

## ULUSLARARASI HUKUKTA ORANTILILIK İLKESİ

*(The Principle of Proportionality in International Law)*

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST<sup>1</sup>

### ÖZ

Orantılılık, uluslararası hukukun bütün alanlarında uyulması gereken bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuktaki düzenlemeler ve kararlar bağlamında orantılılık çeşitli hukuki içerikler için kullanılabilir. İlki, eylem ile bu eyleme verilen karşılık arasındaki denge ilişkisi için kullanılan içeriktir. Bu anlam, uluslararası ceza yargılamasında cezanın değerlendirilmesinde kullanılmaktadır: Ceza, suça uygun olmalıdır. Orantılılığın ikinci anlamı, beklenen meşru amaç ile kullanılan araçların neden olduğu zarar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Özellikle insan hakları ve insancıl hukukta kullanılan bu içerikteki orantılılıkta, amaç, araç ve zarar değerlendirmesi yapılmaktadır. Orantılılığın üçüncü anlamı da adalet içerikli orantılılıktır. Deniz hukukunda karşımıza çıkan bu içerikte, eylem veya kararla ilgili pek çok unsur dikkate alınmaktadır. Bu çalışmada genel olarak, orantılılık ilkesinin uluslararası hukukun çeşitli alanlarındaki uygulama ve içerikleri ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Orantılılık ilkesi, uluslararası hukuk, insan hakları, silahlı çatışmalar, uluslararası ticaret, koruma sorumluluğu, uluslararası sorumluluk

### ABSTRACT

Proportionality is a principle that must be followed in all areas of international law. Proportionality in the context of international law regulations and decisions can be used for a variety of legal contents. The first is the content used for the balance relationship between the act and the response to that act. This meaning is used in the evaluation of punishment in international criminal proceedings: The punishment should be appropriate to the crime. The second meaning of proportionality relates to the evaluation of the relationship between

1 Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Orcid: 0000-0003-0317-6389, suleyman.dost@hotmail.com

the expected legitimate purpose and the damages caused by the means used. Proportionality in this content is used in human rights and humanitarian law, especially the aim, tool and damages assessment is carried out. The third meaning of proportionality is related with justice. In this context, many elements related to the act or decision are taken into consideration. In this study, the application and contents of the principle of proportionality in various areas of international law will be hand.

**Keywords:** the principle of proportionality, international law, human rights, armed conflicts, international trade, protection responsibility, international responsibility

## GİRİŞ

Orantılılık ilkesi hukukun bütün alanlarını ilgilendiren bir kavramdır. Hukukun anayasa<sup>2</sup>, idare<sup>3</sup>, ceza<sup>4</sup>, iş<sup>5</sup> alanlarında olduğu gibi uluslararası hukukun insancıl hukuk, insan hakları, meşru müdafaa ve uluslararası sorumluluk gibi hemen hemen bütün alanlarında orantılılık ilkesinin geniş bir şekilde uygulaması bulunmaktadır<sup>6</sup>. Üstelik bu ilke, sadece yazılı kaynaklarla değil, kökleri çok daha eskiye dayanan uygulamalarla, *teamül* ilke ve kuralı olarak ortaya çıkmıştır<sup>7</sup>.

Uluslararası çok sayıda belgede, orantılılık ilkesi *açık* ya da *zımni* bir şekilde bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Şartı (BMSŞ)'nın 51.

- 2 METİN, Yüksel, "Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?" *SDÜHFD*, Vol: 7, No: 1, 2017, s. 1-74.
- 3 SAYGIN, Engin, "Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/2, s. 57-88.
- 4 AYDIN, Öykü Didem, "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, Sayı: 53, 2004, s. 63-140.
- 5 YILDIZ, Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.681-707.
- 6 TANAKA, Yoshifumi, "Reflections on the Concept of Proportionality in the Law of Maritime Delimitation", *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 16, 2001, (s. 433-463), s. 433.
- 7 KILCUP, James, "Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17: No. 1, 2016, (s. 243-272), s. 250 vd.; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, p. 41. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018); Mesela bu alanlardan birisi de aşağıda ele alınacağı üzere insancıl hukuktur. "... bağlayıcılığı bulunan yazılı hukuk kaynaklarının varlık kazanmasından önce de insancıl hukukun veya savaş hukukunun varlığından bahsetmek mümkündür. Zaten, uygulama ile şekillenmiş bulunan yapılageliş hukuku başlı başına kodifikasyonların da kaynaklarından biri olmuştur." Bakınız: GÜNEYSU, Gökhan, "Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *TAAD*, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz-2013, s.452.



*maddesinde*, silahlı saldırıya uğrayan devletin *meşru müdafaa* hakkını kullanırken (gerekli ve) *orantılı* davranması gerektiği *zımni* bir şekilde kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Madde metni şu şekildedir: “Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmeyecektir.” Her ne kadar bazıları madde metninde açıkça ifade edilemese de meşru müdafaa hakkının özellikleri şu şekilde sayılmaktadır: Doğal bir haktır, silahlı saldırı olmalıdır, bireysel veya toplu meşru müdafaa yapılabilir, Güvenlik Konseyi’ne bildirim yapılmalıdır ve *orantılı* olmalıdır<sup>9</sup>.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü’nün silahlı çatışmalara dair *teamül hukukunu* derleme faaliyeti kapsamında belirlediği 14. *kural* orantılılığa ilişkindir. Buna göre “Somut ve doğrudan askeri avantajdan beklenenden aşırı derecede fazla olacak, sivillerin ölümüne yaralanmasına, sivil nesnelere zarar görmesine veya bunların hepsine birden sebebiyet verebilecek bir saldırının başlatılması yasaktır.”<sup>10</sup> Görüldüğü gibi silahlı çatışmalara ilişkin *teamül hukukunda beklenen somut avantaj ile zarar arasında orantılılık* aranmaktadır.

Peki, orantılılık nedir? Hakların sınırlandırılması ile bağlantılı olarak, “orantılılık, *başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç* arasında olması gereken ölçü, yani araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması demektir”<sup>11</sup>. Rekabet eden hususlar arasında doğru veya dengeli bir ilişkiyi anlatan orantılılık, uluslararası hukukta, kullanıldığı alana göre farklılık gösterse de genel olarak, *araç ile amaç* arasındaki ilişki ve dengeyi ifade etmektedir<sup>12</sup>. Bu durum hem uluslararası anlaşmalarda hem de uygulamada açıkça görülmektedir. Mesela 1977 tarihli Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin (Cenevre Sözleşmeleri’ne) Ek I. Protokol<sup>13</sup> orantılılığa vurgu

8 AREND, Anthony C., “International Law and the Preemptive Use of Military Force”, *The Washington Quarterly*, 26:2, 2003, s. 89-103, özellikle s. 92.

9 KRETZMER, David, “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum”, *EJIL*, Vol. 24 No. 1, 2013, (s. 235-282), s. 242 vd.; AKSAR, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2017, s. 118.

10 Bakınız: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule14](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule14) (Erişim tarihi: 15.10.2018)

11 Orantılılığın, “elverişlilik” ve “gereklilik” ile birlikte ölçülülüğün üç alt ilkesinden birisini oluşturduğu ve bu görüşün giderek kabul gördüğü belirtilmektedir. Bakınız: METİN, s. 7.

12 NEWTON, Michael - MAY, Larry, *Proportionality in International Law*, Oxford University Press, 2014, s. 16.; MITCHELL, Andrew D., “Proportionality and Remedies in WTO Disputes”, *EJIL*, V.17/5, 2006, (s. 985-1008) s. 986.

13 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin Türkçe metinleri için bakınız: 12

yapmaktadır<sup>14</sup>. Protokol'ün 51-5(b) maddesinde "...elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil insan ölümlerine, yaralanmalarına ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşması" ibaresiyle açıkça orantılılık ilkesi benimsenmiştir.

Uluslararası hukukta orantılılık çeşitli hukuki içeriklerle karşımıza çıkmaktadır. İlki, dişe diş, göze göz anlamını taşıyan *fiil ile bu fiile verilen karşılık arasındaki denge ilişkisi* için kullanılan içeriktir. Bu anlam, uluslararası ceza yargılamasında cezanın değerlendirilmesinde kullanılmaktadır: Ceza, suça uygun olmalıdır. Orantılılığın ikinci anlamı, *beklenen meşru amaç ile kullanılan araçların neden olduğu zarar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesiyle* ilgilidir. Zarar, beklenen meşru amaç (fayda) ile orantısız olmamalıdır<sup>15</sup>. Özellikle insan hakları ve insancıl hukukta kullanılan bu içerikteki orantılılıkta *amaç, araç ve zarar* değerlendirmesi yapılmaktadır. Mesela silahlı çatışmalar hukukunda askeri gereklilik ilkesi gereği karşı tarafın askeri konumu meşru hedeftir. *Amaç*, çeşitli askeri *araç ve yöntemlerle* karşı tarafı askeri avantajdan mahrum bırakmak ve tahrip etmektir. Ancak askeri hedef ile birlikte, askeri hedefe yakın bulunan sivil kişilerin *zarar* görmesi orantılılık kapsamında değerlendirme konusu yapılmaktadır. Buna göre *amaç* ile askeri gereklilik sebebiyle verilen *zarar* arasında orantılılık bulunması, yani zararın, yani amaçlara ulaşmanın beklenen faydaları ile orantısız olmaması gerekir. Benzer şekilde insan hakları hukukunda, devlet, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir halin varlığı halinde, bunu ortadan kaldırmak için (amaç), durumun gerektirdiği koşullara sıkı sıkıya uyacak önlemleri (araç) alabilir. Yani bazı hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısıtlayabilir veya durdurabilir (zarar). İşte orantılılık sayesinde, kısıtlamalar ile amaçlanan meşru sonuçlar tartılırken korunan hak ve özgürlükler üzerindeki kısıtlamaların neden olduğu zarar değerlendirilmiş olur.

Ve nihayet orantılılığın diğer bir anlamı da *adalet içerikli orantılılıktır*. Deniz hukukunda karşımıza çıkan bu içerikte, mesela sahilleri karşı karşıya veya bitişik devletler arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılmasında, sadece kıyı uzunluğu değil aynı zamanda nüfus, ekonomik durum ve sınırlandırmanın ülkelerde doğuracağı muhtemel etki gibi hususlar da dikkate alınmaktadır.

---

Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Yayına Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun), GÜ ve ICRC, İstanbul.

14 AKSAR, s. 147.

15 KRETZMER, s. 238.



İçeriği ile ilgili tartışma ve belirsizliklerin varlığına rağmen, uluslararası hukukun pek çok alanında başvurulan bir ilke olan orantılılık, giderek artan bir öneme sahiptir<sup>16</sup>. Buna karşılık orantılılık ilkesinin kullanıldığı alana göre değil de, karşı tedbirin niteliğine göre bir ayırım yapılarak uygulanması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Buna göre karşı tedbir, *zorlayıcı* (coercive) ve *cezalandırıcı* (retributive) nitelikte olabilir. Karşı tedbirin bu niteliği, orantılılığın kapsamını, şartlarını ve sınırlarını etkileyecektir. Bu bağlamda cezalandırıcı karşı tedbirlerde orantılılığın kapsam ve sınırlarının daha sıkı şartlara tabi tutulması söz konusu olabilecektir<sup>17</sup>. Ancak ister karşı tedbirin niteliği, ister kullanıldığı alan dikkate alınsın, uluslararası hukukun bütün alanlarında *orantılılık* ilkesine yer verilmiştir.

Orantılılık ilkesinin varlığı ve içeriği ile ilgili tartışmalar eskiye dayanmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, *orantılılığı değerlendirecek bağımsız bir tarafın bulunmasıdır*. Çünkü hukuka aykırı bir fiile maruz kalan bir taraf, *orantılı bir şekilde karşılık verdiğini* savunmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesinin kendisinden kaynaklanan herhangi bir özgüllükten değil, onun pratikte uygulanmasında meşru bir organa ikinci bir fikir vermesini sağlamak için kurumsal bir ortamın oluşturulması gerekmektedir. Bu kurumsal ortam, hukuka aykırı bir fiilin mağduru tarafından alınan karşı tedbirin, orantılı olarak meşru olup olmadığını inceleyecektir<sup>18</sup>.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, orantılılık ilkesi uluslararası hukukta geniş bir uygulama alanına sahip olmakla birlikte somut olaylarda bu ilkeye yeterince uyulmadığı da bir gerçektir. Özellikle silahlı çatışmalarda hava ve deniz bombardımanı gibi modern savaş araç ve yöntemleri, orantılılık ilkesini aşındırmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesinin daha somut bir şekilde tanımlanma ihtiyacına dikkat çekilmektedir<sup>19</sup>.

16 COTTIER, Thomas, et al., "The Principle of Proportionality in International Law", **Working Paper**, No: 2012/38, December-2012, s. 4. Bu çalışmaya ulaşmak için bakınız: [https://www.researchgate.net/publication/275347556\\_The\\_Principle\\_of\\_Proportionality\\_in\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/275347556_The_Principle_of_Proportionality_in_International_Law) (Erişim tarihi: 15.10.2018)

17 Geniş bilgi için bakınız: CANNIZZARO, Enzo, "The Role of Proportionality in the International Countermeasures", **EJIL**, Vol:12, No:5, 2001, (s. 889-916).

18 FRANCK, Thomas M., "Proportionality in International Law", **Law and Ethics of Human Rights**, Vol.4/2, 2010, (s. 229-242), s. 231.

19 DILL, Janina, "Applying The Principle Of Proportionality in Combat Operations", **Policy Briefing, Oxford Institute For Ethics, Law, And Armed Conflict**, December-2010, (s. 1-9), s. 6. Bu çalışmaya ulaşmak için bakınız: [http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/proportionality\\_policybrief\\_%20dec\\_2010.pdf](http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/proportionality_policybrief_%20dec_2010.pdf)(Erişim tarihi: 15.10.2018)

*Bu çalışmada* uluslararası silahlı çatışmalarda, kuvvet kullanılması ve özellikle meşru müdafaa, koruma sorumluluğunda, uluslararası ceza hukukunda, uluslararası sorumlulukta, insan hakları hukukunda, mülteci hukukunda, deniz hukukunda ve uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarında orantılılık ilkesi ele alınacaktır. Takdir edilmelidir ki bu çalışmayla, her birisi ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek bu başlıklar altında orantılılık ilkesine genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

## I. SİLAHLI ÇATIŞMALARDA ORANTILILIK

Silahlı çatışmalarda amaç, karşı tarafı mağlup etmektir. Ancak taraflar arasındaki bu mücadelenin belirli kurallar çerçevesinde yürütülmesi geçmişten beri kabul edilen bir ilkedir<sup>20</sup>. Bu kapsamda uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışmalarda belirli kişilerin ve malların korunmasını öngördüğü gibi, belirli araç ve yöntemleri de yasaklamakta veya sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda uluslararası insancıl hukukta, siviller ile savaşanlar arasında ayırım yapılması, askeri gereklilik ve orantılık gibi pek çok ilke bulunmaktadır<sup>21</sup>. Bu temel ilkelerden biri olan orantılılık, birbirine uzak iki alan olan, askeri gereklilik ile insancıl gereklilikler arasında denge kurmaya yöneliktir. Orantılılığın bulunup bulunmadığı ise, somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir<sup>22</sup>.

Orantılılık ilkesinin hem *jus in bello* hem de *jus ad bellum*da, merkezi bir rol oynadığı konusunda bir uzlaşma vardır. Ancak bu ilke, doğal olarak genellikle insancıl hukukta ve özellikle silahlı çatışmalarda *benzersiz* (unique) bir yere sahiptir<sup>23</sup>. Silahlı çatışmalarda bu ilkenin anlamının oldukça açık olduğu ifade edilmiştir: Somut bir askeri hedefe yönelik saldırının sivillere ve sivil nesnelere beklenen zararının, öngörülen somut ve doğrudan askeri avantajla ilgili olarak aşırı olup olmadığı değerlendirmesi yapılır. Şüphesiz bu testi uygulamak çok zordur ancak zorluk, ilkenin anlamından ziyade ölçülebilir olmayan faktörlerin değerlendirilmesinde ve karşılaştırılmasında yatmaktadır<sup>24</sup>.

20 GROTIUS, Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku*, (Çev: Seha Meray), Say Yayınları, 2011, s. 225-235.

21 PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, (10. Bası), Ankara-2011, s. 584-586 ve 594.

22 CANNIZZARO, Enzo, "Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War", *IRRC*, Volume: 88, Number: 864, 2006, (s. 779-792). s. 785 vd.; Bu nedenle "kesin bir şekilde orantılı olarak değerlendireceğiniz bir eylem başka şartlar altında hukuka aykırı bir aşırı güç kullanma durumu olarak değerlendirilebilir. Bakınız: GÜNEYSU, s. 453.

23 NEWTON-MAY, s. 171-175.

24 KRETZMER, s. 237.





19. yüzyıla kadar *savaş* devletler için bir hak olarak görülmemekte olup, kullanılan yöntem ve araçlar açısından neredeyse hiçbir sınırlama bulunmamaktaydı. Ancak uluslararası hukuktaki gelişmeler sayesinde savaşlarda bazı yöntem ve araçlar sınırlandırılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda uluslararası hukukta, savaşta galip olmak için gerekli olandan daha fazla bir zarara sebep olan silahların kullanılmasının yasaklanması söz konusu olabilmektedir. Bunun ilk örneği Saint Petersburg Deklarasyonu'dur. 1868'de Saint Petersburg'da toplanan on altı devlet, *kişilerin acısını gereksiz ağırlaştırarak* türden belirli mermilerin kullanılmasının yasaklanmasına dair bildiri yayınlamıştır<sup>25</sup>. Uluslararası insancıl hukuk üstü kapalı bir şekilde, savaş sırasındaki askeri taktiklerin gerekli orantılılığının değerlendirilmesinin, yalnızca savaşanların sınırsız takdirine bırakılmaması gerektiğini yaygın bir şekilde kabul etmektedir<sup>26</sup>.

Saldırıda orantılılık ilkesi 1977 tarihli *Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin (Cenevre Sözleşmeleri'ne) Ek I. Protokol*'ün 51-5(b). maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir: "Aşağıdaki saldırı tipleri bunlarla sınırlı olmaksızın ayırım gözetmeyen saldırılar olarak kabul edilmektedir: ... b) Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızı şekilde sebep olması beklenebilecek saldırılar"<sup>27</sup>. Görüldüğü gibi uluslararası silahlı çatışmalarda, *saldırıdan beklenen somut avantaj* ile *ortaya çıkan zarar* arasında orantılık aranmakta ve bu saldırılar ayırım gözetmeyen saldırılar olarak yasaklanmaktadır.

Benzer şekilde Ek I. Protokol'ün 57-2(b) maddesine göre "Bir saldırı, hedefin askeri bir hedef olmadığına ya da özel korumaya tabi olduğuna ya da yapılacak saldırı ile ondan elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek

25 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November - 11 December 1868, Bakınız: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/130?OpenDocument> (Erişim tarihi: 15.10.2018); Bu Bildiri'de kabul edilen yasak, 1899 (II.) ve 1907 (IV.) tarihli La Haye Sözleşmeleri Ek Düzenlemeleri'nin 23. maddesi e bendi olarak düzenlenmiştir. Bakınız: SCHINDLER, D. - TOMAN, J., **The Laws of Armed Conflicts**, Martinus Nijhoff Publisher, 1988, s. 102.

26 FRANCK, s. 233.

27 KILCUP, s. 252-253.; Aslında 51-5(a) maddesi de dolaylı olarak orantılılık ilkesine dayanmaktadır. Şöyle ki madde metni "... birbirlerinden açık şekilde ayrı bulunan ve bağımsız bir miktar askeri hedefi tek bir askeri hedef gibi kabul eden, yöntem ya da kullanılan araç fark etmeksizin bombardıman şeklinde yapılan saldırılar" ifadesini kullanmaktadır. Böylece bu saldırıların orantısız olacağı dolaylı ifade ile kabul edilmiştir.

miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızı şekilde sebep olacağına açıklık kazanması durumunda durdurulacak ya da askıya alınacaktır.” Burada da *beklenen somut fayda ve askeri avantaj ile sivil insan ve mal kaybı* arasındaki orantı, *açıkça* ifade edilmiştir.

UAD, *Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanılması* konusundaki *danışma görüşünde*, “yasal askeri hedeflere ulaşmak için kaçınılmaz olandan daha büyük bir zarara neden olan silahların kullanılmasının yasaklanmış olduğunu” belirtmiştir. Divan’ın bu danışma görüşüne göre gerçekleştirilecek orantılık testinde hesaba katılması gereken unsurlardan birisi de, gerçekleştirilen askeri eylemler nedeniyle ortaya çıkacak olan *çevresel zararlar* olmalıdır. Bu zararın aşırı olacağı durumlarda gerçekleştirilmesi planlanan saldırının orantısız kabul edilmesi ve bu saldırıdan kaçınılması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Uluslararası silahlı çatışmalarda aranan orantılılık ilkesinin *askeri gereklilik* kriteri ile birlikte düşünülmesi gerekir. Askeri gereklilik kriteri, silahlı çatışmalarda (jus in bello) orantılılığın uygulanmasını, saldırının başlatılmasında (jus ad bellum) orantılılığın kullanılmasından ayırmaktadır<sup>29</sup>. Çünkü silahlı çatışmanın amacı karşı tarafı mağlup etmektir. Karşı tarafa zarar verecek bir fiilin orantılı olup olmadığını belirlemek için bir kriter ihtiyacı vardır. İşte bu kriter de “askeri gereklilik”tir. Her ne kadar askeri gereklilik kavramı ve insancıl hukuktaki yeri ve ilişkisi ile ilgili tartışmalar bulunsa da, bir savaş fiilinin orantılılığının belirlenmesinde bir kriter olarak bu kavramın varlığına ihtiyacı bulunmaktadır<sup>30</sup>.

UAD, askeri gereklilik bağlamında çeşitli derecelerde başarı ile “kesinlikle gerekli olandan daha büyük bir zarar” kriterini uygulamaya çalışmıştır. Mesela İran ile ABD arasındaki 2003 tarihli *Petrol Platformları davasında* Divan, ABD’nin ciddi sayıda ölümlere sebep olan İran Körfezi’ndeki petrol platformlarının tahrip etmesine karşılık, İran’ın ABD savaş gemilerine olan saldırı tepkisinin meşruluğunu belirlemek

28 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, p. 78. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018). Ayrıca bakınız: GÜNEYSU, s. 455.; COTTIER, et al., s. 9.

29 CANNIZZARO, *IRRC*, s. 786.

30 Askeri gereklilik kavramı ve ilgili tartışmalar hakkında geniş bilgi için bakınız: GÜNEYSU, Gökhan, “Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 91-108.; ASLAN, Yasin, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 79, 2008, s. 235-274.





için “gereklilik ve orantılılık” testini uygulamıştır. UAD’ye göre “ABD’nin mayın döşeyerek İran petrol platformlarını tahrip etmesine karşılık olarak, İran’ın karşı saldırısında tek bir ABD savaş gemisinin, şiddetli bir şekilde hasar gördüğü ancak batmadığı ve yaşam kaybı olmadığı somut olay koşullarında, İran’ın fiili, meşru müdafaa kapsamında orantılı bir kuvvet kullanımıştır”<sup>31</sup>. Görüldüğü gibi UAD olayda, askeri gereklik ve saldırıların yoğunluğu ile kesinlikle gerekli olandan daha fazla oluşan sivil zarar arasında orantılılığa dikkat çekmiştir<sup>32</sup>.

Ancak orantılılığa ilişkin bu tür kararlar elbette, ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Çünkü yargıçlar, cepheadeki komutanlara sunulan taktik ve stratejik seçenekleri, amatörce değerlendirmekle itham edilmektedir. Ayrıca kanıtlara layıkıyla erişim engellerinin yanı sıra ispat yükünün tahsisine ilişkin düğümlü problemlerle karşılaşmaları da muhtemeldir. Petrol Platformları davasında UAD, bir karşı tedbirin orantılılığının, belirli bir *tetikleme* (trigger) etkisine veya geniş çatışmanın genel bağlamına atıfta bulunarak belirlenip belirlenmeyeceğine karar vermek zorunda kalmıştır<sup>33</sup>.

Benzer türden zorluk, İsrail ile Hizbullah arasındaki 2006 yılındaki çatışmalarla ilgili olarak da yaşanmıştır. İsrail’in eylemi, üç İsrail askerinin öldürülmesi ve iki askerin ele geçirilmesine neden olan Hizbullah’ın 12 Temmuz baskınıyla başlamıştır. Ancak, 2006 tarihli BM Genel Sekreteri’nin Raporu’na göre Hizbullah, bu olaydan önce sınır ötesinden İsrail’e karşı çok sayıda baskın ve roket saldırısı yapmıştır<sup>34</sup>. *Saldırıların birikimi* (accumulation of events) teorisi olarak adlandırılan bu görüşe göre çok sayıda saldırıya uğrayan devletin bu saldırılara karşı toplu olarak cevap vermesi orantılılık ilkesi kapsamında değerlendirilebilir. Oysa güç kullanımı, saldırıya uğrayan devlet tarafından aranan güvenlik düzeyini üretme gereği ile değil, mevcut

31 Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 77. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

32 Kararın değerlendirmesi için bakınız: ZIMMERMANN, Andreas, “The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello, and Issue of the Proportionality”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Volume: 11, 2007, (s. 99-141), s. 107-108 ve 135-140.; KRETZMER, s. 255-256.; Ayrıca orantılılık ile kalkan olarak kullanılan sivillere verilen zarar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için bakınız: NEWTON-MAY, s. 201-222.; CANNIZZARO, *IRRC*, s. 789-791.

33 FRANCK, s. 233.

34 Report of the Secretary-General on the Implementation of Resolution 1701-Lebanon, Bakınız: <https://reliefweb.int/report/lebanon/report-secretary-general-implementation-security-council-resolution-1701-2006-10> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

saldırımı geri püskürtmek için somut ihtiyaçla orantılı olmalıdır. Saldırıya uğramış devletin, güvenliğini tehlikeye sokmayan küçük ölçekli bir dizi saldırıyı kümülatif olarak düşünmesi geniş çaplı bir tepkiye yol açabileceğinden dolayı temkinle karşılanmaktadır<sup>35</sup>.

*Sonuç olarak, uluslararası silahlı çatışmalarda bir karşı tedbirin orantılı olup olmadığını değerlendirirken hem askeri gereklilik hem de, ilk fiilin doğurduğu zarar ile karşı tedbirin doğurduğu zarar arasındaki denge dikkate alınmıştır. Daha açık bir ifade ile amaç, araç ve zarar değerlendirmesi yapılmıştır. Buna göre bir fiil, askeri gereklilik kapsamına girmiyorsa, kullanılan araçlar ile amaç arasında aşırı dengesizlik varsa ve ortaya çıkan zarar beklenen avantajdan fazla ise orantısızlık söz konusudur. Ayrıca silahlı çatışmalarda, karşı tedbir uygulayan devletin fiilleri, karşı tarafın ilk hukuka aykırı fiillerinin hepsine birden cevap niteliğinde olması orantısızlığa yol açabilmektedir.*

## II. KUVVET KULLANILMASI VE MEŞRU MÜDAFAADA ORANTILILIK

Grotius'tan beri bir savaşın haklı olup olmadığı tartışma konusu olmuştur<sup>36</sup>. Geleneksel olarak, haklı savaş doktrini, savaştan beklenen menfaat ile ortaya çıkan zarar arasındaki orantılılık ilişkisiyle ilgilenmiştir<sup>37</sup>. İlke bu kapsamda "diğer şeylerin yanı sıra, bir saldırıya karşı uygulanan karşı tedbirin, zararı telafi etmek için gerekli olan asgari güç seviyesiyle orantılı olması gerektiğini ileri sürmektedir"<sup>38</sup>. Ancak burada ilk saldırının küçük ve yerel düzeyde olması ile savaş boyutunda kitlesel bir tepkiye yol açacak boyutta olması orantılılık ile ilgili değerlendirmeyi değiştirecektir. Çünkü küçük ve yerel düzeydeki saldırılar, yerinde ve savunma niteliğindeki karşı tedbirleri meşru kılarken, daha ciddi saldırılar, savaş boyutundaki karşı tedbirleri meşru kılacaktır<sup>39</sup>.

BMS'nin 2/4. maddesine göre "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile

35 DINSTEN, Yoram, **War, Aggression and Self-Defence**, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 2001, p. 202.; CANNIZZARO, IRRC, s. 785.; Olayın, BMS'nin 51. maddesi kapsamında orantılılığı ile ilgili geniş değerlendirmesi için bakınız: ZIMMERMANN, s. 122-126.

36 GROTIUS, s. 225-235.

37 KRETZMER, s. 237.

38 FRANCK, s. 231-232.

39 KRETZMER, s. 258.



bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.” Bu hükme göre Güvenlik Konseyi’nin karar alması ve meşru müdafaa istisnaları dışında kural olarak *kuvvet kullanılması ve tehdidi yasaklanmıştır*<sup>40</sup>. Orantılılığın arandığı kuvvet kullanma, üç halde söz konusu olabilir: *Misilleme, zararlar karşılık ve özellikle meşru müdafaa*<sup>41</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi, BMŞ’nin 51. maddesi, silahlı saldırıya uğrayan devletin gerekli ve *orantılı* olarak meşru müdafaa hakkını kullanabileceğini düzenlemiştir. Buradaki meşru müdafaa’nın amacı, *saldırıyı durdurmak ve bertaraf etmek* (halting and repelling the attack) olmalıdır<sup>42</sup>. *Tetikleme teorisi* (trigger theory) taraftarları, devletlerin silahlı bir saldırıya maruz kalmadıkça güç kullanmayacağını savunmaktadır. Böyle bir saldırı gerçekleştiğinde, mağdur devlet, yalnızca kendini savunmayı, aynı zamanda *saldıran devletin gelecekte tekrar saldırma ve askeri potansiyelini yok etmek için güç gösterisinde de bulunabilir*<sup>43</sup>. İşte bu noktada orantılılık ile ilgili pek çok soru gündeme gelmektedir: Orantılılığın anlamı ve ölçüsü nedir? *Sona ermiş saldırıya* karşı orantılı karşı tedbir uygulanabilir mi? *Devam eden saldırıda* karşı tedbirin ölçüsü ne olmalıdır? *Yakın bir saldırı* tehlikesine karşı orantılı karşı tedbire başvurulabilir mi?

Orantılılığın anlamı ve ölçüsü, uluslararası toplumda ilk defa 1837’de ABD Dışişleri Bakanı Webster tarafından açıklanan *Caroline*<sup>44</sup>

40 AREND, s. 91.

41 COTTIER, et al., s. 6.

42 KRETZMER, s. 260.

43 KRETZMER, s. 262.

44 Caroline olayı, 1837’de Kanada’nın İngiltere’ye karşı verdiği bağımsızlık savaşı sırasında çıkmıştır. Savaş sırasında Kanadalılar ihtiyaç hissettikçe yakındaki ABD eyaletlerine sığınmakta ve onlardan yardım almaktadır. ABD Hükümeti, o dönemde tarafsızlık politikası izlemektedir. Kanadalılar, Kanada’daki Navy adasından İngiliz gemilerine saldırmakta ve ihtiyaç duydukları silah yardımını Caroline adlı bir Amerikan bandıralı gemi vasıtasıyla temin etmektedir. Ancak İngilizler Caroline’i bir Amerikan limanı olan Schlosser’de ele geçirmiş ve ders olsun diye de Niagara Şelalesinden aşağı atmıştır. Bu olayda bazı ABD vatandaşları yaşamını yitirmiş, bunun üzerine sorumlu görülen bir İngiliz tutuklanmıştır. Olay sonrasında İngiliz Dışişleri Bakanı, İngiltere’nin meşru müdafaa ve kendini koruma hakkına dayanarak bu eylemi gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Bu olayda İngiltere, gemiyi yok ederken meşru müdafaa hakkı çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürmüştü. İngiltere’ye göre Caroline korsan bir gemiydi ve ABD kendi sınır hattında kendi yasasını uygulayamadığına göre İngiltere meşru savunma için gerekli önlemleri almıştı. ABD, İngiltere’nin bu görüşünü reddetmiş ve sorun hakemliğe götürülmüştür. Hakemlik kararına göre “meşru müdafaa hakkının kullanılması için tehlikenin o an ortaya çıkmış, ani, başa çıkılmaz ve başka hiç bir korunma yoluna başvurmaya imkân bırakmayacak nitelikte olması gerektiği” belirtilmiştir. Sonuç olarak bu olayda İngiltere, meşru müdafaa boyutlarını ve dolayısıyla orantılılığı aşmıştır. Bakınız: <https://uluslararasıhukukcalismalari.wordpress.com/2017/02/21/caroline-olayi/> (Erişim tarihi: 15.10.2018).



*Doktrini'*nde ifade edilmiştir: "... Meşru müdafaa hakkının varlığının kabul edilebilmesi için ortaya çıkan tehdidin, meşru müdafaa'yı gerekli kılması, ani, karşı konulamaz, başka yollarla giderilemez olması ve sorunu müzakere etmek için zaman bırakmaması ve *orantılı* olması gerektiği" belirtilmiştir<sup>45</sup>.

Kural olarak meşru müdafaa niteliğindeki karşı tedbirin amacı, durdurmak ve bertaraf etmektir. Dolayısıyla *sona ermiş bir saldırıyı* (completed attack) durdurmak ve bertaraf etmekten bahsedilemez<sup>46</sup>. BMŞ öncesi dönemde meydana gelen ve Portekiz ile Almanya arasındaki 1928 tarihli tahkim kararına konu olan *Nauliaa* olayı bu duruma örnek teşkil etmektedir. Hakem heyeti, üç Alman vatandaşının ölümü ile sonuçlanan ilk olay ile Almanya'nın Portekiz'e ait bazı mevki ve karakollara saldırması arasında orantının bulunmadığına karar vermiş ve Almanya'yı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir<sup>47</sup>. Çünkü olayda, sona ermiş bir saldırıya hukuka aykırılık içeren karşılık verilmesi arasında orantılılık bulunmamaktadır.

*Devam eden saldırıda* (ongoing attack) karşı tedbirin ölçüsü ne olmalıdır? Hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan bir devletin karşı tedbirlerinin meşru sayılacağı hukuki bir eşik belirleme arayışında olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Nikaragua'daki iç savaş sırasında ABD'nin Contra'ya verdiği destek ile ilgili iddiaları karara bağladığı davada, orantılılık ilkesini uygulamaya çalışmıştır<sup>48</sup>. *Nikaragua'da Askeri Ya Da Yarı Askeri Faaliyetler Davası'*nda UAD, Nikaragua'nın, komşu El Salvador'daki isyancıların suç oluşturan faaliyetlerinde işbirliğinin olup olmadığını incelemiştir. Davada UAD, Nikaragua'daki yeni hükümetin El Salvador'daki isyancılarla işbirliği yaptığını tespit etmiştir. Ancak bu işbirliğini cezalandırmak amacıyla ABD'nin Nikaragua'ya uyguladığı karşı tedbirlerin orantısız olduğu sonucuna ulaşmıştır. ABD'nin yargılama sürecine katılmayı reddettiği davada UAD, Nikaragua limanlarındaki Amerikan maden ve petrol tesislerinin bombalanmasına ilişkin olarak, "El Salvador'daki isyancılara Nikaragua'dan gelen yardımın miktarı konusunda ne gibi bir belirsizlik olursa olsun, ABD

45 AREND, s. 90.; NOYES, John E., "The Caroline: International Law Limits on Resort to Force", **International Law Stories**, (Editors: John E. Noyes, Laura A. Dickinson, Mark W. Janis), 2007, s. 263 vd.

46 KRETZMER, s. 272.

47 Naulia olayı için bakınız: Execution of German-Portuguese Arbitral Award of June 30th, 1930 (Germany, Portugal), s. 1371-1386. [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1371-1386.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1371-1386.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018). Ayrıca bakınız: GÜNEYSU, s. 458-459.; COTTIER, et al., s. 7.

48 FRANCK, s. 232.



faaliyetlerinin bu yardımla orantılı olamayacağı açıktır” demiştir<sup>49</sup>. Bu davada görüldüğü gibi, karşı tarafın karşı tedbir almasına sebep olan hukuka aykırı fiilin varlığı ve devamına rağmen, karşı tedbirin büyüklüğü daha fazla zarara sebebiyet veriyorsa orantısızlık söz konusudur.

Benzer şekilde *devam eden hukuka aykırı saldırıya* cevap niteliğindeki karşı tedbirlerin ele alındığı diğer bir davada UAD, Demokratik Kongo Cumhuriyeti birliklerinin, Kongo’da ortaya çıkan isyanı bastırmak için karşı tedbir aldığı sırada Uganda’nın isyancı gruplara yardım etmesi ve Kongo’ya birlik yerleştirmesinde orantılılık ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Olayda Kongo, ülkesindeki karışıklıklar bahane edilerek ülkesinin Uganda silahlı kuvvetleri tarafından işgal edildiğini iddia etmiş, Uganda ise, Kongo’da bulunan ve Sudan’ın desteklediği isyancılara karşı, sadece karşı tedbir aldığını savunmuştur. Somut olayda UAD, “Uganda sınırından yüzlerce kilometre uzunluğundaki havalimanlarının ve kasabaların alınmasının orantılı görünmeyeceği ya da bu amaç için gerekli olmayacağı” sonucuna varmıştır<sup>50</sup>. Görüldüğü gibi devam eden bir saldırıya karşı, gerekli bir karşı tedbirin orantılılığında *saldırının derecesi, silahların türü ve hasarın büyüklüğü* gibi hususlar *niceliksel* (quantitative) olarak ölçülür. Niteliksel (qualitative) bir test, saldırı ile cevap arasındaki dış uygunluğu ölçmez, bunun yerine, kullanılan araçların, karşı tedbirin amacı ile ilişkili olarak uygun olup olmadığını tespit etmeye çalışır<sup>51</sup>. Bu davada da *karşı tedbirin, takip edilen amaç ile orantılı olması gerektiği* vurgulanmış, bu amacı aşan faaliyetler orantısız olarak değerlendirilmiştir.

Geçmişte uluslararası hukukun genel bir kavramı olarak yer alan orantılılık ilkesi, 2006 yılında Lübnan’da İsrail ile Hizbullah arasındaki silahlı çatışmadan sonra uluslararası toplumda *kapsamlı* bir şekilde

49 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) p. 237. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/en/case/70>; Dava konusu olay kısaca şu şekilde özetlenebilir: 1979 yılında Nikaragua’daki sağ görüşlü Somoza Hükümeti, sol görüşlü Sandinistalar tarafından bir ayaklanma sonucu iktidardan uzaklaştırılmıştır. 1981’de Reagan yönetimi, Nikaragua’ya yönelik ekonomik yardımları kesmiştir. Bu durumun gerekçesi olarak da kendisinin iyi ilişkiler içerisinde bulunduğu El Salvador Hükümetine karşı ayaklanan gerillalara Rus silahlarının/malzemelerinin Nikaragua limanları ve ülkesinin üzerinden geçirilmesine izin verilmesi gösterilmiştir. Bu davada, Nikaragua, ABD’nin uluslararası örf ve adet kurallarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Olayda ABD, Nikaragua’nın iç suları ve kara sularına mayın döşemiş, Nikaragua’nın limanlarına, petrol tesislerine ve deniz üssüne saldırmış ve zarara sebebiyet vermiştir. Türkçe özet için bakınız: <https://uluslararasıhukukcalismalari.wordpress.com/category/uad-dava-ozetleri/>

50 Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), p. 147. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/en/case/116> (Erişim tarihi: 15.10.2018).;

51 CANNIZZARO, *IRRC*, s. 783.

tartışılmaya başlanmıştır<sup>52</sup>. Çünkü olayda İsrail, Hizbullah'ın üç İsrail askerini öldürdüğü ve ikisini de ele geçirdiği 12 Temmuz saldırısına (sona ermiş bir saldırı), *çok şiddetli bir şekilde karşılık* (orantısız karşı tedbir) vermiştir. Hizbullah'ın saldırısından sonra İsrail, Güvenlik Konseyi'ne, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesine dayanarak meşru müdafaa önlemleri alacağını bildirmiştir. İlerleyen aylarda İsrail hava ve deniz kuvvetleri, Hizbullah'ı barındıran yerler ile yollar, köprüler, havaalanları, elektrik istasyonları ve şehrin tüm mahallelerini bombalamıştır. Bu saldırılar ile Lübnan'da yaklaşık bin sivil ölmüş, üç bin beş yüz kişi yaralanmış ve neredeyse bir milyon kişi yerinden edilmiştir. Hizbullah ise buna karşılık, İsrail'e yüzlerce roket atmış, elli sivil ve yüz on dört askerin ölümüne sebep olmuştur. Bu çatışmalar sırasında ve sonrasında Hizbullah'ın 12 Temmuz saldırısına karşı, İsrail'in uyguladığı *karşı tedbirin orantısızlığı* üzerinde durulmuştur<sup>53</sup>. Çünkü meşru müdafaa hakkını kullanan devletin bütün fiilleri, silahlı çatışma kuralları (jus in bello) ve orantılılık ilkesi ile uyumlu olmalıdır<sup>54</sup>.

Ve nihayet *yakın bir saldırı* (imminent attack) tehlikesine karşı orantılı karşı tedbire başvurulabilir mi? 11 Eylül saldırısından sonra yüksek sesle dile getirilip ABD tarafından Afganistan ve Irak'ta önleyici meşru müdafaa adı altında başvurulmuş bu uygulama hukuka uygun mudur? BMŞ ve diğer düzenlemeler bağlamında, önleyici meşru müdafaa halinde orantılılık ilkesinin geçerliliği konusu tartışmalıdır. Zira önleyici meşru müdafaa hakkının olup olmadığı konusunda bile tartışma varken, önleyici meşru müdafaaada orantılılık aranması pek mantıklı gözükmemektedir. Belki de önleyici meşru müdafaaayı tartışmalı hale getiren unsur orantılılığın bulunmamasıdır<sup>55</sup>.

*Görüldüğü gibi ister misilleme ister meşru müdafaa kapsamındaki karşı tedbir niteliğindeki kuvvet kullanımında, orantılılık aranmaktadır. Burada hem araçlar arasında hem de ortaya çıkan zararlar arasındaki ilişkiye bakılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle karşı tedbir niteliğindeki kuvvet kullanmanın, ilk hukuka aykırı saldırıyı durdurmak ve bertaraf etmeye yönelik ve bu kapsamla sınırlı olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca ortaya çıkan zararların, zararı doğuran fiiller ile orantılı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.*

52 CANNIZZARO, *IRRC*, s. 779-792.; Ayrıca bakınız: "Nedenleri ve Sonuçları ile 2006 İsrail-Lübnan Savaşı" <http://www.tuicakademi.org/nedenleri-ve-sonuclari-ile-2006-israil-lubnan-savasi/> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

53 ZIMMERMANN, s. 104.; FRANCK, s. 231.; KRETZMER, s. 279-282.

54 KRETZMER, s. 240.

55 Bu konudaki tartışma için bakınız: AREND, s. 99-101.; KRETZMER, s. 247-250 ve 264-266.





### III. ULUSLARARASI KORUMA SORUMLULUĞUNDA ORANTILILIK

11 Eylül saldırısından sonra, BM Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu'nun hazırladığı 2001 tarihli *Uluslararası Koruma Sorumluluğu Raporu*<sup>56</sup>'nda diğer şartlarla birlikte *orantılılık* ilkesi de yer almıştır. Raporda, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi için gerekli kararları almaya yetkili uluslararası örgüt olduğu vurgulandıktan sonra uluslararası koruma sorumluluğunun kapsamı ve şartları ifade edilmiştir. Bu rapora göre uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında, öncelikle Güvenlik Konseyi'nin, ardından devletlerin ve son olarak da uluslararası toplumun sorumlu olduğu üç aşamalı sistem öngörülmüştür. Buna göre, devletlerin öncelikli görevi halkının güvenliğini sağlayarak insan haklarını korumaktır. Bu amaç doğrultusunda da, uyuşmazlıkların çözümü ve bunların çatışma halini almasını önlemek, devletin başlıca görevidir. Çözümeyen uyuşmazlıklar, önce devlet için daha sonra da uluslararası toplum için tehlike oluşturacağından dolayı da, devletin yetersiz kaldığı durumlarda, görev uluslararası topluma düşmektedir. Bu kapsamda sırasıyla diplomatik yollar, savaşa varmayan zorlama yolları ve nihayet kuvvet kullanma yoluna başvurulmaktadır. Müdahalede bulunan devletlerin başlıca amacı, insan hakları ihlalinin önlemek ve barışı tesis etmektir. Koruma sorumluluğu kapsamında müdahale için şu *şartlar* aranmaktadır: Öldürme, göçe zorlama, terör eylemleri ve tecavüz fiillerinin varlığı gibi *haklı sebep*, *iyi niyet*, *müdahalenin son çare niteliğinde olması*, *orantılılık*, *müdahale sonucu makul gelişme beklentisi*. Bu kapsamda raporda müdahalenin iyi planlanması ve sivil hedefler konusunda dikkatli olunması gerektiği vurgulanmıştır. Ve raporda son olarak BM Şartı çizgisinden sapılmayarak, yetkili otoritenin sadece GK olabileceği ve GK'nın da halkların korunması sorumluluğunu takip edeceği belirtilmiştir<sup>57</sup>.

56 Rapor için bakınız: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

57 ARSAVA, Füsün, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XV, S:1, 2011, s.108.; ACAR, Zeynep Selin, "Doktrinleşme Sürecindeki İnsani Müdahale: NATO'nun Kosova Müdahalesi ve Koruma Sorumluluğu Kavramı", *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi*, Cilt:6, Sayı:1, 2015, (s.113-131), s.122 vd.; Koruma Sorumluluğu, GK'nın 1674 (2006) sayılı kararında onaylanması ile ilk defa bir GK kararında yerini almış oldu. Koruma Sorumluluğu, resmi olarak 1970 (2011) sayılı GK kararında, Libya için açıkça ifade edildikten sonra, 1973 (2011) sayılı GK kararının arkasından başlayan Libya müdahalesi ile ilk defa uygulanmış oldu. Bakınız: ACAR, s.123 vd.; GK'nın kararları için bakınız: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/>

Uluslararası koruma sorumluluğuna dayanılarak yapılan ve şiddetli bir şekilde eleştirilen *NATO'nun Kosova müdahalesinde*<sup>58</sup> orantılılık ilkesi tartışılmıştır. Yukarıda sayılan şartlar karşısında NATO'nun Kosova müdahalesinde, *haklı sebep* vardı. Çünkü Yugoslavya güvenlik güçleri yerel gruplarla birlikte devlet eliyle resmi olarak, Kosova'lı Arnavutlara *At Nalı Operasyonu* ile şiddet uygulamakta, etnik temizlik yapmakta ve onları göçe zorlamaktaydı. Bu açıdan bakıldığında, koruma sorumluluğunun büyük çapta ölüm ve göçe zorlamayı içeren etnik temizlik ve tecavüz fiilleri, müdahale için haklı sebep oluşturmaktaydı. Müdahalenin *amacı*, Kosova'da yaşanan zulmü durdurmaktır. Kosova'nın BM ve AB gözetiminde bağımsızlığını ilan etmiş olması kapsamında müdahale, taraflar arasında yeniden çatışma çıkmasını engellemenin bir yolu olarak görülebilir. GK'nın 1160(1998) , 1199(1998) ve 1203(1998) sayılı kararlarının<sup>59</sup> Kosova'da bir çözüm getirmemesi, NATO müdahalesinin *son çare* olduğu sonucuna götürebilir. Ancak müdahalenin, koruma sorumluluğunun *orantılılık* kriterine uygunluğu ise şüphe ile karşılanmıştır. *Müdahalenin uzun sürmesi, NATO'nun güçlü devletlerden oluşması, sivillerin zarar görmesi* gibi sebepler, müdahalenin orantısızlığı ile ilgili eleştirilere yol açmıştır. Ayrıca BM Şartı'na göre tek otorite kabul edilen GK'nın kararı olmaksızın yapılan müdahalenin meşruluğu tartışmalı hale gelmiştir. Üstüne üstlük bölgesel bir savunma örgütü olan *NATO'nun, kendi üyelerine doğrudan doğruya yönelmeyen bir tehditten dolayı müdahalesi* de eleştiri konusu olmuştur. Her ne kadar NATO, *üyeyi olmayan bir devlet için yaptığı güç kullanımını, çatışmanın komşusu olan devletlerin NATO üyesi olduğu şeklinde meşrulaştırmaya çalışmışsa da uluslararası toplumda beklenen destek bulunamamıştır*<sup>60</sup>.

*Görüldüğü gibi uluslararası koruma sorumluluğunun temelinde de orantılılık ilkesi aranmaktadır. Çünkü bu doktrine uygun olarak yapılacak müdahale, öldürme, göçe zorlama, terör eylemleri ve tecavüz gibi fiilleri durdurma ve barışı yeniden tesis etme amaçları ile orantılı olmalıdır. Bu kapsamda müdahalenin orantılılık şartını sağlayıp sağlamadığı incelemesinde, haklı sebeplerin varlığı, GK kararı, müdahalenin son çare niteliğinde olması, müdahalenin uzunluğu, güçler arası denge, sivillerin zarar görmesi gibi durumlar dikkate alınması gerekmektedir.*

58 Olaylar için bakınız: BAYILLIOĞLU, Uğur, "Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi", *AÜHFD*, Cilt:62 (2), 2013, (s.407-440), s.409-411.

59 GK'nın kararları için bakınız: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

60 ACAR, s.124 vd. NATO'nun bölgesel bir savunma örgütü kabul edildiği takdirde müdahaleyi yapanlar ve müdahalenin muhatabı olan devlet arasındaki alakasızlık sebebiyle de eleştirilmiştir.



#### IV. ULUSLARARASI CEZA YARGILAMASINDA ORANTILILIK

II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası toplum, bireyler tarafından işlenen bazı suçları işleyenleri cezalandırmak için harekete geçmiştir. Bu kapsamda orantılılık ilkesi, korunan sivillere ciddi acı çektiren yöntem ve araçları kullananların suçluluk veya masumiyetlerini belirlemek için uygulanmıştır<sup>61</sup>. Ek I. Protokol'ün 85-3(b) maddesi de *ağır ihlal olarak kabul edilen aşırı sivil kayıplara yol açan ayırım gözetmeyen saldırıya girişenlerin cezalandırılmasını öngörmektedir*. Madde metni şu şekildedir: “57. maddenin 2 (a) (iii) paragrafında tanımlandığı üzere, aşırı can kaybına, sivillerin yaralanmasına veya sivil malların zarar görmesine sebebiyet vereceğini bilerek sivil halkı veya sivil malları etkileyen ayırım gözetmeyen saldırıya girişmek”.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığı tarafından kurulan Komite<sup>62</sup>, NATO'nun Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne Karşı Bombalamasının İncelenmesi ile ilgili Final Raporu'nda *orantılılık* değerlendirmesi yapmıştır. Komite, söz konusu yerde ve zamandaki mevcut şartların, sivillere zarar verme ve bombalama olaylarını mazur göstermeyeceğini ancak somut olayda emri verenler açısından “açıkça orantısızlık görülmediği” sonucuna ulaşmıştır. Komite olayları, çevreye verilen zarar, kullanılan silahlar ve seçilen hedefler açısından incelemiştir<sup>63</sup>. Rapora göre “komutanların askeri hedefleri sivillerden veya sivil amaçlardan ayırma görevinin bulunduğu, ancak modern teknolojinin kullanılmasıyla, ayırt etme yükümlülüğünün, somut olayların büyük çoğunluğunda etkili bir şekilde yerine getirildiği” kanaatine varılmıştır. Sonuç olarak Raporunda, komutanların “cezai suçlamaları sürdürecektir ihtiyati tedbirleri alma konusunda pervasızlık” göstermediklerinin tespit edildiği belirtilmiştir<sup>64</sup>.

61 FRANCK, s. 234.; NEWTON-MAY, s. 112 ve 148.

62 1999 tarihli Kosova savaşı sırasında NATO'nun hava bombardımanını incelemek ve soruşturma açılmasına karar vermek üzere kurulan işbu uzmanlar komitesi, sayısız sivilin ölümüne neden olan ve özellikle Belgrad Ulusal TV ve Radyo İstasyonu'nun bombalanması emrini vermiş kişilerin durumunu incelemiştir.

63 BENVENUTI, Paolo, “The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia”, *EJIL*, Vol.12, No.3, 2001, (s. 503-529), s. 509-518.

64 Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, p. 56 ve 70. <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018). Kişinin askeri hedeflere karşı sivil ölümlerini nasıl tartıp dengeleyebileceğini görmek son derece zordur. Orantılılık ya da zorunluluk düşüncesi, uygulanan stratejiyi ahlaki metafor ile ölçer: tartma ve dengeleme metaforu. Bir askeri profesyonelden, kendi adamlarından birine zarar gelmemesi için kaç sivil öldürdüğünü sorarsanız, doğru cevap alamazsınız. Bakınız: KENNEDY, David, *Of War and Law*, Princeton University, 2006, s. 143.

Her ne kadar orantılılık ilkesinin uygulanmasına yönelik savcılık raporunda olan bu standartlar, mahkeme tarafından açıklanmamış olsa da cezai işlemlerde dikkate alınmıştır<sup>65</sup>. Mesela *Kupreskiç* davasında EYUCM, karşı tedbirlerin “ilk hukuka aykırı savaş harekâtıyla karşılaştırıldığında aşırı olmaması ve aynı zamanda ... hukuka aykırı eylem sona erdiği anda durması gerektiğini” belirtmiştir<sup>66</sup>. *Galiç* davasında, Mahkeme, “saldırının orantılı olup olmadığının belirlenmesinde, saldırıdan kaynaklanan aşırı sivil kayıplarda kişinin, gerçek failin koşulları hakkında makul düzeyde iyi bilgilendirilip bilgilendirilmediği ve kendisine sunulan bilginin kullanılmasını bekleyip beklemeyeceğini incelemek gerektiği sonucuna varmıştır”<sup>67</sup>. *Kordiç* davasında ise Mahkeme, bir karşı tedbirin orantılılığı değerlendirilmesinde “düşmanı yenmek için gerekli gücün tür ve miktarının” uygulanıp uygulanmadığını incelenmiştir<sup>68</sup>.

Orantılılık ilkesi, 1998 tarihli *Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü*'nde de üç açıdan düzenlenmiştir. İlki uluslararası suç oluşturan fiillerde, ikincisi, cezai sorumluluktan kurtulma konusunda ve üçüncüsü de suç ile ceza arasındaki denge hususunda orantılılık incelemesi yapılmıştır. Mesela Roma Statüsü'nün 8(2)(b)(iv) maddesi *suç oluşturan fiillerde aranan orantılılığa* örnek teşkil etmektedir. Maddeye göre “tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelere zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması” *savaş suçunu* oluşturmaktadır. Burada *ağır bir biçimde doğal çevreye zarar veren saldırıların savaş suçunu oluşturmaları* oldukça dikkat çekicidir<sup>69</sup>. Savaş suçunu düzenleyen 8(2)(b) fıkrasının (v). ve (vi) bentleri de orantılılığa dikkat çekmiştir. Buna göre “(v): savunmasız veya askeri hedef oluşturmayan kent, köy, yerleşim yeri ve binaların bombalanması veya bu yerlere herhangi bir araçla saldırılması, (vi): silahını bırakmış, kendisini savunma araçlarından yoksun ve isteğiyle teslim olmuş bir askeri öldürme veya yaralama” savaş suçu kabul edilmiştir.

65 FRANCK, s. 235.

66 Prosecutor v. Kupreskiç, No. IT-95-16-T-14, p. 535 (Jan. 14, 2000). Bakınız: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).; Ayrıca olayın ve kararın değerlendirmesi için bakınız: BENVENUTI, s. 517-518.

67 Prosecutor v. Galiç No. IT-98-29-T, p. 58 (Dec. 5, 2003). Bakınız: <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

68 Prosecutor v. Kordiç and Çerkez, No. IT-95-14/2-A, p. 686 (Dec. 17, 2004). Bakınız: [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf)(Erişim tarihi: 15.10.2018).

69 KILCUP, s. 256.; GÜNEYSU, s. 455.



*Cezai sorumluluktan kurtulma konusunda aranan orantılılık* ise Statü'nün 31(1)(c). maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "bir şahıs, eylemi gerçekleştirdiği sırada aşağıdaki durumların mevcudiyeti halinde cezai sorumluluk taşımaz: ...(c): Kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde, yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askeri bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi halinde." Görüldüğü gibi madde, orantılı meşru müdafaa halinde fiilin cezai sorumluluk oluşturmayacağını düzenlemiştir.

Statü'nün *suç ile ceza arasındaki denge hususunda aradığı orantılılık* ise 81(2)(a). ve 83(3). maddelerinde düzenlenmiştir. Maddelere göre, suç ile ceza arasındaki orantısızlık temyiz sebebidir ve Temyiz Dairesi tarafından ceza değiştirilebilir.

Orantılılık ile ilgili Roma Statüsü'nde öngörülen bu hükümlere rağmen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, özellikle ön soruşturmalarda bu ilkeyi gereği gibi dikkate aldığını söylemek mümkün değildir. UCM Savcılığı, 2010 yılında Gazze'ye yardım götüreren Mavi Marmara gemisinin açık denizde iken İsrail askerleri tarafından dokuz kişinin öldürülmesi olayında, "İsrail'in deniz ablukasının Hamas'ın askeri gücünü zayıflatma amacı ile orantılı olduğu ancak filo yolcularına *orantısız şiddet uygulandığı* tespitine"<sup>70</sup> rağmen soruşturma başlatılmamıştır.

*Görüldüğü gibi hem uluslararası ceza yargısında hem de uluslararası ceza düzenlemelerinde orantılılık ilkesine yer verilmiştir. Uluslararası ceza mahkemelerinin orantılılık incelemesinde, askeri hedefler ile sivil hedeflerin yeterince ayırt edilip edilmediği kriter olarak kabul edilmiş ve beklenen askeri fayda ile verilen zarar arasındaki denge dikkate alınmıştır. Bu kapsamda uluslararası suç fiilinin varlığının tespitinde orantılılık temel bir ölçüt olarak kullanılmıştır.*

## V. ULUSLARARASI SORUMLULUKTA ORANTILILIK

Uluslararası hukuk, hukuka aykırı bir zarar verilmesi halinde, zarar gören tarafın düzeltme veya tazminat talep etme (onarım) hakkına dayanmaktadır. Bu durum, hem uluslararası hukukun genel bir ilkesi hem de genel bir hukuk anlayışını yansıtmaktadır<sup>71</sup>. Aynı düşünce, BM

70 FINKELSTEIN, Norman, "What Happened on the Mavi Marmara? An Analysis of the Turkel Commission Report", *Turkish Journal of Middle Eastern Studies*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2014, s. 31-53.

71 PİRİM, Ceren Zeynep, "Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kurumsal Bir

Genel Kurulu Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2001’de ilan edilen *Devletlerin Uluslararası Haksız Fillerden Kaynaklanan Sorumluluklarını Düzenleyen Taslak Maddeler* tarafından da ifade edilmiştir<sup>72</sup>. İşte bu kapsamda orantılılık, uluslararası hukuka aykırı fiillere cevap niteliğindeki karşı tedbirlerin sınırlandırılmasında belirgin bir rol oynamaktadır. Bu tür uyuşmazlıklarda orantılılığın uygulanması gerekliliği hem teori hem de uygulama tarafından benimsenmiştir<sup>73</sup>. Buna göre orantılılık, karşı tedbirin, ortaya çıkan zarar ile dengeli olmasını gerektirmektedir. Uluslararası sorumlulukta orantılılık ilkesi çeşitli yargı kararlarında açıkça ifade edilmiştir.

*Gabcikovo-Nagymaros* Projesi ile ilgili Slovakya ve Macaristan arasındaki 1997 tarihli davada, UAD, Çekoslovakya’nın (daha sonra Slovakya) Macaristan’a karşı uyguladığı karşı önlemlerin orantılılığını değerlendirmiştir. Somut olayda Macaristan (Çekoslovakya ile yaptığı ve), her iki devletin de sınırını oluşturan Tuna nehrinin bir kısmında taşımacılığı, taşkın kontrolünü ve enerji gelişimini kolaylaştırmak amacıyla kamu binaları inşa etmesini öngören sözleşmeyi (yükümlülüklerini yerine getirmeyerek) ihlal etmiştir. Çekoslovakya Macaristan’ın, öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesine mukabil, Tuna’nın bir kısmını bypass edecek bir planı (Variant C) uygulayarak karşılık vermiştir. UAD bu uyuşmazlıkla ilgili olarak şunları belirtmiştir: Bir karşı önlemin etkileri, maruz kaldığı zarar ile orantılı olmalıdır. Her ne kadar Macaristan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek Sözleşme’yi ihlal etse de, Çekoslovakya, tek taraflı olarak ortak bir kaynağın kontrolünü ele alarak ve dolayısıyla Macaristan’ı, Tuna’nın doğal kaynakları üzerindeki adil ve makul pay hakkından mahrum bırakarak... uluslararası hukukun gerektirdiği orantılılığı ihlal etmiştir. Dolayısıyla bu fiilin “orantılı ve meşru bir karşı tedbir niteliğinde olmadığı” sonucuna varmıştır<sup>74</sup>

---

Değerlendirme”, **MHB**, Cilt: 32, Sayı: 2, (s. 147-182), s. 149.

72 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) metni için bakınız: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).; Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Taslak Maddeler’in Türkçe metni için bakınız: ERKİNER, Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 307-327.

73 CANNIZZARO, The Role of Proportionality, s. 889.

74 Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ 7 (Sept. 25). Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).; Ayrıca kararın değerlendirmesi için bakınız: CANNIZZARO, The Role of Proportionality, s. 898-899.





Orantılılık konusu, *İşgal Altındaki Filistin Bölgesinde Duvar İnşası'nın Yasal Sonuçları* ile ilgili 2004 tarihli danışma görüşü verdiği olayda da UAD'nin önüne gelmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin raporuna göre, bu duvarın rotası, teröristlerin İsrail'e sızmasını engellemek için tasarlanmış olsa da, yaklaşık 975 kilometre kareyi, ya da Batı Şeria'nın yüzde 16,6'sını ve neredeyse 400.000 Filistin'liyi Batı Şeria'nın geri kalanından ayırmıştır. Eldeki sınırlı kanıtların incelenmesinde Mahkeme, "seçilen rota boyunca duvar inşasının, İsrail'in bu inşaat için gerekçe olarak başvurduğu tehlikeye karşı İsrail'in menfaatini korumak için tek yol olduğuna ikna olmamıştır." UAD, bu görüşü ile *Taslak Maddeler*'in 25. maddesinde düzenlenen, karşı tedbirin "devletin ciddi ve yakın bir tehlikeye karşı esaslı bir menfaat sağlaması için tek yol olduğunun" açıkça kanıtlanması gerektiği hükmünü te'yid etmiştir<sup>75</sup>. Dolayısıyla, İsrail'in Filistin bölgesinde duvar inşası, beklenen amaç ile orantısızlığından dolayı hukuka aykırı bulunmuştur.

*Görüldüğü gibi orantılılık, uluslararası hukuka aykırı fiillere cevap niteliğindeki karşı tedbirlerin sınırlandırılmasında belirgin bir rol oynamaktadır. Buna göre orantılılık, karşı tedbirin, ortaya çıkan zarar ile dengeli olmasını gerektirmektedir. Ayrıca bu ilke, zarar ile tazminat arasındaki denge ilişkisine de ifade etmektedir.*

## VI. İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA ORANTILILIK

Orantılılık ilkesi öncelikle anayasa hukuku ve idare hukuku alanlarında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ortaya çıkan ve daha sonra özel hukukta da kullanılmaya başlayan bir ilkedir. Bu ilke, sınırlamanın makul seviyede olup olmadığını belirlemek ve bir amaca ulaşmak için daha yumuşak önlemler olmasına rağmen, amaca katkısı olmayan düzenlemeleri önlemek için kullanılmaktadır<sup>76</sup>. Dolayısıyla orantılılık ilkesine, insan hakları hukukunda hakların sınırlandırılmasının bir sınırı (şartı) olarak başvurulmaktadır<sup>77</sup>.

İnsan hakları ile ilgili iki önemli sözleşme olan 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (BMMSHS) ile 1950 tarihli Avrupa

75 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9). Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

76 YILDIZ, s. 681.; METİN, s. 6.; Ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışma durumunda yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır. Kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacı taşıyan ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir denetimde, izlenen bir amaca ulaşmak için kullanılan aracın bir değer ölçüsüne göre değerlendirilmesi yapılır. Bakınız: YILDIZ, s. 682.

77 NEWTON-MAY, s. 56.

İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), insan haklarının korunması için etkili iki hukuki araçtır. Birisi evrensel diğeri bölgesel olmak üzere her iki Sözleşme de *orantılılık* ilkesini barındırmaktadır. Kural olarak Sözleşme tarafı devletler, fiil ve işlemlerinin Sözleşme'ye uygunluğunu kurumsal olarak gözden geçirme yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda fiil ve işlemlerin orantılı olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu Sözleşmelerdeki orantılılık ilkesini *iki açıdan* ele almak mümkündür. İlki olağanüstü durumlarda derogasyona başvurulması halinde aranan orantılılık, diğeri de her bir hak için öngörülen sınırlamanın sınırı olarak aranan orantılılıktır.

BMMSHS'nin, *olağanüstü durumda yükümlülük azaltma* başlıklı 4. maddesi derogasyona izin vermektedir: "Sözleşmeci taraf devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, ... durumun gerektirdiği koşullara sıkı sıkıya uyacak önlemleri alabilirler." Taraf devletlerin Sözleşme'ye uyup uymadıklarını inceleyen Komite, 1992 yılında Tanzanya, 1993 yılında Dominik Cumhuriyeti, 1995 yılında Birleşik Krallık, 1996 yılında Peru, 1997 yılında Bolivya, Kolombiya ve Lübnan, 1998 yılında Uruguay ve İsrail'de uygulanan istisnalarla ilgili olarak sıkı bir şekilde orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığını incelemiştir. Komite, bu devletleri orantılılık ilkesine yeterince önem vermemesinden dolayı kınamıştır<sup>79</sup>.

BMMSHS ile kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi, taraf devletlerin sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini incelemektedir. Ancak bu Komite'nin görevi, maalesef büyük ölçüde, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerle uymadığı tespit edilenlerin ilanı ve kınanmasıyla sınırlıdır. Oysa Avrupa sisteminde ise, AİHM ile yargısal bir denetim mekanizması bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargısal koruma sistemi ile ihlal iddialarına girmiş ve orantılılık ilkesine ilişkin kapsamlı bir içtihat geliştirmiştir<sup>80</sup>.

AİHS'nin 15. maddesine göre, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde taraf devletin, AİHS'ye istisna teşkil eden her türlü işlem veya tedbirin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde, bazı hakları sınırlandırmasına izin verilmektedir. Görüldüğü gibi "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile orantılılık

78 FRANCK, s. 239.

79 CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, Bakınız: <http://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

80 FRANCK, s. 240.

ilkesine işaret edilmiştir. Bu ilke, aşağıda örnekleri verilen çok sayıda karara da konu olmuştur. Bu konudaki AİHM'nin kararlarında ortaya çıkan ilke ve içtihatları şu şekilde özetlenebilir: a-Alınacak tedbirin, türü, özelliği ve ağırlığı konusunda taraf devletlerin takdir yetkisi vardır. b-Alınan tedbirlerin türü, özelliği ve ağırlığının tespitinde taraf devletlerin takdir yetkisi sınırsız değildir. AİHM'nin, bu tedbirleri denetlemeye yetkisi vardır. c-Alınan tedbirlerin türü, özelliği ve ağırlığının tespitinde orantılılığın dikkate alınması gerekir<sup>81</sup>. Konuyla ilgili önemli iki karardan söz etmek gerekir:

*Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık* kararında, AİHM, diğer hususların yanında, taraf devletlerin genel tehlikenin varlığının tespitinde yetkili olduğunu ancak bu yetkinin sınırsız olmadığını, *devletlerin krizin gerektirdiği ölçünün dışına çıkıp çıkmadıklarına*, AİHM'nin karar vereceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, taraf devletlerin tehlikenin varlığını tespit konusundaki takdir hakkının sınırsız olmadığı, Avrupa Konseyi kapsamında bir denetimin yapılacağı vurgulanmıştır. AİHM'ye göre, Mahkeme bu denetimi yaparken uygulanan istisnadan etkilenen hakların niteliği, bu istisnaya neden olan koşullar ve olağanüstü hal uygulamasının süresi gibi konuyla ilgili unsurlara gerekli ağırlığı vermelidir. ... Esasen bu tür bir sürekli değerlendirme süreci yalnızca olağanüstü tedbirlere duyulan ihtiyacın gözden geçirilmesini öngören 15. madde 3. fıkraya uygun olmakla kalmaz, aynı zamanda orantılılık kavramı içinde de zımnen yer alır. Kuzey İrlanda'daki terör tehdidinin niteliği, istisnanın sınırlı kapsamı ve bu istisnayı desteklemek için ortaya konan nedenler ile uygulamanın istismar edilmesini önleme amaçlı temel tedbirlerin varlığı göz önüne alındığında Mahkeme, koşulların söz konusu istisnayı gerektirdiğini düşündüğünden, Hükümetin takdir hakkını aşmadığı kanaatinde<sup>82</sup>.

Diğer yandan AİHM, *Aksoy-Türkiye* kararında devlet tarafından alınan tedbirleri, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı görmemiştir. Mahkeme konu ile ilgili şu hususları ifade etmiştir: Brannigan ve

81 DUTERTRE, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s. 300 vd.

82 Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararı, No: 14553/89; 14554/89, 25 Mayıs 1993, p.49, 51-54 ve 66. Karar metni için bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim tarihi: 15.10.2018). Dava konusu olay şu şekildedir: IRA üyesi olduklarından şüphelenilen iki başvuran, Kuzey İrlanda'da polis tarafından yakalanarak gözaltına alınmıştır. Her iki başvuran da, kısa sürede hâkim karşısına çıkarılmadıklarından şikâyetçi olmuşlardır. (Biri 6 gün 14 saat, diğeri 4 gün 6 saat) İngiliz Hükümeti, Birleşik Krallığın 23 Aralık 1988 tarihinde Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca yükümlülüklerini askıya alma hakkından faydalandığını beyan ederek, Mahkemeden, Birleşik Krallığın Sözleşme'nin 5. maddesini (özgürlük ve güvenlik hakkı) ihlal etmediği yönünde karar vermesini talep etmiştir.

McBride kararında Mahkeme, terör suçu işlediklerinden şüphelenilen kişilerin hukukilik incelemesi olmaksızın yedi güne kadar gözaltında tutulmasını öngörerek Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtilen yükümlülüklerine istisna getirmiş olan Birleşik Krallık Hükümeti'nin, bu uygulamayla takdir yetkisini aşmamış olduğu sonucuna varmıştı. Ancak Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusunda şüphe götürmez biçimde ciddi boyutlara ulaşan terör sorununu ve teröre karşı etkili tedbirler alınmasında Devlet'in karşı karşıya olduğu güçlükleri dikkate almaktadır. Ancak Mahkeme, başvurucunun terör suçuna karıştığına dair şüphe bulunduğu gerekçesiyle hiç kimseyle görüştürülmeden ve bir yargıç ya da adli görevli huzuruna çıkarılmadan *ondört gün ya da daha uzun bir süre gözaltında tutulmasının*, durumun gerektirdiği ölçünün dışında olduğunu belirtmiş<sup>83</sup> ve bunu orantısız bulmuştur.

İnsan hakları ile ilgili olarak orantılılık ilkesinin ele alındığı ikinci konu, orantılılığın bir hak için öngörülen sınırlamanın sınırı olarak aranmasıdır. Bu bağlamda taraf devletlerin hakları sınırlama şartlarından birisi de demokratik toplumda gereklilik ve *orantılılık* ölçütüdür. Mesela 8., 9., 10. ve 11. maddelerde düzenlenen haklar, kanunlarda öngörülen sebeplerle, takip edilen meşru amaca ulaşmak için, sadece demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde devlet tarafından kısıtlanabilir.

Terör örgütü üyesi olmak suçundan *hakkında tutuklama kararı bulunan bir kişinin yakalanması sırasında orantısız güç kullanılmasını* konu alan yakın tarihli bir kararında AİHM, yaşam hakkını güvence altına alan 2/2. maddedeki “mutlaka gerekli” teriminin diğer maddelere göre (8-11. maddelerinin 2. fıkraları uyarınca devletin eyleminin demokratik bir toplumda gereklilik) daha katı ve zorlayıcı bir gereklilik testine tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir. Özellikle, kullanılan güç 2. maddenin 2. fıkrasının (a), (b) ya da (c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birinin başarılması için “kesinlikle orantılı” olmalıdır. Ayrıca Mahkeme, bu hükmün demokratik bir toplumdaki önemi doğrultusunda, değerlendirmesini yaparken özellikle açıkça öldürücü bir güç kullanılması halinde, sadece fiilen güç kullanmış devlet görevlilerin eylemlerini değil, ayrıca bu eylemlerin planlanmasının ve denetlenmesinin içinde yer aldığı tüm koşulları dikkate alarak, yaşamdan yoksun bırakma olayını çok yakından ve dikkatli bir incelemeye tabi tutmalıdır<sup>84</sup>.

83 Aksoy-Türkiye Kararı, No:21987/93, 18 December 1996, p. 77-84. Kararın orijinal metni için bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

84 Kalkan-Türkiye Kararı, No: 37158/09, 10 May 2016, p. 55. Karar için bakınız: <http://www.>



Orantılılık ilkesinin de ele alındığı *Sunday Times-Birleşik Krallık* kararındaki şu ifadeler dikkat çekicidir: AİHS'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanılmasına kamu makamları tarafından yapılan müdahalenin sınırları çizilmiştir. Buna göre, getirilen sınırlama, hukuk tarafından öngörülmüş olması halinde söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda, toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, Sözleşme'de sınırlı olarak gösterilen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığı ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin AİHS bakımından uygun ve yeterli olup olmadığı, AİHM tarafından incelenmektedir<sup>85</sup>. *Handyside-Birleşik Krallık* kararında da şu ifadelere yer verilmiştir: Demokratik bir toplumda "gereklilik" sıfatı "zorunlu" sözcüğü ile anlamdaş olmadığı gibi, kabul edilebilir, yararlı, makul ve olağan deyimleri gibi esnekliğe de sahip değildir. "Gereklilik" sıfatı *zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın baskısını* ifade eder.<sup>86</sup>

Diğer yandan söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gereklik şartını yerine getirebilmesi için, hukuk tarafından öngörülmüş olmasının yanında takip edilen meşru amaçları sağlamak açısından *uygun ve yeterli, yani orantılı* olması gerekir. Orantılılığın tespitinde *ifade özgürlüğü ile müdahalenin sağladığı kamu yararı arasında hassas bir denge* kurulmasına dikkat edilmesi gerekir. AİHM, bu durumda Sözleşme'deki sınırlama sebeplerini dar yorumlama eğilimindedir<sup>87</sup>.

Görüldüğü gibi AİHM, kararlarında orantılılık ilkesini "meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahaleyle elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması" olarak ifade etmektedir<sup>88</sup>.

inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/KALKAN\_KARAR\_37158-09\_TR\_B%C5%9EA.pdf(Erişim tarihi: 15.10.2018).

85 *Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı* (No: 1), No: 6538/74, 26 April 1979, p. 62. Bakınız: [\(Erişim tarihi: 15.10.2018\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

86 *Handyside-Birleşik Krallık Kararı*, No: 5493/72, 7 December 1976, p. 48, Bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int/>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

87 FRANCK, s. 241. Öte yandan, 2003 yılında, AİHM, sosyal, kültürel ve politik bağlamı dikkatli bir şekilde inceleyerek ve orantılılık ilkesinden yararlanarak, Türkiye'deki Refah partisinin kapatılmasını, devletin anayasal olarak laikliği koruma amacına aykırı davrandığını belirtmiş ve Sözleşme'nin ihlal edilmediğini kabul etmiştir Bakınız: Refah Partisi-Türkiye Kararı, No: 41340/98, 13 February 2003, Kararın orijinal metni için bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int/>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

88 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2008, s. 178.

*Avrupa Birliği* hukuku açısından da önem taşıyan orantılılık ilkesi, hem AB Antlaşması'nda açıkça düzenlenmiş hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına konu olan pek çok uyuşmazlıkta genel bir ilke olarak nitelendirilmiştir<sup>89</sup>. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5/4. maddesine göre, "Orantılılık ilkesi gereğince, Birlik eyleminin içeriği ve şekli, Antlaşmalar'ın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamaz. Birlik kurumları, *orantılılık ilkesini*, Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol'e uygun olarak uygularlar"<sup>90</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesi, elektronik iletişimin gizliliği ve verilere erişim konularının ele alındığı bir davada ABAD, orantılılık ilkesinin yerleşik içtihatlardan birisi olduğunu belirtmiştir. ABAD'a göre "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılması sırasında yapılacak kısıtlamaların kanunlar tarafından öngörülmesi ve bu hak ve özgürlüklerin esasına saygılı olması gerektiği hatırlanmalıdır. *Orantılılık ilkesi* dikkate alındığında, bu hak ve özgürlüklerin kullanımı, yalnızca gerekli görüldüğünde ve Avrupa Birliği'nin toplumun menfaati için kabul ettiği hedefleri gerçekleştirmesi ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını karşılama halinde kısıtlanabilir"<sup>91</sup>.

*Sonuç olarak hem BM'nin insan haklarını koruma sistemi, hem AİHM, hem de ABAD, insan haklarının korunmasında orantılılık ilkesini kullanmaktadır. Buna göre orantılılık, meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahaleyle elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçü anlam ve içeriği ile karşımıza çıkmaktadır.*

## VII. MÜLTECİ HUKUKUNDA ORANTILILIK

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme<sup>92</sup>'nin 1/2. maddesine göre "...meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak

89 BAYRAM, Mehmet Hanifi, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, Ankara, 2015, s.103-104.; METİN, s. 29.

90 AB Antlaşması'nın Türkçe metni için bakınız: <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

91 ABAD, C-2016/970 Büyük Daire Kararı, 21 Aralık 2016, p. 94. Kararın Türkçe metni için bakınız: [http://www.abgm.adalet.gov.tr/abadaletdivani/belgeler/karar\\_19.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/abadaletdivani/belgeler/karar_19.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

92 Sözleşme'nin Türkçe metni için bakınız: <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>(Erişim tarihi: 15.10.2018).





istemeyen, yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs” mülteci dir.

Mülteci hukukundaki önemli ilkelerden birisi de, bir kimseyi özgürlüğünden mahrum bırakma kararının, kanunda belirlenen sınırlı idari amaçlarla orantılı olması gerektiğini öngören orantılılık ilkesidir. Orantılılık sorunu, özellikle mültecilerin tutuklanmasındaki potansiyel keyfilikte karşımıza çıkabilmektedir. Mesela Avustralya’da Kamboçya’lı bir sığınmacının dört yıldan fazla uzun süreyle gözaltında tutulmasıyla ilgili olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, olayın bütün şartları içinde gerekli değilse (mesela uçuşun engellenmesi yoluyla) gözaltında tutmanın keyfi bir uygulama sayılabileceğini belirtmiştir<sup>93</sup>.

Sözleşme’nin 33/1. maddesine göre “Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü, tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (refouler) etmeyecektir.” Bu hüküm *zımni* olarak orantılılık ilkesine de işaret etmektedir. Çünkü Sözleşme, devletlerin ülkesindeki mültecilerle ilgili olarak aldığı tedbirleri sınırlandırmaktadır. Burada terazinin bir kefesinde devletin aldığı tedbirler, diğer kefesinde ise mültecinin hayat ve özgürlüğü bulunmaktadır.

Bu değerlendirmeyi doğrulayan, mültecilik ve Türkiye ilgili *Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye* yargılamasında, AİHM, alıkoyma, sınır dışı etme ve geri gönderme işlemlerinde *orantılılığı* dikkate almıştır İran vatandaşı olan başvuranlar Mohsen Abdolkhani ile Hamid Karimnia, İran Halkın Mücahitleri Örgütü (İHMÖ) üyesidirler. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Genel Merkezi (BMMYK) tarafından Irak’ta buldukları süre için geçerli olmak üzere mülteci olarak tanınmışlardır. Başvurucuların kalmakta olduğu ve ABD tarafından oluşturulmuş olan Geçici Mülakat ve Kabul Merkezi’nin Nisan 2008’de kapatılması üzerine, başvuranlar diğer eski İHMÖ üyeleri ile birlikte kuzey Irak’a gönderilmiştir. Kuzey Irak’tan yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapan başvurucular yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Başvuranlar, 17 Haziran 2008’de Irak’a sınırdışı edilmişse de tekrar Türkiye’ye giriş yapmış ve yakalanmışlardır. Bunun üzerine 28 Haziran 2008’de İran’a sınırdışı etme girişiminde bulunulmuştur. Her iki sınırdışı etme olayında da mahkeme kararı bulunmamaktadır.

93 FLYNN, Michael, “Who Must Be Detained? Proportionality As A Tool For Critiquing Immigration Detention Policy”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 31, No. 3, (s. 40–68), s. 40-41.

AİHM, başvurucuların *İran ya da Irak'a sınır dışı edilmesi halinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacaklarına yönelik iddialarının yerel makamlarca ciddiye alınarak araştırılmaması sebebiyle* Sözleşme'nin 3. maddesinin, etkili çözüm yollarının yokluğu sebebiyle 13. maddesinin, başvurucuların sınır dışı edilmesi amacıyla özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını düzenleyen bir yasanın olmayışı, alıkonulma nedenleri hakkında bilgilendirilmemeleri, devam eden alıkoymada yargısal denetim yolunun bulunmayışı ve açık taleplerine rağmen adli yardımdan yararlandırılmamaları sebebiyle 5/1,2,4. maddesinin ihlaline karar vermiştir<sup>94</sup>. Görüldüğü gibi AİHM, olayda sınırdışı işlemleri ile beklenen sonuç arasındaki orantılılığı göz önünde bulundurmıştır.

Benzer şekilde devletlerin, sınırlarına gelmiş olan sığınmacıyı ülkesine almamak konusunda da, aynı yorumla orantılı davranması ve sığınmacının hayat ve özgürlüğü lehinde değerlendirme yapması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Her ne kadar devletlerin egemenlik hakkına dayanarak hangi yabancıların kendi ülkesine gireceğine karar verme yetkisi bulursa dahi, özellikle sınırlarına gelmiş olan sığınmacıların hayat hakkı konusunda orantılılık değerlendirmesi yapılması insan hakları amacına uygun olacaktır.

## VIII. DENİZ HUKUKUNDA ORANTILILIK

Orantılılık ilkesi deniz hukukunda da kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle karasularının ve kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda orantılılık ilkesine başvurulmaktadır<sup>95</sup>. Çünkü deniz alanlarının sınırlandırılması, devletlerin bölgesel egemenliğinin özel bir yönünü oluşturmakta ve genellikle birden fazla devleti etkilemektedir. Sınırlama, ilgili tüm devletler arasında barışçıl çözümlenme ile sonuçlanmazsa yargıya intikal etmektedir. Dolayısıyla orantılılık gerek barışçıl çözüm, gerekse yargısal faaliyetlerin merkezinde bulunmaktadır<sup>96</sup>.

Hem uluslararası deniz hukuku ile ilgili temel düzenleme olan 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde hem de UAD'nin kararlarında orantılılık ilkesi, açık veya zımni olarak görülmektedir. Sözleşme'nin,

94 Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye, No. 30471/08, 1 Mart 2010, Bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int/>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

95 TANAKA, s. 433.; Ayrıca bakınız: NEWTON-MAY, s. 52.; Ancak bu ilkeyi, sınırlandırma sürecinde kesin olarak uygulanacak bir kural olarak değil, sınırlandırmanın hakkaniyete uygun olarak yapılmasına katkı sağlayan bir araç olarak görmek gerekir. Bakınız: TANAKA, s. 435.

96 COTTIER, et al., s. 10.



*sahilleri bitişik veya karşı karşıya olan devletler arasında karasularının sınırlandırılması* başlıklı 15. maddesi “İki devletin sahilleri bitişik veya karşı karşıya olduğunda, aralarında aksine anlaşma olmadıkça, bu devletlerden ne birinin ne de diğerinin kendi karasularını, bütün noktaları bu iki devletin her birinin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarından eşit uzaklıkta bulunan orta hattın ötesine uzatmaya hakkı yoktur.” hükmünü getirmiştir. “Eşit uzaklıkta bulunan orta hat” ifadesi orantılılığa işaret etmektedir.

Benzer şekilde Sözleşme’ye göre, *sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılması* başlıklı 83. maddesinde “Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılması, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla, Uluslararası Adalet Divanı Statü’sünün 38. maddesinde belirtildiği şekilde, uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile yapılacaktır.” Burada da hakkaniyete uygun bir çözüm ifadesi ile orantılılığa işaret edilmektedir.

UAD, orantılılık ilkesinin kapsamını hem coğrafi hem de işlevsel olarak zaman içerisinde genişleterek uygulamıştır. Ancak Divan günümüzde artık bu ilkeyi, her coğrafi koşulda ve işlevde uygulamaktadır. Orantılılık, sınırlandırmada iki amaçla kullanılmaktadır: İlki hakkaniyet ilkelerinin uygulanması sırasında dikkate alınması gereken *ilgili koşullardan* birisi olarak kullanılmasıdır. İkincisi ise sürecin sonunda sınırlandırmanın hakkaniyete uygun olarak yapıp yapılmadığını *test etmek* amacıyla kullanılmasıdır.<sup>97</sup>

UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı (1969), Anglo-Fransız Kıta Sahanlığı (1977), Tunus-Libya Kıta Sahanlığı (1982) davalarında olduğu gibi Libya-Malta Kıta Sahanlığı (1985) davasında da orantılılık kavramına başvurmuştur.<sup>98</sup>

*Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı* (1969) davasında UAD, Federal Almanya’nın kıta sahanlığının sadece kıyı şeridi ve cephesi dikkate alınarak adil ve eşit şekilde paylaşılması gerektiği yolundaki iddiasını reddetmiş ve eşitlik ilkesinin yanında orantılılık ilkesinin de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Orantılılık ilkesinin uygulanması

97 TANAKA, s. 433-434, 457-458, GÖKALP, İbrahim, Milletlerarası Adalet Divanı’nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler, Beta, İstanbul, 2008, s. 111-112.; AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, Deniz Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 81.

98 TANAKA, s. 433-463.

ile sınırlandırmanın kıyıdaş komşu devletlerde doğuracağı fiili ve muhtemel etkilerinin de göz önünde tutulması gerektiğini vurgulamıştır<sup>99</sup>.

UAD'nin 1985 tarihli *Libya-Malta Kıta Sahanlığı* davasında Libya ile Malta arasındaki *kıta sahanlığının belirlenmesi ve sınırlandırılması* konusunda coğrafi büyüklük, nüfus ve ekonomik sebeplerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Olayda “Malta bağımsız bir ada devletidir ve ilk kez bağımsız bir ada devletinin deniz alanları Uluslararası Adalet Divanı tarafından sınırlandırılmaktadır. Malta, bağımsız bir devlet olması dolayısıyla bir ada ülkesine tanınan kıta sahanlığı alanları ile ana kara ülkesi yanında yer alan adalara tanınacak hakların aynı olamayacağına, ikinci olarak büyüklük, coğrafi koşullar, nüfus ve ekonomik nedenlerle adalara kısıtlı etki tanınsa da, ada devletlerinin deniz alanları saptanırken bu esaslara dayanarak kısıtlı etki tanınamayacağını ileri sürmüş ve devletlerin egemen eşitliği ilkesinden bahisle çizilecek orta hatta düzeltme yapılmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Malta'nın bu iddiaları, adaların genel coğrafi alan içinde değerlendirileceği ve ayrıca, devletlerin eşitliği ilkesinin, uygulanacak hukukta belirleyici rol oynamayacağını belirterek reddedilmiştir. Divan, Malta Adası'nı genel coğrafi alan içinde değerlendirerek, Akdeniz gibi yarı kapalı bir denizde küçük bir olgu olduğunu vurgulamış, iki devlet arasındaki kıyı uzunlukları arasında çok büyük bir fark olduğunu tespit etmiş ve buna göre, belirlenen geçici orta hattın kuzeye kaydırılması gerektiğini tespit ettikten sonra, kaydırmanın oranının ne olacağını tespit etmek sorunu geriye kalmıştır. Bunu tespit ederken ise, İtalya'nın Sicilya Adası ele alınmış, aradan geçecek orta hat ve Malta adaları İtalya'ya ait olsaydı bunlara tanınacak etki ile birlikte hesaplanarak, orta hat dikkate alınmış ve Malta'ya, bağımsız bir devlet olarak, İtalya'nın bir parçası olması durumunda tespit edilecek orta hattın daha geride bir orta hat tanınamayacağı belirtilmiştir. Bu esaslar çerçevesinde tespit edilen sınır, orta hattın 24 dakika kuzeye kaydırılmasını gerektirmiştir. Divan, bunun ayrıca, orta konumun yitirilmeden ve de güvenlik gibi faktörlere de uygun olan bir orta hat olduğunu belirtmiştir.”<sup>100</sup>

99 North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1969, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/9329.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).; Ayrıca bu dava ile ilgili değerlendirme için bakınız: COTTIER, et al., s. 10-11.; TANAKA, s. 434.

100 Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13. Bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).; Kararın Türkçe özeti için bakınız: <https://uluslararasıhukukcalismalari.wordpress.com/2017/02/25/malta-libya-kita-sahanligi-davasi-continental-shelf-case-malta->



Görüldüğü gibi UAD kıta sahanlığının belirlenmesi ve sınırlanması konusunda sadece devletlerin eşitliği ilkesini değil, aynı zamanda *kıyı uzunluğu, sınırlandırmanın komşu devletlerde doğuracağı fiili ve muhtemel etkileri, coğrafi büyüklük, nüfus ve ekonomik sebepleri de* göz önünde bulundurmıştır. Bu da orantılılık ilkesinin dikkate alınmasından başka bir şey değildir.

## IX. ULUSLARARASI TİCARET VE YATIRIM UYUŞMAZLIKLARINDA ORANTILILIK

Uluslararası ticaret ve yatırım hukuku ile ilgili uluslararası düzenlemelerde, her zaman doğrudan, açıkça ve geniş bir şekilde yer verilmese de, *gerekli, en az kısıtlayıcı veya uygun ölçütler* gibi ifadelerle orantılılığa işaret edilmektedir. Bu tür ifadeler önlemlerin veya çıkarların dengelenmesi ve tartılmasıyla ilgili olarak uluslararası ticaret hukukunda bir çeşit orantılılığın varlığını göstermektedir<sup>101</sup>. Bununla birlikte orantılılık ilkesine açıkça yer veren düzenlemeler de bulunmaktadır. Mesela bu terim, *Dünya Ticaret Örgütü Sübvansiyonlar ve Telaflı Edici Tedbirler Anlaşması*'nda 4.10. ve 4.11. maddelere konulan 9. ve 10. dipnotlarda açıkça yer almaktadır<sup>102</sup>. Ayrıca 9.4. maddesinde "Bu tavsiyeye altı ay içinde uyulmadığı takdirde, Komite, talepte bulunan üyeye, mevcut olduğu belirlenen etkilerin özelliği ve derecesi ile *orantılı uygun karşı önlemler* alma iznini verir" diyerek orantılılık ilkesini benimsemiştir. Daha genel olarak, herhangi bir DTÖ kuralının ihlali ile ilgili ticaret uyuşmazlıklarını düzenleyen kurallarda, DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Sistemi tarafından izin verilen herhangi bir karşı önlemin, ticaret hukuku ihlalinden kaynaklanan "geçersizleştirme veya değer düşüklüğüne eşdeğer" olmasını gerektirmektedir<sup>103</sup>. Eşdeğerlik ve orantılılık kavramlarına gösterilen dikkat, uyuşmazlık çözüm süreçlerine yansımaktadır.

vs-libya-1985/(Erişim tarihi: 15.10.2018).; Kararın değerlendirmesi için bakınız: TANAKA, s. 440-443.; GÖKALP, s. 113 vd.; AÇIKGÖNÜL, s.83-84.

101 COTTIER, et al., s. 13., Ayrıca bakınız: NEWTON-MAY, s. 55.

102 "Bu ifade, bu hükümler kapsamında ele alınan sübvansiyonların yasaklanmış olduğu gerçeğinin ışığında orantısız olan karşı önlemlere izin vermeyi amaçlamamaktadır." Bu ifade ve genel olarak anlaşma için bakınız: Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Bakınız: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)(Erişim tarihi: 15.10.2018).; Anlaşmanın Türkçe metni için bakınız: [https://ticaret.gov.tr/data/5b884a7613b87711604c9356/subvansiyonlar\\_turkce.pdf](https://ticaret.gov.tr/data/5b884a7613b87711604c9356/subvansiyonlar_turkce.pdf)(Erişim tarihi: 15.10.2018).

103 MITCHELL, s. 985 vd.; THOMAS, Sebastian, "World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness", **Harvard International Law Journal**, Vol:48/2, 2007, (s. 337-382), özellikle s. 343-344.

Orantılılık ilkesi çeşitli uluslararası ticari uyuşmazlıklarla ilgili hakem kararlarına da yansımıştır. Bu yargılamalarda, karşı önlemin haksız ve keyfi olup olmadığı, gizli kısıtlamaların bulunup bulunmadığı, gerekliliğin varlığı ve tazminat-menfaat dengesi gibi unsurlar inceleme konusu yapılmaktadır<sup>104</sup>. Mesela Kanada'nın Brezilya'nın uçak üretiminin küresel satışını desteklemesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla ilgili uyuşmazlıkta hakem heyeti "orantısız olmadığı sürece uygun bir karşı önlem" aldığı gerekçesiyle Kanada lehine karar vermiştir. Buradaki orantılılığın ne anlama geldiğini açıklayan hakem heyetine göre, "diğerlerinin yanı sıra, genel uyuma etkili bir şekilde sebep oluyorsa, bir karşı tedbir uygun olur" ve Kanada'nın karşı önlemleri, "hukuka aykırı desteklerin geri çekilmesine sebep olduğu" için hukuka uygun bir düzeyde kabul edilebilir<sup>105</sup>.

Orantılılık ilkesi *içerik olarak*, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının dava konusu olduğu ICSID tahkim yargılamalarında da dikkate alınmıştır<sup>106</sup>. Özellikle tazminat hesaplamalarında başvuru orantılılık ilkesine göre ödenecek tazminat, yeterli (*adequate*), anında (*prompt*) ve etkili (*effective*) olmalıdır. Yani tazminat, kamulaştırılan malvarlığının adil piyasa değerini temsil etmeli, makul bir süre içinde nakit ve peşin olarak ödenmeli, gecikme varsa faiz içermeli ve uluslararası geçerliliği olan bir para birimi ile ödenmelidir<sup>107</sup>. Bu sayılan özelliklerin her birisi *orantılılığın unsurları* niteliğindedir.

Tazminatın hesaplanmasına konu olan *Compania del Desarello de Santa Elena S.A.* ICSID tahkim yargılamasında orantılılığa işaret edilmiştir. Olayda Santa Elena, ortaklarının çoğunluğu ABD vatandaşı olan Kostarika uyruklu bir şirkettir. Kostarika makamlarının şirkete ait malvarlığını kamulaştırması ile ortaya çıkan uyuşmazlık üzerine, Santa Elena tarafından ICSID tahkim prosedürü başlatılmıştır: Santa Elena, deniz kenarında bir eğlence, eğitim ve turizm merkezi inşası için Kostarika makamları ile sözleşme imzalamıştır. Ancak

104 COTTIER, et al., s. 16 vd.

105 Decision by the Arbitrators, Brazil-Export Financing Programme for Aircraft, Recourse to Arbitration by Brazil under Article 4.11 of the SCM Agreement, WT/DS46/ARB (adopted Aug. 28, 2000). p. 3.45 ve 3.51. Hakem heyeti kararı için bakınız: [http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/brazil-aircraft\(226\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/brazil-aircraft(226).pdf).download (Erişim tarihi: 15.10.2018).; Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi için bakınız: COTTIER, et al., s. 15.; THOMAS, s. 361-362.; MITCHELL, s. 1003.

106 NEWTON-MAY, s. 46.

107 SORNARAJAH, M., **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, s.229-230.; ALTINTAŞ, M. Ayhan, "Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları" **Hazine Dergisi**, Sayı:10, Nisan-1998, s. 9-10.





muhafazakâr bölge halkı bu yapılaşmaya karşı çıkmıştır. Bu arada Kostarika makamları, inşaatın yanındaki Santa Rosa Park'ını genişletme gerekçesi ile inşaatı durdurmuş ve şirketin malvarlığının bir kısmını kamulaştırmıştır. Kamulaştırma bedeli olarak da belli bir miktar teklif etmiştir. Buna karşılık Şirket, tazminatın hesaplanmasında bazı kriterlerin dikkate alınmadığını, bu nedenle daha yüksek bir tazminat verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Olayda devletin kamulaştırma hakkı veya amaçları değil, tazminatın miktarı ve kamulaştırmanın sınırları uyuşmazlığın temelini oluşturmuştur<sup>108</sup>. Heyet bu olayda tazminatın belirlenmesi ile ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur: Birincisi, uluslararası hukuk, devletlerin, kendi ülkesindeki yabancılara ait malları, kamusal amaçlarla ve yeterli (adequate), anında (prompt) ve etkili (effective) tazminat ödeyerek kamulaştırmasını meşru görmektedir. İkincisi, hangi sebeple olursa olsun kamulaştırma yapılmışsa ödenmesi gereken tazminatı etkilemeyecektir. Yani, kamulaştırma, çevrenin korunması gibi övgüye değer ve kamuya yararlı bir gerekçe için olsa bile yeterli tazminat ödenecektir. Diğer yandan kamulaştırılan malın hangi tarihteki değerinin dikkate alınacağı da karara bağlanmıştır. Buna göre Heyet, kararda, devletin kamulaştırma yoluyla, malvarlığının sahipliğini, zilyetliğini, menfaat veya ekonomik kullanımını sınırlandırma konusunda geniş bir yetkisinin bulunduğunu belirtmiş ve kamulaştırma kararının verildiği tarihin dikkate alınacağını ifade etmiştir. Bu tarihte kamulaştırma yapılan bölgedeki ekonomik durum ve gelişmeler dikkate alınarak tazminat belirlenmiştir<sup>109</sup>.

*Görüldüğü gibi hem Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki uyuşmazlık çözüm düzenleme ve mekanizmalarında hem de yabancı yatırımlarla ilgili tahkim yargulamalarında orantılılık ilkesi dikkate alınmaktadır. Özellikle taraflardan birisinin işlem veya uygulamasına karşı olarak yapılan karşı önlemlerin orantılı olması gerektiği benimsenmektedir. Benzer şekilde tazminatın hesaplanmasında da verilen zarar veya kamulaştırılan yatırımın değeri ile ödenecek tazminat arasında orantılılık aranmaktadır.*

## SONUÇ

Orantılılık, uluslararası hukukun neredeyse bütün alanlarında uyulması gereken bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası toplumda bu ilkenin varlığı konusunda en azından teorik olarak geniş

108 Santa Elena - Costa Rika, Award, ICSID Case No: 96/1, p. 15-22. Bakınız: [https://www.italaw.com/documents/santaelena\\_award.pdf](https://www.italaw.com/documents/santaelena_award.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

109 Santa Elena - Costa Rica, Award, ICSID Case No:96/1, p. 68-95, özellikle 68-74, 75, 77, 85-92 ve p. 107.



bir uzlaşma bulunmaktadır. Her ne kadar *güzelliğe* benzetilerek<sup>110</sup> göreceliliğine işaret edilse de orantılılık konusunda uluslararası hukukta belirli standartların oluştuğunu belirtmek gerekir.

Uluslararası hukuktaki düzenlemeler ve kararlar bağlamında orantılılık, çeşitli hukuki içerikler için kullanılabilir. İlki, dışı dış, göze göz anlamını taşıyan, *fiil ile bu fiile verilen karşılık arasındaki denge ilişkisi için kullanılan içeriktir*. Bu içerikteki orantılılık, özellikle uluslararası ceza yargılamasında cezanın değerlendirilmesinde kullanılmaktadır: Ceza, suça uygun olmalıdır. Orantılılığın ikinci anlamı, *beklenen meşru amaç ile kullanılan araçların neden olduğu zarar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesiyle ilgilidir*. Özellikle insan hakları ve insancıl hukukta kullanılan bu içerikteki orantılılıkta *amaç, araç ve zarar* değerlendirmesi yapılmaktadır. Ve nihayet orantılılığın diğer bir anlamı da *adalet içerikli orantılılıktır*. Deniz hukukunda karşımıza çıkan bu içerikte, fiil veya kararlar ilgili pek çok unsur dikkate alınmaktadır.

---

110 FRANCK, s. 242.



## KAYNAKLAR

ACAR, Zeynep Selin, “Doktrinleşme Sürecindeki İnsani Müdahale: NATO’nun Kosova Müdahalesi ve Koruma Sorumluluğu Kavramı”, **Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1, 2015, (s.113-131).

AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, Deniz Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

AKSAR, Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2017.

ALTINTAŞ, M. Ayhan, “Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları”, **Hazine Dergisi**, Sayı:10, Nisan-1998.

AREND, Anthony C., “International Law and the Preemptive Use of Military Force”, **The Washington Quarterly**, 26:2, 2003.

ARSAVA, Fusun, “Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XV, S:1, 2011.

ASLAN, Yasin, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, **TBB Dergisi**, Sayı: 79, 2008.

AYDIN, Öykü Didem, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **TBB Dergisi**, Sayı: 53, 2004, (s. 63-140).

BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, **AÜHF**, Cilt:62 (2), 2013, (s.407-440).

BAYRAM, Mehmet Hanifi, **Avrupa Birliği Hukuku Dersleri**, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, Ankara, 2015.

BENVENUTI, Paolo, “The ICTY Presecutor and teh Review of the NATO Bombing, Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia”, **EJIL**, Vol.12, No.3, 2001, (s. 503-529).

CANNIZZARO, Enzo, “The Role of Proportionality in the International Countermeasures”, **EJIL**, Vol:12, No:5, 2001, (s. 889-916).

CANNIZZARO, Enzo, “Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War”, **IRRC**, Volume: 88, Number: 864, 2006, (s. 779-792).

COTTIER, Thomas, et al., “The Principle of Proportionality in International Law”, **Working Paper**, No: 2012/38, December-2012, s. 4. Bu çalışmaya ulaşmak için bakınız: [https://www.researchgate.net/publication/275347556\\_The\\_Principle\\_of\\_Proportionality\\_in\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/275347556_The_Principle_of_Proportionality_in_International_Law)(Erişim tarihi: 15.10.2018).

DILL, Janina, “Applying The Principle Of Proportionality in Combat Operations”, **Policy Briefing, Oxford Institute For Ethics, Law, And Armed Conflict**, December-2010, (s. 1-9), s. 6. Bu çalışmaya ulaşmak için bakınız: [http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/proportionality\\_policybrief\\_%20dec\\_2010.pdf](http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/proportionality_policybrief_%20dec_2010.pdf)(Erişim tarihi: 15.10.2018).

DINSTEIN, Yoram, **War, Aggression and Self-Defence**, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 2001.

DUTERTRE, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.

ERKİNER, Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

FINKELSTEIN, Norman, “What Happened on the Mavi Marmara? An Analysis of the Turkel Commission Report”, **Turkish Journal of Middle Eastern Studies**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2014, (s. 31-53).

FLYNN, Michael, “Who Must Be Detained? Proportionality As A Tool For Critiquing Immigration Detention Policy”, **Refugee Survey Quarterly**, Vol. 31, No. 3, (s. 40–68).

FRANCK, Thomas M., “Proportionality in International Law”, **Law and Ethics of Human Rights**, Vol.4/2, 2010, (s. 229-242).

GÖKALP, İbrahim, Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler, Beta, İstanbul, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2008.

GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, (Çev: Seha Meray), Say Yayınları, 2011.

GÜNEYSU, Gökhan, “Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, **TAAD**, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz-2013.

KENNEDY, David, **Of War and Law**, Princeton University, 2006.

KILCUP, James, “Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War”, **Chicago Journal of International Law**, Vol. 17: No. 1, 2016, (s. 243-272).

KRETZMER, David, “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum”, **EJIL**, Vol.24, No.1, 2013, (s. 235–282).

METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, **SDÜHFD**, Vol: 7, No: 1, 2017, (s. 1-74).



MITCHELL, Andrew D., "Proportionality and Remedies in WTO Disputes", **EJIL**, V.17/5, 2006, (s. 985-1008).

NEWTON, Michael - MAY, Larry, **Proportionality in International Law**, Oxford University Press, 2014.

NOYES, John E., "The Caroline: International Law Limits on Resort to Force", **International Law Stories**, (Editors: John E. Noyes, Laura A. Dickinson, Mark W. Janis), 2007.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, (10.Bası), Ankara-2011.

PİRİM, Ceren Zeynep, "Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kurumsal Bir Değerlendirme", **MHB**, Cilt: 32, Sayı: 2, (s. 147-182).

SAYGIN, Engin, "Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/2, (s. 57-88).

SCHINDLER, D. - TOMAN, J., **The Laws of Armed Conflicts**, Martinus Nihjoff Publisher, 1988.

SORNARAJAH, M., **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

TANAKA, Yoshifumi, "Reflections on the Concept of Proportionality in the Law of Maritime Delimitation", **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol.16, 2001, (s. 433-463).

THOMAS, Sebastian, "World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness", **Harvard International Law Journal**, Vol: 48/2, 2007, (s. 337-382).

YILDIZ, Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel S., 2013, (s. 681-707).

ZIMMERMANN, Andreas, "The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello, and Issue of the Proportionality", **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Volume: 11, 2007, (s. 99-141).

#### KARARLAR, RAPORLAR VE MEVZUAT

..... , **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri**, (Yayına Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurt darcan, Mehmet C. Uzun), GÜ ve ICRC, İstanbul.

..... , "Nedenleri ve Sonuçları ile 2006 İsrail-Lübnan Savaşı" <http://www.tuicakademi.org/nedenleri-ve-sonuclari-ile-2006-israil-lubnan-savasi/> (Erişim tarihi: 15.10.2018).



Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye, No. 30471/08, 1 Mart 2010. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf). (Erişim tarihi: 15.10.2018)

Aksoy-Türkiye Kararı, No:21987/93, 18 December 1996. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Bakınız: <https://www.icj-cij.org/en/case/116>. (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararı, No: 14553/89; 14554/89, 25 Mayıs 1993. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, <http://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>. (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Decision by the Arbitrators, Brazil-Export Financing Programme for Aircraft, Recourse to Arbitration by Brazil under Article 4.11 of the SCM Agreement, WT/DS46/ARB (adopted Aug. 28, 2000). [http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/brazil-aircraft\(226\).pdf.download](http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/brazil-aircraft(226).pdf.download). (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November - 11 December 1868, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/130?OpenDocument>. (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Execution of German-Portuguese Arbitral Award of June 30th, 1930 (Germany, Portugal), [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1371-1386.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1371-1386.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia. <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>. (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 7 (Sept. 25). <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Handyside-Birleşik Krallık Kararı, No: 5493/72, 7 December 1976. <https://hudoc.echr.coe.int>(Erişim tarihi: 15.10.2018).

Kalkan-Türkiye Kararı, No: 37158/09, 10 May 2016. <http://www.inhak.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 15.10.2018).





Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9). <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, p. 41. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). <https://www.icj-cij.org/en/case/70> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1969, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/9329.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Prosecutor v. Galiç No. IT-98-29-T, (Dec. 5, 2003). <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Prosecutor v. Kordić and Çerkez, No. IT-95-14/2-A, (Dec. 17, 2004). [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Prosecutor v. Kupreskić, No. IT-95-16-T-14, (Jan. 14, 2000). <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018)

Refah Partisi-Türkiye Kararı, No: 41340/98, 13 February 2003, <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Report of the Secretary-General on the Implementation of Resolution 1701-Lebanon, Bakınız: <https://reliefweb.int/report/lebanon/report-secretary-general-implementation-security-council-resolution-1701-2006-10> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001): [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Responsibility to Protect: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Santa Elena - Costa Rika, Award, ICSID Case No: 96/1. [https://www.italaw.com/documents/santaelena\\_award.pdf](https://www.italaw.com/documents/santaelena_award.pdf) (Erişim tarihi: 15.10.2018).

Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı (No: 1), No: 6538/74, 26 April 1979. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 15.10.2018).

