


# ULUSLARARASI İNSANCIL TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDE DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLERİN ROLÜ

 Berkant AKKUŞ<sup>a</sup>

## Özet

Silahlı çatışmaların değişen doğası neticesinde, günümüzde silahlı çatışmalar devlet ile devlet dışı silahlı gruplar arasında ya da devlet dışı silahlı grupların birbiri ile savaştığı şekilde gerçekleşmektedir. Uluslararası insancıl hukuk, devlet dışı silahlı aktörlerin aktif olarak yer aldığı uluslararası nitelikte olmayan çatışmaları düzenlemekte yetersiz kalmaktadır. Teamül hukuku bu hukuki boşluğu doldurmak için etkili bir araç olarak kullanılabilir. Uluslararası insancıl hukukun teamül kuralları hem devletler hem de devlet dışı silahlı aktörler için bağlayıcıdır ancak uluslararası insancıl hukukun teamül kuralları belirlenirken sadece devletlerin uygulamaları dikkate alınmaktadır. Teamül hukukunun oluşumunda yer almayan devlet dışı silahlı aktörler bu kuralları sahiplenme duygusundan uzaktır. Bu yüzden, bu makalede ele alınacak ana tartışma konusu, uluslararası insancıl hukukun teamül hukuku kurallarına uyumu arttırmak için devlet dışı silahlı aktörlerin nasıl oluşum sürecine katılabileceğidir. Makale üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde uluslararası teamül hukukunun oluşumu incelenecektir. İkinci bölümde silahlı grupların teamül hukukunun oluşum sürecine katılmasını engelleyen sorunlar ele alınacaktır. Son bölümde hukuki çözüm yolları önerileri yer alacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet dışı silahlı aktörler, Teamül hukuku, Uluslararası insancıl hukuk.



## THE ROLE OF NON-STATE ARMED ACTORS IN THE DEVELOPMENT OF CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

### Abstract

As a result of the changing nature of armed conflicts, armed conflicts today take place between state and non-state armed groups or between non-state armed groups fighting each other. International humanitarian law is insufficient to regulate non-international conflicts in which non-state armed actors are actively involved. Customary rules of international humanitarian law are binding on both states and non-state armed actors, but only the practices of states are taken into account when determining customary rules of international humanitarian law. Non-state armed actors who are not involved in the formation of customary law lack a sense of ownership of these rules. The main topic of discussion in this article is how non-state armed actors can participate in the formation of customary international humanitarian law in order to increase compliance with its rules. The article consists of three main parts. The first part examines the formation of customary

<sup>a</sup> Öğr. Gör., Girne Amerikan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, berkantakkus91@gmail.com

Makale Geliş Tarihi: 02.08.2022, Makale Kabul Tarihi: 29.08.2022

international law. In the second part, the problems that prevent armed groups from participating in the process of customary law formation will be discussed. The last section will provide suggestions for legal solutions.

**Keywords:** Non-state armed actors, Customary law, International humanitarian law.



## Giriş

Birkaç on yıl öncesine kadar savaş yürütmek egemen devletlerin ayrıcalığı olarak görülürken, (Rodenhäuser, 2018, s. 19) günümüzde silahlı çatışmaların çoğu devletler ile devlet dışı silahlı gruplar arasında veya devlet dışı silahlı gruplar arasında yaşanan çatışmalardır (Bellal, 2019, s. 32). Tıpkı uluslararası silahlı çatışmalar gibi, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da insan hakları ihlallerine ve insani acılara neden olmaktadır. Bu durum, devlet dışı silahlı grupların eylemlerinin etkili bir şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir (Sivakumaran, 2006, s. 373).

Halihazırda uluslararası olmayan silahlı çatışmalar 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri Ek 1977 tarihli Protokol II ve uluslararası teamül hukuku kuralları ile düzenlenmektedir. Bu kurallar gerekli etkin düzenlemeyi sağlıyor mu? Ortak Madde 3 bazen minyatür bir sözleşme olarak anılsa da (Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War, 1949), sadece asgari yükümlülükleri içermektedir (Sassòli, 2019, s. 214). Ek Protokol II uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için daha detaylı bir düzenleme sağlamaktadır. Ancak, sadece bazı çatışmalara uygulanabilir olmasının yanı sıra,<sup>1</sup> devletlerin egemenliklerine ilişkin korkularından da etkilenmiştir. Bu korkular iki ana eksenle incelenebilir. İlk olarak küresel güneyin yeni bağımsız devletleri kendi ulusal kurtuluş savaşları, uluslararası silahlı çatışmalara dahil edildikten sonra Ek Protokol II'ye olan tüm ilgilerini kaybetmişler ve isyancıları koruyan ayrıntılı hükümlerin yeni kazandıkları egemenliklerini ve toprak bütünlüklerini zayıflatmak için kullanılabileceğinden korkmuşlardır. İkinci olarak bu hükümlerin devlet dışı silahlı grupların tanınması anlamına geleceği düşüncesi hakimdir.

Antlaşma hukuku dışında, uluslararası insancıl teamül hukukunda düzenlemeler bulunabilir. Teamül hukuku, doğası gereği, devletlerin fiili uygulamalarına dayandığı için en esnek ve gerçekçi kaynak olsa da (Henckaerts & Debuf, 2017, s. 165), aynı durumun uluslararası olmayan silahlı çatışmaların teamüli uluslararası insancıl hukuku için de geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Uluslararası insancıl teamül hukuku kuralları yalnızca devletlerin uygulamalarına dayanmaya devam ederken, bu tür çatışmaların taraflarının en az yarısının yani devlet dışı silahlı grupların uygulamaları göz ardı edilmektedir. Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna dahil edilmesine yönelik bazı adımlar atılmasına rağmen (McCorquodale, 2004, s. 17), bunlar henüz pratikte uygulanmaktan uzaktır.

<sup>1</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (signed 12 December 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 609, Article 1(1).

Bunun en önemli nedeni uluslararası hukukun devlet merkezli olmaya devam etmesidir: hukuk devletler tarafından yapılır ve öncelikle devletlere hitap eder (Sassòli, 2010, s. 3). Bu durum, devlet egemenliği ile çok daha fazla ilgisi olan diğer hukuk dallarında haklı görülebilir. Bununla birlikte, uluslararası insancıl hukuk tarafların savaş alanındaki davranışlarını düzenlerken, Henri Dunant'ın öngördüğü gibi, silahlı çatışmaların neden olduğu insan ıstırabını hafifletmek olan amacını akılda tutmak önemlidir (Gasser, 1994, s. 88).

Genel olarak uluslararası hukukun ve özel olarak da uluslararası insancıl hukukun gelişimine yönelik değişim, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından en iyi şekilde ifade edilmiştir: Devlet egemenliği odaklı yaklaşım yerini yavaş yavaş insan odaklı bir yaklaşıma bırakmaktadır (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, s. 97). Böyle bir yaklaşımın tam anlamıyla hayata geçirilebilmesi için egemenlikle ilgili değerlendirmelerin yerini, silahlı çatışmalardan etkilenen insanlar için en iyisinin ne olduğuna ilişkin değerlendirmelere bırakması gerekmektedir. Silahlı çatışmalardan etkilenen insanlar, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuk kurallarına daha iyi uymalarından fayda sağlayacaktır; bu da devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılımıyla önemli ölçüde geliştirilebilir. Bu durum Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından da teyit edilmiştir: Uluslararası insancıl hukuka ve insan hakları hukukuna daha iyi uyum sağlanması, devlet dışı silahlı gruplarla sistematik ve tutarlı bir angajmana girilmemesi ve bunun gerekliliğinin kabul edilmemesi halinde her zaman uzak bir ihtimal olarak kalacaktır (United Nations Security Council, 2010, s. 52).

Dolayısıyla, mevcut araştırma makalesinin konusu ilk bakışta teorik gibi görünse de, sonuçlarının pratik bir etkiye sahip olması hedeflenmektedir. Bu araştırmanın amacı, uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşturulmasında devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının dikkate alınmasıyla ilgili temel zorlukları tespit etmek ve olası çözümleri aramaktır. Genel amaç, olumsuz sonuçlardan daha ağır basacak ve devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukuna katılımına izin verecek ve sonuç olarak devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyumunu artıracak çözümler bulmaktır.

## **A. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN OLUŞUMUNDA DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLERİN ROLÜ NEDİR?**

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılımıyla ilgili zorluklara ve olası çözümlere geçmeden önce bazı ön noktalara değinmek gerekir. İlk olarak, daha ileri araştırmalar için bir çerçeve oluşturmak amacıyla, genel olarak uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ilişkin mevcut durumu ve devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılımına ilişkin algıyı anlamak önemlidir. İkinci olarak, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna kabul edilmesinin olumlu ve olumsuz sonuçlarının ana hatlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu, olası olumsuz sonuçlara karşı ihtiyatlı davranarak ortaya çıkan zorluklara çözüm aramayı mümkün kılmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü Madde 38(1)(b)'de tanımlandığı şekliyle<sup>2</sup> bir uluslararası teamül iki unsurdan oluşur. Bu iki unsur Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da belirttiği üzere genel uygulama ve bu uygulamanın hukuk olarak kabul edilmesidir. (United Nations International Law Commission, 2018, s. 2).

Bununla birlikte, Statü oldukça devlet merkezli bir bağlamda kaleme alınmış olmasına rağmen, 38. Maddede devlet uygulamalarından açıkça bahsedilmemesi tuhaftır. Son zamanlarda, bazı akademisyenler genel olarak hukuk yapımına ve özellikle de teamül hukukunun oluşumuna diğer aktörlerin nasıl dahil edilebileceğine dair iyi tartışılmış öneriler ortaya koymuştur (Roberts & Sivakumaran, 2012). Önerilerden biri, uluslararası insancıl hukukun oluşumunda kuralların muhataplarının uygulamalarının ve görüşlerinin (*opinio juris*) dikkate alınması gerektiğidir (Sassòli, 2019, s. 50). Bu argüman doğru olsaydı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumunda devlet dışı silahlı grupların rolünü otomatik olarak kabul ederdi.

Ancak, konuyla ilgili tartışmanın mevcut durumu bu görüşü desteklemiyor gibi görünmektedir. 1995 yılında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların uluslararası insancıl teamül hukukunda bir teamül normunun var olup olmadığını değerlendirirken devlet dışı silahlı grupların uygulamalarını dikkate alarak büyük bir adım atmış gibi görünüyordu (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, s. 107). 2005 yılında Uluslararası Kızıl Haç Komitesi bu tür uygulamaların önemini belirsiz olduğuna atıfta bulundu (Beck & Henckaerts, 2005, s. 42). Son olarak, Uluslararası Hukuk Komisyonu yakın zamanda en açık ifadelerle, devletlerin ve uluslararası örgütlerin uygulamaları dışında, belirli durumlarda, diğer aktörlerin davranışlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşmasına veya ifade edilmesine katkıda bulunan uygulamalar olmadığını belirtmiştir (United Nations International Law Commission, 2018).

Dolayısıyla, şu anda devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumunda herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Ancak bu durum yakın gelecekte değişime uğrayabilir. Bu tür bir katılımın, bir sonraki bölümde tartışılan nedenlerle uluslararası insancıl hukuka uyumu geliştireceği bu makalede ileri sürülmektedir.

## B. TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNE MÜDAHİL OLMAK

Bu makalenin özüne geçmeden önce, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna dahil edilmesinin olumlu ve olumsuz yönlerini ele almak gerekir. Uluslararası

<sup>2</sup> "1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. anlaşmazlık halinde bulunan devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül kurallarını;

c. medeni uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. Madde hükmüne bağlı olmak koşulu ile, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular." Statute of the International Court of Justice, 1945, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf), Erişim Tarihi: 26.08.2022.

insancıl teamül hukukunun oluşumuna yeni aktörlerin dahil edilmesi, mevcut sistemde zorunlu olarak ayarlamalar yapılmasını gerektirecektir. Bu katılımın gerçekleşme şansının olması için, bu katılımın avantajları, bu tür bir uyarılmanın olumsuz sonuçlarından daha ağır basmalıdır.

Uluslararası silahlı çatışmalar ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalar arasındaki büyük farklılıklara rağmen, iki çatışma türünü düzenleyen hukuk birbirine yakın bir şekilde gelişmiştir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen normlar nadiren özel olarak iç çatışma durumları için geliştirilmiştir. Daha ziyade bu tür bir genişlemenin mümkün olduğu uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen kurallara benzetilerek geliştirilmiştir (Sivakumaran, 2012, s. 525). Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi haklı olarak uluslararası silahlı çatışmalarda savaşçı şiddet, tecavüz, işkence veya hastanelerin, müzelerin, kiliselerin tahrip edilmesine karşı korumanın altında yatan mantığın uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerli olduğunu belirtmiştir (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, s. 97). Ancak aynı durum, örneğin uluslararası silahlı çatışmalarda gözaltında tutmayı düzenleyen uluslararası insancıl hukuk teamül kuralı (Beck & Henckaerts, 2005) için geçerli değildir. Bu kuralın uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması, devlet dışı silahlı grupların yasa çıkarmasını ve *habeas corpus* işlemleri başlatmasını gerektirecektir (Sassòli, 2010, s. 14).

Dahası, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için özel olarak tasarlanmış olan kurallar bile öncelikle devletlerin kapasitelerini dikkate almaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmaların devletler ve devlet dışı silahlı gruplar olmak üzere iki tarafı olmasına rağmen, sadece bir taraf ciddiye alınmaktadır. Devlet dışı silahlı gruplar, uluslararası insancıl hukuk alanı dışında sıklıkla suçlular ve teröristler olarak anılmalarının yanı sıra (Cassese, 2012, s. 519), uluslararası insancıl hukuk alanı içinde de sıklıkla ikincil statüde muamele görmekte ve göz ardı edilmektedir. Aynı zamanda, devlet dışı silahlı grupların uluslararası teamül hukuku (Somer, 2007, s. 661) kuralları ile bağlı olduğu kabul edilmekte ve sıklıkla bu kurallara uymaları istenmektedir. Devlet dışı silahlı grupların uymaması durumunda ise eleştirilmekte, ancak nadiren uymaları için teşvik edilmektedirler (Sivakumaran, 2012, s. 530).

Bu iki faktör, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyumunu zorlaştıran iki önemli soruna yol açmaktadır. Birincisi, uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen kurallar, başlangıçta devletlerin davranışlarını düzenlemek için tasarlandıklarından, devlet dışı silahlı gruplar için her zaman gerçekçi değildir. İkinci olarak, devlet dışı silahlı gruplar genellikle uluslararası teamül hukuku kurallarıyla bağlı olmayı reddederler, çünkü bu kuralların oluşturulmasına katılmamışlardır ve dolayısıyla bu kurallara ilişkin bir sahiplik duygusuna sahip değildirler (Sassòli, 2007, s. 64).

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna dahil edilmesi bu sorunların çözümüne katkıda bulunacaktır. İlk olarak, devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının dikkate alınması, uluslararası toplumun devlet dışı silahlı grupların hangi normlara uymakta zorlandığını daha iyi anlamasını sağlayacaktır. Böylelikle kurallar, gerçek hayat uygulamaları ile uyum gösterecek hale gelecektir. İkinci olarak, kendi uygulamalarından oluşan teamül hukuku normlarını devlet dışı silahlı gruplar benimseyecek ve uyum konusunda rahat bir şekilde ikna olacaktır. Son olarak, devlet dışı silahlı grupların katılımı onlarla iletişim kanalları

kurulmasına yardımcı olacaktır. Bu tür kanallar uluslararası topluma daha sonraki bir aşamada insani konularda angajman için grupla temas noktaları sağlayacaktır. Bu avantajlar birlikte ele alındığında, daha büyük ölçekte, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuka uyumunu artırmaya katkıda bulunacaktır.

Olası itirazlar da çok sayıdadır. İlk olarak, devletlerin yapması muhtemel itirazlardan biri, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukuna katılımının kabul edilmesinin onları devletlerle eşit bir konuma getireceğidir (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 133). İkinci olarak, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku kurallarının oluşumuna kabul edilmesinin uluslararası insancıl hukukun gerilemesine yol açacağı ileri sürülebilir (Ryngaert, 2011, s. 289). Üçüncü olarak, devlet dışı silahlı grupların katılımı kaçınılmaz olarak mevcut sistemde değişiklik ihtiyacını doğuracaktır, bu da teamül oluşumunu bozabilir (Scobbie, 2007, s. 47).

Tüm bu olası karşı argümanlara bir sonraki bölümde değinilecek ve devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukukun teamül hukuku oluşumuna katılımının olası avantajlarının, çoğu hafifletilebilecek olan olası dezavantajlarından çok daha ağır bastığı gösterilecektir.

### C. ORTAYA ÇIKAN ZORLUKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bu bölüm, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılmaları kabul edildiğinde ortaya çıkan sorunları tespit etmeyi ve mümkünse bunları ortadan kaldırmak veya etkilerini hafifletmek için olası çözümler sunmayı amaçlamaktadır. Yalnızca hukuki bir bakış açısı yerine, bölgesel politika da inceleme kapsamında olacaktır.

#### 1. Sınıflandırma Sorunu

Uluslararası insancıl hukuk, barış zamanında uygulanan sınırlı sayıda kural haricinde, yalnızca silahlı çatışma zamanlarında uygulanır. Bununla birlikte, silahlı çatışma olmasa bile, devletler çatışmayla ilgili konularda *opinio juris* ifade edebilir. Belirli antlaşma yükümlülüklerini üstlenerek veya yasal ya da idari düzenlemeler yaparak ilgili uygulamayı oluşturabilirler (United Nations International Law Commission, 2018). Öte yandan, devlet dışı silahlı gruplar, uluslararası olmayan bir silahlı çatışma çıkmadıkça belirli bir konuda uygulama oluşturamazlar. Bu, devlet dışı silahlı grupların uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ancak bir çatışma durumu, uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olarak nitelendirildiğinde katkıda bulunabileceği anlamına gelir.

Dolayısıyla şu sorular ortaya çıkmaktadır. Bir devlet uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığını reddederse ya da bir çatışmayı uluslararası silahlı çatışma olarak sınıflandırırsa ne olur? Böyle bir ret, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumundaki rolünü nasıl etkiler? Devlet dışı silahlı grupların pratiklerinin göz ardı edilmesine yol açar mı? Bu araştırma soruları üzerinden bu bölüm şekillenecektir.

İlk olarak, bir silahlı çatışmanın niteliğini ve bir devletin buna dahil olup olmadığını belirlemede, son sözü kimin söylediğine bakmamız gerekir. Bu belirlemeleri yapmak günümüzde devletlerin egemenliği altındadır. Ancak, aynı zamanda, bu tespit en büyük menfaate sahip olan da devletlerdir

(Chatham House, 2012, s. 6). Son yıllardaki eğilim, uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliğini reddetmekten tam tersine doğru kaymış olsa da (Fortin, 2017, s. 121), bu durum devletlerin manipülasyon yapma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi bu konuda net bir açıklama yapmıştır; buna göre uluslararası olmayan silahlı çatışmaların varlığının tespiti devletler tarafından kötü niyetli bir yoruma tabi tutulamaz (International Committee of Red Cross, 1971, s. 41). Ayrıca, iç çatışma mağdurlarına insani yardım konusunu incelemekle görevlendirilen Uzmanlar Komisyonu, objektif kriterlerin karşılanması halinde uluslararası olmayan silahlı çatışmaların varlığının inkar edilemeyeceği sonucuna varmıştır (International Review of the Red Cross, 1962, s. 82). Dolayısıyla, bir devlet ile devlet dışı silahlı gruplar arasındaki bir çatışma objektif kriterleri karşıladığında, uluslararası insancıl hukuk bu tür bir çatışmaya uygulanacaktır (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Opinion and Judgment Trial Chamber II, 1997, s. 562). Ayrıca, bir devletin uluslararası olmayan silahlı çatışmaların varlığını reddeden açıklamalarının çatışmanın sınıflandırılmasıyla çok az ilgisi olduğu görüşü Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından desteklenmiştir (Prosecutor v Boskoski and Tarculovski, Trial Judgment, Trial Chamber, 2008, s. 191). Bu durum devletlerin silahlı çatışmaları kendi çıkarları doğrultusunda yorumlaması olasılığını bir dereceye kadar azaltmaktadır, ancak uluslararası insancıl hukukun belirli bir duruma ne zaman uygulanmaya başlayacağına karar verebilecek bir organın yokluğunda bu olasılığı ortadan kaldırmamaktadır.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, bazen belirli silahlı çatışmaların sınıflandırılmasına ilişkin görüşlerini yayınlasa da, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yer alan devletlerle ilişkilerini tehlikeye atabileceği için düzenli olarak belirleyici bir organ rolünü üstlenmeyi sakıncalı görmektedir (International Committee of Red Cross, 1971, s. 41). Bu nedenle, yetkili sınıflandırmalar çoğunlukla yargısal organlar tarafından, ancak nadiren ve *post factum* olarak yapılmaktadır (Chatham House, 2012, s. 7). Günümüzde silahlı çatışmaların nasıl sınıflandırılacağı konusunda genellikle BM Güvenlik Konseyi ve sivil toplum kuruluşları aktif olarak rol almaktadırlar. (Fortin, 2017, s. 123). Ancak, uluslararası hukuk sisteminde, bir aktör tarafından yapılan sınıflandırmalar diğerlerine dayatılamaz (Sassòli, 2019, s. 169).

Bu durumun devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna dahil edilmesi açısından ne gibi sonuçları vardır?

Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığının, çatışmaya taraf olan bir devlet tarafından inkâr edilmesi, uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumunda devlet dışı silahlı grupların uygulamalarını dışlayamaz. Bu tespit öznelidir ve uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın ölçütleri karşılandığında, devlet dışı silahlı grupların uygulamaları ve *opinio juris*leri dikkate alınmalıdır. Aksi bir sonuç, devlet dışı silahlı grupları teamül hukuku oluşturma sürecine dahil etme sürecine zarar verecektir. Eğer bir devletin uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığını reddetmesi devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının dışlanması üzerinde bir etkiye sahip olacaksa, devletler bunu kendi çıkarları doğrultusunda bir araç olarak kullanabilir. Bu durumda uluslararası teamül insancıl hukuk kuralları devlet dışı silahlı gruplar için gerçekçi olmayacak ve devlet dışı silahlı grupların uluslararası teamül insancıl hukukunun oluşumuna dahil edilmesinin gerekçesi azalacaktır.

Devletlerin silahlı çatışmaları kendi çıkarları doğrultusunda nitelendirmelerinin nedenlerini açıklamak gerekirse. Uluslararası silahlı çatışma hukuku ile uluslararası olmayan silahlı çatışma hukuku

arasında normatif bir uçurum vardır. Uluslararası olmayan silahlı çatışma hukuku, uluslararası silahlı çatışma hukukuna kıyasla çok daha az gelişmiştir.

1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesi ve Ek Protokol II, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın tüm taraflarınca uyulması gereken asgari standartların ana hatlarını çizmektedir. Ancak, özellikle Ek Protokol II ile ilgili olarak, hukuki uygulamanın değişken bir yapısı vardır; tüm devletler Ek Protokol II'ye taraf değildir ve Ek Protokol II'nin hükümleri Ek Protokol I ile karşılaştırıldığında oldukça az gelişmiştir.

Ek Protokol I ve Ek Protokol II arasındaki uçurum göz önüne alındığında, uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarında muharip statüsü ve muharip dokunulmazlığı gibi konular çözümsüz kalmaktadır.

Örneğin, Afganistan'daki silahlı çatışma 2002 yılında uluslararası bir silahlı çatışma olmaktan çıkıp uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya dönüşmüştür. Ancak, idari kontrolü Kabil'in ötesine geçmeyen bir hükümetin emrinde elli devletten 130,000 yabancı personel olduğu göz önüne alındığında, uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak sınıflandırma mantık dışı görünebilir.

Diğer devletlerin dahil olduğu silahlı çatışmaların sınıflandırılması, çatışmanın taraflarının yürürlükteki hukuku ihlal edip etmediklerini değerlendirmek açısından kritik önem taşır. 2006 İsrail-Lübnan çatışmasıyla ilgili olarak, çatışmanın coğrafi kapsamının uluslararası bir sınırı aşması nedeniyle silahlı çatışmanın uluslararası silahlı çatışma olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı veya çatışmanın İsrail ile devlet dışı bir silahlı grup olan Hizbullah arasında olması nedeniyle uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olup olmadığı konusunda belirsizlik vardı.

Uluslararası silahlı çatışmalar ile uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen hukuk arasındaki boşluğu doldurmak için çaba sarf edilmesi güvenilirlik ve kesinlik açısından çok önemlidir. Bu uçurumu kapatmanın en zor yollarından biri, uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası olmayan silahlı çatışma hukukunu tek bir maddi belgede birleştiren yeni bir antlaşmanın akdedilmesi olacaktır. Uzun vadede daha faydalı olmakla birlikte, böyle bir belgenin müzakere edilmesi ve yürürlüğe girmesi uzun yıllar alacaktır.

Yeni bir maddi hukuk oluşturmak yerine, ikinci bir olasılık, devletlerin uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası olmayan silahlı çatışmayı düzenleyen mevcut hukuku birleştiren bir protokol müzakere etmesi ve taslağını hazırlamasıdır. Alternatif olarak, devletler tek taraflı deklarasyonlar yoluyla uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası olmayan silahlı çatışmanın hukuki yapısını birleştirmeye çalışabilirler. Aynı durum devletlerin mevcut uluslararası olmayan silahlı çatışmaları uluslararası silahlı çatışma olarak sınıflandırdığı durumlar için de geçerlidir. Ancak bu ayrımı belirlemede kesin bir karar merci bulunmamaktadır. Aslında, ülkesel olmayan bir devletin başka bir devletin topraklarındaki devlet dışı bir silahlı grup üzerindeki kontrolü, çatışmayı vekaleten uluslararası silahlı çatışma olarak sınıflandırmak için yeterli bir standarda ulaşmazsa ve uluslararası olmayan silahlı çatışma kriterleri objektif olarak karşılanırsa, devlet dışı silahlı grubun uygulamaları dikkate alınmalıdır.



## 2. Seçim Sorunu

Devlet dışı silahlı gruplar tarafından uluslararası teamül hukukunun oluşturulmasıyla ilgili en büyük zorluklardan biri, uygulamayı oluşturma ve *opinio juris* ifade etme kapasitesine sahip grupların nasıl tespit edileceği sorusudur. Bu soru sadece devlet dışı silahlı gruplarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Devletler büyüklük bakımından farklılık gösterebilir ve siyasi yelpazenin karşıt taraflarında yer alsalar da, bazı temel tek tip özellikleri paylaşırlar ve devlet dışı silahlı gruplardan çok daha az çeşitlilik gösterirler (Sassòli, 2019, s. 50). Egemen eşitliği vurgulayan BM Şartı'nın 2 Maddesi devletlerin tek tip ve türdeş yapısına katkıda bulunur. Buna karşılık, devlet dışı silahlı gruplar heterojendir ve kapasiteleri, bir toprak üzerindeki kontrolleri, operasyonel uygulamaları, ana devlet ve üçüncü devletlerle ilişkileri, amaçları ve uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme eğilimleri bakımından farklılık gösterirler (Sassòli, 2010, s. 10). Dolayısıyla, hangilerinin uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna kabul edileceği belirsizdir. Belirsizliği gidermek için çözüm yolları önermek bu bölümün amacı olacaktır.

Kritik sorunlardan en belirginini seçim sorunudur. Uyumu arttırmak amacıyla sorunun çözümüne yanlış bir bakış açısı getirmekten kaçınılmalıdır. Çözüm için yine devletlerin bakış açısı dikkate alınmalıdır. Gerçekçi olmak gerekirse, uluslararası hukukun devlet merkezli olduğu bir sistemde, uluslararası hukuk yapımına kimlerin kabul edileceğine dair yeni kuralları kabul edenler devletlerdir (Gunning, 1991, s. 215). Bu nedenle sorunu çözebilmek için devletlerin kabul edip etmeyeceği belirlenmelidir.

Sorunu çözenin bir yolu, yalnızca, sorumlu komuta altında örgütlenmelerini ve bir devletin topraklarının bir bölümünü kontrol etmelerini gerektiren Ek Protokol II'nin 1. maddesinin gereklerine uyan grupları dikkate almaktır. Bu görüş, devlet dışı silahlı grupların tüzel kişiliğine ilişkin görüşlerden birinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, devlet dışı silahlı gruplar bir toprak parçası üzerinde kontrol sahibi olduklarında ve normalde devletler tarafından yerine getirilen sorumlulukları yerine getirdiklerinde tüzel kişiliğe sahip olurlar (Fortin, 2017, s. 155). Böyle bir yaklaşımın olumlu tarafı, uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılımları, toprak parçasını kontrol edenlere kıyasla daha fazla pratik zorluk yaratacak olan daha az örgütlü devlet dışı silahlı grupları dışlamak olacaktır. Roberts ve Sivakumaran bu yaklaşımı kabul etmemektedir. Yazarlar, devletlerin, devlet dışı silahlı grupların hukuk yapımında rol oynamaları gerektiğini kabul etmekte daha isteksiz olduklarını, zira bu rolün toprakları kontrol etmelerine veya hükümet benzeri işlevler yerine getirmelerine dayandırılacağını, çünkü bunun yasal statülerini yükseltmek olarak görülebileceğini belirtmektedir (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 133). Bu görüş kanaatimizce temelden yoksundur. Silahlı gruplara hukuk yapımında rol verilmesi statülerini devletlerinkine benzer bir seviyeye yükseltmeyecektir. Tıpkı uluslararası örgütlere antlaşma yapma hakkı verilmesinin onları devletlerle eşit hale getirmemesine benzer şekilde. Hangi grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun ortaya çıkış sürecine dahil edileceğini; sadece bir toprak parçası üzerinde, devlet dışı silahlı aktörlerin etkili kontrolüne dayandırmak problemleri bir yaklaşım olacaktır. Böyle bir seçim kriteri sadece devletler tarafından değil, devlet dışı silahlı gruplar tarafından da iyi karşılanmayacaktır. Bir bölgeyi kontrol etmeyen grupların dışlanması, bu gruplar arasında memnuniyetsizliği besleyebilir ve sonuç olarak uyumsuzluğa yol

açabilir. Dahası, bu gruplar için bölgeyi kontrol etmek için çaba göstermeleri yönünde bir teşvik yaratacaktır.

Bir başka olası öneri de, belirli özelliklere sahip grupların uygulamalarını göz önünde bulundurmak olabilir; bunlardan en belirgin olanı, bir grubun siyasi bir gündemi takip etmesidir. Bir grubun amaçlarının değeri, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın unsurları bağlamında tartışılmıştır (Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War, 1949, s. 99). Silahlı çatışmaların uluslararası olmayan olarak nitelendirilmesi için siyasi bir amacın varlığının gerekliliği öneri olarak sunulmuştur. Siyasi bir amacı olan bir grubun, bir ülkeyi yönetmek istediği için, tamamen cezai bir amaç güden bir gruba kıyasla uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme konusunda daha fazla teşvike sahip olduğu belirtiliyordu (Sassòli, 2019, s. 182). Ancak, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir grubun siyasi motivasyonunun uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı için bir ön koşul olduğu önermesini reddetmiştir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, bir grubun motivasyonlarının değerlendirilmesinin tartışmalı olduğuna işaret etmektedir. Silahlı bir grubun çatışma motivasyonu sadece siyasi hedefler düzeyine indirgenip değerlendirilemez (Dörmann, 2016, s. 451). Uluslararası teamül hukukunun oluşturulmasına katılmak üzere devlet dışı silahlı grupların seçimine sübjektif bir seçim kriteri getirmek de aynı şekilde bir grubun siyasi bir hedefi olup olmadığına dair spekülasyonlara kapı açacaktır. Dahası, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada siyasi olmayan bir amacı olan devlet dışı bir silahlı grup, tıpkı siyasi bir amacı olan gruplar gibi, silahlı kuvvetler mensuplarını veya sivilleri alıkoymak, belirli savaş araç ve yöntemlerini kullanmak gibi belirli bir konuda bir uygulama oluşturma kapasitesine sahipse, bu uygulamaları resmi bir sübjektif kritere dayanarak göz ardı etmek için hiçbir neden yoktur.

Bu nedenle, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılmaları için seçilmelerinin yalnızca silahlı çatışmanın varlığına dayandırılması önerilmektedir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadic* kararında (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Opinion and Judgment Trial Chamber II, 1997, s. 526) belirttiği gibi, belirleyici kriterler, devlet dışı silahlı bir grubun yeterli düzeyde örgütlenmesi ve belirli bir şiddet yoğunluğu seviyesi olacaktır (Rodenhäuser, 2018, s. 112). Bu aslında, yalnızca uluslararası olmayan silahlı çatışmalara katılan devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının dikkate alınacağı anlamına gelecektir. Böyle bir seçim, devlet dışı silahlı grupların dahil edilmesi amacına en iyi şekilde hizmet edecektir. Birincisi, bu kriterler özünde nesneldir, bu da devletlerin bunları manipüle etmesi için daha az fırsat olduğu ya da en azından olması gerektiği anlamına gelmektedir. İkincisi, bu tür bir seçim uluslararası insancıl hukuk kurallarının tüm muhataplarının yani silahlı çatışmanın tarafları uygulamalarının dikkate alınmasını sağlayacaktır ki bu da devlet dışı silahlı grupların dahil edilmesinin amacına en iyi hizmet eden şeydir, uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyumu arttırmak için. Üçüncü olarak, devlet dışı silahlı grubun tek tip bir tanımının olmaması halinde, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığına ilişkin iki kriterin kullanılması, seçim sürecini pratik düzeyde kolaylaştıracaktır.

### 3. Aykırı Uygulama Sorunu

Uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katılmak üzere devlet dışı silahlı grupları seçme kriterlerine ilişkin olarak bir önceki bölümde önerilen görüş benimsenirse, şu soru ortaya çıkmaktadır:

uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya katılan her grup uluslararası teamül insancıl hukukunun oluşumuna kabul edilirse, sistematik olarak insancıl olmayan nitelikteki uygulamaları sürdüren gruplarla nasıl mücadele edilmeli? Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yer alan tüm silahlı grupların insancıl hukukun oluşumuna katılmasının, bu hukuku artık amacına hizmet etmeyen insancıl olmayan bir hukuka dönüştürmemesini nasıl sağlayabiliriz? Bu bölüm, bu tür olumsuz etkileri azaltmanın olası yollarını ana hatlarıyla belirterek, bu sorulara cevap aramaktadır.

Bazı devlet dışı silahlı gruplar uluslararası insancıl hukuka ısrarla karşı çıkmakta ve silahlı bir çatışmaya girdiklerinde hiçbir kısıtlama uygulamamaktadır (Jo, 2015, s. 47). Bu bağlamda Ryngaert, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna dahil edilmesi sonucunda oluşan kuralların, uluslararası insancıl hukukun gerilemesine yol açacağını belirtmektedir (Ryngaert, 2011, s. 289). Bu, devlet dışı silahlı grupların angajmanına yönelik en sık yapılan eleştirilerden biri olmaya devam etmektedir. Bu nedenle, bu tür gruplarla ve uygulamalarıyla nasıl başa çıkılacağını yollarının belirlenmesine ihtiyaç vardır. Doğru bir şekilde ele alınmadığı takdirde bu sorun, uluslararası insancıl hukuk teamül kurallarının oluşum sürecine gerçekten katılmak isteyen ve uluslararası insancıl hukuka uyma motivasyonuna sahip olanlar da dâhil olmak üzere, devlet dışı silahlı grupların kabul edilmesinin önünde bir engel teşkil edebilir.

İki muhtemel çözüm yolu önerilebilir. İlk seçenek, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuk teamüllerine katılımını uluslararası insancıl hukuka uyumlarına bağlamaktır.

Sassòli, uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyumlarını artırmak için devlet dışı silahlı gruplarla etkileşim olasılığını tartışırken, gerçek bir silahlı çatışmaya dahil olan tüm gerçek silahlı gruplarla angaje olmayı önermektedir (Sassòli, 2010, s. 10). Dışlama konusunda ise, bu kararı grubun kendisine bırakmayı önermektedir. Devlet dışı silahlı aktör, sistemi kötüye kullanmayı seçtiğinde, hukuk sistemi tamamen dışlandığında, bir propaganda aracına dönüştürdüğünde günümüz uluslararası toplumundan kendi kendini de dışlamış olacaktır. Umutsuz ya da ciddi olmayan grubu belirlemenin zor olduğunu, çünkü grubun uymaya istekli olup olmadığını ancak süreç içinde kanıtlanabileceğini ve bunun bir ön koşul olamayacağını vurgulamaktadır. Bu öneri, uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna hangi grupların kabul edileceği sorusuna uygulanabilir bir çözüm sunmaktadır, ancak bazı yönleri daha da detaylandırılabilir.

Pratik düzeyde durumu daha iyi anlamak için, pratikte uymama ile uymayı reddettiğini beyan etme arasındaki ayrıma başvurmak faydalı olacaktır (Scott, 1990, s. 203). Bu ayrım, uymak isteyen ancak uyamayan grupları dışlamamak için dışlamaya daha ihtiyatlı yaklaşmaya izin vermektedir. Mevcut uluslararası insancıl hukuk kurallarının bir kısmı devlet dışı silahlı gruplar için gerçekçi değildir, özellikle de çekimserlikten ziyade eylem gerektiren kurallar. Bu nedenle, maddi kaynakların nesnel yetersizliği nedeniyle mevcut uluslararası insancıl hukuka uyamayan grupların bu hukukun oluşumuna katılmadan dışlanması ters etki yaratacaktır. Aynı zamanda, mevcut kuralları göz ardı ettiğini açıkça beyan eden devlet dışı silahlı gruplar da dışlanmalıdır. Bu ayrımı açıklamak için iki uyumsuzluk örneği vermek faydalı olacaktır. Frente Farabundo Marti para la Liberacion Nacional'in (FMNL) mahkemelerde görev alanlara uygun eğitim vermemesi (Sivakumaran, 2009, s. 491) uluslararası insancıl hukuk teamülleri kapsamında sağlanan adil yargılanma gerekliliklerine uyulmadığını göstermektedir (Beck &

Henckaerts, 2005, s. 100). Ancak, bu başarısızlığı Irak Şam İslam Devleti (İŞİD) üyeleri tarafından gerçekleştirilen ve sosyal medya ağlarında yayınlanan çok sayıda kafa kesme eylemiyle karşılaştırmak gerekir (Friis, 2019, s. 91). İlki pratikte uyulmadığını, ikincisi ise uyulmadığının beyan edildiğini temsil etmektedir. Böyle bir ayrımın kullanılması, bir grubun kendisini uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumundan kendi kendine dışlayıp dışlamadığının analizi için yararlı olacaktır, çünkü grubun uymayı reddettiğini açıkça beyan etmesi, grupların uyumunun öznel değerlendirmesine kıyasla dışlama için nesnel bir gerekçe sağlayacaktır.

Uluslararası toplumdaki dışlama sürekli olarak devam etmeyecektir. Yaklaşımı değiştirme gücü davranışını değiştirme şansına sahip devlet dışı silahlı aktörlerdedir. Değişim, gelen baskılar veya iyi bir örnek olabilme yoluyla gerçekleşebilir (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 130). İkinci olarak, diğer devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna katılımı, daha gerçekçi kuralların oluşmasına yol açarak, diğer grupların bunlara uyma teşvikini güçlendirebilir.

Ancak bu yaklaşımın dezavantajları da vardır. Bu tür bir dışlamanın hukuken mevcut olmadığı iddiasına dayanarak buna nitelikli seçim denebilir. Bu itiraz, sorunun tartışılmasını başka bir yöne çevirecektir. Özellikle ikinci seçenek, belirli gruplarla nasıl başa çıkılacağından, onların aykırı uygulamalarıyla nasıl başa çıkılacağına geçmektir.

Devletlerin uygulamalarında aykırı uygulamaların nasıl değerlendirileceği belirsizdir (Kyriakopoulos, 2016, s. 49). Devlet dışı silahlı grupların uygulamaları mevcut bir uluslararası teamül hukuku kuralıyla çeliştiğinde çok az tartışma ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* kararındaki ilgili açıklamasına göre, bu tür aykırı uygulamalar genellikle halihazırda oluşmuş bir teamül kuralının ihlali anlamına gelecektir (Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) (Judgment), 1986, s. 186). Ancak sorun, bir uluslararası teamül hukuku kuralının yeni oluşmaya başladığı, yani oluşum sürecinde olduğu ve mevcut uygulamanın tartışmalı olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, aksi yönde bir uygulamanın varlığına rağmen, hiçbir devlet işkenceye izin verildiğini iddia etmediği için, işkenceye yönelik bir teamül yasağının var olduğu sonucuna varmıştır (Prosecutor v Anto Furundzija, Trial Judgment, Trial Chamber, 1998, s. 138). Ancak bu tür bir gerekçe, uyumsuz devlet dışı silahlı gruplar söz konusu olduğunda işe yaramayacaktır. Devlet dışı silahlı gruplar, yasaklanmış bazı uygulamalara izin verildiğini açıkça iddia edebilirler (Jo, 2015, s. 48). Dolayısıyla, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin argümanı takip edilirse, aksi yönde bir uygulamanın yasal olarak kabul edilmesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu yaklaşım, yeni uluslararası insancıl teamül hukuk kurallarının oluşumunu engelleyebilir ya da insanlık dışı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir.

Ancak, böyle bir durumda bile, silahlı grupların uygulamalarının devletlerin ve diğer silahlı grupların uygulamaları ile birlikte dikkate alınması halinde, aykırı uygulamanın etkisinin azalacağı ileri sürülebilir (Fortin, 2017, s. 327). Devletler yasal normları ihlal ederken, bu tür açıklamaların siyasi olarak kabul edilemezliği ve antlaşma taahhütleri nedeniyle bu tür ihlallerin yasal olduğunu iddia etme olasılıkları daha düşüktür. Ancak bu argüman, sadece devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının birlikte ele alındığı senaryoyu dikkate almaktadır ki bu da devlet dışı silahlı grupların

yasa yapımına dahil edilmesinin tek yolu değildir. Devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının birlikte ele alınması durumunda bile insani olmayan normların oluşma riski göz ardı edilemez.

Bu analiz, uyumsuz grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumunu bir grubun kendisi ya da aykırı uygulamaları yoluyla kabul etmelerinin ele alınmasının gerçekten de bir dizi zorluk içerdiğini göstermektedir. İlk yaklaşım uluslararası insancıl hukukun gerilemesine yol açma riski taşımadığı için tercih edilebilir gibi görünse de, bazı grupların hukuken gerekçelendirilmeden dışlanmasına yol açabilir. İkinci yaklaşım ise uluslararası insancıl hukukun dar yorumlanarak geriletilmesine sebebiyet verecektir. Bununla birlikte, seçeneklerden herhangi birinin uygulanması, uluslararası insancıl teamül hukukunun seviyesinin düşürülmesinin olumsuz etkilerinin azaltılmasına imkan verecektir.

Bununla birlikte, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna katılımının her zaman kuralların gerilemesine yol açmayacağını da belirtmek gerekir. Özellikle, devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının uluslararası insancıl hukukun gerekliliklerine aykırı olduğu çok sayıda durum varken, devlet dışı silahlı grupların devletlerinkinden daha yüksek yükümlülükler üstlendiği durumlar da vardır, örneğin anti-personel mayınlara ilişkin Cenevre Çağrısı Taahhüt Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükler Ottawa Sözleşmesi kapsamındakilerden daha ileri gitmektedir (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 138). Devlet dışı silahlı grupların hukuk yapımına katılımına ilişkin tartışmada da bu hususun altı çizilmelidir.

#### 4. Tanımlama Sorunu

Uluslararası insancıl hukuk teamül kurallarının belirlenmesi, diğer hukuk dallarındaki teamül kurallarının belirlenmesinden daha zor bir iştir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Devlet uygulamaları genellikle savaşan taraflardan biriyle sınırlıdır, genellikle ihmallerden oluşur ve şeffaflık eksikliği tarafların niyetlerini belirlemeyi zorlaştırır (Sassòli, 2019, s. 47).

Bu sorunlar devlet dışı silahlı gruplar söz konusu olduğunda daha da büyük bir şekilde ortaya çıkar mı? Devlet dışı silahlı bir grubun yaptıklarının o grup için bir kural olduğu nasıl tespit edilebilir? Bu bölümde, devlet dışı silahlı grupların uygulama ve içtihatlarının belirlenmesi ve biriktirilmesi sorununa pratik çözümler bulmak amacıyla bu sorulara cevap aranacaktır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun konuyla ilgili çalışmalarının bir sonucu olan ve yakın zamanda yayınlanan Uluslararası Örf ve Adet Hukukunun Saptanmasına İlişkin Taslak Sonuçlar, devletler ve uluslararası örgütler dışındaki aktörlerin davranışlarını teamül kurallarının oluşturulması için genel uygulama gerekliliğinin kapsamı dışında bırakmaktadır (United Nations International Law Commission, 2018). Dahası, Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası teamül hukuku kuralının geleneksel formülünü teyit etmektedir (Arajärvi, 2010, s. 5); bu formül, her biri aynı kaynaktan çıksa da ayrı ayrı tespit edilmesi gereken devlet uygulaması ve *opinio juristen* oluşmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, belirli durumlarda birinin diğerine üstün gelebileceğini kabul etmiyor gibi görünmektedir. Komisyon bu görüşünü desteklemek için *Nikaragua* davasını kullanmaktadır. İki devletin belirli bir kuralı bir antlaşmaya dahil etmeyi kabul ettiği durumlarda, anlaşmaları, bu kuralı yasal bir kural haline

getirmek ve onları bağlayıcı hale getirmek için yeterlidir; ancak uluslararası teamül hukuku alanında, kural olarak gördüklerinin içeriğine ilişkin olarak tarafların ortak görüşü yeterli değildir. Mahkeme, devletlerin *opinio juris* olarak kuralın varlığını uygulama ile teyit ettiklerinden emin olmalıdır. (Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) (Judgment), 1986, s. 97)

Ancak böyle bir görüşün izleri yargı uygulamasında sürülebilir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi *Kupreskic* davasında uluslararası insancıl hukukun *opinio iuris sive necessitates*'in *usus*'tan çok daha büyük bir rol oynayabileceği bir alan olduğunu ve uluslararası insancıl hukuk ilkelerinin, devlet uygulamasının yetersiz veya tutarsız olduğu durumlarda bile, insanlığın taleplerinin veya kamu vicdanının emirlerinin baskısı altında teamüsel bir süreç yoluyla ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir (The Prosecutor v Kupreskic, Trial Judgment, Trial Chamber, 2000, s. 527). Mahkemenin görüşü büyük oranda kabul görmemiştir. Bölümdeki analizler bu yüzden iki unsura da aynı oranda odaklanacaktır.

İlk bakışta, uygulamaların tespitine ilişkin zorlukların devlet dışı silahlı gruplarla ilgili olarak daha büyük olduğu düşünülebilir. Rondeau'ya göre durum her zaman böyle değildir ve gerçek hayattaki uygulamaların toplanması sorunu, hem devletler hem de devlet dışı silahlı gruplar için ciddi boyutlardadır (Rondeau, 2011, s. 668). Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, uygulamaların toplanmasındaki zorlukların, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi de dahil olmak üzere bağımsız gözlemcilerin fiili çatışma alanına erişimindeki zorluklar, tarafların bilgi vermemesi ve yanlış bilgilendirmeye başvurması ile ilgili olduğuna karar verdiğini aktarmaktadır (Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, s. 99). Bu zorluklar gerçekten de her iki taraf için de eşit derecede geçerlidir.

Devlet dışı silahlı aktörlere özgü sorun ise olgusal ve yasal çeşitlilikleri nedeniyle, bir sınıf olarak grupları temsil eden uygulamalarını tespit etmenin çok daha zor olmasıdır (Fortin, 2017, s. 327).

Devlet dışı silahlı grupların fiili uygulamalarının toplanmasına ilişkin olası çözümlerden biri, devlet dışı silahlı grupların sahadaki davranışlarına ilişkin raporları ve diğer katkıları içeren sistemli bir veri tabanının oluşturulması olabilir. Sivil toplum kuruluşlarının bu alanda aktif rol alması doğru bir yaklaşım olacaktır. Kaynaklar çeşitlendirilebilir. Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuka uyumuna ilişkin bir veri tabanı örneği Silahlı Gruplar ve Uluslararası Hukuk veri tabanıdır (Heffes & Fortin, 2022). Bu veri tabanı devlet dışı silahlı grupların uyumuna ilişkin çalışmalar için sağlam bir temel sağlamaktadır. Bir veri tabanının oluşturulması ve yönetimi için şüphesiz büyük çaba sarf edilmesi gerekecektir. Sistemin kurulmasındaki amaç, verilerin güvenilirliğini arttırmak ve devlet dışı silahlı aktörlere ilişkin doğru bilgilere ulaşmayı sağlamak olacaktır.

Bir teamül kuralının ikinci unsuru olan *opinio juris*in tespitine gelince, bunun devlet dışı silahlı gruplar tarafından ifade edilmesini tespit etmek devletlere kıyasla gerçekten de daha zor bir iş olabilir.

İlk olarak, *opinio juris* belirli bir uygulamanın hukuk olarak kabul edilmesi anlamına geldiğinden, normların oluşumuna katılmadıkları gerekçesiyle teamül kurallarının kendileri üzerindeki bağlayıcılığını reddeden devlet dışı silahlı gruplar için hukukun gerçekte ne anlama geldiği açık değildir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak Sonuçlarına göre, devlet uygulamalarına uluslararası teamül hukuku tarafından izin verildiği, gerekli kılındığı veya yasaklandığı inancı eşlik etmelidir (United Nations International Law Commission, 2018). Devlet dışı silahlı aktörler, teamül hukuku oluşum sürecinde yer almadıkları için kurallara bağlılık hissinden uzaklaşacaklardır. Başka bir düşünce yapısıyla, sadece teamül hukukunun oluşumuna katkı verdikleri için bağlı olmayı kabul edecek olmalarını beklemek ise bir sorunsal yaratmaktadır.

Dolayısıyla, *opinio juris* ifadesi bağlamında devlet dışı silahlı gruplar için hukuk algısının nasıl anlaşılması gerektiğini yeniden düşünmek gerekebilir.

İkinci olarak, hiyerarşik yapıları belirgin olmayan devlet dışı silahlı aktörlerin, *opinio juris* oluşturma sürecinde kimin temsil kabiliyetine güveneceğinin belirlenmesi gerekir. Temsil eden kişinin gerekli ehliyete sahip olup olmadığı, grup hiyerarşisindeki konumu her bir olaya özel incelenerek tespit edilmelidir.

Üçüncü olarak, devlet dışı silahlı aktörlerin kendilerini ifade ederek *opinio juris* oluşturma süreci devletlere nazaran oldukça kısıtlıdır. Devletler örneğin uluslararası platformlarda görüşlerini ifade edebilirler. Ancak devlet dışı silahlı grupların *opinio juris*, örneğin devlet dışı silahlı gruplar tarafından verilen resmi taahhütlerden, devlet dışı silahlı grupların davranış kurallarının analizinden mevcut ve erişilebilir olduğunda ve hatta sosyal ağların kullanımından çıkarılabilir (Jo, 2015, s. 49).

Genel olarak, devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının ve içtihatlarının belirlenmesi zorlu bir süreç olsa da imkansız değildir. Teamül kurallarının oluşumuna yeni aktörlerin kabul edilmesi kaçınılmaz olarak mevcut düzende bazı değişiklikler yapılmasını gerektirecektir. Değişikliklerin insancıl hukukun temel felsefesi doğrultusunda, silahlı çatışmalardan zarar görenleri koruma amacına yönelik hedefleri gerçekleştireceği ve insancıl hukuka uyumu arttıracığı açıktır.

## 5. Geçici Karakter Sorunu

Devletler ve devlet dışı silahlı gruplar arasındaki temel farklardan biri, ikincisinin geçici karakteridir. Devletler siyasi rejimlerinde değişiklikler yaşayabilirken, devletlerin kendileri dağılmadıkları sürece değişmeden kalırlar (Dabone, 2012, s. 87). Devlet dışı silahlı gruplar tabiatları gereği idealleri için varlık gösterirler. Kazanılan bir zafer ya da yenilgi sonucunda faaliyetlerine son verirler, bu yüzden geçicidirler, sürekliliğe sahip değildirler.

Uluslararası insancıl hukuk teamüllerinin oluşumu bağlamında, devlet dışı silahlı grupların geçici karakteri iki temel soruna yol açmaktadır. Birincisi, bir teamül kuralının oluşumu geleneksel olarak belirli bir düzeyde süreklilik ve tekrar gerektirdiğinden (Shaw, 2017, s. 56), bu gerekliliğin geçici olarak var olan devlet dışı silahlı gruplara uygulanıp uygulanmayacağı ve bu gerekliliği nasıl yerine getirebilecekleri belirsizdir. İkinci olarak, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna kabul edilmesinin amaçlarından biri normları sahiplenme duygularını artırmak olduğundan, bugünün gruplarının uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna kabul edilmesinin yarının gruplarına sahiplenme duygusu verip vermeyeceği tartışılabilir (Fortin, 2017, s. 327). Bu bölümde alternatif çözüm yollarına ulaşmaya çalışılacaktır.

Sassòli'ye göre, devletlerin istikrarı ve sürekliliği, uygulamayı tekrarlama ve kuralların yararlanıcıları ve muhatapları olma olasılıkları olanı uygulamayı olması gerekene yasaya dönüştüren teamül sürecinin bileşenleridir (Sassòli, 2019, s. 50). Devlet dışı silahlı grupların varlığının zamanla sınırlı olmasının, uluslararası insancıl teamül hukuku oluşum sürecine katılmalarını ciddi şekilde engelleyeceği ileri sürülebilir. Ancak, bunun neden böyle olmadığına dair birkaç argüman ileri sürülebilir. İlk olarak, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum sürecine kabul edilebilmek için bir grubun uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya dahil olması gerekmektedir. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığı için gerekli olan belirli bir şiddet derecesi şartı, söz konusu grubun taktiklerinde belirli bir sürekliliğe ve silahlı çatışmalara katılımında devamlılığa sahip olmasını gerektirir (Dabone, 2012, s. 87). İkinci olarak, uluslararası hukukun diğer dallarıyla karşılaştırıldığında, uluslararası insancıl hukuk için silahlı çatışma karakteri, tarafların her gün olmasa bile en azından çatışmanın sona ermeyeceği sıklıkta savaşla ilgili uygulamalarda buldukları anlamına gelir. Bu çoğu durumda, devletlerin deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin uygulamalarından daha sık olacaktır. Dolayısıyla, uluslararası insancıl hukukun kendine özgü karakterine tabi olarak, devlet dışı silahlı grupların geçici karakteri, süreklilik ve tekrarlama gerekliliğini yerine getirmelerine engel teşkil etmeyecektir.

İkinci sorunla ilgili olarak Fortin haklı olarak, silahlı çatışmalar daha korunaklı hale gelirken, devlet dışı silahlı grupların yaşam sürelerinin devletlerinkiyle kıyaslanamayacak kadar uzun olduğuna işaret etmektedir (Fortin, 2017, s. 328). Sonuç olarak, normların sahipliği sorunu çözülemeyebilir, çünkü yarının grupları bugünün gruplarının katkıda bulunduğu normların sahipliğini hissetmeyebilir. Bellal ve Heffes, Fortin'in argümanına cevap verirken, birçok durumda farklı devlet dışı silahlı grupların kendi iç hukuk kaynaklarını diğer grupların davranış kurallarına veya kamuya açık beyanlarına dayandırdığına dikkat çekmektedir (Bellal & Heffes, 2018, s. 126). Bu durum, Sassòli'nin de belirttiği gibi, bireylerin benzer sorunlarla karşılaşan bireylerin katılımıyla ortaya çıkan kuralları kabul etme ve bunlara saygı gösterme eğiliminde olduğu psikolojik unsurdan kaynaklanmaktadır (Sassòli, 2010, s. 17). Ayrıca, devlet dışı silahlı grupların katılımıyla oluşturulan kuralların onlar için daha gerçekçi olması beklendiğinden, bu durum yarının gruplarına bu tür uluslararası insancıl teamül hukuku kurallarına uymaları için bir başka teşvik sağlayacaktır.

Devlet dışı silahlı grupların geçici karakterinin, bu tür grupların katılımıyla uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşturulmasında önemli zorluklar yaratmayacağı görülmektedir. Zorluklar uluslararası insancıl hukuk sisteminin yapısı ve devlet dışı silahlı aktörlerin birbiri ile etkileşimi sayesinde ortadan kalkacaktır.

## 6. Uyum Sorunu

Uluslararası teamül hukuku oluşturma sürecine yeni aktörlerin kabul edilmesi, kaçınılmaz olarak bu aktörlerin sisteme nasıl uyum sağlayacağı sorusunu gündeme getirecektir. Eğer devlet dışı silahlı grupların uluslararası hukuk yapımına katılımı kabul edilirse, bu süreç sonucunda ortaya çıkan hukuk evrensel olur mu? Bağlayıcılık niteliği silahlı gruplar ve devletler için geçerli olur mu? Teamül hukukuna ihtiyaç sona mı erer? Tüm bu sorular, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşum sürecine katılabilmelerini sağlamak açısından hayati pratik öneme sahiptir. Bu bölümde, mevcut sistemin yeni aktörleri en iyi şekilde nasıl barındırabileceğine ilişkin öneriler özetlenecektir.



Uluslararası insancıl hukuk teamül kurallarının oluşumunda yer almayan devlet dışı silahlı aktörler için bu kuralların bağlayıcı olmadığı fikri kabul edilemez. Devlet dışı silahlı aktörlerin hukukun oluşum sürecindeki rolü net bir şekilde belirlenmelidir. Kanaatimizce bu sürece aktif olarak dahil olmalıdırlar. Roberts ve Sivakumaran, devlet dışı silahlı grupların hukuk yapma sürecine kabul edilmesinin önemli insani korumanın sürdürülmesi ile dengelenmesine izin vereceği için ilk yaklaşımın lehine olduğunu savunmaktadır (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 141). Hukuki olarak, argümanlarını, oluşturulmalarına katılmamış olmalarına rağmen teamül kurallarına bağlı kalan yeni ortaya çıkan devletlerle bir analogi kullanarak inşa etmektedirler (Tesón, 2017, s. 89). Yazarlar tarafından öne sürülen hukuki argümanların yanı sıra, bu tür bir pozisyon, devlet dışı silahlı grupların hukuki bir boşlukta faaliyet göstermesini engelleyeceği için politika açısından da tercih edilebilir olacaktır.

İkinci mesele, devlet dışı silahlı grupların katılımıyla oluşturulan uluslararası insancıl hukuk teamül kurallarının sadece devlet dışı silahlı gruplar için mi bağlayıcı olması gerektiği yoksa devlet dışı silahlı grupların ve devletlerin uygulama ve görüşlerinin birlikte ele alınıp değerlendirilerek her ikisini de bağlayıp bağlamayacağıdır.

İlk seçenek aslında sadece silahlı gruplar arasında var olan bir hukuk olacaktır. Bu, spor kulüpleri ve organizasyonları tarafından geliştirilen spor hukukuna veya tacirler tarafından geliştirilen *lex mercatoria*'ya benzer bir ulus ötesi hukuk şeklini alacaktır. Bu yaklaşımın yaratacağı ilk ve en büyük problem, savaşan tarafların eşitliği ilkesini ortadan kaldırması olacaktır. Uygulamaları ayrı ayrı ele almak, ortak bir payda aramaya gerek kalmayacağından, devletler için kurallar ile devlet dışı silahlı gruplar için kurallar arasında önemli bir boşluk yaratılmasına neden olacaktır. Dahası, devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların farklı yükümlülüklerle sahip olması gibi bir sonuç bile ortaya çıkabilir. İkinci olarak, sadece silahlı gruplar arasında var olan sistem herhangi bir kısıtlamaya tabi olmayacaktır: böyle bir sistemde, devlet dışı silahlı grupların aykırı uygulamaları, devletlerinkinden ayrı olarak ele alındığında, insani olmayan yeni kuralların yaratılmasına yol açabilir. Üçüncü olarak, devlet dışı silahlı gruplara kendi özerk hukuki rejimlerini geliştirme fırsatı verilmesi, silahlı grupların bir tür meşrulaştırılması olarak görülebilir. Spor kulüpleri ve tacirlerle karşılaştırıldığında, silahlı gruplar devletler tarafından yasadışı kabul edilmektedir (Sassòli, 2019, s. 51). Dolayısıyla devletlerin bu seçeneği kabul etme ihtimali çok düşüktür.

İkinci seçenek, devletlerin ve silahlı grupların görüşlerinin, uygulamalarının beraber uluslararası insancıl hukuk teamül kurallarının oluşum sürecine dahil olmasıdır. Sonuç olarak, kurallar devletleri ve devlet dışı silahlı grupları eşit derecede bağlayacaktır. Yaklaşımın olumlu yönlerini ele aldığımızda savaşan tarafların eşitliğinin korunduğunu belirleyebiliriz. İkinci olarak, devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının birlikte ele alınması, kuralların devlet dışı silahlı grupların insani olmayan uygulamalarını yeni bir kurala dönüştürmemesini sağlayacaktır. Üçüncü olarak, hem devletlerin hem de devlet dışı silahlı grupların uygulamalarını birlikte ele almak, devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların görüşlerinin esas olarak ayrıştığı alanları analiz etmek ve belirlemek için daha iyi bir fırsat sağlar. Tekrarlanan bir şekilde, iki tarafça ihlal edilen hukuk kurallarının belirlenmesi normun gerçeklere uygun olmayan yapısını ortaya çıkaracaktır (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 139).

Günümüzün karmaşık hukuk yapısıyla kıyaslandığında, argümanın eleştirilmeye en açık yönü devlet için ilkel kuralların oluşumuna sebebiyet vermesidir. Öneri olarak, devletler uluslararası insan hakları hukuku yükümlülüklerine bağlı kalmaya devam edecek, bu da bir koruma güvenlik ağı işlevi görecektir. Uluslararası insan hakları hukuku kuralları, silahlı çatışma durumlarındaki problemleri çözmekten uzaktır ve yetersiz kalmaktadır. Kurallarda farklılaşmaya, değişime izin vermek diğer bir öneri konusudur. Uluslararası insancıl hukukun mevcut bazı kuralları yerleşik bir farklılaştırmaya örnek teşkil edebilir; örneğin tarafları kapasitelerinin sınırları dahilinde, mümkün olan en geniş ölçüde veya koşullar elverdiğinde belirli bir şekilde hareket etmekte yükümlü kılan kurallar. Devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının, devletlere kıyasla devlet dışı silahlı grupların sınırlı kapasiteleri nedeniyle farklılaştığı durumlarda kurallarda bu tür marjların bırakılması, her bir taraftan bu taraf için mümkün olan en yüksek ölçüde yükümlülüklerin yerine getirilmesini talep etmeye izin verecektir. Belirli durumlarda bazı devlet dışı silahlı gruplar, bazı devletlere kıyasla daha iyi olmasa da daha organize olabilirler. Bu çözüm, daha iyi organize olmuş devlet dışı silahlı grupların daha fazla yükümlülük yerine getirmesini talep etmeye de izin verecektir. Bununla birlikte, bu tür bir yaklaşımın, yükümlülüklerin altına inilemeyecek insani bir asgari seviyenin belirlenmesini gerektireceğini belirtmek önemlidir (Sassòli, 2011, s. 430).

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumunda kuralların düzeyini geriletmeden nasıl yer alabileceğine dair önerilerden biri de yarı teamül oluşturulmasıdır (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 151). Yazarlara göre bu tür bir teamül hem devletlerin hem de devlet dışı silahlı grupların uygulamalarını dikkate alacak, ancak devletlerin rızasına belirleyici bir rol verecek ve devlet uygulamalarına daha fazla ağırlık tanıyacaktır (Roberts & Sivakumaran, 2012, s. 151). Uluslararası hukuk yapısında devletler merkezi konumda bulunmaktadır. Bu önerinin uygulanmasındaki pratik zorlukların yanı sıra, devlet dışı silahlı grupların sürece dahil edilmesinin amaçladığı işlevi yerine getiremeyebilir, sadece teamül kurallarının belirlenmesini daha karmaşık bir egzersiz haline getirebilir. Bu durum, devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının devletlerin uygulamalarıyla eşit düzeyde değerlendirilmesinin, uygulamaların uluslararası insancıl hukukun amacı ışığında özellikle savaş durumlarının neden olduğu acıları sınırlandırmak değerlendirilmesi koşuluyla, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna dahil edilmesi hedefine en iyi şekilde hizmet edeceğini kanıtlamaktadır.

Bu, devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının pratik düzeyde nasıl analiz edileceği sorununun çözmektedir. Bir teamül kuralının oluşması için uygulamanın yaygın, temsili ve tutarlı olması gerekir (Evans, 2018, s. 93). Tutarlılık konusu zaten tartışılmış olsa da, diğer gereklilikler de dikkate alınmayı hak etmektedir. Yaygın uygulama gerekliliği ölçülemez ve koşullara bağlı olacaktır. Uygulamanın temsil kabiliyeti, uygulamanın coğrafi, ekonomik ve jeopolitik olarak farklı devletler tarafından takip edilip edilmediğinin araştırılmasını gerektirir.

Bu gerekliliklerin devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşturma sürecine katıldıkları duruma uygulanması, belirli bir uygulamanın hem farklı devletler hem de devlet dışı silahlı gruplar tarafından takip edilmesi anlamına gelecektir. Devlet dışı silahlı gruplar doğaları gereği çok çeşitli olduklarından, bu tür bir analiz çoğunlukla coğrafi olarak farklı grupların

uygulamalarının analizine dayanmalıdır. Yaygın uygulama gerekliliğinin değerlendirilmesi, koşullara ve söz konusu meseleye bağlı olacaktır. Ancak, uygulanacak yöntem artan devlet dışı silahlı aktörler nedeniyle, devletler ile bu grupları birbiri ile eş değerlendirmeye tabi tutmak olmamalıdır. Bunun yerine, uygulamanın ne kadar yaygın olduğuna önce devletler grubu ve devlet dışı silahlı gruplar grubuna göre ayrı ayrı karar verilmeli ve söz konusu uygulama her iki grupta da yaygınsa, daha sonra birlikte analiz edilmelidir.

Değerlendirilmesi gereken önemli bir sorun ise devlet dışı silahlı aktörler tarafından sadece belirli bir bölgede bulunan bir kuralın yani bölgesel bir teamülün oluşma ihtimalinin var olup olmadığıdır.<sup>3</sup> Pratikte böyle bir kuralın varlığını tespit etmek, örneğin aynı devlet dışı silahlı grubun farklı bölgelerde faaliyet göstermesi nedeniyle daha zor olsa da, teoride bölgesel bir teamülün devlet dışı silahlı grupların katılımıyla açıklığa kavuşturulacağı sonucuna varmak için hiçbir neden yok gibi görünmektedir.

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşumuna kabul edilmesi, uluslararası insancıl teamül hukukunun iki seviyesinin (Arend, 1999, s. 177) yaratılması anlamına gelecektir: bir seviyede, hem devletlerin hem de devlet dışı silahlı grupların uygulamalarından oluşan ve dolayısıyla her ikisi için de bağlayıcı olan kurallar bulunurken, diğer seviyede sadece devletler tarafından oluşturulan ve onlar için bağlayıcı olan kurallar bulunacaktır. Özellikle uluslararası insancıl hukukta bu tür bir farklılaşma, iki seviye arasında net bir sınır çizgisi olacağından, diğer hukuk dallarında ortaya çıkabilecek zorluklara yol açmayacaktır. Sınır çizgisinden anlaşılması gereken, iç çatışmalar ve uluslararası silahlı çatışmalar arasında bulunan ayrımıdır. Aynı kurallar uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın her iki tarafı için de bağlayıcı olacağından, bu durum savaştan tarafların eşitliğinin sona ermesine yol açmayacaktır. Ancak kaçınılmaz olarak uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, uluslararası teamül hukuku kurallarının ayrılmasına yol açacaktır, çünkü uluslararası olmayan silahlı çatışma kuralları devletlerin uygulamaları ile devlet dışı silahlı grupların uygulamalarından oluşacaktır ki bu da açıklandığı üzere olumsuz bir eğilim değil, aksine arzu edilen bir sonuçtur.

## Sonuç

Uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşum sürecine, devlet dışı silahlı aktörlerin katılım aşamasında yaşanan sorunlar bu makalenin ana amacıdır. Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna kabul edilmeleri halinde ortaya çıkacak altı sorun tespit edilmiştir. Bu sorunlar, uluslararası insancıl teamül hukukunun oluşturulması amacıyla devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının dikkate alınmasını savunmanın zorlu bir görev olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>3</sup> Bölgesel hukuki ihtiyaçlar doğrultusunda, iki devleti ya da bir grup devleti bağlayacak bölgesel teamüller ortaya koymak mümkündür. Uluslararası Adalet Divanı; *Right of Passage over Indian Territory* davasında yalnızca iki devlet arasından mevcut olan bölgesel bir teamülün varlığını, Portekiz'in egemenliğindeki ülkelerle kuşatılmış bölgeleri arasında, Hindistan üzerinden geçiş hakkı bulunduğunu teyit etmiştir. Divan gerekçesinde Hindistan ve Portekiz arasında serbest geçiş olanağı tanıyan uygulamanın varlığını hukuk olarak kabul edilip, karşılıklı yükümlülükler yarattığını açıklamıştır. ICJ Reports, 1960, s. 40.

Makalede yapılan öneriler doğrultusunda devlet dışı silahlı grupların teamül hukuku oluşum sürecine katılabilmesi önündeki engeller azaltılabilir ancak bu süreç devletler tarafından konunun tartışılmaya açılmasını gerektiren adımlar atılmasını gerektirmektedir. En önemlisi, zorlukların ortadan kaldırılması ve hafifletilmesi uluslararası hukukçuların sürekli olarak tekrarlamak ve düşüncelerini etrafında ifade etmek üzere eğitildikleri düşünce kategorilerinin unutulmasını gerektirecektir.

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl teamül hukuku oluşumuna kabul edilmesiyle birlikte ortaya çıkacak zorluklar, bu makalede sıralananlarla sınırlı değildir. Ayrıca, devlet dışı silahlı grupların hukuk yapımına katılımına ilişkin algıdaki değişikliklere bağlı olarak, önerilen çözümler daha da detaylandırılabilir. Mevcut araştırmanın sonuçları, konuyla ilgili daha ileri çalışmalar için de kullanılabilir.

Aralarında Sassòli, Sivakumaran, Roberts, Fortin, Bellal, Heffes'in de bulunduğu bir dizi yazar, devlet dışı silahlı grupların uluslararası insancıl hukuka uyumunun, diğerlerinin yanı sıra, devlet dışı silahlı grupların uygulamalarının uluslararası insancıl hukukun teamül hukuku oluşumunda dikkate alınması yoluyla artırılması tartışmasına önemli katkılarda bulunmuştur. Ancak, bu tür bir birleşmeden kaynaklanan sorunları tespit etmeyi ve bunlara olası çözümler bulmayı amaçlayan özel bir araştırma yapılmamıştır. Dolayısıyla bu araştırmanın sonuçları böyle bir açığın kapatılmasına katkıda bulunmaktadır.

Devlet dışı silahlı grupların uluslararası hukuka uyduklarına dair beyanlar da dahil olmak üzere uluslararası hukuku içeren pek çok uygulama ve görüş örneği bulmak mümkün olsa da, bu belgeler genellikle siyasi niteliktedir ve hukuki önemden yoksundur. Devlet dışı silahlı grupların bu belgelerden herhangi birinin kendileri için hukuki yükümlülükler yaratma niyetiyle hazırlandığına dair hiçbir işaret yoktur. Dolayısıyla, devlet dışı silahlı grupların uygulamaları ve *opinio juris*leri uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ancak dolaylı bir şekilde katkıda bulunabilir; bu da devlet dışı silahlı grupların uygulamalarıyla, devletlerin davranışlarını ve dolayısıyla uluslararası teamül hukukunun oluşumunu etkileyebileceği anlamına gelir. Devlet dışı silahlı grupların eylemlerinin uluslararası hukukun oluşum sürecine doğrudan dahil edilmesi gerektiğini gösteren pek çok argümana rağmen, bu grupların uluslararası teamül hukukunun oluşumuna doğrudan dahil edilmesi, uluslararası insancıl hukuk normlarının etkinliğini ve devletlerin bazı devlet dışı silahlı aktörlerle olan çatışmalarında uluslararası barış ve güvenliği korumak için kullanabilecekleri araçları azaltacaktır.

Kendi kendini üreten karakteri neticesinde meşruiyet kazanan uluslararası teamül hukuku oluşumuna, devlet ve devlet tarafından yetkilendirilmiş kuruluşlar dışında katılım mümkün olmamalıdır. Hukuk yapma yetkisinin, devlet dışı silahlı aktörlerle paylaşılıp paylaşılmayacağı konusunda devletler son sözü söyleme hakkına sahiptir. Bu durum bir statüko haline gelmiştir ve devletler ile devlet dışı silahlı aktörler arasındaki ayrım ortadan kalkmadığı sürece meşruiyet sorunu devam edecektir. Devlet dışı silahlı grupların uygulamaları uluslararası teamül hukukunun oluşumunda dolaylı bir rol oynasa da, bu süreçle doğrudan ilgisi kabul görmemiştir. Uluslararası hukuk açısından, egemen eşitliği prensibi doğrultusunda devletlerin rızası olmadan hiçbir yükümlülük yaratılamaz. Devlet dışı silahlı aktörler antlaşmalara katılamazlar, devlet dışı silahlı aktörlere sorumluluk yüklenebileceği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Devletler tarafından devlet dışı silahlı

grupların yetkilendirilmesi mümkün değildir ve oluşturulamazlar. Topraklardaki mevcudiyetleri hukuk dışıdır.

Devlet dışı silahlı aktörlerin fikirlerini beyan edebilecekleri, normları kabul etmediklerini belirtebilecekleri, etkili itirazlarda bulunabilecekleri bir teamül hukuku oluşturma süreci bulunmamaktadır. Dünyanın pek çok farklı bölgesinde faaliyet gösteren çok sayıda devlet dışı silahlı aktör bulunmaktadır. Bunların hepsiyle ya da büyük bir kısmıyla temasa geçmek mümkün görünmemektedir. Bu aktörlerin bir temsilci göndermesi gerçekçi bir beklenti değildir. Devletlerin aksine, bu aktörler geçici bir süre varlıklarını sürdürecektir. Bugün var olan bir silahlı grup hukukun oluşumuna katkıda bulunsa bile, gelecekte ortaya çıkacak silahlı grupların bu normları sahiplenmeme ve uymama olasılığı yüksektir.

Aksi görüş doğru olarak kabul edilse bile; devlet dışı silahlı aktörlerin uygulamaları teamül hukuku olarak kabul edilecek olursa, devlet uygulamaları ile devlet dışı silahlı aktörlerin uygulamaları arasındaki hiyerarşi nasıl belirlenecektir, kavramsal bir ayrım olması şarttır. Devlet dışı silahlı aktörlerin uygulamalarının, teamül hukuku oluşumuna katkıda bulunabileceği kabul edilirse; bu durumda devlet dışı aktörlerin uygulamaları, sadece devlet dışı aktörlerin davranışlarını düzenleyecek olan teamül hukuku ile ilgili olabilir. Devletlerin ve devlet dışı silahlı aktörlerin uygulamalarının eşit muamele görmesi ve eşit değerlendirilmesi doğru değildir. Bu gerekçelerle uluslararası örgütler dışındaki devlet dışı aktörlerin, uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkıda bulunmaları mümkün değildir.

En önemlisi, devlet dışı silahlı grupların uluslararası teamül hukuku oluşumuna katılımına ilişkin tartışmaya, mevcut uluslararası hukuk sistemini bozmak için bir araç olarak değil, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların mağdurlarının acılarının hafifletilmesini etkileme potansiyeli açısından yaklaşılması gerektiği bir kez daha vurgulanmalıdır.

### **Etik Kurul İzni**

Bu makale, etik kurul izni gerektiren bir çalışma grubunda yer almamaktadır.

### **Destek ve Teşekkür Beyanı**

Makaleyi önemli ölçüde geliştiren yorumları için Editör ve iki anonim hakeme teşekkür ederiz.



## Kaynakça

- Arajärvi, N. (2010, Mayıs 04). *From state-centricism to where the formation of (customary) international law and non-state actors*. <https://papers.ssrn.com/>: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1599679>.
- Arend, A. (1999). *Legal rules and international society*. Oxford University Press.
- Beck, L. D., & Henckaerts, J. M. (2005). *Customary international humanitarian law*. Cambridge University Press.
- Bellal, A. (2019). *The war report armed conflicts in 2018*. The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.
- Bellal, A., & Heffes, E. (2018). Yes, I do: binding armed non-state actors to IHL and human rights norms through their consent. *Human Rights & International Legal Discourse*, 12(1), 120-136.
- 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).
- Cassese, A. (2012). Should rebels be treated as criminals some modest proposals for rendering internal armed conflicts less inhumane. İçinde A. Cassese (Ed.), *Realizing utopia: The future of international law* (s. 519). Oxford University Press.
- Chatham House. (2012). *International law meeting summary classification of conflicts: the way forward*. Chatham House.
- Dabone, Z. (2012). *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*. Schulthess.
- Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War. (1949). *Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War, Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 Article 2A*. UN.
- Dörmann, K. (2016). *Commentary on the first geneva convention convention (I) for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field: Part of commentaries on the 1949 geneva conventions*. Cambridge University Press.
- Evans, M. (2018). *International law*. Oxford University Press.
- Fortin, K. (2017). *The accountability of armed groups under international law*. Oxford University Press.
- Friis, S. (2019). Beyond anything we have ever seen beheading videos and the visibility of violence in the war against ISIS. *International Affairs*, 91(4), 737.
- Gasser, H. (1994). International humanitarian law an introduction. *International Review of the Red Cross*, 88.
- Gunning, I. (1991). Modernizing customary international law the challenge of human rights. *Virginia Journal of International Law*, 31(2), 215.
- Heffes, E., & Fortin, K. (2022, Ağustos 01). *Armed groups and international law*. <https://www.armedgroups-internationalallaw.org/>: <https://armedgroups-internationalallaw.org>.
- Henckaerts, J. M., & Debuf, E. (2017). The ICRC and the clarification of customary international humanitarian law. İçinde B. Lepard (Ed.), *Reexamining customary international law* (s. 165). Cambridge University Press.

- International Committee of Red Cross. (1971). *Conference of government experts on the reaffirmation and development of customary international humanitarian law applicable in armed conflicts - report on the protection of victims of non-international armed conflicts*. International Committee of Red Cross.
- International Review of the Red Cross. (1962). *Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a commission of experts in Geneva*. International Review of the Red Cross.
- Jo, H. (2015). *Compliant rebels*. Cambridge University Press.
- Kyriakopoulos, G. (2016). Formation of international custom and the role of non-state actors. İçinde P. Pazartzis (Ed.), *Reconceptualising the rule of law in global governance, resources, investment and trade* (s. 49). Hart Publishing.
- McCorquodale, R. (2004). An inclusive international legal system. *Leiden Journal of International Law*, 17(3), 17.
- Prosecutor v Anto Furundzija, Trial Judgment, Trial Chamber, ICTY-IT-95-17/1-T (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 06 05, 1998).
- Prosecutor v Boskoski and Tarculovski, Trial Judgment, Trial Chamber, IT-04-82-T (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 07 10, 2008).
- Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber 10 02, 1995).
- Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a 'Dule', Opinion and Judgment Trial Chamber II, IT-94-1-T (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 07 14, 1997).
- Roberts, A., & Sivakumaran, S. (2012). Lawmaking by non-state actors engaging armed groups in the creation of international humanitarian law. *Yale Journal of International Law*, 37(1), 37.
- Rodenhäuser, T. (2018). *Organizing rebellion non-state armed groups under international humanitarian law, human rights law, and international criminal law*. Oxford University Press.
- Rondeau, S. (2011). Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, 93(883), 668.
- Ryngaert, C. (2011). Non-state actors in international humanitarian law. İçinde J. d'Aspremont (Ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (s. 289). Routledge.
- Sassòli, M. (2007). The implementation of international humanitarian law current and inherent challenges. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 10(1), 64.
- Sassòli, M. (2010). Taking armed groups seriously ways to improve their compliance with international humanitarian law. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 1(1), 3.
- Sassòli, M. (2011). Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states? *International Review of the Red Cross*, 93(882), 430.
- Sassòli, M. (2019). *International humanitarian law rules, controversies, and solutions to problems arising in warfare*. Edward Elgar Publishing.

- Scobbie, I. (2007). The approach to customary international law in the study. İçinde E. Wilmshurst, & S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law* (s. 47). Cambridge University Press.
- Scott, J. (1990). *Domination and the arts of resistance hidden transcripts*. Yale University Press.
- Shaw, M. (2017). *International law*. Cambridge University Press.
- Sivakumaran, S. (2006). Binding armed opposition groups. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(2), 369-394.
- Sivakumaran, S. (2009). Courts of armed opposition groups fair trials or summary justice? *Journal of International Criminal Justice*, 7(3), 489-513.
- Sivakumaran, S. (2012). How to improve upon the faulty legal regime of internal armed conflicts. İçinde A. Cassese (ed.), *Realizing utopia: The future of international law* (s. 525). Oxford University Press.
- Somer, J. (2007). Jungle justice passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict. *International Review of the Red Cross*, 89(867), 655-690.
- Tesón, F. (2017). Fake custom. İçinde B. Lepard (ed.), *Reexamining customary international law* (ss. 86-110). Cambridge University Press.
- The Prosecutor v Kupreskic, Trial Judgment, Trial Chamber, ICTY-IT-95-16-T (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 01 14, 2000).
- United Nations International Law Commission. (2018). *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*. United Nations.
- United Nations Security Council. (2010). *Report of the secretary-general on the protection of civilians in armed conflict*, UN doc. S/2010/579. UN.

