkileşimine ayrılmıştır. Bu bölümde, uluslararası insancıl hukukun savaşın yaşam hakkına güvence sağlamak için elverişli olup olmadığı ve uluslararası insan hakları hukukunun çatışmaların yürütülmesi rejimindeki mevcut koruma boşluğunu nasıl doldurabileceği ele alınacaktır. Son olarak, uluslararası insan hakları hukukunun uluslararası insancıl hukuk üzerindeki etkisinin pratik sonuçları, mevcut zorlukları ve olası çözümleri üzerine eleştirel bir analiz sunulacaktır.

1. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU KAPSAMINDA DEVLETİN KENDİ ASKERİ PERSONELİNİN YAŞAM HAKKI

Yaşam tehdidi ve ölüm riski, askerlik hizmetinin ayrılmaz bir parçası olmasına rağmen, askeri personelin yaşam hakkı konusunun neden uzun süre atıl kaldığı, teoride ve uygulamada çok az ilgi gördüğü belirsiz görünmektedir. BM örgütünün organlarının ve bölgesel insan hakları mahkemelerinin hiçbiri, çatışmaların yürütülmesi sırasında askerlerin yaşam hakkı konusunu ele almamıştır.

AİHM, başvuranın oğlunun 2003 yılında Irak'ta askeri görevini yerine getirirken kimliği belirsiz bir kişi tarafından vurularak öldürüldüğü *Pritchard v Birleşik Krallık* (Pritchard v. UK, 2010) davasında bu konuyu ele alma fırsatı bulmuştur. Bu dava, askerlerin yaşam hakkı konusunda bir dönüm noktası olabilirdi ve AİHM'ye üye 47 devletin tamamını etkileyebilirdi (Milanovic, 2013). Ancak, Birleşik Krallık'ın başvuranla

dostane çözüm yoluna gitmesi nedeniyle bu karar hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

Uluslararası içtihadın mevcut olmadığı durumlarda, hukuki yanıtlara ulaşmak için iç hukuka başvurulabilir. Mevcut analizler, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin *Smith* davasında (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013) verdiği ve devletin silahlı çatışmalarda silahlı kuvvetleri mensuplarına karşı AIHS'nin 2. maddesi kapsamında yükümlülükleri olduğunun ilk kez kabul edildiği karara dayandırılacaktır.

Smith davası, AIHS'nin yurtdışında yürütülen silahlı çatışmalarda uygulanabilirliği ve devletin yaşam hakkı kapsamında ordusuna karşı olan yükümlülüklerinin kapsamı ile ilgili bazı ciddi tartışmaları ortaya çıkarmıştır. Ayrıca, insan hakları içtihadının sahadaki politika ve karar vericilerde nasıl yankı bulabileceğini de göstermiştir (Ekins, Morgan, & Tugendhat, 2015).

1.1. Silahlı Kuvvetler Personelinin Yaşam Hakkı

Antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel kural dikkate alındığında belirtmek gerekir ki, AIHS'nin düzenlediği, yaşam hakkı herkes için güvence altındadır ve askeri statüye dayalı olarak belirli kategorilerdeki bireyleri kapsam dışında bırakmak yanlış olacaktır. AIHS, siviller için olduğu kadar askerler için de geçerlidir; ancak Mahkeme her zaman askeri hizmetlerin özelliklerine dikkat etmiştir (Engel and Others v. the Netherlands, 1976).

AIHS'nin onaylanmasının ardından aralarında Fransa, İspanya, Rusya ve Portekiz'in de bulunduğu birçok devlet, AIHS 2. madde kapsamında askeri personelin haklarına çekince koymuştur, ancak hiçbiri yaşam hakkına çekince koymamıştır, yani askerleri hakkın kapsamı dışında bırakma niyeti hiçbir zaman olmamıştır. Bu durum hem barış zamanında hem de savaş zamanında yaşam hakkının kapsamını netleştirmek için daha fazla analiz yapılmasını gerektirmektedir.

Savaş zamanında askeri personelin yaşam hakkının korunması barış zamanına kadar uzanmaktadır. Nitekim, silahlı kuvvetler mensuplarının yaşamları barış zamanında da belirli risklere maruz kalabilmektedir (Anwar ve Toney, 1998: 538). Devletin yükümlülükleri barış zamanında, askeri mahkemeler tarafından verilen ölüm cezaları ve askerlerin intiharları gibi çeşitli durumlarda doğabilmektedir (Perevedentsev v. Russia, 2014).

Askeri personelin barış zamanında diğer bireylerden daha fazla güç ve ölümcül silah kullanımına maruz kalması nedeniyle, asker arkadaşları veya üstleri tarafından işlenen cinayetler de bir diğer ilgili örnektir. *Esat Bayram v. Türkiye* davasında mahkeme, devletin yaşam hakkı kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüklerinin özellikle etkili soruşturma ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Esat Bayram v. Turkey, 2009). Devletin bu pozitif yükümlülüğünü incelerken mahkeme, askerlik hizmetinin özelliğine atıfta bulunmamış, genel ilkenin uygulanmasında ısrar etmiştir. Mahkeme, etkili soruşturma yükümlülüğünün hem araçlara hem de sonuçlara ilişkin bir

yükümlülük olduğunu teyit etmiştir; bu da soruşturmanın olayın gerçekleştiği koşulları tespit etme ve sorumluların tespit edilmesine ve cezalandırılmasına yol açma kapasitesine sahip olması anlamına gelmektedir.

İnsan hakları yükümlülüklerinin askeri personele yönelik genel uygulaması, hizmetlerinin özel niteliği bahane edilerek bir kenara atılamaz. Silahlı kuvvetler mensupları, silahlı kuvvetlere katılmakla insan haklarından ve temel özgürlüklerinden vazgeçmiş olmazlar ve devletin yükümlülükleri de silahlı kuvvetler mensuplarına karşı her zaman farklı değildir.

Devletin askeri eğitim bağlamındaki yükümlülükleri, mevcut analizler için en alakalı olanlardır. *Stoyanovi v Bulgaristan* davasında, başvuranın oğlu paraşüt eğitimi sırasında bir kazada ölmüştür. Mahkeme, maddi yükümlülüklerle ilgili sonraki analizleri için de geçerli olacak bazı gözlemlerde bulunmuştur. Mahkeme, barış zamanında bile askeri hizmetlerin tehlikeli olarak kabul edildiğini ve potansiyel olarak zararlı faaliyetlerin temel işlevlerinin bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu durum, devletin yükümlülüklerinin mevcut olmadığı anlamına gelmez. Bu faaliyetleri düzenleyen veya izin veren devletin temel görevi, bir kurallar sistemi ve yeterli kontrol yoluyla riskin asgari seviyeye indirilmesini sağlamaktır (*Stoyanovi v. Bulgaria*, 2011: 59). Mahkeme, askerlik hizmeti bağlamında *Osman v UK* davasında belirtilen kriterleri (*Osman v. the United Kingdom*, 1998: 116) hatırlatmış ve çifte gerekliliğe işaret etmiştir. İlk olarak, kontrol unsuru ve faaliyet devlet tarafından organize edilmeli veya yetkilendirilmelidir. İkinci olarak, riski en aza indirmek için araç yükümlülüğü vardır ki bu da askerlerin usulüne uygun olarak donatılması yükümlülüğüne ilişkin ileride yapılacak tartışma için gereklidir.

Ayrıca, mahkeme etkili soruşturma yükümlülüğünü yinelemiştir. İç soruşturma için gerekli kriterleri belirlemeye devam etmiştir; yani gerekli uzmanlık, tarafsızlık, çabukluk, makul ve ikna edici açıklamalar sunma yeteneği. Dış soruşturmaya ilgili olarak, anlamlı olması gerektiği, ancak bir mahkumiyetle sonuçlanmasının zorunlu olmadığı neticesine varmıştır (*Stoyanovi v. Bulgaria*, 2011: 66). Dolayısıyla, barış zamanında askerlerin yaşam hakkı devlete, askeri yaşamın kendine has özellikleri ışığında her zaman bağlamsal yoruma tabi olmayan çeşitli pozitif yükümlülükler yüklemektedir.

Askerlerin insan hakları konusundaki tartışmanın en büyük problemi; hukuki argümanlara dayanmak yerine ahlaki gerekçelerin ön plana çıkarılmasıdır (*Walzer*, 2015). Ancak bu yaklaşım, doğru değildir ve hukuki yapının parçalanması ve hukuki korumada gri bölgeler yaratılması dışında hiçbir amaca hizmet etmemektedir.

Silahlı çatışmalar sırasında da yaşam hakkının sona ermediği kabul edilmektedir (*Watts*, 2010), bu aynı zamanda çatışmaların yürütülmesi anlamına da gelmektedir. İnsan Hakları Komitesi'nin 36 numaralı genel yorumunda yer alan bu genel kural, askerler gibi belirli birey kategorilerini dışlamıyor gibi görünmektedir (*May*, 2017: 47). Ortaya çıkabilecek temel

zorluklar, insan haklarının ülke dışında uygulanması ve olası sınırlamalarla bağlantılıdır.

1.2. İnsan Hakları Antlaşmalarının Ülke Dışında Uygulanması

İnsan haklarına ilişkin antlaşmaların kişi ve yer bakımından uygulanmasına dair hükümleri incelendiğinde; AİHS'nin yargı yetkisini belirten 1. maddesi, tarafların kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanabileceğini belirtir. Tüm örgüt organlarının genel yaklaşımı, insan hakları belgelerinin sınır ötesi uygulanabilir olduğudur (Joseph ve Sander, 2018: 120). Yargı yetkisi teriminin en geniş yorumu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından yapılmıştır ve bu yorum üzerinde güç veya etkin kontrol uyguladığı yaşam hakkından yararlanan tüm kişileri kapsamaktadır. Bu kategori İHK tarafından tam olarak tanımlanmamıştır, bunun yerine Komite, bireylerin devletin faaliyetlerinden doğrudan ve makul olarak öngörülebilir bir şekilde etkilenmesi örneğini vermiştir. Bu ifade yurtdışında konuşlandırılmış silahlı kuvvetler mensuplarını kapsam dışı bırakmaz. Aksine, devlet tarafından düzenlenen ve yetkilendirilen askeri operasyonlar bu kişilerin yaşamları üzerinde doğrudan ve makul bir etkiye sahiptir.

Bölgesel Avrupa düzeyinde, yargı yetkisi kavramı daha fazla incelemeye tabi tutulmuştur. Avrupa Konseyi, askeri personelin insan haklarının, devletin onlar üzerinde yeterli yetki ve kontrol kullanması koşuluyla yurtdışında korunduğunu kabul etmektedir (Council of Europe, 2010). AİHM'nin sözleşmenin ülke dışında uygulanmasına ilişkin tutumu, *Bankovic* davasında (Banković and others v. Belgium and other, 2001: 80) çok kısıtlayıcı bir yorumundan, *Al-Skeini* davasındaki etkili kontrol testine kadar önemli ölçüde değişmektedir (Al-Skeini and others v. UK, 2011: 142). Ancak sorun, mahkemenin askerlerin haklarını hiçbir zaman ele almamış olması, onları yalnızca devletin yurtdışındaki yetkisini kullanan devlet görevlileri olarak görmesidir (Al-Saadoon and Mufdhi v. the UK, 2010: 140).

Asıl soru, aynı kişisel modelin askerlerin insan hakları için de geçerli olup olamayacağıdır? Devletin yetki alanına girmek için devlet tarafından görevlendirilmiş olmak yeterli midir? Bu sorular *Smith* davasında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi önünde ortaya çıkmıştır. Mahkeme doğru bir şekilde, hiçbir şeyin sözleşmenin üye devlet toprakları dışında meydana gelen olaylara uygulanmasını engellemediğini ve bunun koşullarının duruma göre değişebileceğini belirtmiştir (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013: 30). Yüksek Mahkeme, AİHM'nin *Al-Skeini* davasındaki gerekçesini tersine çevirmiş ve silahlı kuvvetler mensuplarının yurtdışında devlet ajanı olarak hareket ederek yaşamları üzerindeki neredeyse tüm kontrolü devlete bıraktıklarını ve bu nedenle onun yargı yetkisi içinde kaldıkları sonucuna varmıştır.

Devletin toprak üzerinde etkin kontrol uyguladığı askeri işgal ve çatışmaların aktif olarak yürütülmesinde birliklerin düşmanla yüz yüze

savaştığı durumlar olmak üzere, farklı askeri operasyon türleri arasında ayırım yapmak doğru olacaktır. Her halükarda, farklı operasyon türlerinin devletin yükümlülüklerinin kapsamını potansiyel olarak etkileyeceğini, ancak sözleşmenin uygulanabilirliğini bütünüyle dışlamayacağını öne sürmek makul olacaktır. Öte yandan, bu, askerlerin daimi olarak devletin yargı yetkisi dahilinde olduğunu iddia etmek anlamına gelmez ki bu herhangi bir insan hakları belgesinin mantığına aykırı olacaktır. Asker devlet tarafından yetkilendirilen ve düzenlenen operasyon dahilinde görevlerini yerine getirdiği sürece böyle bir yargı yetkisinin bulunduğunu varsaymak uygun gözükmemektedir.

1.3. Silahlı Kuvvetler Personelinin Yaşam Hakkı Sınırlandırılabilir veya Vazgeçilebilir mi?

İnsan haklarının askeri bağlamda yorumlanmasının yanı sıra, bir diğer kilit konu da asker olmanın yaşam hakkına yönelik zımni bir sınırlama veya istisna olarak görülüp görülemeyeceği sorusuyla ilgilidir.

Askeri personelin yaşam hakkına zımni sınırlamalar getirildiği iddiası uygun görünmemektedir (Liivoja ve Duxbury, 2019: 15). Yaşam hakkı mutlak olmasa da, sınırlamaların dar yorumlanması gerekir. Yaşam hakkına getirilen mevcut sınırlamalar, yani ölüm cezası ve güç kullanımı, (McCann and others v. UK, 1995: 146) nesnel niteliktedir. Mevcut insan hakları hukuku rejimindeki hiçbir düzenleme, sınırlamaların öznel nitelikte olabileceği, yani belirli birey gruplarını dışlayabileceği anlamına gelmez. Bu durum, uluslararası insan hakları hukukunun yaşam hakkının en önemli güvenceleri arasında yer alan savaş risklerini önlemek şeklindeki amacı ile de pekiştirilmektedir (Schabas, 2007: 592). Dolayısıyla, savaş yürütmek için askerlerin yaşam hakkının doğası gereği sınırlandırıldığı ve hatta ortadan kalktığı fikri, insan haklarının mantığı ile doğrudan çelişmektedir.

Yaşam hakkının kısıtlanmasının silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına karşı ileri sürülebilecek bir diğer argüman ise derogasyonlardır. Yaşam hakkında kısıtlamaya izin veren insan hakları belgelerini incelediğimizde; AİHS m. 15/2, meşru savaş eylemleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, yaşama hakkının düzenlendiği 2. maddeye aykırı tedbirlerin alınamayacağını öngörmektedir. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise aşırı suçlar için ölüm cezasının verilebileceğini 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörmektedir. İstisna dar bir şekilde formüle edilmiştir ve hukuka aykırı savaş eylemlerini hariç tutmaktadır (Wallace, 2019: 116). Evrensel düzeyde, yaşam hakkının kısıtlanamaz olduğu, silahlı çatışma ve diğer kamusal acil durumlar da dahil olmak üzere her koşulda geçerli olmaya devam ettiği kabul edilmektedir (Park, 2018: 175).

Devletler bu mekanizmayı silahlı çatışmalarda yaşam hakkından feragat etmek için kullanmamıştır. Ekim 2016'da Birleşik Krallık hükümeti, İngiliz Silahlı Kuvvetleri'ni ısrarlı yasal taleplerden korumak amacıyla, yurtdışındaki askeri operasyonlarda AİHS'ye gelecekte yapılacak

sınırlamalar hakkında bir açıklama yaptı (Ministry of Defence, 2016), ancak söz konusu hakların kapsamını hiçbir zaman belirtilmedi. Yurtdışındaki çatışmalarda sınırlamaların geçerliliği söz konusu olduğunda, askeri operasyon devletin sınırlarından uzakta yürütüldüğünde, ulusun yaşamını tehdit etme unsurunun tartışmalı yorumu nedeniyle yargıda fikir birliği yoktur (Serdar Mohammed v. Ministry of Defence, 2014: 155). Bununla birlikte, uzmanlar böyle bir olasılığı dışlamanın ters etki yaratacağı konusunda hem fikir olma eğilimindedir (Sassòli, 2011: 66).

Aynı zamanda, silahlı çatışmalarda askerlerin yaşam hakkından zımni olarak feragat edilmesi Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, silahlı kuvvetler tarafından yürütülen operasyonlar sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralanmaların her koşulda AİHS 2. maddenin kapsamı dışında olduğunu tespit etmenin bir kısıtlama anlamına geleceğini (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013: 58) ve bunun da ilk bakışta sözleşmeye aykırı olacağı yönündeki endişelerini dile getirmiştir. Farklı bir sonuca varmak kaçınılmaz olarak ayrımcılık yasağının ihlaline yol açacaktır, çünkü bireyler askeri statülerine dayalı korumayı kaybedeceklerdir.

Devletler kısıtlamalar konusunda isteksizdirler çünkü AİHM uluslararası insancıl hukukun AİHS'yi nasıl etkilediğini aktif olarak değerlendirene kadar manevra alanlarının olmasını istemektedirler, zira kısıtlamaların devletin diğer uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu olması gerekmektedir (Lubell, 2005: 742). Marko Milanovic'in de haklı olarak belirttiği gibi, devletlerin kısıtlama yapma yükümlülüğü yoktur, ancak tercihlerinin sonuçlarına ve daha sıkı insan hakları denetiminin uygulanmasına da katlanmak zorundadırlar (Milanovic, 2016: 88). Avrupa düzeyinde, devletlerin silahlı kuvvetler mensuplarını yaşam hakkından mahrum bırakmak için kısıtlamalara başvuramayacaklarına dair bir karine vardır (Arabadjiev, 2006: 54).

1.4. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Eşzamanlı Uygulanması İlkesi

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma zamanlarında uygulanabilir hukukun ana gövdesi uluslararası insancıl hukuktur. İnsan hakları hukuku başlangıçta barış zamanında uygulanabilir olarak düşünülmüştür (Taşdemir, 2012: 108). Savaş zamanına uygulanabilirliği yaygın olarak kabul görmemiştir.

1960'lerden itibaren bu durum tersine dönmüştür. Bugün insan hakları hukukunun silahlı çatışma durumlarında da geçerli olduğu genel kabul görmektedir (Tütüncü, 2006: 2). İnsan hakları hukuku sözleşmelerindeki hiçbir hüküm bu tür durumlara uygulanabilirliğini dışlamamaktadır (Öktem, 2011: 95). Bu belgelerin çoğunda yer alan ve devletlerin olağanüstü hallerde veya silahlı çatışma durumlarında insan hakları hukuku yükümlülüklerinden bazılarını bir kenara bırakmalarına izin veren istisna hükümleri, insan hakları hukuku yükümlülüklerinin bu durumlarda da geçerli olmaya devam ettiğini

zımnen teyit etmektedir (Kolb, 1999: 67). Aksi takdirde istisna hükümleri gereksiz olurdu.

Bu argüman uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için kesinlikle geçerlidir. Uluslararası silahlı çatışmalar için ise mutlaka belirleyici değildir. Gerçekten de, ulusal sınırların ötesinde eylem içeren savaş durumlarında, insan hakları hukukunun uygulanmasının temelini oluşturan devletin kendi toprakları üzerindeki olağan yargı yetkisinin veya eşdeğer bir kontrolün genellikle bulunmadığı düşünülebilir (Banković and others v Belgium and 16 Other Contracting States, 2001). Bununla birlikte, uluslararası uygulama, insan hakları hukukunun uluslararası silahlı çatışma durumlarında bile geçerli olduğunu kabul etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, yakın zamanda, Nükleer Silah Tehdidinin veya Kullanımının Hukuka Uygunluğu ve İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Danışma Görüşlerinde bu uygulanabilirliği yeniden teyit etmek için birçok fırsat bulmuştur (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) , 2004: 106). Ayrıca, insan hakları hukuku denetim organlarının neredeyse tamamı, insan hakları hukukunun uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarında uygulanabileceğini açıkça veya dolaylı olarak davaları karara bağlayarak kabul etmiştir (Cyprus v Turkey, 2001).

Son olarak, Güvenlik Konseyi (United Nations Security Council , 2004) veya BM Genel Kurulu (The UN General Assembly, 1970) gibi siyasi organlar da bu anlayış temelinde harekete geçmiştir. Dolayısıyla, insan hakları hukuku belgelerinde yer alan yargı yetkisine ilişkin sınırlamalar, güvence altına aldıkları hakların ülke dışında uygulanmasına aykırı bir şekilde yorumlanmamıştır (Lopez Burgos v. Uruguay, 1981).

Aksine, uluslararası silahlı çatışmalarda işgal durumlarında, uluslararası silahlı çatışmalarda ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bireylerin çatışmanın karşı tarafının elinde olduğu durumlarda; insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun eş zamanlı olarak uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir (Watkin, 2004: 33).

Nükleer Silah Tehdidinin veya Kullanımının Hukuka Uygunluğu hakkındaki Danışma Görüşü'nde Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun eş zamanlı uygulanabilirliğine ilişkin mevcut yaklaşımı oluşturmuştur. Genel olarak uluslararası insan hakları hukukunun, özel olarak da yaşam hakkının, silahlı çatışmalarda nükleer silahların kullanımını yasaklayıp yasaklamadığı sorusunu yorumlayan divan, doğru referansın *lex specialis*'in bir ifadesi olarak uluslararası insancıl hukuk olduğuna karar vermiştir (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996: 25). 2004 tarihli Duvar Görüşü'nde divan, işgal altındaki topraklara uygulanacak hukuk bağlamında bu gerekçeyi tekrarlamıştır (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) , 2004: 106).

Uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki ile ilgili olarak üç olası durum vardır. Haklar yalnızca uluslararası insancıl hukukun konusu olabilir, bazı haklar ise münhasıran insan hakları hukukunun konusu olabilir, ancak hakların uluslararası hukukun bu iki dalının da konusu olabilmesi mümkündür. Divan, Duvar Görüşü'nde kendisine yöneltilen soruya cevap verebilmek için, uluslararası hukukun bu iki dalını, yani uluslararası insan hakları hukukunu ve *lex specialis* olarak uluslararası insancıl hukuku dikkate almıştır (O'Keefe, 2004: 135).

Ancak *lex specialis* yaklaşımı belirsizlikler içermektedir. En belirgin olanı *lex specialis* kuralının hangi düzeyde işlediğiyle ilgilidir. Bir bütün olarak özel kanun genel kanunları ilga eder kuralı doğrultusunda uluslararası insan hakları hukukuna karşı uluslararası insancıl hukuk düzeyinde mi, yoksa vaka bazında çatışan tekil normlar düzeyinde mi? Eğer ikinci durum söz konusuysa, o zaman meselenin bağlamsal bir yorum olduğunu söylemek yerine, genel bir *lex specialis* kuralından söz edilebilir mi?

Divan'ın tavsiye niteliğindeki görüşleri doğrultusunda; uluslararası insancıl hukukun bir bütün olarak uluslararası insan hakları hukukuna göre daha özel hukuki düzenlemeler içerdiği kabul edilmektedir (Dennis, 2005: 139). Ancak bu yaklaşımı doğru kabul etmek zordur. Öncelikle, Lindroos'un da belirttiği gibi, bütün bir hukuk alanının başka bir hukuk alanına göre daha özel olduğuna dair soyut bir belirleme gerçekçi değildir (Lindroos, 2005: 42). Hukukun dalları arasındaki somut ilişkiler böylesine basit bir formülün ifade edebileceğinden çok daha karmaşıktır. Sadece silahlı çatışma durumlarını ele almak üzere tasarlandığı için uluslararası insancıl hukukun, her zaman uluslararası insan hakları hukukundan daha özel düzenlemeler içerdiğini söylemek doğru değildir (Heintze, 2010: 796). Özel düzenleme kavramı, kesinlikle normlarının ana amaç ve hedefinden daha zengin bir denkleme dayanır.

Geleneksel *lex specialis derogat legi generali* özdeyişinin bu konuya uygulanması mümkündür. Çelişmezlik ilkesi doğrultusunda aynı konuya ilişkin, iki veya ikiden fazla uluslararası insancıl hukuk ve/veya uluslararası insan hakları hukuku normu mevcut olduğunda; *lex specialis derogat legi generali* yani özel kanun genel kanunları ilga eder kuralı, her iki normun da aynı anda uygulanmasını imkansız kılacak şekilde çatıştığı ölçüde geçerlidir (Hampson ve Salama, 2005: 57).

Bu kuralın ana kapsamı Vierdag tarafından doğru bir şekilde ifade edilmiştir. İki kuralın bir dizi olgu veya eyleme eşzamanlı olarak uygulanmaya çalışılması, uyumsuz sonuçlara yol açıyorsa kullanılması söz konusu olmalıdır (Vierdag, 1998: 100). Bu uyumsuzluk üç türde olabilir: (1) X kuralı ve Y kuralı doğrudan bir çelişkiye yol açar. Örneğin, bir kişi belirli bir fiilden dolayı yargılanmalıdır ve aynı kişi aynı fiilden dolayı kovuşturulamaz. (2) X ve Y kuralları farklı ama yine de uyumsuz sonuçlara yol açar. Örneğin, tutuklama kararları teyit edilmelidir, ancak bir durumda adli bir organ gerekirken diğerinde idari bir organın yeterliliği kabul

edilmektedir. (3) Hukukun iki dalından biri bir konuda norm içermezken diğeri içeriyorsa, ancak düzenleme yokluğu kasıtlı bir ihmale, yani nitelikli bir sessizliğe karşılık geliyorsa, norm çatışması söz konusu olabilir. Son olarak, X normu Y normunun tüm içeriğini kapsıyor ancak Y normundan daha geniş yorumları içeriyorsa uyumsuzluk yoktur. Bu durumda vurgulanması gereken bir fark vardır. Kural tutukluluğun bir kararla onaylanması gerektiğini belirtiyor, diğerkural ise tutukluluğun 3 aylık süre içinde bir kararla onaylanması gerektiğini belirtir şeklindeyse son seçeneğe uygun bir örnek oluşturabilir.

Uluslararası insancıl hukuk kuralının uluslararası insan hakları hukuku kuralına karşı, otomatik olarak üstün geleceğini kayıtsız şartsız olarak teyit etmek mümkün değildir (International Law Commission, 2004: 9). Bir kuralın özelliğini belirlerken birçok unsur bir araya gelecektir. Bu unsurlar; kuralın kesinliği ve açıklığı, davanın özel koşullarına uyarlanması ve sunduğu koruma derecesidir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu genellikle daha yüksek koruma derecesi kriterini tercih etmiştir (Juan Carlos Abella v. Argentina (la Tablada), 1997: 166). İki hükmün aynı anda uygulanması ve X normunun tüm hükümleri içerecek şekilde bireyin korunmasını sağlaması bir dereceye kadar mantıklıdır. Y normunun sağladığı korumanın ötesine geçmesi durumunda, daha yüksek derecede koruma sağlayan norm, yani X normu geçerli olmalıdır (Sassòli, 2007: 391). Her iki normun da geçerli olması halinde, daha yüksek derecede koruma sağlamama durumu otomatik olarak devletin X normunda yer alan hukuki taahhütlerinden birini ihlal ettiği anlamına gelecektir.

Dolayısıyla, bir devlet farklı antlaşmaları onaylayarak veya bu antlaşmalara teamül hukuku yoluyla katılarak bireylere daha kapsamlı haklar tanırsa, bu antlaşmalardan birinin bunları sağlamadığını ileri sürerek hakları sonradan ihlal edemez. Her bir antlaşma özerktir ve kendi içinde saygı görmelidir; bunun tersi bir argüman insancılık ilkesiyle bağdaşmayan bir söylem olacaktır. Böylelikle devletler tarafından bir antlaşma yükümlülüğünün, başka bir özerk antlaşmada yer alan bir yükümlülüğü ortadan kaldırmak için kullanılmasının önüne geçilecektir. Bu durum, doğal olarak, her iki hukuki rejimin aynı anda geçerli olduğunu varsayar; aksi takdirde, anlaşmazlık sona erer. Benzer bir yorum AIHM tarafından da yapılmıştır. *Hassan* davasında, silahlı çatışmalara uluslararası insan hakları hukukunun ve uluslararası insancıl hukukun eş zamanlı uygulanacağı kabul edilmiştir (Hassan v. the United Kingdom, 2014). Bu durumda iki hukuk rejimi arasında öncelik ilişkisi ve herhangi bir hiyerarşi olmadığı noktası vurgulanmalıdır. *Lex specialis* yorumu norm çatışmalarını çözmek için tek tip bir yanıt sunamaz. Daha ziyade bağlamsal ve teleolojik yorumlamanın genel bir tanımlayıcı aracı olarak görülmelidir.

2. DEVLETİN ASKERİ PERSONELİYLE İLGİLİ İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN KAPSAMI

Askeri personelin yaşam hakkının silahlı çatışmalarda da mevcut olduğuna dair çok az şüphe olsa bile, devletin askerlerine karşı yükümlülüklerinin kapsamının daha fazla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında hem AİHM'nin hem de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yorumu, taraf devletler için dört yasal görevin kabul edilmesinde birleşmektedir:

Silahlı kuvvetler mensupları, açık ve meşru askeri amaçlar olmaksızın hayatlarının kaçınılmaz olarak riske atılacağı durumlara veya yaşama yönelik tehdidin göz ardı edildiği koşullara maruz bırakılmamalıdır. Şüpheli ölüm veya yaşam hakkı ihlali iddialarına ilişkin bağımsız ve etkili soruşturma yürütülmelidir. Yaşam hakkına aykırı eylemlerin rapor edilmesi teşvik edilmelidir. Ölüm cezası yasaklanmalıdır (Council of Europe, 2010: 7). Bu çalışmanın amaçları doğrultusunda, ilk iki yükümlülüğün yerine getirilmesi çatışmaların yürütülmesi rejimi üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olduğu için daha yakından analiz edilecektir.

2.1. Gereksiz Riske Maruz Bırakmama Yükümlülüğü

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararı, devletlere, askerlerini kaçınılabilecek ve açık meşru bir askeri amaç olmaksızın veya yaşama yönelik tehdidin göz ardı edildiği durumlarda, hayatlarının riske atılacağı durumlara maruz bırakmama yükümlülüğü getirmektedir (Council of Europe, 2010). İlk bakışta negatif olan bu yükümlülük, aslında devletin bir dizi pozitif taahhüdünü ima etmektedir ve doğası gereği barış zamanında askerlerin yaşam hakkıyla bağlantılıdır. Bu tür görevler, sadece planlama, eğitim ve teçhizatı değil, aynı zamanda konuşlanma ve yerinde uygun sağlık hizmetlerini de içerecek şekilde genişletilmiş yorumlanabilir.

Eğitim ve tedarik düzeyindeki özen yükümlülüğü de *Smith* davasında ele alınan konulardan biriydi. Mahkemenin karşılaştığı temel sorun, koruma yükümlülüğü ile doğası gereği öngörülemez (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013: 63) ve tehlikeli bir iş olan savaş gerçeği arasındaki dengeyi bulmaktır (Rowe, 2014: 539). Yüksek Mahkeme, devletin kontrolü altında gerçekleşen davranışlar ile savaş alanında gerçekleşen davranışlar arasında ayırım yapmak için elinden geleni yaptı. AİHM daha önce insan davranışlarının öngörülemezliği ile öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel seçimlerin, yetkililere imkansız veya orantısız bir yük getirmemesi gerektiğini teyit etmişti (Osman v. the United Kingdom, 1998: 116). Bu standart tek başına devletin savaş alanında meydana gelen can kayıplarından sorumlu tutulmaması için mükemmel bir çıkış yolu olabilir, ancak aynı kararda mahkeme, devletin yaşama yönelik gerçek ve acil bir riskin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği ve bu riski önlemek için yetkileri kapsamında önlem almadığı durumlarda, sorumluluğunun var olduğunu da açıklığa kavuşturmuştur.

Mahkemenin, insan davranışlarının öngörülemezliğinin, yaşamın sürekli tehdit altında olduğuna dair hiçbir şüphenin bulunmadığı savaş alanından genellikle daha yüksek olduğu barış zamanında suç teşkil eden

davranışlarla ilgilendiği unutulmamalıdır. Farklı bir davada, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, devletin, askerlerin sürekli olarak öldürülme veya yaralanma riski altında oldukları bir ortamda konuşlandırıldıklarının farkında olduğunu açıkça teyit etmiştir ((Smith) v Oxfordshire Assistant Deputy Coroner (Equality and Human Rights Commission Intervening), 2010: 112). Bu bağlamda imkansız veya orantısız bir sorumluluk kavramı da ortak akıl temelinde doğru olmayan bir yaklaşım olarak görünecektir. Devlet denizaşırı ülkelerde karmaşık bir askeri operasyon yürütebilecek durumdaysa, yeterli eğitim ve askeri planlama orantısız bir sorumluluk olarak değerlendirilebilir mi? İyi niyetle verilecek cevap olumsuz olacaktır.

Yüksek Mahkeme, çok sayıda can kaybına yol açan sistemik veya operasyonel başarısızlıkların incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013: 63). Bu yaklaşımın sorunu, ihlalin sistematik karakterini göstermek için mağdura ek bir yük getirmesi ve böylece bireysel bir hakkı başkalarının bireysel haklarının ihlaline bağımlı hale getirmesidir.

Diğer önemli konu ise devletin yetkilerinin kapsamını tanımlamaktır. AİHM, *Stoyanovi* davasında devletin sorumluluğu için oldukça yüksek bir eşik koymuş ve devletin sınırsız güç, etkiye sahip bir unsur olarak kabul edilmesini reddetmiştir. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi AİHM ile aynı fikirdeymiş gibi görünmesine rağmen, politika, tedarik ve operasyonel planlama arasındaki boşluğu tanımlayarak insan hakları için ek bir giriş noktası yaratmıştır (Wright J. , 2016: 58).

AİHM, savaş operasyonlarında askerlerin yaşam hakkı konusunu hiç ele almamış olsa da, askeri bağlamda devletin iki yönlü yükümlülüğünü desteklemektedir. Bu yükümlülükler, sadece askeri faaliyet ve operasyonların doğasından değil, aynı zamanda insan unsurundan da kaynaklanabilecek risk düzeyine uygun kurallar koymak ve askeri yaşamın doğasında var olan tehlikelere karşı etkili koruma sağlamayı amaçlayan pratik tedbirler almak olarak sıralanabilir (Mosendz v. Ukraine, 2013: 91).

Bu nedenle, *Pritchard* davasında olduğu gibi, uygun güvenlik ekipmanlarının bulunmaması veya dost ateşi vakalarında askeri personelin yeterli eğitim almaması durumunda, devletin askeri üs dışında meydana gelen silahlı kuvvetler mensuplarının ölümlerinden sorumlu olması beklenebilir. Bu durum, devlete imkansız görevler değil, beklenen risklerden kaçınmak için makul bir standart yükleyecektir (Rowe, 2014: 539).

2.2. Bağımsız ve Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Şüpheli ölümleri veya yaşam hakkı ihlali iddialarını soruşturma yükümlülüğü yaşam hakkının ayrılmaz bir parçasıdır (McCann and others v. UK, 1995: 161). *Stoyanovi* davasında da teyit edildiği üzere, bu yükümlülük mağdurun statüsüne bağlı değildir ve ölen kişinin askeri mensubiyeti, ilgili yükümlülüklerin eşliğini düşürmez (Salgin v Turkey, 2007: 86). Bu yükümlülüğün ne genel olarak silahlı çatışmalarda ne de özel olarak düşmanca davranışlarda geçerliliğini yitireceğine dair bir işaret

bulunmaktadır (Kaya v Turkey, 1998: 91). Aksine, bu yükümlülük uluslararası insan hakları hukuku kapsamında, uluslararası insancıl hukukta karşılık gelen yükümlülüğün eksikliğini tamamlayan daha koruyucu bir rejimin örneğini temsil etmektedir (Gaggioli ve Kolb, 2007: 115).

AİHM içtihadında etkili ve bağımsız bir soruşturma için yerine getirilmesi gereken kriterleri tanımlamıştır. İlk olarak, soruşturma olaylardan bağımsız kişiler tarafından yürütülmelidir. İkinci olarak, her ne kadar bir araç yükümlülüğü olsa da, soruşturma ilgili koşulları belirleyebilmeli ve sorumluları tespit edebilmelidir (McKerr v UK, 2001: 112). Üçüncü olarak, çabukluk ve makul bir hız şartı vardır (Kelly and Others v. UK, 2001: 97). Dördüncü olarak, delillerin toplanması ve muhafaza edilmesi gerekir (Kaya v Turkey, 1998: 89). Son olarak, kamu denetimi ve mağdurun yakınlarının soruşturmaya katılımı vazgeçilmez bir koşuldur (Salgin v Turkey, 2007: 89).

Soruşturma yükümlülüğünün, çatışmalar sırasında askerlerin ölümüyle ilgili davalar için ne gibi sonuçlar doğurmakta olduğunu incelemek gerekirse; öncelikle, soruşturma yükümlülüğü teorik olarak, ölümlerin büyük çoğunluğu için geçerli olabilir. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin yerinde bir şekilde belirttiği gibi, askeri operasyonlarda meydana gelen ölümlerle ilgili *prima facie* vakalarında bile, soruşturma ilerledikçe yaşam hakkının olası bir ihlaline işaret eden yeni bilgiler ortaya çıkabilir (R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2013: 63). Diğer önemli nokta, soruşturmada sorumlu organlarla ilgilidir; yapısı gereği dahili askeri soruşturma tarafsız olamazken, soruşturmanın sivil makamlar tarafından yürütülmesi halinde bu gerekliliğin karşılanması daha olasıdır (Rowe, 2010: 36). Bu gereklilik, *Pritchard* davasının gerçeklerinden de görüldüğü üzere, askeri soruşturmalarda neredeyse imkansız olan kamu denetimi ve ailenin katılımı ile bağlantılıdır.

Stoyanovi davasında AİHM ayrıca, ölümün kasıtsız olarak gerçekleştiği durumlarda ceza hukuku yolunun sağlanmasının zorunlu olmadığını, bunun yerine uygun bir tazminatın da sağlanabileceğini belirtmiştir (Stoyanovi v. Bulgaria, 2011: 60). Birçok devletin görev başındaki askerlerin ölümleri için ulusal düzeyde tazminat mekanizmaları bulunmaktadır; (Organization for Security and Co-operation in Europe, 2008: 183) ancak bu durum devleti ölümün koşullarını araştırma yükümlülüğünden muaf tutamaz çünkü bunlar yükümlülüğün iki ayrı unsurudur.

Etkili bir soruşturma için yukarıda belirtilen gerekliliklere uymak ve askeri operasyon kalkanının arkasına saklanıp ilgili verileri sağlamayı reddetmemek devletin menfaatinidir. AİHM içtihadına göre, bu tür bir ret, başvuranın haklı gerekçelerine eşit tutulabilir ve özellikle ölüm, devletin münhasır askeri kontrolü altında gerçekleşiyorsa, sorumluluk karinesine yol açabilir (Gaggioli ve Kolb, 2007: 151). *Pritchard* davasındaki olayların gerçekleştiği 2003 yılında işgal altındaki Irak'da yaşanan olay bunun açıklayıcı bir örneği olacaktır.

3. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA SAVAŞANLARIN YAŞAM HAKKININ İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Uluslararası insancıl hukuk sadece sivil nüfusu ve silahlı çatışmalarda veya savaş dışı durumlarda çatışmalara aktif olarak katılmayanları koruyan yasal bir rejim olarak yanlış anlaşılmaktadır. Buna göre savaşanlar koruma kapsamı dışında kalacak ve esas olarak savaş kurallarına uyma yükümlülüğü taşıyacaklardır. Ancak böyle bir yaklaşım uluslararası insancıl hukukun özüne ve insancıl korumanın evrimine uygun değildir. Bu bölümde, çatışmaların yürütüldüğü zaman da dahil olmak üzere savaşanların yaşamının korunmasının uluslararası insancıl hukukun kökenlerinden miras kaldığı savunulacaktır. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun iç içe geçmesi, hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesine önemli ölçüde katkıda bulunabilir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun iki dalı karşılıklı olarak birbirini güçlendirirken, bu artan koruma uluslararası insancıl hukuku zayıflatmamalıdır ve bu nedenle uluslararası insan hakları hukuku ile sağlam ve tutarlı bir eklemlenmeyi gerektirir.

3.1. Martens Kaydı

Martens kaydı, 19. yüzyılın sonunda formüle edilmiş olup, bağlayıcı bir antlaşma hükmü olmasa dahi, insanlık ilkelerinden ve kamu vicdanının emirlerinden türetilen uluslararası hukuk ilkelerinin sivil nüfusu ve savaşanları korumasını garanti altına almıştır. Rus delege Friedrich Martens tarafından 1899 Lahey Barış Konferansı'nda *franc-tireurs* (hukuka aykırı savaşanlar) muamelesini kapsamak üzere ortaya atılmıştır (Sassòli, 2019: 54). Çağdaş uluslararası insancıl hukuk kapsamında bu madde dört Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokollerinde yansıtılmaktadır. Martens kaydının rolü, yeni teknolojiler veya taktikler gibi mevcut antlaşma hukukunun kapsamı dışında kalabilecek yeni gelişmelere uygulanabilecek uluslararası insancıl hukuk ilkelerinin yorumlanmasında kılavuz olarak hizmet etmektir (Asaro, 2016: 367). Bunun arkasındaki mantık, uluslararası insancıl hukuk kapsamında yasaklanmayan her şeye otomatik olarak izin verildiği varsayımını önlemektir (Sandoz, Swinarski, & Zimmermann, 1987: 55).

Martens kaydı, silahlı çatışmalarda insan hakları için bir giriş noktası olarak kabul edilebilir. İnsancılık kavramı insan hakları kavramıyla bağlantılıdır (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996: 685), zira insan hakları alanındaki muazzam gelişmeler insanlık gibi kavramların değerlendirilmesinde mutlaka etkisini göstermelidir. Bu nedenle, insan hakları endişelerini silahlı çatışma hukukuna dahil etmek için hala güçlü bir araçtır (Meron, 2006: 28). Martens kaydının bir başka zorlayıcı katkısı da sivillerin korunmasının önemini savaşanlarla eşitlemesidir. Mümkün olan en geniş şekilde formüle edildiğinden, hukuktaki olası gri alanlardan kaçınmaya ve mevcut normların daha koruyucu bir şekilde yorumlanmasına olanak sağlamaktadır.

Geleneksel olarak uluslararası insancıl hukuk, savaşı taraflar arasındaki çatışmaların yürütülmesini ve düşmanın elindeki kişilere yapılacak muameleyi düzenleyen bir hukuk olarak görülür. Bu nedenle, uluslararası insancıl hukukun önde gelen söylemi, esas olarak düşman vatandaşlarını koruduğudur (Sassòli, 2019: 1). Ayrıca, düşmanın eylemlerinden koruduğu, ancak kendi güçlerinin şiddetinden korumadığı da tekrarlanabilir (Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (the RUF accused) (Trial judgment), 2009: 1451). Devletin kendi silahlı kuvvetleri mensuplarının korunması, yaralı ve hastaların tedavisi düzeyinde öngörülmektedir. Birinci Cenevre Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca, devlet, kendi kuvvetlerine ya da düşman kuvvetlerine mensup olmalarına bakılmaksızın yaralı ve hastaların korunmasını ve bakımını sağlamakla yükümlüdür (Sandoz vd. 1987: 138).

Benzer bir yaklaşım, genel koruma sağlayan uluslararası insancıl hukuk hükümlerinde de izlenebilir. Asgari kıstas olarak Ortak Madde 3, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda geçerli olan insanlığın temel düşüncelerini yansıtmaktadır (Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) (Judgment), 1986: 218). Herhangi bir olumsuz ayırım gözetmeksizin, silahlı kuvvetler mensupları da dahil olmak üzere, çatışmalarda aktif rol almayan tüm kişilere koruma sağlamaktadır. Kişinin korumadan yararlanması için düşmanın gücünde olması gibi bir gereklilik yoktur; korunan kişilerin kapsamına ilişkin herhangi bir sınırlama da yoktur (Kleffner, 2015: 436). Aksi bir sonuca varmak ve kişiler arasında bir tarafa üyeliklerine göre ayırım yapmak temel ayrımcılık yapmama ilkesine aykırı olacaktır (Rodenhäuser, 2016: 171). Bu nedenle, silahlı çatışmalarda aktif olarak yer almadığı sürece, silahlarını bırakmış veya savaş dışı bırakılmış bir savaşı otomatik olarak korumadan yararlanır. Uluslararası ceza hukuku içtihadı bu argümanı daha da geliştirerek, uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki yükümlülüklerin sadece düşmana karşı olmadığını, aynı zamanda ülke içi şiddeti de yasakladığını ileri sürmüştür (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 2014: 76). Devletin kendi güçlerinin korunması tüm normlarda bulunmayacağından ve ilgili hükümlerin analizi her zaman gerekli olacağından, iyimser bir yaklaşımda olmamak gerekir. Bununla birlikte, bu durum, devletin savaş dışı bırakılan kendi silahlı kuvvetler mensuplarına karşı yükümlülüklerini de içeren Ortak Madde 3 kapsamındaki genel koruma için geçerli olacaktır.

Aynı mantık, Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I'in 75. maddesi kapsamında sağlanan temel güvenceler için de geçerlidir. Bu hüküm, mevcut antlaşmalar kapsamında çatışmanın bir tarafının gücünde olan ve Protokol altında olumlu muameleden yararlanmayan kişilere sağlanan korumadaki boşluğu doldurmak için vardır. İfadenin kendisi, savaşın korunan kişiler kategorisine dahil edilmesini engellemektedir (Crawford, 2010: 54). Dahası, kişinin çatışmanın hangi tarafının gücü altında olması gerektiği

belirtilmemektedir; bu durumda tarafın sadece düşman değil, aynı zamanda bireyin vatandaşı olduğu devlet olduğuna inanmak için iyi nedenler sunmaktadır. Ayrıca, hukuka aykırı ayrımcılık gerekçelerinin açık uçlu listesi, tarafın kendi vatandaşlarının veya başka bir şekilde o tarafa ait olan kişilerin koruma kapsamı dışında bırakılmasına karşı çıkmaktadır (Kleffner, 2013: 296).

Devletin kendi silahlı kuvvetleri mensuplarının korunması uluslararası insancıl hukuka yabancı değildir. İnsanlık ilkesine derinden bağlıdır ve bu temel ilke, kişileri uyruklarına veya çatışmadaki statülerine göre kapsam dışında bırakarak ayrımcı bir şekilde yorumlanamaz. Bununla birlikte, verilen tüm örnekler, silahlı çatışmaların yürütülmesini ele almak ve devlete savaş dışı kalan savaşılanlarına karşı yükümlülükler doğurmak konusunda yetersiz kalmaktadır.

3.2. Uluslararası İnsancıl Hukuk Savaşçıların Yaşam Hakkı İçin Koruma Sağlıyor mu?

Uluslararası insancıl hukukun, silahlı çatışmalardan etkilenen kişilerin hayatını ve onurunu koruması gerektiği düşüncesinin, aynı zamanda bireylerin statülerine bağlı olarak koşulsuz öldürülmelerine izin vermesi, insancıl amacı ortadan kaldırıyor gibi görünmektedir. Aksine, Gloria Gaggioli'nin haklı olarak belirttiği gibi, uluslararası insancıl hukuk öldürme hakkı vermekten uzaktır (Gaggioli, 2013: 252). Eğer durum böyle olsaydı, uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku arasında yaşam hakkına ilişkin çatışma aşılamaz olurdu. Ancak gerçek şu ki, her iki hukuk dalı da gereksiz veya orantısız ölümleri önlemeyi amaçlamaktadır. Yaşama yönelik şiddetin ve özellikle de cinayetin açıkça yasaklanması, bir dizi hükümde düzenlenmiştir ve aynı zamanda uluslararası insancıl hukukun bir teamül kuralını temsil etmektedir (Beck, 2006: 903).

Savaşanlar, Ek Protokol I'in 52. maddesi uyarınca meşru bir askeri amaç olarak, uluslararası insancıl hukuk kapsamında hukuka uygun bir şekilde öldürülebilir. Koşullar ne olursa olsun bir savaşanın her zaman öldürülebileceği iddia edilse de, askeri gereklilik ve insanlık ilkeleri bu dogmatik yaklaşımı engellemektedir. Askeri gereklilik ilkesi 1868 tarihli Saint-Petersburg Bildirgesi'nin önsözünde yer almıştır. Devletlerin savaş sırasında gerçekleştirmeye çalışması gereken tek meşru amaç düşmanın askeri güçlerini zayıflatmaktır. Bu amaçla mümkün olan en fazla sayıda kişiyi etkisiz hale getirmek yeterlidir.

Dolayısıyla meşru hedef öldürmek değil, düşmanı etkisiz hale getirmektir. Öldürmektense yakalamak gibi koşulsuz bir yükümlülük olmasa da (Melzer, 2009: 1047), muharebe dışı kalanlar kavramı ve askeri gereklilik kavramı, ölümcül güç kullanımı için açıkça bir gereklilik olmadığı durumlarda, düşmanı öldürmenin insanlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna götürmektedir. Gerçekten de, eğer durum böyle olmasaydı, muharebe dışı

kalmış savaşıları öldürmenin neden yasaklanacağı açıklığı kavuşamazdı. Bu nedenle, muharebe dışı kalmış savaşıları düzenleyen kuralların, kuvvet kullanımına ilişkin kısıtlamalarla belirlenen hukuki sınırları ortaya koyduğu bile ileri sürülmektedir (Goodman, 2013: 819).

Muhariplerin hayatının korunmasına ilişkin bir diğer önemli gösterge de savaşı tarafların savaşı araç ve yöntemleri konusundaki tercihlerinin sınırlandırılmasına ilişkin normdur. Meşru askeri hedeflere ulaşmak için kaçınılmaz olandan daha fazla zarar verme yasağı, aynı zamanda muhariplerin hayatlarını korumayı amaçlayan uluslararası teamül hukukunun ihlal edilemez bir ilkesidir (Dinstein, 2005: 214). Bu yasak, araçların seçimine ilişkin bir kuraldan daha geniş kapsamlı olmakla birlikte, günümüzde çatışmaların yürütülmesini düzenleyen uluslararası insancıl hukukun tamamının yani Lahey hukuku ve örfi kuralların altında yatan ve bu konuda bilgi veren temel bir kural anlamına gelmektedir (Melzer, 2010: 905). Meşru hedeflere yönelik saldırılarda güç kullanımına ilişkin kısıtlamalarla doğrudan bağlantılıdır, dolayısıyla muhariplerin hayatlarını korumaktadır. Son olarak, hainlik ya da çatışmasızlık emri veya tehdidi gibi belirli yöntemlerin yasaklanması da, çatışmaların yürütülmesi sırasında muhariplerin hayatının korunduğuna işaret etmektedir.

Dolayısıyla, muhariplerin yaşamının ve hatta yaşam hakkının korunması fikri uluslararası insancıl hukukun varlık nedenine aykırı değildir. Aslında, çatışmaların yürütülmesini düzenleyen temel ilkelere kadar izlenebilir. Bununla birlikte, çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallarda, uluslararası insancıl hukukun devletin kendi silahlı kuvvetlerine karşı yükümlülükleri konusunda sessiz kaldığını belirtmek de aynı derecede önemlidir. Yaşam hakkı korunsa bile, tüm kısıtlama yükümlülükleri düşman savaşıları korumaya yöneliktir.

Sonuç olarak, uluslararası insancıl hukukta, çatışmaların yürütülmesi sırasında kendi tarafınca savaşıların hayatlarının korunmasına ilişkin bir boşluk var gibi görünmektedir. Bu boşluğun insan hakları hukuku ile giderilebilmesi mümkün görünmektedir. Böyle bir korumanın mantığı aykırı olacağı söylenebilir; ancak hukukun bir dalı koruma sağlamakta yetersiz kalırsa, hukuki boşluk ortaya çıkmayacaktır. İşte bu noktada, uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülükler devreye girmekte ve kaçınılmaz olarak çeşitli zorluklara ilişkin anlayışta değişiklikler getirmektedir.

4. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN ARASINDAKİ ETKİLEŞİMİN SONUÇLARI

Askeri personelin yaşam hakkının korunması, silahlı çatışmalarda gerçekçi olmayan, tamamen uluslararası insan hakları hukukuyla ilgili bir mesele olarak görülmemelidir. Aslında, askerlerin savaşı alanındaki davranışları ve çatışmaların yürütülmesini düzenleyen kurallara saygı gösterilmesi üzerinde doğrudan etkileri vardır.

Ne yazık ki, askerlere karşı işlenen insanlık dışı eylemler kavramının mevcut olmadığına dair yaygın bir inanç vardır, çünkü şiddet ve ölüm eylemlerinin askerlik etiği, yani acı yoksa kazanç da yoktur ilkesine uygun olarak askeri rutinin bir parçası olduğu iddia edilmektedir (Maringira, 2017: 79). Bununla birlikte, uluslararası düzeyde, anlatının değişmesi gerektiğine dair artan bir anlayış vardır. Avrupa Konseyi'nin, *Smith* davasında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından da atıfta bulunulan, silahlı kuvvetler mensuplarının insan haklarına ilişkin tavsiye kararı, ordu saflarında insan haklarına saygı garanti altına alınmadıkça; silahlı kuvvetlerden uluslararası insancıl hukuka ve uluslararası insan hakları hukukuna saygı göstermelerinin beklenemeyeceğini, çünkü askeri personel tarafından, askeri personelin insan haklarına saygının aynı madalyonun iki yüzü olduğunu ve eş zamanlı olarak teşvik edilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Council of Europe, 2010: 12).

Yakın zamanda, Uluslararası Kızılhaç Komitesi askerlerin ve savaşımların davranışlarını etkileyen faktörleri belirlemek için “Savaşta Kısıtlamanın Kökleri” üzerine bir araştırma yapmıştır. Bu çalışma uluslararası insan hakları hukuku boyutunu ele almamış olsa da, bazı sonuçlar mevcut analizler için açıklayıcı olabilir. Afganistan ve Irak'taki Birleşik Devletler ordusunun yanı sıra Avustralya ve Filipinler'den elde edilen veriler, daha yüksek düzeyde uluslararası insancıl hukuk eğitiminin, daha iyi uyum ve ihlalden kaçınma ile sonuçlandığını göstermiştir. Bununla birlikte, uluslararası insancıl hukuk eğitiminin genel sonucun sadece bir bileşeni olduğu, diğerinin etik uyum olduğu da tespit edilmiştir. Araştırma, belirli bir süre boyunca uyku ve yiyecekte mahrum bırakılmanın, askerlerin etik dışı ve hukuka aykırı davranışları üzerinde doğrudan etkisinin ortaya konulduğu bir deney örneği sunmaktadır (ICRC, 2020: 29). Araştırmacılar bu örneği, askeri personelin hazırlanmasında etik eğitiminin rolünü göstermek için kullanmaktadır. Aynı şekilde, askerlerin temel insan haklarından mahrum bırakılmalarının ve bu haklardan mahrum bırakılmalarının uluslararası insancıl hukuka uymaları üzerinde nasıl doğrudan bir etkiye sahip olduğunu göstermek için de kullanılabilir.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Birinci Cenevre Sözleşmesi'nin 47. maddesine ilişkin yorumlarını başka bir şekilde ifade edecek olursak: Etkili olabilmesi ve hukuka uygun davranışları teşvik edebilmesi için uluslararası insancıl hukuk soyut ve ayrı bir hukuki normlar bütünü olarak öğretilmemelidir (Sandoz vd. 1987: 2776), uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkeleri ile tamamlanmalıdır. Gerçekten de, çok az sayıda ülkenin askeri el kitabında uluslararası insan hakları hukuku ve bunun askeri operasyonlara uygulanabilirliği açıkça ele alınmaktadır (ICRC, 2022). Ancak, insan haklarının ordunun iç yapısına entegre edilmesi özellikle önemlidir (Lambert, 2009: 60).

Askeri personelin insan haklarına, özellikle de yaşam hakkına gereken şekilde riayet etmesinin hem askerler hem de sivil halk için karşılıklı olarak faydalı bir rol oynayabileceği daha pratik bir örnek sunmak için, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından analiz edildiği üzere, silahlı çatışmalarda

ayaklanmaların durumunu değerlendirmek doğru olacaktır (Gaggioli, 2013). Bu örnek, karmaşıklığı ve hem kolluk kuvvetleri hem de çatışmaların yürütülmesi paradigmalarının eş zamanlı olarak uygulanması nedeniyle seçilmiştir, bu da pratikte ordu için yüksek düzeyde bir hazırlık anlamına gelmektedir. Eğer devlet insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmek istiyorsa, ayaklanmaları durdurmak için görevlendirdiği askerlerinin yaşam hakkını güvence altına almalıdır. Eğer gerçekten de askerleri uygun şekilde donatma ve eğitime görevi varsa, sonuç iki yönlü olmalıdır. Bir yandan, uygun şekilde teçhiz edilmiş bir asker hayatı riske karşı yeterince korunmuş olur. Böylece göstericilere ve hatta kalabalık içindeki savaşçılara karşı aşırı güç kullanmasına gerek kalmaz ki bu da sivil halkın daha iyi korunması anlamına gelir. Öte yandan, uygun eğitim, özellikle de hem uluslararası insancıl hukuk hem de uluslararası insan hakları hukuku bilgisini özenle içeriyorsa, güç kullanımını anında karar vermeyi kolaylaştıracaktır.

Dolayısıyla, askeri personelin yaşam hakkının korunması ile uluslararası insancıl hukuka uygunluk arasında doğrudan bir bağlantı vardır. Devletin kendi ordusuna karşı yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmesi, sivil halkın korunması ve hukukun üstünlüğüne genel olarak saygı gösterilmesi üzerinde doğrudan etkiye sahiptir.

4.1. Orantılılık İlkesi

Çatışmaların yürütülmesinde askeri personelin insan haklarını savunurken madalyonun diğer yüzü konusunda da gerçekçi olmak gerekir. Silahlı çatışmalara girerken, devletler açıkça askeri potansiyellerini ve yürütülen operasyonların etkinliğini artırmak isterler. Uluslararası insancıl hukuk, orantılılık ilkesi ve belirli savaş araç, yöntemlerinin kısıtlanması da dahil olmak üzere, devletin çatışmaların yürütülmesindeki eylemlerine birçok sınırlama getirmektedir. Bu gerekçeyle, askeri personelin yaşam hakkının uluslararası insancıl hukuktaki orantılılık ilkesini zayıflatabileceği olası argümanların ele alınması zaruridir.

Thomas Frank orantılılık ilkesinin, güzellik gibi, sadece bakanın gözünde var olduğu şeklinde bir algı olduğunu belirtmiştir (Frank, 2008: 715). Bu sonuç, uluslararası insancıl hukuk bağlamında ancak belirli bir dereceye kadar makul olabilir. Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I madde 51(5)(b)'de yer alan orantılılığa ilişkin teamül kuralı, saldırının orantılı olması için belirli standartlar ve kılavuz ilkeler belirler. Askeri gereklilik ilkesi doğrultusunda sivil kayıp öngörülen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olmamalıdır.

Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, olası kaybın analizi *ex-ante* olarak yapılmaktadır. Ancak mevcut tartışma için daha ilgi çekici olan, sivil kaybını dengelemesi gereken askeri avantaj kavramıdır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin 51. madde yorumları askeri avantajın tam olarak ne anlama geldiğini belirtmemektedir. Devletin kendi ordusunun korunması bir avantaj olabilir mi? Devlet uygulamaları böyle bir yaklaşımın gerçekten de mümkün olduğunu göstermektedir, zira saldıran kuvvetlerin güvenliği, orantılılık

değerlendirmesinde askeri avantajın bir örneği olarak açıkça belirtilmektedir (The United States Department of Defense, 2016: 216). Aynı mantığı izleyen İsrail, 2014 yılında Gazze'de yaşanan çatışma sırasında birçok kez eylemlerinin, kendi silahlı kuvvetlerini Hamas'ın oluşturduğu tehditlerden korumanın askeri gerekliliği ile gerekçelendirildiğini iddia etmiştir (State of Israel, 2015: 92). Bu yoruma göre, İsrail Savunma Kuvvetleri'nin güvenliği, Gazze'ye yıkıcı saldırılar düzenlerken aranan askeri avantajın unsurları arasında değerlendirilebilir.

Uluslararası insan hakları hukuku kapsamında yaşam hakkıyla ilgili olarak devlete pozitif yükümlülük yüklenmesi bu tür bir argümanı güçlendirmez mi? Eğer devlet kendi ordusunu korumak için yasal bir yükümlülük altındaysa, kendi kuvvetlerinin güvenliğini garanti altına almadaki askeri avantaj somut ve doğrudan hale gelir. Dahası, askerlerin hayatlarının korunması etik ve pragmatik bir kategoriden hukuki bir yükümlülüğe dönüşür. Bu nedenle, beklenen sivil kayıp, böyle bir yasal zorunluluk olmadığı duruma göre çok daha yüksek olabilir, ancak yine de beklenen askeri avantajla orantılıdır.

Gerçekten de bu argüman savaşı taraflarca öne sürülebilir. Ancak, böyle bir durum önleyici tedbir alma yükümlülüğü ile dengelenebilir. Devletin yine de sivil kayıpları en aza indirmek için mümkün olan tüm tedbirleri alması gerekecektir. Ayrıca, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin de açıkladığı gibi, sivil kayıplar ile beklenen askeri avantaj arasındaki orantısızlık hassas bir sorundur ve birinin diğerine ağır basıp basmadığı her zaman net değildir. Bu gibi durumlarda sivil halkın çıkarları üstün gelmelidir (Sandoz vd. 1987: 1979). Sivil zararı en aza indirme yükümlülüğü orantılılık değerlendirmesinden önce gelir (Wright J. , 2012: 827) ve bu nedenle sivil halk için ekstra bir koruma düzeyi sağlar. Bu nedenle, devletin çatışmaların yürütülmesindeki yükümlülüklerinin iyi niyetle yorumlanması, savaşın uygulanabilir uluslararası insan hakları hukuku normları aracılığıyla sivillerden daha fazla koruma elde ettiği gibi bir sonuca yol açmamalıdır.

Sonuç

Devletlerin kendi askeri personelinin yaşam hakkı, uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki koruma boşluğunu doldurmak için uluslararası insan hakları hukukunun rolü ve etkisinin tipik bir örneğidir. Uluslararası insancıl hukukun sessizliğini tamamlarken, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında askeri personelin yaşam hakkı, hem barış zamanında hem de silahlı çatışmalarda devlet için karşılık gelen yükümlülükler yaratır. Gerçekten de, yaşam hakkı da dahil olmak üzere askeri personelin insan haklarının çoğu, askeri yaşamın özellikleri nedeniyle bağlamsal yoruma tabidir.

Savaşın yaşam hakkı, uluslararası insancıl hukukun varlık nedeni ile uyumsuz değildir. Uluslararası insancıl hukukun temel dayanakları olan insanlık ilkesi ve askeri gereklilik, savaşın sağlanmasına sağlam bir koruma temeli sağlamaktadır. Ancak, önemli bir boşluk tespit edilmiştir; bu boşluk,

uluslararası insan hakları hukukunda yaşam hakkı kapsamındaki mevcut yükümlülükler yoluyla doldurulabilecek olan, devletlerin kendi askerlerinin çatışmaların yürütülmesi sırasında korunmamasıdır.

Bir askerinin gerektiğinde ülkesi için hayatını feda etmesi beklenebilir. Ancak askerlerin yaşamı sadece silahlı çatışmalar esnasında değil; tehlikeli eğitimler yapılırken ya da üstlerinin, meslektaşlarının dikkatsizliği ve ihmali nedeniyle oluşabilecek ölüm riskleri nedeniyle de tehdit altındadır. Yaşam hakkının ihlali doğrultusunda devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için yaşam hakkını korumadaki ağır ihmal ve kasıt unsurlarının kanıtlanması gerekmemektedir. Yaşam hakkı keyfi bir şekilde de ihlal edilebilir. Komutanlar askerlerin yaşamı konusunda gerçek ve yakın bir riskin varlığını bilmelerine rağmen, bu riskleri yok etmek için gerekli önlemleri almadıkları takdirde hak ihlallerinden sorumlu olacaklardır. Bir bireyin ölümüne ilişkin bağımsız, tarafsız bir soruşturma yapılması gerekliliği açıktır. Uygulamada, ölen kişiyle aynı birlikte yer alanlar arasından seçilen askeri soruşturma kurulları bağımsızlık unsurunu sağlamaktan çok uzaktır. Soruşturma, sivil makamlar tarafından yürütülmelidir. Bu makalede vurgulanmak istenen en önemli nokta; uluslararası insancıl hukuk kurallarının *lex specialis* olarak kabul edilebilir olduğudur. Ancak kurallar tüm sorunlara yanıt veremeyecek durumda kaldığında; insan hakları hukuku, insancıl hukukun temel amaç ve hedefleriyle uyumsuz olmamak koşuluyla oluşan hukuki boşlukları doldurabilmelidir.

Askeri personelin yaşam hakkının korunması sadece uluslararası insan hakları hukuku amacına değil, aynı zamanda uluslararası insancıl hukuka genel uygunluğa da hizmet eder. Askerlerin kendi hak ve yükümlülüklerini daha iyi anlayabilmeleri için askeri eğitim sistemine ve askeri el kitaplarına zorunlu insan hakları bileşeninin eklenmesi tavsiye edilebilir.

Son olarak, insan hakları hukuku normları mevcut uluslararası insancıl hukuk sistemi için bir tehdit oluşturmamaktadır. İnsan hayatının ve onurunun korunması, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun ortak hedefidir. Askeri personeli korumanın dışında tutmak ve onları fail olarak etiketlemek bu ortak amaca zarar verir. Askerler üniforma giyseler ve silah taşıyıcılar da insan olmaya devam ederler; onlara koruma sağlamak muhtemelen savaşı durdurmayacaktır ancak kesinlikle barışa bir adım daha yaklaştıracaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış Bağımsız

Yazar Katkısı: Berkant AKKUŞ %100

Destek ve Teşekkür Beyanı: Çalışma için destek alınmamıştır.

Etik Onay: Bu makale, insan veya hayvanlar ile ilgili etik onay gerektiren herhangi bir araştırma içermemektedir

Çıkar Çatışması Beyanı: Çalışma kapsamında herhangi bir kurum veya kişi ile çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Peer Review: Independent double-blind

Author Contributions: Berkant AKKUŞ %100

Funding and Acknowledgement: No support was received for the study.

Ethics Approval: This study does not contain any human or animal research that requires ethical approval.

Conflict of Interest: The authors declare that they have no conflicts of interest.

Kaynakça

- (Smith) v Oxfordshire Assistant Deputy Coroner (Equality and Human Rights Commission Intervening), [2010] UKSC 29 (UK Supreme Court 06 30, 2010).
- Al-Saadoon and Mufdhi v. the UK, 61498/08 (ECtHR 10 04, 2010).
- Al-Skeini and others v. UK, 55721/07 (ECtHR 07 07, 2011).
- Anwar, S., & Toney, R. (1998). "International Human Rights Law and Military Personnel: A Look Behind the Barrack Walls". *American University International Law Review*. 14(2). ss.520-542.
- Arabadjiev, A. (2006). *Human Rights of Members of the Armed Forces*. Strasbourg: Council of Europe.
- Asaro, P. (2016). Jus Nascendi, Robotic Weapons and the Martens Clause. I. Kerr, M. Froomkin, & R. Calo içinde, *Robot Law* (ss. 367-386). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Banković and others v Belgium and 16 Other Contracting States, 52207/99 (ECtHR 12 12, 2001).
- Banković and others v. Belgium and other, 52207/99 (ECtHR 12 12, 2001).
- Beck, L. D. (2006). "The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?". *International Review of the Red Cross*. 88(864). ss.881-904.
- Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) (Judgment), ICJ Rep 392 (International Court of Justice 06 27, 1986).
- Council of Europe. (2010). *Recommendation CM/Rec(2010)4 of the Committee of Ministers to Member States on Human Rights of Members of the Armed Forces*. Strasbourg: Council of Europe: Committee of Ministers.
- Crawford, E. (2010). *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford : Oxford University Press.
- Cyprus v Turkey, 25781/94 (ECtHR 05 10, 2001).

- Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-309 (International Criminal Court 06 14, 2014).
- Dennis, M. (2005). "Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation". *American Journal of International Law*. 99(1). ss.119-141.
- Dinstein, Y. (2005). Collateral Damage and the Principle of Proportionality. D. Wippman, & M. Evangelista içinde, *New Wars, New Laws?* (ss. 211-224). New York: Transnational.
- Ekins, R., Morgan, J., & Tugendhat, T. (2015). *Clearing the Fog of Law Saving Our Armed Forces From Defeat by Judicial Diktat*. London: Policy Exchange.
- Engel and Others v. the Netherlands, 5100/71 (ECtHR 06 08, 1976).
- Esat Bayram v. Turkey, 75535/01 (ECtHR 05 29, 2009).
- Frank, T. (2008). "On Proportionality of Countermeasures in International Law". *American Journal of International Law*. 102(4). ss.715-767.
- Gaggioli, G. (2013). *L'influence Mutuelle Entre Les Droits de L'homme et le Droit International Humanitaire à la Lumière du Droit à la Vie*. Paris: Editions A. Pedone.
- Gaggioli, G. (2013). *Use of Force in Armed Conflicts, The Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*. Geneva: ICRC.
- Gaggioli, G., & Kolb, R. (2007). "A Right to Life in Armed Conflicts? : the Contribution of the European Court of Human Rights". *Israel Yearbook on Human Rights*. 37(1). ss.115-163.
- Goodman, R. (2013). "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants". *European Journal of International Law*. 24(3). ss.819-853.
- Gormley, P. (1985). The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of Jus Cogens. B. Ramcharan içinde, *The Right to Life in International Law* (ss. 120-159). Leiden: Brill Nijhoff.
- Hampson, F., & Salama, I. (2005). *Working Paper on the Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law*. Geneva : UN.
- Hassan v. the United Kingdom, 29750/09 (ECtHR 09 16, 2014).

- Heintze, H. J. (2010). "On the Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law". *International Review of the Red Cross*. 86(856). ss.789-814.
- ICRC. (2020). *The Roots of Restraint in War*. Geneva: ICRC.
- ICRC. (2022, 07 29). *Military Manuals*. <https://ihl-databases.icrc.org/>:
https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihlweb_ara_2.nsf/docindexeng-print/src_iimima adresinden alındı
- International Law Commission. (2004). *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Geneva: UN.
- Joseph, S., & Sander, B. (2018). Scope of Application. D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran, & D. Harris içinde, *International Human Rights Law* (ss. 106-129). Oxford: Oxford University Press.
- Juan Carlos Abella v. Argentina (la Tablada), 11.137 (Inter-American Commission on Human Rights 11 18, 1997).
- Kaya v Turkey, 158/1996 (ECtHR 02 19, 1998).
- Kelly and Others v. UK, 30054/96 (ECtHR 08 04, 2001).
- Kleffner, J. (2013). Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict. M. Matthee, B. Toebes, & M. Brus içinde, *Armed Conflict and International Law, in Search of the Human Face—Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald* (ss. 285-302). The Hague: T.M.C. Asser Press.
- Kleffner, J. (2015). The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3. A. Clapham, P. Gaeta, & M. Sassòli içinde, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (ss. 433-447). Oxford: Oxford University Press.
- Kolb, R. (1999). "Aspects Historiques de la Relation Entre le Droit International Humanitaire et les Droits de l'Homme". *Canadian Yearbook of International Law*. 37(1). ss.57-97.
- Lambert, A. (2009). *Democratic Civilian Control of Armed Forces in the Post-Cold War Era*. Münster: LIT Verlag.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) , ICJ Rep 136 (International Court of Justice 07 09, 2004).

- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), ICJ Rep. 226 (International Court of Justice 07 08, 1996).
- Liivoja, R., & Duxbury, A. (2019). "Human Rights of Service Personnel". *Human Rights Defender*. 28(2) ss.13-15.
- Lindroos, A. (2005). "Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis". *Nordic Journal of International Law*. 74(1). ss.27-66.
- Lopez Burgos v. Uruguay, 59/79 (Human Rights Committee 07 29, 1981).
- Lubell, N. (2005). "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict". *International Review of the Red Cross*. 87(860). ss.737-754.
- Maringira, G. (2017). "Soldiers as Victims: Behind Military Barracks in the Post-Colonial African Army". *African Security Review*. 26(1). ss.77-86.
- May, L. (2017). Human Rights, Proportionality and the Lives of Soldiers. S. Bazargan, & S. Rickless içinde, *The Ethics of War* (ss. 46-64). Oxford: Oxford University Press.
- McCann and others v. UK, 18984/91 (ECtHR 09 27, 1995).
- McKerr v UK, 28883/95 (ECtHR 08 04, 2001).
- Melzer, N. (2009). *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC.
- Melzer, N. (2010). "Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities". *New York University Journal of International Law and Politics*. 42(831). ss.833-913.
- Meron, T. (2006). *The Humanization of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Milanovic, M. (2013, 06 24). *UK Supreme Court Decides Smith (No. 2) v. The Ministry of Defence*. <https://www.ejiltalk.org>: <https://www.ejiltalk.org/uk-supreme-court-decides-smith-no-2-v-the-ministry-of-defence/> adresinden alındı

- Milanovic, M. (2016). Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict. N. Bhuta içinde, *The Frontiers of Human Rights* (s. 55-88). Oxford: Oxford University Press.
- Ministry of Defence. (2016, 10 04). *Government to Protect Armed Forces from Persistent Legal Claims in Future Overseas Operations*.
<https://www.gov.uk/>:
<https://www.gov.uk/government/news/government-to-protect-armed-forces-from-persistent-legal-claims-in-future-overseas-operations> adresinden alındı
- Mosendz v. Ukraine, 52013/08 (ECtHR 01 17, 2013).
- O'Keefe, R. (2004). "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary". *Revue Belge de Droit International*. 37(1). ss.751-815.
- Organization for Security and Co-operation in Europe. (2008). *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*. Warsaw: Office for Democratic Institutions and Human Rights.
- Osman v. the United Kingdom, 23452/94 (ECtHR 10 28, 1998).
- Öktem, E. (2011). *Terörizm / İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*. İstanbul: Derin Yayınları.
- Park, I. (2018). *The Right to Life in Armed Conflict*. Oxford : Oxford University Press.
- Perevedentsev v. Russia, 39583/05 (ECtHR 04 24, 2014).
- Pritchard v. UK, 1573/11 (ECtHR 12 20, 2010).
- Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (the RUF accused) (Trial judgment), SCSL-04-15-T (Special Court for Sierra Leone 03 02, 2009).
- R (Smith and others) v The Ministry of Defence, 2012/0249 (UK Supreme Court 06 19, 2013).
- Rodenhäuser, T. (2016). "Squaring the Circle? Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces". *Journal of International Criminal Justice*. 14(1). ss.171-193.

- Rowe, P. (2008). "Military Misconduct During International Armed Operations: Bad Apples or Systemic Failure?". *Journal of Conflict and Security Law*. 13(2). ss.165-189.
- Rowe, P. (2010). *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rowe, P. (2014). Human Rights of Members of the Armed Forces. A. Clapham, & P. Gaeta içinde, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (ss. 521-542). Oxford: Oxford University Press.
- Salgin v Turkey, 46748/99 (ECtHR 05 20, 2007).
- Sandoz, Y., Swinarski, C., & Zimmermann, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
- Sassòli, M. (2007). Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humains? A. Auer, & A. Flückiger içinde, *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (ss. 375-395). Geneva: Schulthess.
- Sassòli, M. (2011). The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts. O. B. Naftali içinde, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (ss. 34-94). Oxford: Oxford University Press.
- Sassòli, M. (2019). *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Schabas, W. (2007). "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum". *Israel Law Review*. 40(2). ss.592-613.
- Serdar Mohammed v. Ministry of Defence, HQ12X03367 (England and Wales High Court 05 02, 2014).
- State of Israel. (2015). *The 2014 Gaza Conflict (7 July – 26 August 2014): Factual and Legal Aspects*. Jerusalem: State of Israel.
- Stoyanovi v. Bulgaria, 42980/04 (ECtHR 02 09, 2011).
- Taşdemir, F. (2012). "İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi". *Ankara*

- Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16(1). ss.107-151.
- The UN General Assembly. (1970). *G.A. Res. 2675 (XXV), Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts*. Geneva: The UN General Assembly.
- The United States Department of Defense. (2016). *The Department of Defense Law of War Manual*. Virginia: The Department of Defense.
- Tütüncü, A. N. (2006). *İnsancıl Hukuka Giriş*. İstanbul : Beta Yayınları.
- UN. Commission on Human Rights. (1983). *Human Rights in Chile* . New York: UN. Commission on Human Rights.
- United Nations Security Council . (2004). *Resolution 1565 (2004)*. Geneva: United Nations Security Council .
- Vierdag, E. (1998). "The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions". *British Yearbook of International Law*. 59(1). ss.75-111.
- Wallace, S. (2019). *The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Walzer, M. (2015). *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York: Basic Books.
- Watkin, K. (2004). "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict". *American Journal of International Law*. 98(1). ss.1-34.
- Watts , J. C. (2010). "Has Human Rights Law Become Lex Specialis for the European Court of Human Rights in Right to Life Cases Arising from Internal Armed Conflicts?". *The International Journal of Human Rights*. 14(4). ss.584-602.
- Wright, J. (2012). "Excessive Ambiguity: Analysing and Refining the Proportionality Standard". *International Review of the Red Cross*. 94(886). ss.819-854.
- Wright, J. (2016). "The Operational Obligation under Article 2 of the European Convention on Human Rights and Challenges for Coherence – Views from the English Supreme Court and Strasbourg". *Journal of European Tort Law*. 7(1). ss.58-81.

Extended Abstract

Regulating legal problems between the state and the civilian population of the enemy state and members of the armed forces is the main purpose of international humanitarian law. This article claims that the right to life cannot be restricted for an individual when he is a member of the armed forces, and human rights will continue to be applied exactly. Based on the Martens clause, these claims argue that international human rights law should be accepted within the scope of international humanitarian law in line with the interaction between international humanitarian law and international human rights law, which is a fundamental and current issue. In this study, qualitative and quantitative research methods were used to examine studies in the literature in light of human rights court decisions.

The main research topic of this study was to examine whether the right to life of members of the armed forces is protected during armed conflicts. The right to life is protected for individuals both during armed conflict and in peacetime. However, it is accepted that the members of the armed forces cannot benefit from the right to life, on the contrary, the soldiers, as state officials, will only be responsible for violations of rights. In line with the commonalities in the formation of international human rights law and international humanitarian law, this study aimed to criticize the misconception that the right to life does not extend to members of the armed forces.

The first part of the study focused on the human rights obligations of the state towards members of the armed forces in line with the case law of the European Court of Human Rights and the United Kingdom Supreme Court. The nature of the right to life of members of the armed forces, covering both peacetime and wartime, was examined. This examination included the limitations of the right to life and whether the right to life applies to military operations abroad. The state has an obligation to protect the right to life of soldiers. This obligation is valid both in peacetime and in wartime. Military service does not remove these obligations. The most important aspect of these obligations is the obligation to investigate suspicious deaths and alleged violations of the right to life effectively, impartially, and promptly. The obligation applies without discrimination between civilian and military personnel.

The second part of this study examined whether international humanitarian law provides opportunities for how the state can protect the right to life of military personnel. The Martens Clause and Common Article 3 protect the right to life of combatants as fundamental norms of international humanitarian law. Through the evolution of the idea of humanitarian protection, it was tried to prove that the right to life of combatants is protected and that this protection does not contradict international humanitarian law.

In the third part, this article argued that one of the main objectives of international humanitarian law is to protect the right to life of combatants. The military necessity and limitation of the means and methods of warfare provisions in international humanitarian law are the best examples. Even if the protection of the right to life for military personnel is accepted, all restrictions of international humanitarian law are aimed at protecting enemy combatants. International humanitarian law is silent on what obligations the state has towards its military personnel during armed conflict.

Section four explored the consequences arising from the state's protection of the right to life of members of the armed forces. The protection of the right to life is a consequence of respect for international humanitarian law. The protection of the right to life has implications for the protection of the civilian population as well as the members of the state's own armed forces. Respect for the principle of proportionality during armed conflict will prevent the abuse of the right to life by states.

Consequently, the right to life of members of the armed forces is a legal gap in international humanitarian law. International human rights law is well suited to fill this legal gap in international humanitarian law. In order to demand respect for international human rights law and international humanitarian law by members of the armed forces, the rights of members of the armed forces themselves must be guaranteed. As a result of the research in this article, military training should be reformed. Thus, by including human rights law as part of the training. It is a fact that it will increase respect for international human rights law and international humanitarian law in armed conflicts.