

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN ÖZEL ASKERÎ ŞİRKETLER VE ŞİRKET ÇALIŞANLARININ STATÜSÜ

*The Status of the Private Military Companies and Their Employees in
International Law*

Ahmet Hamdi TOPAL*

ÖZET

Soğuk Savaş'ın ardından oluşan siyasî, askerî, iktisadî ve ideolojik şartların etkisiyle şekillenen özel askerî endüstri, çatışma bölgelerinde belirleyici bir aktör hâline gelmiştir. Ancak, özel askerî şirketlerin ve şirket çalışanlarının silâhlı çatışmalardaki statülerinin ve yükümlülüklerinin belirsizliği, hukukî ve siyasî açıdan pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu makalede, özel askerî şirket çalışanları paralı asker, muharip, muharip olmayanlar, sivil ve silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil başlıkları altında incelenmekte ve söz konusu belirsizliğin giderilmesine çalışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Özel askeri şirketler, özel askeri şirket çalışanları, paralı asker, muharipler, muharip olmayanlar, sivil, silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil, düşmanca davranışlara doğrudan iştirak, hukuka aykırı muharip

* Yrd. Doç. Dr. KTÜ İİBF Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
(ahmethamditopal@yahoo.com).

ABSTRACT

As a result of political, military, economic and ideological changes in the aftermath of the Cold War, Private Military Companies (PMCs) have become decisive actors in conflict zones. However, the status and responsibilities of PMCs and their employees in armed conflicts yet to be clarified, which brings forward several legal and political issues. This article explains the laws on mercenaries, combatants, noncombatants, civilians and civilians accompanying the armed forces and explores when PMCs employees may fall into any of those categories.

Keywords: Private military companies, private military companies' employees, mercenaries, combatants, noncombatants, civilian, civilians accompanying the armed forces, direct participation in hostilities, unlawful combatants

GİRİŞ

Soğuk Savaş sonrası dönemde küresel düzeyde bir endüstri hâline gelen ve malî yönden oldukça büyük bir pazara hükmeden özel askerî endüstri, 1990'lardan başlayarak belli bir coğrafi bölge veya devletle sınırlı kalmaksızın çatışma bölgelerinde etkin bir rol üstlenmiş ve temel bir aktör hâline gelmiştir. Özellikle Irak'ın işgali, sektörün gelişimi açısından son derece belirleyici olmuş; işgalle birlikte hızla büyüyen sektör, çatışma alanlarında daha da etkin hâle gelmiştir. Özel askerî endüstrinin kaydettiği bu hızlı gelişime mukabil, sektöre yönelik hukukî düzenlemelerin yetersiz kaldığı görülmektedir. Özellikle gelişigüzel ve aşırı güç kullanımına başvuran özel askerî şirket çalışanlarının tâbi olduğu hukukî statünün belirsizliği, hukukî ve siyasî açıdan önemli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim özel askerî şirketlerin ve şirket çalışanlarının silâhli çatışmalardaki rollerinin, statülerinin ve yükümlülüklerinin bugün itibarıyla uluslararası hukukun güncel ve sıcak tartışma konuları arasında yer aldığı görülmektedir. Bu çalışmada, uluslararası hukuk çerçevesinde özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statülerinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır. Söz konusu statünün belirlenmesi; gerek bu şahısların ge-

rekse bu şahısları ele geçiren tarafların hak ve yükümlülüklerin tespiti açısından önemlidir. Bu sayede, söz konusu şahısların bağlı olduğu şirketlerin ve adına faaliyet gösterdikleri devletlerin hak ve yükümlülükleri de açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

I. Güvenliğin Özelleştirilmesi ve Özel Askerî Şirketlerin Ortaya Çıkışı

Geçmişin aksine günümüzde askerî personel tarafından yerine getirilen vazifelerin giderek artan bir şekilde siviller tarafından yerine getirildiği ve üstlenmiş oldukları fonksiyon itibarıyla sivillerin bir anlamda askerî personelle iç içe geçtiği söylenebilir. Soğuk Savaş'ın ardından oluşan siyasî, askerî, iktisadî ve ideolojik şartların etkisiyle şekillenen özel askerî endüstrinin kaydettiği bu gelişimde, üç faktör esaslı bir rol oynamıştır. Bunlar; 1980'li yıllardan itibaren piyasa ekonomisinin öne çıkmasıyla birlikte özelleştirmenin hız kazanması, orduların küçülmesi ile ortaya çıkan fazla askerî işgücünün işe olan ihtiyacı ve büyük güçlerin gelişmekte olan dünyaya müdahale etmekteki isteksizliği şeklinde sıralanabilir. Devletlerin buradaki temel amaçları; maliyetleri azaltmak, askerî operasyonların doğuracağı siyasî tepkileri ortadan kaldırmak ve silâhlı kuvvetlerin etkinliğini artırmak şeklinde özetlenebilir.

Sovyetler Birliği'nin dağılması ve ABD'nin tek süper güç olarak kalmasıyla sona eren Soğuk Savaş'ın ardından batılı ülkeler, askerî alanda yeni bir yapılanmaya giderek ordularını küçültmeye ve askerî hizmetleri özelleştirmeye başlamışlardır.¹ Hâlbuki geleneksel olarak devlet, büyük ölçüde vergilerle finansmanı sağlanan iç ve dış güvenlik dâhil belirli hizmetleri vatandaşlarına sağlamaktadır. Ancak söz konusu hizmetlerin sağlanmasında maliyet, kalite ve verimlilik gibi unsurlar dikkate alınarak zamanla özel sektörden yararlanma yoluna da gidilmiştir. Başlangıçta sağlık, temizlik, eğitim, ulaşım ve altyapı hizmetleri gibi alanlarda karşımıza çıkan özelleştirme uygulaması, giderek hız kazanmış ve kamu hizmetlerinin daha da kapsamlı bir şekilde özelleştirilmesi söz ko-

¹ Mesela ABD'nin 1989–2004 yılları arasında muvazzaf asker sayısını 2,1 milyondan 1,4 milyona düşürdüğü belirtilmektedir. Bkz. Cadieux, s. 199.

nusu olmuştur. Bununla birlikte; ülke güvenliğini korumakla görevli silâhlı kuvvetler, özelleştirme sahasının dışında tutulmuş ve ülke güvenliğinin devlet tarafından sağlanması ilkesinden vazgeçilmeyerek askerî alanda devlet tekeli sürdürülmüştür. Ancak kuvvet kullanma tekelinin devletin eline geçişi ile başlayan güvenlik alanında devletin söz sahibi olması durumu, bu alana yeni aktörlerin katılımıyla değişime uğramıştır. Ticarî kuruluş niteliğine sahip özel şirketlerin, askerî alanda hizmet sunmaya başlamalarıyla birlikte başlayan bu süreçte, zamanla söz konusu devlet tekeli de kırılmıştır.² Geleneksel olarak güvenliğin sağlanması devletin temel fonksiyonlarından biri kabul edilirken, devlet görevlilerinin hizmetlerine yardımcı olacak bir biçimde özel askerî şirket ve güvenlik kuruluşlarının oluşturulması yaygınlık kazanmıştır. Böylece, ihtiyaç duyulan hizmetlerin daha az maliyetle ama süratli ve etkin bir şekilde temini amaçlanmaktadır. Nitekim günümüzde askerî alanda pek çok faaliyet özel sektöre ihale edilmiş ve dış tedarik yoluyla bu hizmetlerin gerçekleştirilmesi yoluna gidilmiştir.

Öte taraftan Soğuk Savaş döneminde Doğu ve Batı Blokundan destek alan üçüncü dünya devletleri, Soğuk Savaş'ın bitimiyle birlikte bu destekten mahrum kalmışlardır. Süper güç konumundaki devletlerin desteğinden mahrum kalan zayıf ve istikrarsız devletler, iç karışıkları önleyebilmek ve teknolojik gelişmelere uygun bir askerî güce sahip olabilmek için özel askerî şirketlerle çalışma yoluna gitmişlerdir. Aslında özel askerî şirketler, devlet otoritesinin zayıf olduğu ya da tesis edilemediği ülkelerde çatışan tüm taraflar için etkili birer müttefik konumundadır. Geçmişte iç savaşlarla mücadele etmiş veya hâlen etmekte olan istikrara kavuşmamış ya da komşu ülkelerle çatışma içinde bulunan ülkeler, iç savaşı sona erdirerek muhalif güçlere karşı iktidarlarını korumak veya komşu ülkelerle olan savaşları başarı ile sonuçlandırmak için özel askerî şirketlerden yararlanmaktadır. Sahip oldukları ileri teknoloji imkânları, yetişmiş personel gücü, üstün taktik kabiliyetleri özel askerî şirketleri isyancı gruplar ve zayıf yönetimler tarafından haklı olarak tercih edilir hâle getirmiştir.

² Singer, (2009), s. 24.

Belirtilmesi gereken bir diğ er avantaj, özel askerî şirketlerin sunduğ u siyasî avantajdır. Savaş karşıtı kamuoyunun giderek güçlenmesi ve hükûmetler üzerinde kurduğ u baskı, özel askerî şirketleri elverişli bir alternatif hâline dönüştürmektedir. Ülke dışı askerî harekâtlarda askerlerin ölmesi veya yaralanması, iç siyaset açısından hükûmetler üzerinde baskı oluşturmakta ve siyasî maliyet doğurmaktadır. Oysa silâhlı bir çatışmada özel askerî şirket adına çalışan bir personelin ölümü veya yaralanması şahsî bir durumdur. Ölenler, öldürülmüş birer şirket personeli olarak kayıtlara geçmekte ya da hiç geçmemektedir. Ancak üniforma taşıyan bir asker için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, askerî müdahalelerde aktif olarak yer almakta isteksiz davranan büyük devletler özel askerî şirketleri öne sürmektedirler. Bu sayede kendi silâhlı kuvvetlerini kullanarak gerçekleştireceğ i ülke dışı askerî harekâtın neden olacağı kamuoyu tepkisini daha baştan engellemeyi ve kendi halklarına hesap verme mecburiyetinden kurtulmayı amaçlamaktadırlar.

Ayrıca hızla gelişen teknoloji; modern silâhların kullanılması, bakım ve ikmali gibi hususlarda uzman bilgiye sahip personelin istihdam edilmesini zorunlu kılmaktadır. Günümüzde teknoloji, askerî sahada giderek daha fazla yer almakta, bir anlamda silâhlı kuvvetler teknolojiyle bağımlı hâle gelmektedir. Dolayısıyla hem gelişmiş ülkeler hem de gelişmekte olan ülkeler, teknoloji ürünü silâhların ve askerî donanımların kullanımı gibi özel ihtisas gerektiren hizmetlerin sağlanması hususunda özel askerî şirketlerle çalışma yoluna gitmeyi tercih etmektedirler.

Kısaca izah edilmeye çalışılan tüm bu sebepler doğrultusunda kurulan ve faaliyet gösteren özel askerî şirketlere yakından bakıldığında, bunların silâhlı çatışmalarla bağlantılı askerî hizmetler sunan kâr amaçlı ticarî kuruluşlar olduğ u görülür. Kayıtlı oldukları ülkenin hukuk kuralları doğrultusunda tüzel kişilik kazanan bu işletmeler, rekabet şartlarının hâkim olduğ u serbest piyasada askerî alana ilişkin hizmet paketleri sunmaktadırlar. Askerî görev ve hizmetlerin özelleştirilmesini ve özel şirketlerin görevlendirilmesini yasaklayan herhangi bir uluslararası hukuk düzenlemesi bulunmamasının da etkisiyle kolayca faaliyet göstermektedirler.

Özel askerî endüstri alanında yaptığı çalışmalarla tanınan *Peter W. Singer*; bu şirketleri “askerî operasyonlar, stratejik planlama, istihbarat, risk değerlendirmesi, harekât desteği, eğitim ve teknik beceriler gibi askerî kabiliyetlerin kazanılması hususunda uzmanlaşan tüzel kişiler” şeklinde tanımlamaktadır.³ Umumiyetle iyi eğitilmiş ve tecrübeli birer profesyonel olan eski askerlerden müteşekkil bir insan gücüne sahip bu tür şirketler arasında *Combat Force, Investment Surveys, Honey Badger Arms and Ammunition, Shield Security, Kas Enterprises, Saracen International and Longreach Security, Alpha Five, Corporate Trading International, Omega Support Ltd., Parasec Strategic Concept, Gurkha Security Guards, Special Project Service Ltd., Sandline International, Vinnell Corporation, Blackwater Worldwide, DynCorp, Military Professional Resources Incorporated (MPRI), Saldin Security, Armorgroup, Executive Outcomes, Sukhoi, Titan* ve *California Analysis Center Incorporated (CACI)* gibi uluslararası düzeyde faaliyet gösteren, etkin ve güçlü birer yapıya sahip önemli aktörler karşımıza çıkmaktadır. Giderek gelişen ve iş hacmi itibarıyla devasa boyutlara ulaşan bu şirketler; Liberya, Angola, Etiyopya, Kenya, Uganda, Cezayir, Kongo, Sudan, Irak, Afganistan, Kamboçya, Burma, Haiti, Meksika, Kolombiya, Kosova, Bosna Hersek, Filipinler, Endonezya, Suudi Arabistan, Kuveyt ve ABD gibi pek çok devletle gerek dış güvenlik gerekse iç güvenlik alanında birlikte çalışmaktadır.

Özel askerî şirketler, artık askerî hizmet alanında güçlü birer ticarî aktör hâline gelmiştir. Bilhassa Irak’ın işgali, özel askerî endüstrinin ulaştığı boyutu ve sektörde üstlendiği rolü ortaya koyması bakımından dikkat çekici bir örnektir. ABD’nin 2003–2008 yılları arasında 300 civarında askerî şirketle sözleşme imzaladığı ifade edilmektedir.⁴ Irak’ta faaliyet gösteren bu şirketler; askerî üslerin inşası, askerlerin beslenmesi ve barınma ihtiyaçlarının karşılanması gibi destekleyici hizmet alanlarında faaliyet gösterdikleri gibi Amerikalı ve Iraklı yetkililerin, tesislerin, kon-

³ Singer, (2009), s. 24.

⁴ Mehra, s. 324. Sadece 1994–2002 yılları arasında ABD Savunma Bakanlığının bu sektörde faaliyet gösteren şirketlerle 3.000’den fazla sözleşme imzaladığı ve bunların toplam değerinin 300 milyar doları aştığı ifade edilmektedir. Bkz. Kidane, s. 364, dn. 24; Singer, (2004), s. 522.

voyların ve diğer kuruluşların güvenliğinin sağlanması, işgal sonrası yeniden oluşturulan ordu ve polis birimlerinin eğitimi, ileri düzey silâh sistemlerinin bakım ve ikmal ile insansız hava araçlarının çalıştırılması gibi çatışma sahasına yakın alanlarda da faaliyet göstermektedirler. Ayrıca istihbarat toplamak ve toplanan istihbaratların analiz edilmesi, harp esirlerinin ve diğer tutukluların sorgularının yapılması yine özel askerî şirket çalışanlarınca gerçekleştirilmektedir.⁵ Özel askerî sektör, yeterli bir idarî ve hukukî denetim ve gözetim sistemine tâbi olmadığı için kesin rakamlar bilinmemekle beraber, Irak'ta görevli sözleşmeli personel sayısının 190.000 civarında olduğu ifade edilmektedir.⁶ Sayının çokluğu, biraz da ironik bir ifadeyle “ilk özelleştirilen savaş” (*the first privatised war*) şeklinde nitelendirmelerin yapılmasına neden olmuştur.⁷ Irak'ta özel şirket elemanı olarak çalışan şahıslar arasında, ABD vatandaşlarının yanı sıra El Salvador, Fiji ve Sırbistan gibi 30 farklı ülkeden insanların olduğu bilinmektedir.⁸

Özel askerî endüstrinin en önemli özelliklerinden birisi de, önceden sadece güçlü devletlerin sahip olabildiği askerî imkânlarla, diğer devlet veya devlet dışı unsurların da ulaşabilmelerine imkân sağlamasıdır. Sektörün hizmet sunduğu müşteri kitlesi geniş bir yelpazeye yayılmakta olup aralarında demokratik yönetime sahip meşru egemen devletler, uluslararası teşkilatlar ve insanî yardım kuruluşları yer aldığı gibi diktatörler, isyancılar ve uyuşturucu kartelleri de yer almaktadır.⁹ Bu durumda sek-

⁵ Schmitt, (2005), s. 512.

⁶ Gray, s. 378. Keza Irak'ta ABD için çalışan şirketlere yapılan ödemenin miktarı ile şirket çalışanları arasında ölü ve yaralı sayısı tam olarak bilinmemektedir. Bununla birlikte yapılan çalışmalarda; 2008 yılı Nisan ayı itibarıyla aralarında Irak ve Afganistan'da Amerikan vatandaşlarının da yer aldığı 1292 şirket çalışanının hayatını kaybettiği, 10.000'den fazlasının da yaralandığı yönünde rakamlara yer verilmektedir. Bkz. Schmitt, (2010a), s. 9.

⁷ Singer, (2004), s. 523.

⁸ Singer, (2009), s. 383.

⁹ Singer, (2009), s. 25. Ayrıca *General Electric* isimli şirket, Irak'taki ticarî faaliyetlerinin saldırılara karşı korunması ve zarar görmemesi amacıyla özel askerî şirketlerle anlaşma yoluna gitmiştir. Bu örnekte de görüldüğü üzere kimi özel şirketler, yatırımlarını ve ticarî faaliyetlerini koruyabilmek için özel askerî şirketlerle çalışmayı tercih etmektedirler. Bkz. Barrie, s. 328.

törde faaliyet gösteren şirketlerin silâh tüccarları, uyuşturucu kartelleri, terörist örgütler ve ayrılıkçı gruplarla birlikte hareket ederek sahip oldukları askerî gücü devletleri ve devlet sistemini zayıflatmak için kullanmaları ihtimali ortaya çıkmaktadır. Nitekim uyuşturucu kartellerine karşı yürütülen mücadele karşısında, söz konusu suç örgütlerinin özel askerî şirketlerden sağladığı karşı istihbarat, elektronik savaş ve modern silâhlar sayesinde güvenlik güçlerine karşı önemli bir üstünlük sağladıkları ve bunun neticesi olarak uyuşturucuya karşı verilen mücadelenin sekteye uğradığı görülmektedir.

II. Özel Askerî Şirketlerin Sınıflandırılması

Özel askerî şirket çalışanlarının uluslararası hukuk çerçevesinde hukukî statülerinin belirlenebilmesi, şirketlerin ve şirket çalışanlarının nerede, ne zaman ve nasıl bir iş yaptığı sorusuna verilecek cevaba göre belirlenecektir. Bu yönüyle bakıldığında askerî alanla sınırlı geniş bir sahada profesyonel hizmet sunan özel askerî endüstrinin; askerî uygulamalar, stratejik planlama, askerî eğitim, silâh sistemlerinin ikmal ve bakımı dâhil teknik yardım, istihbarat, lojistik, taktik harekâtın icrası ve muharebe desteği sağladığı görülür.¹⁰ Ayrıca, şirketlerin önceden askerî kuvvetlerce gerçekleştirilen petrol boru hatları ile üst düzey sivil ve askerî yetkililerin güvenliğinin sağlanması gibi koruma amaçlı görevler üstlendikleri de görülmektedir. Sektör; ortakları, kurucuları ya da çalışanları arasında eski askerlerin de yer aldığı danışmanlık şirketlerinden aktif bir şekilde silâhlı çatışmalara müdahil olabilecek düzeyde yetişmiş eleman ve yeterli teçhizatı sahip geniş bir şirket çeşitliliğine sahiptir. Örneğin; *Executive Outcomes* ve *Sandline International* gibi şirketler doğrudan savaş hizmetleri sunarken, *Saldin Security* ve *Armorgroup* askerî eğitim ve yardım gibi savaş alanı dışında hizmet vermektedir. Öte taraftan *Levdan* silâh temininde bulunurken, *MPRI* danışmanlık ve stratejik analiz hizmeti sağlamaktadır. *Asmara* ve *Network Security* istihbarat alanında, *Brown & Root* askerî lojistik alanda faaliyet göstermektedir.¹¹ *Peter W. Singer*, bu farklılıkları dikkate alarak temel yeteneklerine göre özel askerî endüstride faa-

¹⁰ Singer, (2009), s. 125.

¹¹ Singer, (2009), s. 149–150.

liyet gösteren şirketleri; “askerî hizmet tedarikçisi şirketler”, “askerî danışmanlık şirketleri” ve “askerî destek şirketleri” şeklinde üç başlık hâlinde tasnif etmektedir.¹²

A. Askerî Hizmet Tedarikçisi Şirketler

Temel yetenekleri muharip faaliyetlerde bulunmak olan askerî hizmet tedarikçisi şirketler, hat birlikleri veya savaş pilotları örneğinde görüldüğü üzere uzman personel olarak veya muharip birliklerinin komuta ve kontrolünü üstlenmek suretiyle muharebe sahasında ön saflarda ihtiyaç duyulan hizmetleri temin ederler. Şirket bu durumda, müşterinin daha önceden var olan kuvvetlerini tamamlamaktan çok mevcut kuvvetlere bir alternatif oluşturmakta ve hatta onların yerini almaktadır.¹³ Bu tip şirketler; stratejik tesis ve bölgelerin kurtarılması, pusulara karşı koyma, askerî konvoyların ve üst düzey yetkililerin korunması gibi görevler üstlenmektedir. Ayrıca, mevcut askerî yapılanmayı daha etkili hâle getirecek tedbirlerin alınması amacıyla görevlendirilmeleri de mümkündür. *Executive Outcomes, Sandline, Gurkha Security Guards, Blackwater Worldwide, Alpha Five, Airscan* ve *Sukhoi* bu tür şirketlerin klasik örnekleri arasında yer almaktadır.

Hizmet tedarikçisi şirketlerin müşterileri, umumiyetle yeterli askerî kapasiteye sahip olmayan ve karşılaşmış olduğu tehditlerle mücadelede yetersiz devletlerdir. Örneğin yeterli askerî güce ve desteğini alabileceği müttefiklere sahip olmadığı için normal şartlarda harbe girme ihtimali bulunmayan Etiyopya, özel askerî şirketlerle anlaşarak Eritre'yle savaşa girmiştir.¹⁴

¹² Singer, (2009), s. 154.

¹³ Singer, (2009), s. 156–157.

¹⁴ Radar ve elektronik sistemlerin kontrolü için Rus askerî uzmanlarla anlaşan Etiyopya, ayrıca *Sukhoi* isimli şirketten sekiz adet SU–27 tipi savaş uçağı satın almıştır. Ancak söz konusu uçakların kullanım ve bakımını üstlenecek uzman personele sahip olmadığından yeterli sayıda pilot, teknisyen ve kara personelinin de ülkede görevlendirilmesine yönelik olarak yine aynı şirketle anlaşmıştır. Rus, Ukraynalı ve Litvanya vatandaşı bu kişilerin yanı sıra stratejik planlama ve danışmanlık hizmetleri elde edebilmek için Etiyopya'nın söz konusu şirketten bağımsız olarak emekli Rus generalleri de istihdam ettiği bu olay hakkında bkz. Kidane, s. 400.

Özel askerî şirket çalışanlarının müdahil olduğu uluslararası mahiyet taşımayan pek çok silâhlı çatışma örneğiyle de karşılaşmak mümkündür. Bu bağlamda, Güney Afrika merkezli *Executive Outcomes* isimli şirketin Angola ve Sierra Leone’de yaptıkları, özel bir askerî tedarik şirketinin bir savaşın gidişatını ve neticesini nasıl değiştirebileceğini göstermesi açısından dikkate değerdir.¹⁵ Tam teçhizatlı bir özel ordu olarak organize olan *Executive Outcomes*, ilk olarak Küba’nın Angola’dan çekilmesi sonrasında başlayan iç savaşta üstlendiği rolle dikkatleri üzerine çekmiştir.¹⁶ Angola’daki Küba askerlerinin çekilmesi ile oluşan otorite boşluğu, ülkede iç savaşa zemin hazırlamış ve Hükûmete karşı mücadele eden UNITA (*The National Union for the Total Independence of Angola*) isimli isyancı grup, iç savaşta üstünlük sağlayarak bazı şehirleri ve petrol tesislerini ele geçirmiştir. Nijerya’dan sonra Afrika’nın en büyük petrol üreticisi olan Angola, isyancılarla mücadelede yetersiz kaldığı için söz konusu şirketle anlaşmıştır. Eski askerlerden oluşan seçkin birliklerini ülkeye gönderen şirket sayesinde, kısa sürede isyancılar mağlup edilerek daha önceden kaybedilen bölgeler tekrar geri alınmıştır. Şirket, Angola’nın ardından bu kez Sierra Leone’de ortaya çıkmıştır. Eski bir İngiliz sömürgesi olan Sierra Leone’de 1991’de başlayan iç savaşın seyri, şirketin savaşa müdahil olmasıyla değişmiştir. Hükûmet kuvvetleri yanında isyancılara karşı mücadele etmesi için anlaşma sağlanan şirket; ağır silâhlar, nakliye ve savaş helikopterleri, sabit kanatlı ve nakliye uçakları, nakliye gemisi her tür yardımcı uzmanı barındıran son derece profesyonel bir birimi ülkeye sevk etmiştir. Söz konusu özel birlikler, isyancıları mağlup ederek onları kontrolleri altında bulunan şehir merkezlerinden ve elmas madenlerinin olduğu bölgeden başarıyla uzaklaştırmıştır. Gerçekleştirilen başarılı operas-

¹⁵ Angola ve Sierra Leone örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Singer, (2009), s. 179–192.

¹⁶ Çalışanlarının çoğu *Apartheid* döneminde Güney Afrika Silâhlı Kuvvetlerinde görev yapan eski askerlerden oluşan *Executive Outcomes*, kendisi de eski bir asker olan *Eeben Barlow* tarafından 1989’da kurulmuştur. Ülkede özel askerî şirketleri denetim altına almayı amaçlayan hukukî düzenlemelerin kabulü üzerine (*The Regulations of Foreign Military Assistance Act*) şirket 1999’da kendini feshederek faaliyetlerine son vermiştir. Ancak daha elverişli hukuk kurallarının bulunduğu başka ülkelerde farklı isimler altında çalışmalarını sürdürdüğü ifade edilmektedir. Söz konusu hukukî düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Franklin, s. 246–253.

yonlar neticesinde isyancılar hükûmetle masaya oturmuş ve sağlanan mutabakat çerçevesinde seçimler yapılabilmektedir.¹⁷

B. Askerî Danışmanlık Şirketleri

Askerî danışmanlık şirketleri olarak isimlendirilen ikinci kategoride yer alan şirketler, danışmanlık ve eğitim hizmetleri ile müşterinin silâhlı kuvvetlerinin yeniden yapılandırılmasında görev almaktadırlar. *Levdan*, *Vinnell* ve *MPRI*'nin örnek gösterilebileceği bu tür şirketlerin temel yeteneğini; silâhlı kuvvetlerin yeniden yapılandırılması, her türlü askerî eğitim, danışmanlık, planlama ve doktrin geliştirme gibi harekât öncesi hazırlıklar oluşturmaktadır.¹⁸ Görüldüğü gibi şirket çalışanları, doğrudan askerî operasyonlarda yer almamakla beraber sunmuş oldukları hizmetler, nihaî olarak müşterinin operasyonel gücünü etkileyebilme kabiliyetine sahiptir. Örneğin, çalışanlarının neredeyse tamamı geçmişte Amerikan Ordusunda görev yapmış eski askerlerden oluşan *MPRI*'nin sağladığı askerî danışma ve eğitim desteği sayesinde, sıradan bir milis gücünün modern ve etkin bir orduya dönüştürülecek veya mevcut bir orduyu yeniden yapılandırarak NATO standartlarına getirebilecek düzeyde olduğu ifade edilmektedir.¹⁹ Nitekim Yugoslavya'nın dağılma sürecinde *MPRI* tarafından eğitilen Hırvat kuvvetlerinin savaşa katılmasıyla birlikte, Sırp lehine olan gidişat kısa sürede değişmiş ve Hırvatlar önceden kaybettiği bazı toprakları geri almayı başarmıştır. Savaşın aleyhlerine dönmesi karşısında daha fazla toprak kaybedeceği endişesine kapılan Sırp, barış görüşmelerine katılmaya razı olmuştur.²⁰ Askerî hizmet tedarikçisi şirketlere nazaran müşterilerine daha uzun vadeli hizmet sunan bu kategori şirketlerin faaliyetleri itibarıyla hukukî meşruiyetinin, ilkine oranla daha yüksek olduğu söylenebilir.

¹⁷ Kidane, s. 402.

¹⁸ Snyder, s. 71.

¹⁹ Nitekim Yugoslavya'nın dağılması sürecinde bağımsızlık mücadelesi veren Hırvatlar ve Boşnaklar *MPRI*'den destek alma yoluna gitmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Singer, (2009), s. 208–215.

²⁰ Jones, s. 277–281.

C. Askerî Destek Şirketleri

Lojistik, istihbarat, teknik destek, ikmal, bakım ve onarım gibi tamamlayıcı nitelikte hizmet sağlayan askerî destek şirketleri, endüstrinin üçüncü faaliyet sahasını oluşturmaktadır. Söz konusu hizmetler; geleneksel ordularda askerler tarafından icra edilirken, günümüzde çoğunlukla askerî destek şirketlerine ihale edilmeye başlanmıştır. Bu sayede müşterinin silâhlı kuvvetleri, bu tür tali işlerle uğraşmak zorunda kalmaksızın temel vazife sahasına odaklanabilmektedir.

Askerlerin beslenmesinden uyumalarına ve kullandıkları silâhların sorunsuz bir şekilde çalışır olmasına kadar pek çok alanda hizmet sağlayan bu şirketler, İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren faaliyet göstermekte olup sektörün en eski temsilcilerini barındırmaktadır. *Dyncorp*, *Triple Canopy*, *Kellogg* ve *Brown & Root* örneklerinde görüldüğü üzere bu şirketler, sundukları destek hizmetleriyle askerî harekâtın planlanmasında ya da uygulanmasında herhangi bir rol üstlenmemekle birlikte, askerî harekât açısından önem arz eden ihtiyaçları karşılayarak silâhlı kuvvetler açısından hayati bir rol oynamaktadırlar. Asker sevkiyatından önce harekât yapılacak olan bölgeye vararak birlikleri karşılayan bu şirketler, en son asker bölgeden ayrılıncaya kadar destek sağlamaya devam etmektedirler. Örneğin sektörün önde gelen firmalarından biri olan *Brown & Root*'un Kosova'da yürüttüğü faaliyetler arasında; askerî üs inşaatı, binaların bakımı, ulaştırma hizmetleri, yol ve araç bakımı, teçhizat bakımı, kargo işleri, su üretim ve dağıtımı, yiyecek hizmetleri, çamaşır yıkama hizmetleri, enerji üretimi, yakıt ikmali, tehlikeli maddeler ve çevreyle ilgili konuların idaresi, yangınla mücadele ve posta dağıtımı gibi faaliyetlerin yer aldığı görülür.²¹ Benzer şekilde Irak'ın işgalinde görev alan bu kategori askerî şirketler; bombardıman uçakları, taarruz helikopterleri ve füze sistemleri gibi ileri teknoloji ürünü silâh ve çeşitli sistemlerin ikmal ve bakımını da üstlenmişlerdir.²²

²¹ Singer, (2009), s. 236.

²² Snyder, s. 72.

III. Özel Askerî Şirket Çalışanlarının Hukukî Statüsü

Askerî hizmetlerin özelleştirilmesi ve özel askerî şirketlerin giderek artan bir şekilde silâhlı çatışma alanlarında görünür hâle gelmesi, bir dizi sorunu da beraberinde getirmekte ve haklı olarak şirket çalışanlarının tâbi oldukları hukukî statünün belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Papua Yeni Gine örneğinde görüldüğü üzere bu tür şirketlerle yapılan anlaşmalar, ülkede iç karışıklıklara, hatta askerî darbelere ya da isyanlara sebep olabilmektedir.²³ Bu tür kişi ve grupların, sivilleri hedef alan ve ölüm ya da yaralanmayla neticelenen hukuka aykırı eylem ve davranışlarda buldukları bilinmektedir. Örneğin; 16 Eylül 2007’de Bağdat’ta gerçekleşen *Nisour Square* saldırısında Amerikalı yetkilileri taşıyan konvoyu koruma sağlayan *Blackwater Worldwide* çalışanları, tehditle karşı karşıya kaldıkları gerekçesiyle ölçüsüz bir şekilde kuvvet kullanımına başvurarak 17 sivilin ölümü ve pek çoğunun da yaralanmasına neden olmuşlardır.²⁴ Öte taraftan Saddam sonrası Irak’ta emniyet kuvvetlerini yapılandırmak amacıyla anlaşmaya varılan ve aynı zamanda Kolombiya, Bosna Hersek, Kosova ve Afganistan gibi ülkelerde de faaliyet gösteren *DynCorp* isimli şirket çalışanları, henüz 12 yaşındaki kız çocukları da dâhil çatışmalardan

²³ Papua Yeni Gine, Bougainville Adasının bağımsızlığı için mücadele ayrılıkçı Bougainville Devrimci Ordusuyla mücadele etmesi için 1997 yılında *Sandline International* isimli şirketle anlaşmıştır. Ancak Hükûmet tarafından imzalanan anlaşmaya, başta Silâhlı Kuvvetler olmak üzere geniş bir kesim karşı çıkmış ve ülkede aleyhte gösteriler düzenlenmiştir. Silâhlı Kuvvetler, tepkisini daha da artırarak şirket tarafından ülkeye sevk edilen personeli tutuklamış ve teçhizata da el koymuştur. Yaşanan bu olayların ardından Hükûmet tarafından yapılan açıklamada, anlaşmanın askıya alındığı ve anlaşmaya dair hukukî soruşturma açılacağı ifade edilmiştir. Şirket ise, uluslararası hakem mahkemesine başvurarak konuyu yargıya taşımıştır. Hakem Mahkemesince verilen kararda, Papua Yeni Gine’nin iddiaları reddedilmiş, anlaşma hükümlerini yerine getirmediği gerekçesiyle şirketin uğradığı zararları tazmin etmesi gerektiği neticesine ulaşılmıştır. Şirketin uluslararası hukuk çerçevesinde hukukî statüsü ile tarafı olduğu sözleşmenin geçerliliği ve faaliyetlerinin sorgulanmadığı kararda, anlaşmanın uluslararası hukuka aykırı olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu haliyle söz konusu karar, özel askerî şirketlerin uluslararası bir ekonomik aktör olarak görüldüğünü ve özel askerî şirketlerin faaliyetlerini sınırlandıran ya da yasaklayan herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığını teyit etmektedir. Dava konusu olay ve karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. De Wolf, s. 326–327.

²⁴ Tiefer, s. 754.

kaçan ve zor durumda kalan kadın ve kızların ırzına geçmek ve fuhşa zorlamakla suçlanmışlardır.²⁵ Keza Irak'ta *Ebû Garip Cezaevi*'ndeki mahkûmlara yönelik cinsel işkence ve kötü muamelelere karışan şirket çalışanlarından hiç kimsenin yargılanmamış ve cezalandırılmamış olması, özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statüsünün açıklığa kavuşturulmasının önem ve aciliyet derecesini ortaya koymaktadır.²⁶

Görüldüğü üzere, bu yeni aktörlerin silâhlı çatışmalar hukuku başta olmak üzere uluslararası hukuk kapsamında hangi statüye tâbi olduğu belirsiz olup sorumluluklarına gidilememektedir. Söz konusu statünün belirlenmesi, bu kişilerin hak ve yükümlülüklerinin tespiti açısından oldukça önemlidir. Böylece, ilgili devletin bu şahısların eylem ve davranışlarından kaynaklanan sorumluluğu ile bu şahısları ele geçiren tarafın hak ve yükümlülüklerinin tespiti de mümkün olacaktır.

Çalışmanın bu kısmında özel askerî şirket çalışanları, *jus in bello* çerçevesinde paralı asker, muharip, muharip olmayanlar, sivil ve silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil başlıkları altında değerlendirilecektir.

A. Paralı Askerler

Aslında özel askerî şirketler zikredildiğinde akla ilk olarak paralı askerler (*mercenaries*) gelmekte, özel askerî şirketler ve çalışanları paralı askerliğin değişen şekli ya da diğer bir ifadeyle günümüz versiyonu olarak nitelendirilmektedir.²⁷ Gerçekten de paralı askerlik, pek çok yönden

²⁵ Bu olayla ilgili olarak şirket çalışanlarının hiç biri yargılanmadığı veya herhangi bir soruşturmaya tâbi tutulmadığı gibi, bu olayı kamuoyuna duyuran şirket çalışanının işten çıkarıldığı belirtilmektedir. Bkz. Stinnett, s. 215.

²⁶ *Ebû Garip Cezaevi*'nde gerçekleştirildiği iddia edilen olaylar üzerinde ABD tarafından yürütülen resmî soruşturmada da, iddiaları doğrular nitelikte ifadelere yer verilmiştir. Raporunda, *CACI International* ve *Titan* isimli şirket çalışanlarının *Ebû Garip Cezaevi*'nde yaşanan olumsuzluklardaki payları anlatılmaktadır. Buna göre, cezaevinde alıkonulan Iraklıları sorgulamakla görevli 37 kişiden 27'si *CACI International* isimli şirketin çalışanlarıdır. Sorgulama sırasında onlara yardım eden 22 tercüman ise *Titan* isimli şirketin çalışanlarıdır. Bkz. Taguba, 2004.

²⁷ Nitekim bu hususu dikkate alan kimi uluslararası hukukçuların, özel askerî şirketleri paralı asker kategorisi içinde mütalaa ettiği görülmektedir. Mesela *Sapone*, özel askerî şirketlerin paralı askerliğin modern görünümü olduğu ve hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. *Sapone*, s. 1-43. Öte taraftan *Frye*, paralı askerliğe

modern özel askerî şirketlerin öncüsü sayılmaktadır. Bu durumda, özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statüsünün tespit edilebilmesi için öncelikli olarak paralı askerlik seçeneğinin ele alınması ve açıklığa kavuşturulması zarureti ortaya çıkmaktadır.

1. Paralı Askerliğin Ortaya Çıkışı

Savaşın tarihi kadar eski bir geçmişe sahip paralı askerlik²⁸, kazanç amacıyla bir araya gelen ve çatışmalar sona erdiğinde dağılan şahısları ya da bu şahısların oluşturduğu geçici askerî grupları ifade etmektedir. Geçmişte ülkeler askerî anlamda ihtiyaç duyduklarında bedeli karşılığında özel askerlerle anlaşma yoluna giderek kendi ordularını teşkil etmekteydiler. Dolayısıyla, ücret karşılığında yabancı ülkeler adına savaşan profesyonel askerler, silâhlı kuvvetlerin temelini oluşturmaktaydı. Diğer askerlerin aksine, bunlar ülkelere hizmet etmedikleri gibi inandıkları idealler uğruna savaşmamakta, savaşmayı bir iş ve kazanç kapısı olarak görmektedirler. Paralı askerlerin hayatları pahasına uğruna savaştıkları kazancın sürekliliği ise, savaşın varlığına dayanmaktadır. Bu da hâliyle savaşa ahlâkî bir tutumla yaklaşmalarına engel olmaktadır. Dolayısıyla paralı asker denildiğinde zihinlere acımasız ve kural tanımayan kişiler gelmektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, paralı askerliğin üç temel özelliğe sahip olduğu görülür. Bunlar; savaş hâli, kendi askerî ihtiyaçları doğrultusunda bir yabancıya ücret ödemeye razı bir şahsın veya grubun varlığı ve kazanç gayesiyle yabancı bir güç adına savaşmaya gönüllü olan ve hayatını tehlikeye atan birey.²⁹

Zamanla paralı askerlerin kolektif bir biçimde bir araya gelmesi, orduların para karşılığı kiralanması sisteminin doğmasına neden olmuştur. Mesela, 13. yüzyılda İtalya'da yaygın bir uygulama olan *Condottiere* sistemi çerçevesinde yabancılardan oluşan özel ordular, sözleşme karşılı-

ilişkin düzenlemelerin gözden geçirilerek özel askerî şirket çalışanlarını da kapsayacak bir hale getirilmesini savunmaktadır. Bkz. Frye, s. 2607–2664.

²⁸ Mısırlılarla Hititlerin karşı karşıya geldiği Kadeş Savaşı'ndan (M.Ö. 1294) itibaren Mısır Medeniyeti'nde, Antik Yunan'da, Makedonyalılarda ve Kartacalılarda yabancı askerlerin kullanıldığı bilinmektedir. Bkz. Milliard, s. 2.

²⁹ Milliard, s. 6.

ğında İtalyan şehir devletlerini korumuşlardır.³⁰ Öte yandan 16. yüzyıldan itibaren malî yönden zayıf devletlerin, kendi ordularını başkalarının savaşlarında mücadele etmeleri için kiralarak kaynak temin etme arayışı içine girdikleri görülmektedir. Söz konusu askerler, kendi ülkeleri adına savaşmakla beraber nihayetinde bedeli karşılığında diğer bir ülkeye hizmet etmekteydiler. Bu sayede askerî yönden zor durumda olan kiralayan devlet, bedelini ödemek kaydıyla kendisi zarar görmeksizin hazır bir orduya sahip olmakta ve varlığını devam ettirme imkânını elde etmekteydi. Bunlardan en dikkat çeken, askerlerini Venedik, Hollanda ve İngiltere ile yaptığı sözleşmeler çerçevesinde kiralayan Alman Prenslileridir. Mesela İngiltere, Amerikan Bağımsızlık Savaşı sırasında Alman Prenslilerinden kiraladığı ve *Hessian Birlikleri* olarak bilinen 30.000 Alman askerini Amerika'ya sevk etmiştir.³¹

Ancak Otuz Yıl Savaşları'nın (1618–1648) ardından kiralık ordu uygulamasının artık değiştiği ve devlete ait sadık orduların kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Aslında Otuz Yıl Savaşı'nın nihaî sonucu, egemenlik kavramının imparatorluk kavramına galip gelmesidir. Bu Savaş takip eden 1648 Vestfalya Barışı, egemenliği esas alarak modern siyasî yapının temel aktörü olarak ulus devletin şekillenmesinin öncüsü olmuştur.³² Devletlerin gerçek anlamda birer hâkim güç hâline gelmeleri ile birlikte “şiddet tekeli” tamamen devletin denetimine geçmiş ve güvenlik devlet eliyle sağlanır hâle gelmiştir. Egemenliğin en belirgin işareti ise, iç ve dış kaynaklı şiddet araçlarına karşı mutlak hâkimiyettir. Bu da askerî güçlerin oluşturulması, geliştirilmesi ve kullanılması anlamına gelir.³³ Egemen devletlerin ortaya çıkmasıyla başlayan bu süreçte, sada-

³⁰ Frye, s. 2616.

³¹ McCormack, s. 76. Bu tür uygulamalar, sonraki dönemlerde de devam etmiştir. Mesela, Vietnam Savaşı sırasında askerlerini göndererek bedeli karşılığında Güney Vietnam'da savaşmaları amacıyla için ABD'nin Güney Kore, Filipinler, Tayland, Avustralya, Yeni Zelanda ve Çin gibi bazı ülkelerle anlaşma yaptığı belirtilmektedir. Bkz. Frye, 2615; Zarate, s. 87–88.

³² Singer, (2009), s. 57.

³³ Modern devlet kuramının savunucularından *Max Weber*'e göre; devletin temel vasıflardan birisi, düzenin sağlanması için meşru fizikî kuvvet kullanımının sadece devlet tarafından kullanılıyor olmasıdır. Bkz. Franklin, s. 240; Singer, (2009), s. 273–274.

kat ve vatanseverlik esaslarına dayalı ve vatandaşlardan müteşekkil devletin kendi ordusuna sahip olması fikri genel kabul görmeye başlamıştır. Yabancılardan oluşan kiralık orduların yerine devletin vatandaşlarından oluşan daimî ordular kurulmuştur. Devletin temel vasıflarından biri olan egemenlik ilkesi çerçevesinde kuvvet kullanma üzerindeki devlet kontrolü zaman içinde kurumsallaşmış; emniyet kuvvetleri vasıtasıyla iç güvenliği sağlayan devlet, orduları vasıtasıyla da dış güvenliğini sağlamaya başlamıştır.

Millî ordu anlayışı ile şekillenen bu süreçte, kiralık ordu uygulaması da büyük ölçüde ortadan kalkmış; ancak ferdi mahiyette paralı askerlik uygulaması az da olsa devam etmiştir. Bununla birlikte, geçtiğimiz yüzyılda sömürge yönetimi altındaki halkların self determinasyon ilkesine dayanarak ileri sürdükleri bağımsızlık taleplerini etkisiz kılabilmek ve bu topraklarda menfaatlerini sürdürmek isteyen sömürgeci devletlerin, paralı askerlerden yararlanma yoluna giderek bunları silâh altına almaya başlamalarıyla birlikte paralı askerlik tekrar gündeme gelmiştir. Nitekim paralı askerliğin “altın çağı” olarak nitelendirilen 1960’lı yıllarda paralı askerlik, Afrika ve Latin Amerika başta olmak üzere oldukça yaygınlaşmış, bir anlamda zirve noktasına ulaşmıştır. Paralı askerlerin bağımsızlıkları için mücadele eden sömürge idaresi altındaki halklara karşı uyguladığı vahşet, paralı askerliğe karşı güçlü bir kamuoyunun oluşmasına neden olmuş ve uluslararası toplumda paralı askerliğin yasaklanmasını ve paralı askerlerin cezalandırılmasını gündeme getirmiştir. Paralı askerlerin karıştığı hukuka aykırı uygulama ve davranışların da etkisiyle bu sistemin zamanla hukuk dışı kabul edilerek yasaklandığı görülmektedir. Bu kapsamda gerek bölgesel ve evrensel düzeyde paralı askerlerin hukukî statüsünü şekillendiren kimi düzenlemeler ortaya çıkmıştır.

2. Paralı Askerliğe İlişkin Hukukî Düzenlemeler

Paralı askerliğe dair uluslararası düzeyde üç hukukî düzenleme mevcuttur. Bunlar; 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek I Nolu Protokol³⁴ ile

³⁴ 12 Ağustos 1949 tarihli birbiriyle bağlantılı dört ayrı sözleşmeden oluşan 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde; uluslararası silâhlı çatışmalarda izlenmesi gereken kurallar, özellikle

münhasıran paralı askerliğe ilişkin hükümlere yer verilen 1977 tarihli Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi³⁵ (kısaca Afrika Sözleşmesi) ve Paralı Askerlerin Çalıştırılması, Kullanılması, Finanse Edilmesi ve Eğitimini Yasaklayan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi³⁶ (kısaca BM Sözleşmesi).

a. 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I Nolu Protokol (1977)

Paralı askerlik, uluslararası silâhlı çatışma bağlamında I Nolu Ek Protokol madde 47(2)'de tanımlanmış ve unsurları ortaya koyulmuştur. Madde 47(2)'ye göre;

“Paralı asker, aşağıda belirtilen şartları taşıyan kişidir:

(a) Yerel olarak ya da yurt dışından silâhlı bir çatışmada savaşmak üzere işe alınmış,

yaralıları, esir alınan siviller, çatışmalara hâlihazırda katılmayan veya katılmamış kişilere nasıl davranılacağına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri sırasıyla I Nolu Savaş Alanındaki Silâhlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Durumlarının İyileştirilmesi Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi; II Nolu Silâhlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerin Durumlarının İyileştirilmesi Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi; III Nolu Savaş Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve IV Nolu Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nden oluşmaktadır. Öte yandan 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile birlikte oluşturulan sözleşme düzeninde var olan ya da sonradan çıkan eksiklikleri gidermek için 8 Haziran 1977 tarihli I Nolu Uluslararası Silâhlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair Protokol ile II Nolu Uluslararası Olmayan Silâhlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair Protokol olarak bilinen 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokollerle, 8 Aralık 2005'de kabul edilip 14 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren Ayırtdedici Amblemlere İlişkin III Nolu Ek Protokol kabul edilmiştir.

³⁵ 3 Temmuz 1977'de akdedilen ve 22 Nisan 1985'te yürürlüğe giren Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi'nin (*Convention of the OAU for the Elimination of Mercenarism in Africa*) metni için bkz. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/485> (4 Mart 2011).

³⁶ G.A. Res. 44/34, U.N. Doc. A/RES/44/34 (Dec. 4, 1989). 4 Aralık 1989'da imzaya açılan ve 20 Ekim 2001'de yürürlüğe giren Paralı Askerlerin Çalıştırılması, Kullanılması, Finanse Edilmesi ve Eğitimini Yasaklayan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (*International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*) metni için bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r034.htm> (4 Mart 2011).

(b) *Aslında muhasamâta doğrudan iştirak eden,*

(c) *Özellikle özel kazanç arzusu ile hasmane davranışlarda yer almak istemiş olan ve aslında, çatışmaya dâhil olan bir tarafça ya da taraf adına, söz konusu tarafın, silâhli kuvvetlerindeki benzer rütbe ve görevler için muhariplere ödeneceği taahhüdünde bulunulan ya da ödenen miktarın üstünde maddi tazminat alacağı vaat edilen,*

(d) *Çatışma taraflarından birinin vatandaşı olmadığı gibi çatışmanın bir tarafınca kontrol edilen topraklar üzerinde ikamet etmeyen,*

(e) *Çatışmanın bir tarafının silâhli kuvvetlerine mensup olmayan,*

(f) *Çatışmanın tarafı olmayan bir devlet tarafından, bu devletin silâhli kuvvetlerinin bir mensubu olarak resmî görevle gönderilmemiş olanlar.”*

Öte taraftan madde 47(1)'de, paralı askerlerin muharip kategorisinde değerlendirilmelerinin söz konusu olmadığı ve yakalandıkları takdirde harp esiri olarak kabul edilmeyecekleri ifade edilmiştir.³⁷ Dolayısıyla yakalanan paralı askerlerin hukuka aykırı muharip olarak eylem ve davranışlarından ötürü cezaî sorumluluklarına gidilecektir.³⁸ Her ne kadar bu şahıslara harp esiri ayrıcalığı tanınmasa da, IV Nolu Cenevre Sözleşmesi ile I Nolu Ek Protokol madde 75'te yer verilen teminatlardan yararlanacaklardır.³⁹

³⁷ I Nolu Ek Protokol uluslararası silâhli çatışmalara yönelik hükümler ihtiva ettiği için 47. madde hükmünün uluslararası olmayan silâhli çatışmalarda uygulanabilmesi mümkün değildir.

³⁸ Muhasamâta doğrudan iştirak etme hakkı olmamasına rağmen iştirak eden ve bu yüzden düşman eline düştüğünde harp esiri kategorisinde yer almaları söz konusu olmayan bu şahıslar, sivil kategori içinde yer almakla beraber himayeden mahrum sivillerdir. Hukuka aykırı muharip statüsüne dair farklı görüşler ve kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Dörman, s. 45–74.

³⁹ Özel askerî şirket çalışanları, harp esiri statüsünde yer almadıkları için III Nolu Cenevre Sözleşmesi'nde öngörülen koruma sisteminden yararlanmayacaklardır. Ancak bu durum, uluslararası herhangi bir korumaya sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Uluslararası bir silâhli çatışmayla bağlantılı olmak kaydıyla temel teminatlardan yararlanabileceklerdir. Uluslararası nitelik taşımayan bir silâhli çatışma halinde ise, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan ortak 3.madde ile II Nolu Ek Protokol ve bu tür ça-

I Nolu Ek Protokol, paralı askerlik meselesini ele alan ilk uluslararası düzenleme özelliğine sahip olmasına rağmen, hükmün eksiksiz olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Protokol’de öngörülen şartlar ve bu şartların tümünün birlikte gerçekleşmesi gerekliliği, aslında hükmü anlamsız işlevsiz hâle getirmektedir. Bilhassa madde metninde yer verilen şartların birlikte gerçekleşmesinin aranıyor olması, paralı askerlikten bahsedebilmek için üst bir eşik öngörüldüğü anlamına gelmektedir. Doğal olarak bu durum, hükmün uygulanabilirliğini de sınırlandırmaktadır. 47. madde çerçevesinde birini paralı asker şeklinde değerlendirmek neredeyse imkânsızdır.⁴⁰

Öte taraftan söz konusu maddede yer verilen paralı asker tanımı, sorunlu bir tanım olup ele geçirilen paralı askerleri harp esiri statüsünden mahrum etme esasına dayanmaktadır. Nitekim paralı asker kullanmak yasaklanmadığı gibi, bu tür faaliyetleri cezalandırma yönünde herhangi bir hükme de yer verilmemiştir. Her şeyden önce, paralı askerlik kapsamında yasaklanan faaliyetlerin neler olduğu tam olarak belli değildir. İkinci olarak, Protokol’de paralı askerlerin kullanılması veya finanse edilmesinin yasaklanmasına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Söz konusu şahıslar, kim adına ve hangi amaç doğrultusunda savaştıklarına bakılmaksızın birer suçlu şeklinde nitelendirilmiş, ancak paralı askerlik özel bir suç türü olarak ortaya koyulmamıştır. Ayrıca paralı asker toplamak, bunları eğitmek veya finanse etmek suç sayılmamaktadır. Dolayısıyla özel askerî faaliyetlerin önlenmesine ilişkin etkili bir mekanizma oluşturulmadığı rahatlıkla söylenebilir.⁴¹

tışmalar için geçerli örfî uluslararası hukuku kuralları çerçevesinde öngörülen korumadan yararlanmaları mümkündür. Bkz. Gillard, s. 176.

⁴⁰ Liu, bu hükmün özel askerî şirketler açısından *Singer*’in yaptığı sınıflandırmada sadece askerî hizmet tedarikçisi şirketlere uygulanabileceği fikrindedir. Bkz. Liu, s. 145.

⁴¹ Belirtilmesi gereken diğer bir husus, hükmün evrensel düzeyde bir kabule sahip olmayışıdır. Mesela ABD, 47. maddeyi insancıl hukuku politize etmeye yönelik bir teşebbüs şeklinde nitelendirmiş ve hükmün uluslararası hukuk çerçevesinde kabul edilebilir bir hüküm olmaktan uzak olduğunu ileri sürmüştür. İngiltere’nin de benzer yönde görüşlere sahip olduğu dikkate alındığında, özel askerî endüstride temel aktörler olarak karşımıza çıkan bu iki devletin desteği olmaksızın yapılacak bir tanımın nasıl bir neticeyle karşılaşacağı açıktır. Bu konuda bkz. Barrie, s. 336. Doktrinde 47. maddenin örfî ulus-

Özel askerî şirketler açısından bakılacak olursa, silâhlı bir çatışmada savaşmak üzere işe alınmış olma şartının daha baştan sınırlandırıcı bir nitelik taşıdığı görülür. Bu şirketlerin faaliyet sahası içerisinde, eğitim ve danışmanlık hizmetlerinin önemli bir yer tuttuğu dikkate alındığında, bu düzenlemenin özel askerî şirket çalışanlarının paralı askerlik kapsamında değerlendirilmesini engelleyici bir role sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca belirli kişilerin veya kuruluş ya da tesislerin güvenliğini sağlamak üzere anlaşma imzalanan özel askerî şirketlerin, bu kapsamda değerlendirilmeyeceği açıktır. Bu şirketler, anlaşma çerçevesinde görevlerini yerine getirirken bir çatışmaya dâhil olsalar da durum yine değişmez. Çünkü başlangıç itibarıyla savaşmak üzere işe alınmamışlardır. Son olarak 47. maddede yer verilen paralı askerlik tanımının karşılanabilmesi için, bu şahısların çatışma taraflarından birinin vatandaşı olmaması veya çatışma tarafınca kontrol edilen topraklar üzerinde ikamet etmemesi gerekmektedir. Bu hüküm, söz konusu şahısların büyük bir kısmını paralı asker statüsünde değerlendirmeye engeldir. Kaldı ki özel askerî şirketlerde istihdam edilen şahıslar arasında eşitsiz bir uygulamanın yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Mesela Irak'ta bu şirketlerde çalışan Amerikan ve İngiliz vatandaşı şahıslar, madde 47(2)(d) uyarınca vatandaşı oldukları ülkeler dikkate alınarak paralı asker şeklinde nitelendirilmekten kurtulmakta, ancak bu durumda olmayan diğerleri paralı asker şeklinde değerlendirilebilmektedir.⁴² Öte taraftan, madde 47(2)(c) hükmü dikkate alındığında ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki metinde de görüldüğü üzere, üçüncü taraf konumundaki ülkelerin vatandaşı olan şahısların, çatışma tarafının silâhlı kuvvetlerindeki benzer rütbe ve işlevler için muhariplere öngördüğü veya ödediği miktarın üstünde bir kazanç sağlaması şartı aranmaktadır. Hâlbuki bu şahıslar, diğerleriyle mukayese edildiğinde daha az kazanç elde etmektedirler. Mesela, *Triple Canopy* isimli şirkette çalışan Amerikalı bir personel, günlük 500–600 Amerikan Doları kazan-

lararası hukuk niteliği kazanmadığı yönünde benzer görüşler için bkz. Cameron, s. 597; Scheimer, s. 632–633.

⁴² McCormack, s. 96.

maktayken, aynı işi yapan Fijili bir personel günlük sadece 70 dolar kazanmaktadır.⁴³

b. Afrika Sözleşmesi ve BM Sözleşmesi

Münhasıran paralı askerliğe ve askerlere dair hükümlere yer verilen Afrika Sözleşmesi ile BM Sözleşmesi'nde, tüm yetersizliklerine rağmen I Nolu Ek Protokol'de yer alan hüküm esas alınmıştır. Ancak her iki düzenlemede de devletlere iç hukuk kapsamında gerekli düzenlemeleri yaparak paralı askerlik tanımına uyan şahısları ayrı bir suç kategorisi içinde yargılamaları yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler arasındaki bir diğer fark, paralı askerliğe ilişkin sözleşmeler uluslararası mahiyette olsun ya da olmasın her tür silâhlı çatışmada uygulanabilir niteliktedir. Oysa I Nolu Ek Protokol hükümleri, sadece uluslararası silâhlı çatışmalar için geçerlidir.

Bunlardan ilki olan Afrika Sözleşmesi; Afrika halklarının self determinasyon haklarını kullanmalarına engel olmak, Afrika devletlerinin ülke bütünlüklerine veya bağımsızlıklarına zarar vermek amacıyla paralı askerlerin kiralanması, örgütlenmesi, bunlara eğitim desteği sağlanması ve ihtiyaçlarının karşılanmasını yasaklamakta, aksi durumda ilgili devletin ve bireylerin sorumluluklarının doğduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'de ilk maddede amaç unsurunda yapılan kısmî bir değişiklik hariç I Nolu Ek Protokol'e benzer bir tanıma yer verilmiştir. 3. madde de yine I Nolu Ek Protokol'de olduğu gibi paralı askerlerin muharip statüsüne sahip olmadıkları ve yakalandıkları takdirde harp esiri sayılmayacakları ifade edilmiştir. Öte taraftan paralı askerleri ağır müeyyidelerle cezalandırmanın amaçlandığı 7 ve 8. maddeler uyarınca akit taraflar bu tür fiillere karışan şahısları yargılamak veya yargılanmak üzere ilgili devlete iade etmekle yükümlü kılınmışlardır.

BM Sözleşmesi ise, I Nolu Ek Protokol'deki eksiklikler karşısında harekete geçen BM öncülüğünde akdedilmiştir. 1980'de paralı askerlik konusunda çalışmak üzere BM tarafından teşkil edilen bir heyet, paralı

⁴³ Morgan, s. 223.

askerliğe dair uygulanabilir bir tanım yapmak, paralı askerlik kapsamında söz konusu olabilecek suçları tespit ederek sorumluluklarını ortaya koymak amacıyla çalışmaya başlamıştır. Dokuz yıl süren bir çalışmanın ardından bu düzenleme akdedilmiştir.

Paralı askerliğin tanımlanmasında I Nolu Ek Protokol'ü esas alan Sözleşme'nin ilk maddesinde tanım yapılmıştır:

“Bu Sözleşme'nin amaçları bakımından

1. Paralı asker:

a) Özel olarak silâhlı bir çatışmada çarpışmak üzere yerel olarak veya dışından silâh altına alınan;

b) Özellikle şahsî kazanç arzusu ile hasmane davranışlarda yer almak üzere harekete geçirilmiş ve esasında çatışmada yanında yer aldığı veya adına hareket ettiği tarafın silâhlı kuvvetlerindeki benzer rütbe ve görevlerde hizmet eden muhariplere ödenmesi vaadinde bulunulan ya da ödenen miktara nazaran daha fazla maddi ödemede bulunulacağı vaat edilen;

c) Çatışmanın tarafı bir devletin vatandaşı olmadığı gibi çatışmanın tarafı bir devlet tarafından kontrol edilen bölgede ikamet etmeyen;

d) Çatışmanın tarafı bir devletin silâhlı kuvvetlerine mensup olmayan ve

e) Çatışmanın tarafı olmayan bir devletin silâhlı kuvvetlerinin mensubu olarak resmî bir görevle çatışmaya gönderilmemiş bir şahıstır.”

2. Diğer herhangi bir durumda bir paralı asker aynı zamanda:

a) Yerel olarak veya yurt dışından aşağıdaki amaçlar doğrultusunda kararlaştırılmış şiddet hareketlerine katılmak üzere silâh altına alınan;

i) Bir hükümeti devirmek veya bir devletin anayasal düzenini yıkmak;

ii) Bir devletin toprak bütünlüğüne zarar vermek;

b) Dikkate değer bir şahsî kazanç arzusuyla çatışmaya katılmak üzere harekete geçirilmiş ve maddi tazminat vaadi veya ödemesiyle teşvik edilmiş;

c) Şiddet hareketinin yöneltildiği devletin vatandaşı veya mukimi olmayan;

d) Bir devlet tarafından resmî görevle gönderilmeyen ve

e) Şiddet hareketinin gerçekleştirildiği devletin silâhlı kuvvetlerinin bir mensubu olmayan bir şahıstır.”

BM Sözleşmesi, Afrika Sözleşmesi'nden farklı olarak hangi amaca dayalı olduğuna bakmaksızın paralı askerlik sayılabilecek tüm faaliyetleri yasaklamıştır. I Nolu Ek Protokol ile Afrika Sözleşmesi'ne nazaran daha kapsamlı sayılabilecek bir tanıma yer verilen BM Sözleşmesi'nde, uluslararası mahiyette olsun ya da olmasın tüm uyumsuzluklarda uygulanabilir niteliğe sahip paralı askerlik faaliyetleri somutlaştırılmış ve paralı askerlik iki kategori şeklinde ele alınmıştır. İlk kategori, I Nolu Ek Protokol madde 47(2)'de yer verilen şartların karşılanmasını öngörmektedir. Burada sadece doğrudan düşmanca eylemlerde yer alma şartına yer verilmiştir. İkinci kategoride ise; silâhlı bir çatışma şartı aranmaksızın şahsî kazanç arzusuyla mevcut hükûmeti devirmek veya devletin anayasal düzenini yıkmak amaçlı organize şiddet hareketlerinde yer alan ücretli şahısların kullanılması paralı askerlik kapsamında ele alınmıştır. Öte taraftan Sözleşme'de; paralı askerleri silâh altına alan, kullanan, finanse eden veya eğiten (madde 2), doğrudan çatışmalara ya da duruma göre planlanmış şiddet hareketlerine katılan (madde 3), Sözleşme'de yer verilen suçları işleyen veya işlemeye teşebbüs edenler (madde 4) olmak üzere dört kategori birey için cezaî sorumluluğun doğduğu kabul edilmiştir. Ancak bu suçun uygulanabilirliği taraf devletlerin kendi iç hukukuna bırakılmıştır. Afrika Sözleşmesi'nde olduğu gibi BM Sözleşmesi'nde de akit taraflar, kendi ülkelerinde bulunan ve paralı askerlik bağlamında yasaklanmış davranışlarda bulunmakla suçlanan şahısları yargılamak ya da yargılanmak üzere ilgili devlete iade etmekle yükümlü tutulmuştur (madde 12).

Esasında *Barrie*'nin de belirttiği üzere BM Sözleşmesi, önceki düzenlemelere oranla daha başarılı bir düzenlemedir.⁴⁴ Fakat Sözleşme hükümleri, özel askerî aktörlerin hukukî statülerine ilişkin karışıklığı ortadan kaldırmadığı gibi, paralı askerliğin söz konusu olabilmesi için karşılanması oldukça zor şartlar öngörmüştür. Bunun da etkisiyle pek çok devlet Sözleşmeyi imzalayarak onaylamaktan kaçınmıştır. Nitekim akit taraflar arasında ABD, İngiltere gibi devletlerin yer almadığı görülmektedir.

Yukarıda da izah edildiği üzere, paralı askerliğe ilişkin uluslararası düzenlemeler esas alındığında, özel askerî şirket çalışanlarının bir bütün olarak bu kategori içinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görülür.⁴⁵ Geçmişten bu yana bilinen paralı askerlerden farklı olarak, özel askerî endüstri yeni bir uygulamadır. Bu meyanda paralı askerler ile savaşın özelleştirilmesiyle ortaya çıkan askerî şirketler birbirinden farklı oluşumlar olup bunları birbirinden farklı kılan temel bazı hususiyetler mevcuttur. Öncelikle bu şirketler, şahsî kâr amaçlı illegal müteşebbislerden değil, kayıtlı olarak faaliyet gösteren süreklilikleri olan ve hiyerarşik yapıya sahip kâr amaçlı ticarî nitelikli tüzel kişiliklerden oluşmaktadır. Hâlbuki 47. madde, sadece gerçek kişiler için tatbik sahasına sahiptir. Dolayısıyla kayıtlı olduğu devletin öngördüğü kurallar çerçevesinde hukukî bir varlığa sahip tüzel kişiler için tatbik imkânına sahip değildir. Üçüncü olarak, bunlar uluslararası piyasa düzeyinde ticarî yolları kullanarak birbirleriyle rekabet ederler. Öte taraftan, umumiyetle uluslararası toplum tarafından tanınan hükümetlerle çalışırlar ki bu sayede kendi meşruiyetlerine zarar vermek istemezler. Buna mukabil paralı askerliğin en belirgin özelliği, savaşarak maddi kazanç elde etme isteğidir. Temel gayesi maddi amaçlarla sınırlı olan paralı askerlerin, işveren ayırımı yapmaları da söz konusu değildir. Tüm bu hususlar özel askerî şirketleri, paralı askerlikten açıkça farklılaştırmaktadır. Ancak özel askerî şirket çalışanları paralı askerliğe dair düzenlemelerde aranan şartları karşıladıkları takdirde paralı asker şeklinde nitelendirilebilirler. Bunun için de her bir so-

⁴⁴ Barrie, s. 338–339.

⁴⁵ Zarate, s. 80.

mut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılarak öngörülen şartlar karşılandığı takdirde paralı asker nitelendirmesinin mümkün olup olmadığı karara bağlanacaktır. Ancak söz konusu düzenlemelerde metinde yer verilen şartların tümünün aynı anda gerçekleşmesi şartı arandığı dikkate alındığında, somut bir olayda bir şahsın paralı asker şeklinde nitelendirilmesinin istisnaî bir durum olacağını da ayrıca belirtmek gerekir.

B. Muharip Statüsü

Askerî tarihçilerin de işaret ettiği üzere iptidai toplumlar; her erkeğin muharip olduğu, dolayısıyla toplumun topyekûn savaştığı topluluklar niteliğindedir.⁴⁶ Ancak daha önceden de belirtildiği gibi, günümüzde toplumların nihaî örgütlenme modeli olan modern devletlerde, ülke bütünlüğünü ve bağımsızlığını korumak üzere disiplinli ve örgütlü askerî birliklerden oluşan silâhlı kuvvetler teşkil edilmiştir. Bu bağlamda, silâhlı bir çatışmada muharip ve sivil olmak üzere bireylerin içinde yer alabileceği iki temel statü bulunmakta olup her bir kategori için farklı hak ve yükümlülükler öngörülmüştür.⁴⁷ Silâhlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden biri olan muharip ve sivil ayrımı, devletin bir organı konumundaki silâhlı kuvvetlere mensup askerlere resmî bir statü ve imtiyaz sağlayarak tâbi olduğu hukukî statüyü açıklığa kavuşturmaktadır. Bu iki kategoriden ilki olan muharip statüsünde yer alanlar, hasmane davranışlara/muhasamâta doğrudan iştirak hakkına sahipken siviller için bu hak mevzuubahis değildir.

Muharip statüsü, silâhlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden biri olan ayırım gözetme ilkesi (*the principle of distinction*) açısından son derece önemlidir. Sivil hedef, kişi ve nesnelere gözetilerek bunlara zarar verilmemesi amaçlanan söz konusu ilkeye göre, I Nolu Ek Protokol madde 41(2)'de tanımlanan çatışma dışı kalanlar (*hors de combat*) hariç mu-

⁴⁶ Kidane, s. 366.

⁴⁷ Muharip ve sivil kavramı, münhasıran uluslararası silâhlı çatışmalar için geçerlidir. Dolayısıyla uluslararası mahiyette olmayan silâhlı çatışmalarda bir karşılıkları yoktur. Yine de muharip ve sivil arasında ayırım gözetilmesi yükümlülüğüne ilişkin kuralın, uluslararası olan ya da olmayan tüm silâhlı çatışmalara uygulanabilir bir örfî uluslararası hukuk kuralı olduğu ileri sürülebilir. Bkz. Henckaerts ve Doswald-Beck, s. 3.

harip sınıfında yer alanlar meşru birer hedef konumundadır. Buna mukabil, sivil hedeflerle askerî hedeflerin ve sivil halkla muhariplerin mutlak surette ayırt edilmesi ve sivil unsurların hiçbir şekilde hedef alınmaması gerekmektedir.⁴⁸ Bununla birlikte, askerî gereklilik sebebiyle sivil hedeflere ve sivillerin yoğun olarak bulunduğu bölgelere saldırıda bulunulabileceği kabul edilmekte; ancak “orantılılık ilkesi” uyarınca, yapılacak harekâta beklenen askerî netice ile yapılan eylem arasında bir orantının bulunması şart koşulmaktadır.⁴⁹

Muharip kategorisinde yer alanlar, uluslararası silâhlı çatışmalara doğrudan katılma ve düşman kuvvetleri tarafından yakalandıklarında harp esiri olarak muamele görme hakkına sahiptir. Çatışmalara doğrudan iştirak eden siviller, yetkileri olmaksızın gerçekleştirmiş oldukları eylemlerinden ötürü cezaî yargılamaya tâbi olurken; muharipler, hukuk kurallarına uygun olmak kaydıyla bu tür eylemlerinden dolayı yargılamaya tâbi değildirler.⁵⁰ Hukukî sınırlar içinde olmak kaydıyla neden oldukları adam öldürme ve yıkıma sebebiyet verme dâhil muhariplerin sorumlulukları bulunmamaktadır.⁵¹ Ancak söz konusu kural, muhariplerin hukuka aykırı davranışlarından dolayı sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmemektedir. Böyle bir durum vuku bulduğu takdirde, elbette soruşturma süreci başlatılacak ve sorumluluklarına gidilecektir.⁵²

⁴⁸ Örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Uluslararası Silâhlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I Nolu Protokol madde 48’de, sivillerin korunmasına yönelik temel hükümler çerçevesinde ayırım gözetme ilkesine yer verilmiş, madde 51(4)’de de ayırım gözetmeyen saldırılarda bulunmak yasaklanmıştır.

⁴⁹ Nitekim I Nolu Ek Protokol’de “Koruyucu Önlemler” başlığı altında yer verilen 57. maddede, sivillere verilecek zararı asgarî düzeye indirecek uygun yöntem ve araçlar bulunup kullanılması yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu hükme göre; başvurulacak araç ve yöntemlerin kazara sivil can kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin hasar görmesine ya da sağladığı askerî yarardan daha fazla sivil zarara yol açma ihtimali olduğu takdirde ya saldırıdan vazgeçilecek ya da saldırı ertelenecektir.

⁵⁰ III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1),(2),(3) ve (6); I Nolu Ek Protokol madde 43 ve 44(1).

⁵¹ *Kidane*’nin de işaret ettiği gibi söz konusu muafiyet; savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım suçunu kapsamamaktadır. Bkz. *Kidane*, s. 379.

⁵² III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 82–88; I Nolu Ek Protokol madde 85–86.

1. Muharip Statüsüne İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Pozitif düzenlemeler itibarıyla; 1907 tarihli IV Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Âdetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne Ek Yönetmelik ile III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1),(2) ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I Nolu Protokol madde 43(1) ile muharip statüsü açıklığa kavuşturulmaktadır.

Uluslararası silâhlı çatışma bağlamında muharip statüsünün tanımlanmasına yönelik ilk uluslararası çaba, 1874'te gerçekleştirilen Brüksel Konferansı ile söz konusu olmuş; ancak 1907 tarihli IV Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Âdetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'nde bir tanım yapılabilmıştır. Mezkûr düzenlemenin 3. maddesinde; muharip tarafların silâhlı kuvvetlerinin muhariplerden ve muharip olmayanlardan teşkil ettiği, bu şahısların düşman eline geçtiklerinde harp esiri olarak muamele görecekları hükmüne yer verilmiş ve bu statünün silâhlı kuvvetler mensupları ile öngörülen şartları taşımaları kaydıyla milisleri ve gönüllü birlikleri de kapsadığı ifade edilmiştir.⁵³ Bu durumda uluslararası silâhlı çatışmalarda muharip statüsü tanımına dâhil olan ikinci grup kişilerin, bazı şartları taşımaları kaydıyla bir devletin ordusunda yer alan milis kuvvetler ile gönüllü birliklere mensup şahıslar olduğu görülür. Bu kişilere savaş kurallarının uygulanmasını öngörmek suretiyle zımnen muharip statüsünün tanındığını kabul eden ilk düzenleme olan bu düzenlemenin ilk maddesinde aranan şartlar belirtilmiştir. Buna göre; astlarından mesul bir şahıs tarafından komuta edilmeleri, uzaktan fark edilebilir sabit bir işarete sahip olmaları, silâhlarını açıkça taşımaları ve hareketlerinde savaş kanun ve örf âdetlerine uymaları mecburidir.

Öte taraftan I Nolu Ek Protokol madde 43(1)'de, çatışma tarafının silâhlı kuvvetlerinin kimlerden oluştuğu açıklanmaktadır: *“Bir çatışma tarafına ait silâhlı kuvvetler, söz konusu taraf karşı tarafça tanınmayan bir hükûmet ya da otorite tarafından temsil ediliyor olsa dahi, astlarının*

⁵³ Muharip ve muharip olmayanlar ayrımının yapıldığı Lahey Sözleşmesi'ne mukabil III Nolu Cenevre Sözleşmesi'nde bu tür bir ayrıma yer verilmemiştir. Morgan, bu durumu Sözleşme'de daha çok savaş esirlerinin hukukî statüsü üzerinde odaklanmış olmasıyla izah etmektedir. Bkz. Morgan, s. 225.

yaptıklarından dolayı söz konusu tarafa karşı sorumlu olduğu bir emir komutası altında bulunan tümüyle teşkilatlanmış silâhli kuvvetlerden, gruplardan ve birimlerden oluşur. Bu tür silâhli kuvvetler, silâhli çatışmalarda uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak bir iç disiplin sistemine tâbi olacaklardır.” Madde metninde, silâhli çatışma tarafının komutası altında ve onun adına düşmanca faaliyetlere karışan silâhli bir gruba dâhil herkes, muharip olarak nitelendirilmektedir. Bu tanımdan hareketle muharip kategorisinde yer alabilmek için uluslararası silâhli bir çatışmada taraflardan birine bağlı veya birinin emrinde olmak, silâhli bir grup olmak, teşkilatlanmış bir yapıya sahip olmak, emir-komuta zinciri içinde yer almak ve iç disiplin sistemine tâbi olmak şarttır. Ayrıca madde 43(3) uyarınca, karşı tarafa bu şahısların silâhli kuvvetler içinde yer aldığı bilgisinin verilmesi zorunludur.

Muharip statüsü için aranan hukukî şartlar III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4’te I Nolu Ek Protokol madde 43’e nazaran daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Kimlerin harp esiri kategorisinde yer alacağına dair ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilen söz konusu hükmün ilgili kısmı şu şekilde kaleme alınmıştır:

“A. Bu Sözleşme anlamında harp esirleri, düşman eline düşen ve aşağıdaki kategorilerden biri içinde yer alan şahıslardır:

1. Çatışma tarafının silâhli kuvvetleri mensupları ve bu silâhli kuvvetlerin bir parçası durumundaki milisler ve gönüllü birlikler mensupları:

2. Aşağıdaki şartları karşılamaları kaydıyla, organize direniş hareketleri mensupları da dâhil olmak üzere, ülkeleri işgal altında olsa bile, çatışmanın bir tarafına bağlı olup, söz konusu ülke içinde veya dışında faaliyet gösteren diğer milisler ve gönüllü birliklerin üyeleri:

- a) Astlarından sorumlu bir kişi tarafından komuta edilme;*
- b) Sabit ve uzaktan tanınabilinir bir ayırt edici işarete sahip olma;*
- c) Silâhları açık bir şekilde taşıma;*

d) *Harekâtları, hukuka ve savaş âdetlerine uygun bir şekilde icra etme.*

3. *Alıkoyan güç tarafından tanınmayan bir hükûmete veya otoriteye sadakatlerini açıkça ifade eden düzenli silâhli kuvvetler mensupları.”*

Madde metni esas alındığında muharip statüsünün temel belirleyici unsurları; çatışma tarafının silâhli kuvvetlerinin parçası durumundaki organize silâhli birlik veya kuvvetler içinde yer almak, astlarından sorumlu bir komuta altında olmak, sivillerden ayırt edici bir işarete sahip olmak, silâhlarını açıkça taşımak ve silâhli çatışmalara dair kurallara uymak şeklinde özetlenebilir.

2. Muharip Statüsünün Elde Edilmesi

Yukarıda yer verilen düzenlemeler ışığında uluslararası hukuka göre muharip, silâhli çatışmalara doğrudan iştirak hakkına sahip kişiyi ifade etmekte olup, çatışan tarafların silâhli kuvvetlerine mensup şahıslar ile belirli durumlarda milis kuvvetleri ile gönüllülerden oluşmaktadır.⁵⁴ Buna göre muharip statüsünün kazanılması, çatışma tarafının silâhli kuvvetlerinin mensubu olmaya⁵⁵ veya milis kuvvetlerinin ya da gönüllü birliklerin mensubu olarak çatışma tarafının yanında yer almaya ve öngörülen şartları taşımaya bağlıdır.⁵⁶ Muharip statüsüne sahip kişilerin başında ise, çatışan devletlerin silâhli çatışmalara doğrudan iştirak eden düzenli silâhli kuvvetleri (*regular armed forces*) gelmektedir. Keza I Nolu Ek Protokol madde 43(2)'de sağlık personeli ve din görevlileri dışındaki çatışmalara katılan bir tarafın silâhli kuvvetler mensuplarının muharip statüsünde yer aldıkları ve çatışmalara doğrudan iştirak etme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Silâhli kuvvetler mensupları arasında sağlık ve din görevlileri olmak üzere muharip olmayan kişilerin de yer aldığını ifade eden hükmün devamında bir sonraki fıkrada, çatışmanın bir tarafı çatışma tara-

⁵⁴ 1949 Cenevre Sözleşmeleri kapsamında I Nolu Sözleşme madde 13(1), II Nolu Sözleşme madde 13(1) ve III Nolu Sözleşme madde 4(1)'de muharip statüsü nizami kuvvetlerle sınırlı kılınmamış ve bu kuvvetlerin bir parçası konumundaki milisler ve gönüllü birlik mensupları da bu statü içinde değerlendirilmiştir.

⁵⁵ III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1) ve I Nolu Ek Protokol madde 43.

⁵⁶ III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(2).

finın diğer taraflara bildirimde bulunmak kaydıyla milis kuvvetleri ile silâhlı kolluk kuvvetlerini (*armed law enforcement*) silâhlı kuvvetleri bünyesine dâhil edebileceği ifade edilmektedir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, silâhlı bir çatışmanın tarafı adına düşmanca eylemlere karışan ve sorumlu bir komutanın idaresi altındaki silâhlı bir gruba mensup tüm şahıslar muharip olarak kabul edilir.⁵⁷

Buna göre muharip statüsünün elde edilmesi, çatışma taraflarından birinin silâhlı kuvvetlerine veya çatışma taraflarından birine ait askerî ya da gönüllü kuvvetlere mensup olma ve belirli kriterlerin yerine getirilmesiyle mümkündür.

Söz konusu düzenlemelerde, bir devletin kişileri silâhlı kuvvetlerine dâhil etmesi için yapması gerekenlere dair herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu tamamen ilgili devletin iç hukuku çerçevesinde belirlenecek bir husustur. Dolayısıyla, bir devletin silâhlı kuvvetlerine katılmak şahsın iradesine ve ilgili devletin hukukî mevzuatına bağlıdır.⁵⁸ Diğer bir ifadeyle, silâhlı kuvvetler bünyesinde yer alabilmek için aranan gerekli şartları belirlemek devletin yetkisindedir. Bu kapsamda *de jure* veya *de facto* yollarla muharip statüsünün elde edilebileceğini belirtmek gerekir. Eğer bir devlet, resmî yollardan özel askerî şirket çalışanlarını silâhlı kuvvetleri bünyesine dâhil ederse, bu kişiler *de jure* yolla muharip statüsünü kazanırlar. Bu tür resmî bir yola başvurulmadığı takdirde, söz konusu kişilerin mevcut şartlar çerçevesinde *de facto* yolla muharip statüsünü kazanmaları mümkün olabilmektedir.

⁵⁷ Bu hükümde iki temel husus dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, bir ast-üst ilişkisinin varlığını ifade eden komuta zincirinin aranıyor olmasıdır. Söz konusu komuta zinciri ve iç disiplin şartı, devletin isteği doğrultusunda hareket eden organların davranışlarından kaynaklanan sorumluluğun devlete isnat edilebilmesi açısından bir gerekliliktir. İkincisi ise, muharip olmayanlar statüsünün de bir devletin silâhlı kuvvetleri bünyesinde değerlendiriliyor olmasıdır. Bu kategoride yer alanlar, umumiyetle tıbbî ve dinî personel olup söz konusu şahıslar silâhlı eylemlerde yer alamazlar.

⁵⁸ *Bosch ve Cameron*; söz konusu hükümler dâhil uluslararası hukukun bireylerin silâhlı kuvvetlere dâhil olmasına dair herhangi bir hükme yer vermediğini, bu meselenin tamamen devletin iç hukukuna ilişkin bir mesele olduğu kanaatindedirler. Bkz. *Bosch*, s. 38; *Cameron*, s. 583.

I Nolu Ek Protokol madde 43(1), muharip statüsünün düzenli ya da düzensiz ayrımı yapılmaksızın *de jure* veya mevcut duruma bağlı olarak *de facto* yollarla elde edilebileceğini öngörmektedir. Madde 4(1) muharip statüsünün *de jure* bir şekilde kazanılmasını, diğer bir ifadeyle silâhli kuvvetler bünyesine resmî yollardan dâhil edilmeyi düzenlemektedir. Madde 4(A)(2) ise, grubun yapısı ve eylemleri çerçevesinde *de facto* yollarla muharip statüsünün kazanılmasını düzenlemektedir. Ancak madde 4(A)(2) ile I Nolu Ek Protokol madde 43(1) arasında *de facto* muharip statüsünün elde edilmesi arasındaki temel farklılık, devlet bağlantısının aranıp aranmaması hususundadır. Madde 4(A)(2)'de bağımsız silâhli grubun çatışmanın tarafına ait olması aranmaktayken madde 43(1)'de söz konusu grubun komuta zinciri içinde olması yeterli görülmektedir. Burada yapılacak lâfzî bir yorum, ilkinin taraf devletle organik açıdan daha yakın bir ilişki içinde olmasını gerekli kılmaktadır.

Bir devletin iç hukuku bireylerin silâhli kuvvetler kapsamında değerlendirilmesine izin verdiği takdirde, söz konusu devletin, bu bireyleri sivillerden ayırt edilmesi için, uluslararası hukuk tarafından öngörülen hususları yerine getirmesi gerekmektedir.

Muharip kavramıyla ilgili diğer bir mühim mevzu, *levée en masse* olarak bilinen kitle hâlinde ayaklanma istisnasıdır. III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(6)'da düzenlenen bu istisna kapsamında, sivillerin meşru birer muharip olarak nitelendirilebilmesi mümkün hâle gelir. Söz konusu hükme göre; düşmanın yaklaşması üzerine düzenli silâhli kuvvetler hâlinde teşekküle vakit bulamadan işgal kuvvetleriyle çarpışmak üzere o anda kendiliğinden silâha sarılan işgal edilmemiş ülkenin halkı, silâhli çatışmalar hukuku kurallarına uygun davranmak ve silâhlarını açıkça taşımak kaydıyla muharip statüsüne girmeye hak kazanırlar. Bu durumdaki sivillerin, silâhli çatışmalar hukukuna riayet ettikleri takdirde harp esiri ayrıcalığından yararlanmaları mümkündür.⁵⁹

⁵⁹ Heaton, s. 172. *Levée en masse* istisnasını, I Nolu Ek Protokol madde 51(3)'de çatışmalara doğrudan iştirak etmedikçe sivillerin sağlanan korumadan istifade edebileceklerine ilişkin hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, işgale karşı savunma

Özel askerî şirketlerle bağlantılı olarak düşünüldüğünde, şirket çalışanlarının muharip kategorisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu karşımıza çıkar. Bu sorunun cevaplanabilmesi için özel askerî şirketlerle bunların çalışanları ve silâhlı kuvvetler arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu durumda özel askerî şirket çalışanlarının, III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1) veya I Nolu Ek Protokol madde 43'e göre doğrudan bir devletin silâhlı kuvvetleri mensubu olmakla *de jure* veya yine III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(2) veya I Nolu Ek Protokol madde 43'e göre bir devletle bağlantı içinde olmakla *de facto* şekilde muharip statüsü elde edebileceği görülür.⁶⁰ Kabul etmek gerekir ki, bu şahıslar silâhlı kuvvetlerin birer mensubu değildir. Bunların statüsü değerlendirilirken silâhlı kuvvetler bünyesine dâhil edilmeleri (III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1) ve I Nolu Ek Protokol madde 43(1) veya III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(2) kapsamında milis kuvvetlerine ait niteliklere sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesi önemlidir. Özel askerî şirket çalışanları devlet tarafından o devletin silâhlı kuvvetleri bünyesine dâhil edildiği takdirde, *de jure* yolla muharip statüsü elde ederler. Yakalanmaları hâlinde de çatışmalara doğrudan iştirak edip etmediklerine bakılmaksızın harp esiri statüsünde yer almaya hak kazanırlar. Özel askerî şirketlerin bu şekilde silâhlı kuvvetler bünyesine dâhil edilmesi hâlinde, sorun da ortadan kalkacaktır. Teorik açıdan bakıldığında, özel askerî şirketlerin devletlerce silâhlı kuvvetler içine dâhil edilmesine yönelik hukukî bir engel bulunmamaktadır. Ancak, özel askerî şirket çalışanlarının *de jure* yolla silâhlı kuvvetler bünyesine dâhil edilmesinin son derece istisnâî bir durum olduğunu belirtmek gerekir.⁶¹

Resmî yollardan bu tür bir uygulama yapılmadığı takdirde, söz konusu şahısların mevcut şartlara bağlı olarak *de facto* yollardan muharip statüsü kazanması gündeme gelir. Çatışmanın tarafı devletin silâhlı kuv-

amacıyla silâhlanan şahıslarla işgali müteakip silâhlanan şahısların hukukî yönden farklı uygulamalara tâbi tutulmaları gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bkz. Morgan, s. 219.

⁶⁰ Walther, s. 30.

⁶¹ Nitekim *Executive Outcomes* çalışanlarının Sierra Leone silâhlı kuvvetlerine kaydedildikleri ifade edilmektedir. Bkz. Walther, s. 30.

vetleri bünyesinde yer almamakla beraber, bir devlet için savaşan grupların da söz konusu devletle bu tür bir bağa sahip oldukları farz edilir. *Doswald-Beck*, özel askerî şirketlerin pek çoğunun bunları istihdam eden devletle aralarında bu tür bağın varlığını gösteren *de facto* bir ilişki bulunduğunu ileri sürmektedir.⁶² Ancak özel askerî şirketlerin devletle imzalamış oldukları sözleşme ya da mukavele, muharip statüsünü kazanmaları için yeterli değildir. Bunun için özel madde 4(A)(2)'de öngörülen şartları taşımaları mecburiyeti bahis mevzuudur.⁶³ Mezkûr hükme göre, özel askerî şirket çalışanlarının muharip statüsünde değerlendirilebilmesi için ilgili şahısların şu iki şartı yerine getirmeleri gerekmektedir. Bunlar; uluslararası silâhlı çatışmanın bir tarafına bağlı olmak ve madde metninde yer verilen dört şartı yerine getirmektir. Bu durumda özel askerî şirket çalışanlarının madde 4(A)(2) kapsamında uluslararası silâhlı çatışmanın tarafı devletçe çatışmalarda doğrudan katılmak için istihdam edilmiş olmaları ve belirtilen dört şartı taşımaları hâlinde muharip sayılmaları mümkündür.⁶⁴ Bu şartlara bakıldığında ilk olarak başlarında kendilerinden mesul bir şahsın bulunması gerektiği görülür. Ancak bir askerî üstün emrinde olmaları şart değildir. Özel askerî şirketlerin de kendi iç yapılanmaları doğrultusunda hiyerarşik bir ilişki içinde olduğu dikkate alındığında, bu şart açısından herhangi bir sorun olmadığı görülür. Sabit ve uzaktan seçilebilir bir alâmetleri bulunması gerekliliğine ilişkin hükme gelince; bunların sivil nüfustan ayırt eden bir işarete sahip olmaları yeterlidir. Silâhlarını açıkça taşımaları ve silâhlı çatışmalar hukuku kurallarına uymaları açısından da bir sorun olmaz. Netice olarak özel askerî şirket çalışanları, öngörülen bu şartları taşıdığı ve ilgili devlet silâhlı kuvvetleri bünyesinde değerlendirdiği takdirde muharip statüsüne sahip olabilecektir.⁶⁵ Bu durumda her bir somut olay için, söz konusu şartların karşılanıp karşılanmadığı teker teker incelenecektir. Ancak bunun önemli bir sakıncası vardır. Hangi özel askerî şirket çalışanlarının muharip statüsünde yer aldığı ve meşru askerî hedef teşkil ettiği ve hangi özel askerî şirket çalış-

⁶² *Doswald-Beck*, s. 119.

⁶³ *Bosch*, s. 38.

⁶⁴ *Gillard*, s. 536.

⁶⁵ *Bosch*, s. 38.

şanlarının sivil statüsünde yer alarak koruma altında olduğu düşman kuvvetlerce bilinmeyebilir. Böyle bir durumda uluslararası insancıl hukuk kurallarının olması gerektiği hâliyle tatbiki söz konusu olamaz. Onlarca sayıda farklı özel askerî şirketin faaliyet gösterdiği Irak örneği dikkate alındığında, bu durumun oluşturacağı karışıklık net bir şekilde görülebilecektir. Çatışmanın taraflarından bir özel askerî şirketi diğerlerinden ayırt etmesini beklemek, madde 4(A)(2) kapsamına girmeyen çalışanları tespit etmesini istemek yerine getirilmesi oldukça zor isteklerdir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, özel askerî şirket çalışanlarının ferden veya müştereken madde 4(A)(1) çerçevesinde muharip kategorisinde değerlendirilmesi, bilhassa I Nolu Ek Protokol madde 43(1) dikkate alındığında ihtimal kapsamında gözükmemektedir. Bununla birlikte, ilgili şahsın ferden silâhlı kuvvetlere katılması veya silâh altına alınması ya da bir grup olarak silâhlı kuvvetlere dâhil olması hâlinde, muharip kategorisinde değerlendirilmeleri mümkün olabilir. Ancak, bu son durumda grubun III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(2)'de yer alan şartları taşıması gerekmektedir.⁶⁶ Söz konusu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekliliği dikkate alındığında, bu ihtimalin gerçekleşmesinin de oldukça güç olduğu görülür. Zaten devletler bilinçli olarak eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu üstlenmemek için bu şahıslara silâhlı kuvvetleri bünyesinde yer vermemektedir.

Son olarak, muharip statüsü içinde yer almayan bir şahsın hasmane davranışlara iştirak ederek zarar verici faaliyetlerde bulunmasının, ilgili şahsın “hukuka aykırı muharip” (*unlawful combatants*) olarak kabul edilmesine ve yargılanarak cezalandırılmasına neden olacağını belirtmek gerekir.

C. Muharip Olmayanlar Statüsü

Muharip olmayanlar (*noncombatants*) kategorisi, silâhlı kuvvetler mensuplarının doğrudan düşmanca eylemlerde bulunabileceğine ilişkin genel kuralın bir istisnasıdır. Sivillerle sürekli olarak karıştırılan muharip

⁶⁶ Schmitt, (2005), s. 526–527.

olmayanlar, vazifesi icabı bilfiil muharebeye iştirak etmeyen veya silâh taşımayan şahısları kapsar. Silâhlı kuvvetlerin birer üyesi kabul edilmekle birlikte, silâh kullanma yetkisine sahip olmadıkları için kendilerine muharip olmayan sıfatı verilmiştir. I Nolu Ek Protokol madde 43(2)'de yer aldığı gibi, sağlık personeli ve din görevlileri bu kategoriye örnek gösterilebilir. Ancak zamanla silâhlı çatışmalarda meydana gelen değişiklikler, askerî harekâtlarda önde veya geri planda yer alma arasındaki farkı anlamsız kılmıştır. Nitekim I Nolu Ek Protokol'de silâhlı kuvvetlerde muharip ve muharip olmayanlar ayırımına yer verilmediği görülmektedir. I Nolu Ek Protokol askerî ve dinî personelin muharip olmayan statüsünü devam ettirmiş, ancak diğerleri için bunu kaldırmıştır.

Bu kategori içinde yer alanlar, her ne kadar düşmanca eylemlerde bulunma hakkına sahip olmasalar da silâhlı kuvvetlerin birer üyesi olmaları dolayısıyla askerî hedef teşkil ederler ve saldırılara konu olabilirler.⁶⁷ Bu durumda, doğal olarak kendilerini koruma hakkına sahiptirler.⁶⁸ Çatışmalarda yer almaları yasak olan bu kişiler, çatışmalarda yer almaları ve yakalanmaları hâlinde hukuka aykırı muharip olarak kabul edilmeyecekler ve harp esiri sayılacaklardır.

Özel askerî şirketlerin mukavele ile taahhüt ettikleri askerî eğitim ve destek hizmetleri, esasında muharip olmayanların yapmış oldukları kimi işlerle örtüşmektedir. Ancak özel askerî şirket çalışanlarının bu kategoride değerlendirilmesine engel teşkil eden önemli bir husus vardır. O da bu kişilerin resmî olarak silâhlı kuvvetler içinde yer almayışlarıdır. Özel askerî şirket çalışanlarının silâhlı kuvvetler bünyesinde yer almaması, muharip veya muharip olmayan statüleri kapsamında değerlendirilmeleri ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda ele alınması gereken diğer bir seçenek, silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil statüsüdür.

⁶⁷ Askerî hedefler I Nolu Ek Protokol madde 52(2)'de açıklığa kavuşturulmuştur: Hükme göre, saldırılar sadece askerî hedeflerle sınırlı olacaktır. Askerî hedefler ise; doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askerî eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yıkılması, ele geçirilmesi ya da tarafsızlaştırılması durumunda, zamanın şartlarında, kesin bir askerî avantaj sağlayan hedeflerle sınırlıdır.

⁶⁸ I Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 22(1), II Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 35(1) ve I Nolu Ek Protokol madde 13(2)(a).

D. Silâhlı Kuvvetlere Refakat Eden Siviller

Silâhlı kuvvetlerin bir parçası olmamakla birlikte çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla geçmişten bu yana kabul gören silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil statüsü, III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(4)'te açıklığa kavuşturulmuştur. Mezkûr hükümde; birlikte hareket ettikleri silâhlı kuvvetlerin müsaadesini almış bulunmak ve bu durumu gösterir uygun bir kimlik kartı verilmesi şartıyla, silâhlı kuvvetlere doğrudan dâhil olmamakla beraber bu kuvvetleri takip eden askerî uçakların sivil mürettebatı, savaş muhabirleri, tedarik müteahhitleri, askerlerin istirahatını temine memur çalışma birlik veya hizmetlerinin mensupları, silâhlı kuvvetlere refakat eden siviller olarak nitelendirilmiştir.⁶⁹ Özel bilgi gerektiren ve silâhlı kuvvetlerin ihtiyaç duyduğu alanlarda istihdam edilen bu kişiler, sağlamış oldukları destekle silâhlı kuvvetlerin daha etkin bir şekilde hareket etmesine imkân sağlamaktadırlar. Bu madde kapsamında yer alanlar, silâhlı kuvvetlerin düşman karşısında avantaj elde etmesine imkân veren faaliyetlerde bulunmalarına rağmen sivil statüsünde yer alırlar. Nitekim Ek Protokol madde 50(1), bunların sivil olduğunu açıkça ifade etmektedir.

Bu şahısların askerlerden ayırt edilebilmesi için, üniforma giymemeleri ve statülerini gösterir resmî bir belge taşımaları mecburiyeti getirilmiştir. Listede yer alanların, askerî bir uçağın sivil mürettebatı hariç muharip bir fonksiyona sahip olmayan, diğer bir ifadeyle askerî bir görev üstlenmeyen şahıslardan oluştuğu görülmektedir. Bununla birlikte, bahsi geçen şahısların uluslararası insancıl hukuk kurallarına uymakla yükümlü oldukları ve aktif bir şekilde çatışmalara katılma hakkına sahip olmadıkları görülür.⁷⁰ Mensubu olmadıkları hâlde silâhlı kuvvetlere refakat etme yetkisine sahip olan ve üniforma giymeyen bu kişiler, silâh taşımamakta ve doğrudan çatışmalara katılmalarına izin verilmemektedir. İçinde bu-

⁶⁹ *Morgan*, madde 4(A)(4)'te silâhlı kuvvetlere refakat eden şahıslar bağlamında yer verilen listenin tüketici bir liste olmadığını, benzer görevler üstlenen sivillerin de bu kategoride yer alabilme ihtimalinin mevcut olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Morgan*, s. 224.

⁷⁰ *De Wolf*, s. 321.

lundukları sivil statüsünün bir gereği olarak, hasmane davranışlara doğrudan iştirak sayılabilecek faaliyetlerde bulunmamaları gerekmektedir. Ancak teorik olarak silâhlı çatışmalar hukukunda, silâhlı kuvvetlere refakat eden bu sivillerin meşru müdafaa amacıyla tabanca vb. küçük silâh taşımalarına engel özel bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Madde 4(A)(4) uyarınca silâhlı kuvvetlere refakat eden muharip olmayanların sahip olduğu sivil statüsü, iki yönlü bir koruma sağlamaktadır. Aşağıda da ifade edildiği gibi, siviller kural olarak doğrudan silâhlı saldırılara konu olamazlar. Silâhlı kuvvetlere refakat eden siviller de düşman tarafından hedef alınmazlar ve düşman kuvvetlerin eline düştükleri takdirde harp esiri olarak muamele görürler. Bununla birlikte; mühimmatların nakli, askerî tesislerin güvenliğinin sağlanması gibi belirli bazı durumlarda, I Nolu Ek Protokol madde 52(2)'ye göre askerî hedef kabul edilebilmeleri ihtimali mevcuttur. Hiç şüphesiz silâhlı kuvvetlerle birlikte hareket etmeleri sebebiyle ölüm ve yaralanma ile düşman eline geçme riskleri her zaman için vardır.

Silâhlı kuvvetlere refakat eden şahısların doğrudan çatışmalara iştirak etseler dahi harp esiri statüsüne sahip olmaya devam edecekleri yönündeki bir düşünceyi kabul etmek hukuken mümkün değildir. Bu düşüncenin kabulü, sivillerin çatışmalara katılmasını teşvik edecektir. Ayrıca muharipler ile siviller arasında ayrımı ortadan kaldırmakta, diğer bir ifadeyle bulanıklaştırmaktadır. Bu durumda, silâhlı kuvvetlere refakat eden şahısların diğer siviller gibi düşmanca davranışlara katılmalarının söz konusu olmadığı, aksi takdirde hukuka aykırı savaşımlar şeklinde değerlendirilecekleri ve harp esiri olarak muamele görme haklarını kaybedecekleri söylenebilir. Görüldüğü üzere III Nolu Cenevre Sözleşmesi, sadece muhariplerin harp esiri sayılacaklarına ilişkin kuralı genişletme yoluna gitmiş ve madde 4(A)(4)'te tanımlanan kişilerin de düşman eline geçtiklerinde harp esiri statüsünde yer alacaklarını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, sivil statüsündeki şahısların sivillerin tâbi olduğu statünün öngörmediği eylemlerde bulunarak yasaklanmış davranışlara girişmesi, diğer bir ifadeyle düşmanca davranışlarda bulunması önemli neticeler doğurur. Kendilerine tanınan statüyü ihlal ettikleri takdirde, mezkûr Söz-

leşme'nin 5. maddesi uyarınca harp esiri statüsü kazanma imkânını kaybedecekler ve eylemlerinden dolayı cezaî sorumlulukları doğabilecektir. Söz konusu şahıs, sivil statüsüne sahip olmanın sağladığı imtiyazlı konumu kaybederek düşman taraf açısından meşru bir hedef hâline geldiği gibi, harp esiri statüsünde değerlendirilme imkânını da kaybeder. Ayrıca işlediği iddia edilen suçlardan ötürü yargılanması söz konusu olur.

Devletin müsaadesi dâhilinde silâhlı kuvvetleri destekleyici mahiyette görev üstlenen özel askerî şirket çalışanlarının ilgili devlet tarafından yetkilendirilmeleri ve çatışmalara doğrudan iştirak teşkil etmeyen faaliyetlerde bulunmaları hâlinde, bu kapsamda değerlendirilebilecekleri neticesine ulaşmak mümkündür.⁷¹ Özel askerî şirket çalışanlarının madde 4(A)(4) kapsamında, silâhlı kuvvetlere refakat eden şahıslar şeklinde nitelendirilebilmesi için bu şahıslarca gerçekleştirilecek faaliyetlerin niteliğinin açıklığa kavuşturulması mecburidir. *Cameron, Singer*'in tasnifinde askerî destek şirketleri şeklinde sınıflandırdığı askerlerin yiyecek ve içeceklerinin temini ile askerî üslerin inşası gibi faaliyetlerde yer alan özel askerî şirket çalışanlarının, silâhlı kuvvetlere refakat eden statüsünde değerlendirilebileceklerini ve yakalandıkları takdirde harp esiri sayılacaklarını ifade etmektedir.⁷² Bu kişiler, harp esiri statüsünde sayılmakla birlikte muharip değillerdir ve düşmanca eylemlere katılma hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, devlet adına düşmanca hareketlerde bulunması amacıyla yetkilendirilen özel askerî şirket çalışanları madde 4(A)(4) kapsamında sivil olarak nitelendirilemez.

Netice olarak madde 4(A)(4) uyarınca, devlet tarafından yetkilendirilmeleri hâlinde özel askerî şirket çalışanları, destekleyici mahiyette görevler üstlenebilirler. Ancak bu şahısların çatışmalara doğrudan iştirak teşkil edebilecek davranışlardan mutlak surette kaçınmaları gerekmektedir.⁷³

⁷¹ Gillard, s. 539.

⁷² Cameron, s. 593.

⁷³ Walther, s. 22.

E. Sivil Statüsü

III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(1)'de yer alan kategorilerden herhangi birine dâhil olmayanlar, teknik olarak sivil kategorisinde yer almaktadır. Bu bağlamda; paralı asker veya muharip şeklinde nitelendirilebilmek için aranan şartlara sahip olmayan özel askerî şirket çalışanları için tek seçenek sivil statüsüdür. Uluslararası Kızılhaç Örgütünün de işaret ettiği üzere, özel askerî şirket çalışanları *de jure* veya *de facto* şekilde çatışma tarafının silâhlı kuvvetleri bünyesine dâhil edilmedikçe, uluslararası olsun ya da olmasın silâhlı çatışmalar bağlamında sivil kabul edileceklerdir.⁷⁴

Sivil statüsü, sözleşme düzeyinde sadece uluslararası silâhlı çatışmalar bağlamında I Nolu Ek Protokol madde 50(1)'de açıkça tanımlanmış ve silâhlı kuvvetlerin mensubu olmayanların sivil sayılacağı ifade edilmiştir.⁷⁵ “Sivillerin ve Sivil Halkın Tanımı” başlığı altında 50. maddede kaleme alınan hükmün metni şu şekildedir:

“1. Sivil, III Nolu Sözleşme'nin 4(A)(1),(2),(3) ve (6)'ncü paragraflarında ve I Nolu Protokol madde 43'de belirtilen kişi kategorilerinden birine girmeyen bir kişidir. Bir kişinin sivil olup olmadığı hususunda tereddüt bulunması hâlinde söz konusu kişi sivil sayılacaktır.

2. Sivil halk, sivil olan tüm kişilerden oluşur.

3. Sivil halkın içinde, sivil tanımına uymayan kişilerin bulunması o halkı sivil niteliğinden mahrum bırakmaz.”

Madde metninde sivil kategorisi dışında bırakılan istisnalar içinde III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(1),(2),(3) ve (6) ile I Nolu Ek Protokol madde 43'te sırasıyla; silâhlı kuvvetler mensupları ile silâhlı kuvvetlerin bir parçası durumundaki milisler ve gönüllü birliklerin mensupları, belirtilen şartlara haiz olmaları kaydıyla direniş hareketi mensupları dâhil diğer milisler ve gönüllü birliklerin mensupları, alıkoyan güç tara-

⁷⁴ Melzer, s. 37.

⁷⁵ II Nolu Ek Protokol'de sivillere dair çeşitli hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte sivilleri tanımlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

findan tanınmayan bir hükûmete veya otoriteye sadakatlerini açıkça ifade eden düzenli silâhlı kuvvetler mensupları, *levée en masse* istisnası ve çatışma tarafının silâhlı kuvvetleri düzenlenmektedir. I Nolu Ek Protokol madde 50(1)'den hareketle, silâhlı kuvvetlere refakat eden siviller dâhil muharip kapsamında yer almayan herkesin sivil sayıldığını söyleyebiliriz. Hükümün bu şekilde kaleme alınmasında temel hareket noktası ise, silâhlı çatışmaların sadece silâhlı çatışmalar hukuku kurallarına uyacakları farz edilen devletlere ait, düzenli silâhlı kuvvetler arasında cereyan edeceği düşüncesidir.

Öte taraftan hasmane davranışlara iştirakleri yasak olan siviller için genel bir koruma sistemi öngörülmüş, çatışan tarafların siviller ve muharipler arasında ayırım gözetmesi şart koşulmuştur. Nitekim I Nolu Ek Protokol madde 51(3) ve II Nolu Ek Protokol madde 13(3)'te bu yönde hükümlere yer verilerek siviller askerî harekâtlara karşı genel bir koruma altına alınmıştır.⁷⁶ Buna göre siviller, doğrudan hasmane davranışlarda yer almadıkları sürece, sağlanan korumadan istifade edecekler ve düşman tarafından hedef alınamayacaklardır. Dolayısıyla muharipler ve siviller arasında ayırım gözetilmesi ve sivillerin hedef alınmaması gerekmektedir. I Nolu Ek Protokol madde 57(2)(a)(i)'de öngörüldüğü üzere; saldırı yapmayı planlayan ya da buna karar verenler, saldırı düzenlenecek hedeflerin sivil ya da sivil nesnel olmadığını ve özel koruma altında bulunmadıklarını, dolayısıyla askerî hedef teşkil ettiklerini ve bunlara karşı saldırıda bulunmanın yasak olmadığını doğrulamak amacıyla azamî çabayı sarf edeceklerdir. Hedef alınması planlanan şahsın sivil olup olmadığı ve hasmane davranışlara doğrudan iştirak edip etmediğinin tespiti için mümkün olan her tür tedbir alınmalıdır. Örneğin I Nolu Ek Protokol madde 51(5)'de vurgulandığı üzere, askerî hedeflere yönelik her tür saldırının siviller açısından ölçüsüz bir zarara yol açıp açmayacağı, saldırı öncesinde beklenen somut ve doğrudan askerî avantajlar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Sivillere ve sivil hedeflere yönelik saldırılar, ancak

⁷⁶ *Schmitt*, benzer yönde hükümlere yer verilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü madde 8(2)(b)(i), 8(2)(e)(i) ile 1949 Cenevre Sözleşmeleri için ortak 3. maddeyi de dikkate alarak bu hükümün bir örfî uluslararası hukuk kuralı niteliği kazandığını ileri sürmektedir. Bkz. *Schmitt*, (2010a), s. 13.

kaçınılmaz ve askerî hedeflere yönelik meşru saldırıların orantılı bir neticesi olduğunda hukuken kabul edilebilir. Madde 50(1) uyarınca, kişinin sivil olup olmadığı hususunda herhangi bir şüphenin varlığı hâlinde, söz konusu şahsın sivil kabul edilerek saldırılara karşı korunması gerekir. Bu durumda; I Nolu Ek Protokol 57. madde uyarınca askerî harekâtlar sivil kaybını asgarî düzeyde tutacak bir şekilde tasarlanmalı, sivil kaybına neden olacağı öngörülen somut ve doğrudan askerî avantaja nazaran aşırı derecedeki saldırılardan kaçınılmalı ve siviller gerçekleştirilmesi yakın saldırılara karşı uyarılmalıdır.

Tüm bu hükümler; silâhlı kuvvetleri sivillere zarar verecek faaliyetlerde bulunmaktan men ettiği gibi, tarafları sivillerin güvenliğini sağlayabilmek için gereken tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Sivillere sağlanan bu korumaysa, hasmane davranışlara iştirak etmedikleri sürece devam edecektir. Zira I Nolu Ek Protokol madde 43(2)'ye göre, hasmane davranışlara doğrudan iştirak hakkı muhariplerle (*the right to participate directly in hostilities*) sınırlandırılmıştır.⁷⁷ Buradan çıkan bir sonuç, sivillerin doğrudan iştirak teşkil etmeyen faaliyetlerde aktif bir şekilde yer alabileceğidir.⁷⁸ Sivil kategorisinde yer alan bir şahsın doğrudan hasmane davranışlara katılması, bu durumu devam ettiği sürece sahip olduğu korumanın askıya alınmasına neden olmakla birlikte söz konusu kişiye muharip statüsü kazandırmaz.⁷⁹ Aksi takdirde sivil statüsünde kalmaya devam etmekle birlikte, sahip oldukları dokunulmazlığı kaybederek “hukuka aykırı muharip” (*unlawful belligerent/combatant*) kabul edileceklerdir.

⁷⁷ Doğrudan iştirak mevzuu, sivillerle alakalı bir husus olup sivillere sağlanan korumanın devam edip etmeyeceğinin tespiti açısından belirleyici bir değere sahiptir. Dolayısıyla, sivil statüsünde yer nitelendirilmeleri söz konusu olmayan silâhlı kuvvetler mensupları ile *levee en masse* istisnası içinde yer alanların, muhasamâta doğrudan iştirak edip etmediklerine bakılmaksızın hedef alınabilmeleri mümkündür.

⁷⁸ Uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda ise, devletin silâhlı kuvvetleri mensubu olmayan veya çatışmanın bir tarafına bağlı teşkilatlı silâhlı gruplar içinde yer almayanlar sivil statüsü içindedirler.

⁷⁹ Schmitt, (2005), s. 519. Ancak III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 5(2)'ye göre muharip bir faaliyette bulunan ve düşman eline düşen kişilerin hangi kategoride yer aldığı hususunda belirsizlik olduğu takdirde, bu kişilerin statüleri yetkili bir mahkemece belirlenene kadar öngörülen korumadan istifade edeceklerdir.

Hukuken meşru bir hedef hâline gelen bu kişilerin eylem ve davranışlarından ötürü cezaî sorumlulukları da doğacaktır.⁸⁰

Netice olarak hasmane davranışlara doğrudan katılan sivil statüsüne tâbi özel askerî şirket çalışanlarının hedef alınabileceği; öldürülmeleri veya yaralanmaları hâlinde ise, bu durumun sadece orantılılık ve ihtiyatlılık ilkeleri açısından sorun teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Bu durumda da haklı olarak hasmane davranışlara doğrudan iştirak kavramının ele alınması zarureti doğmaktadır.

1. Hasmane Davranışlara Doğrudan İştirak

Sivil statüsüne tâbi özel askerî şirket çalışanları, tıpkı diğer siviller gibi hasmane davranışlarda yer almamakla yükümlüdürler. Bu kişiler, doğrudan hasmane davranışlara katılmadıkları (*direct participation in hostilities*) sürece sivil statüsünde değerlendirilmeye devam edeceklerdir.⁸¹ Buna mukabil, özel askerî şirket çalışanlarının askerî amaçlara yönelik veya hem askerî hem de sivil amaçlara yönelik mahallerde faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Örneğin; hem sivil hem de askerî fonksiyon icra eden havaalanları, limanlar, enerji santralleri ve muhabere sisteminde görevli özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statüsü tartışmalıdır. Bu durumda, hasmane davranışlara doğrudan iştirak kavramının açıklığı kavuşturulması, sivil kategorisi içinde yer alan özel askerî şirket çalışanlarının sahip oldukları korumanın tespiti açısından belirleyici değere sahip bir mevzu olarak karşımıza çıkar.⁸² Uluslararası hukuk açısından sahip olduğu öneme rağmen hasmane davranışlara iştirak kavramının ne

⁸⁰ Amerikan Ordusu tarafından askerî harekâtlarda uyulması gereken kuralların düzenlendiği “Deniz Operasyonları Hukuku, Komutanın El Kitabı” (*Commander’s Handbook of the Law of Naval Operations*) isimli çalışmada da benzer yönde ifadeler yer verilmiştir. Buna göre; silâhlı kuvvetlerin veya çatışma taraflarının mensubu olmayanlar hasmane davranışlara doğrudan iştirak ettikleri takdirde hukuka aykırı muharip (*unlawful combatant*) haline gelirler ve çatışma dışı kalanlar (*hors de combat*) hariç hedef alınabilirler. Bkz. Schmitt, (2010b), s. 705.

⁸¹ Bosch, s. 45.

⁸² Hasmane davranışlar ifadesinin aksine iştirak (*participation*) kelimesi açısından bir sorun bulunmamaktadır. I Nolu Ek Protokol madde 43(2), 45(1) ve (3), 51(3), 67(1)(e), II Nolu Ek Protokol madde 13(3)’den de anlaşıldığı üzere burada kastedilen şahsın ferden çatışmalara dâhil olmasıdır.

anlama geldiği, iştirakin ne zaman ve hangi hâllerde söz konusu olduğu belirsizdir. Ne ahdî ne de örfî uluslararası hukukta hasmane davranışlara aktif veya doğrudan iştirak kavramına müteallik sarîh bir hükme yer verilmemiştir. Mevcut belirsizliği aşmak ve belirsizliğin doğurduğu sorunları çözebilmek için, askerî teknolojinin geldiği seviye dikkate alınarak hasmane davranışlara doğrudan iştirak kavramının açıklığa kavuşturulması mecburiyeti doğmaktadır.⁸³

a. Kavramın İçeriği

İlk olarak hasmane davranışlar (*hostilities*) ifadesinin; saldırı (*attack*), silâhlı çatışma (*armed conflict*) ve askerî harekât (*military operation*) ifadelerinden farklı bir içeriğe sahip olduğunu belirtmek gerekir. Kastedilen, saldırıdan daha kapsamlı ama silâhlı çatışmadan daha dar bir anlam olup söz konusu davranışlar muharip fiillerle sınırlı değildir. Nitekim Uluslararası Kızılhaç Örgütünün (*International Committee of the Red Cross/ICRC*) 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokollere dair 1987'de neşredilen yorum çalışmasında da, fiilen silâh kullanmanın yanı sıra silâh kullanmaksızın gerçekleştirilen davranışların da bu kapsamda yer aldığı ifade edilmektedir.⁸⁴ Aslında, bu ifade düşmanın askerî amaç ve hedeflerini olumsuz yönde etkilemeyi amaçlayan tüm davranışları içerir bir şekilde anlaşılmalıdır.⁸⁵ Nitekim Kara Harbinin Kanun ve Âdetlerine İlişkin Yönetmelik'te "Hasmane Davranışlar" başlığı altında düzenlenen 22. maddede, söz konusu ifadenin düşmana zarar vermeye yönelik vasıta ve yollara müştereken başvurulması şeklinde anlaşıldığı görülmektedir.

Diğer yandan taraflara yardım amaçlı eylemlerin de hasmane davranışlar kapsamında değerlendirilmemesi, hasmane davranışlara doğrudan

⁸³ Nitekim Uluslararası Kızılhaç Örgütü, 2003 yılında "Sivillerin Hasmane Davranışlara Doğrudan İştiraki" (*Direct Participation by Civilians in Hostilities*) başlıklı bir proje başlatmıştır. Aralarında uluslararası hukukçuların, askerî yetkililerin ve uluslararası sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin de olduğu geniş katılımlı bir çalışmanın ardından 2009 yılında bir metin tanzim edilerek yayınlanmıştır. Bkz. Melzer, 2009. Doktrinde tartışmalara neden olan söz konusu çalışma hakkında ayrıntılı birer değerlendirme için bkz. Schmitt, (2010a), s. 6-44; Van Der Toorn, 2011.

⁸⁴ Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, para. 176.

⁸⁵ Walther, s. 40.

iştirak ile savaş çabalarına katılma (*participation in the war effort*) arasında kesin bir ayırım yapılması gerekir. Askerî faaliyetlerin, geniş bir alana yayıldığı malumdur. Bir silâhın ateşlenmesinden düşman hakkında istihbarat edinmeye dek birçok eylem ve davranışı askerî faaliyet kapsamında değerlendirilmek mümkündür. Mühimmat fabrikasında çalışma ya da askerlerin gıda ve barınma ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik faaliyetlerde bulunma örneklerinde olduğu gibi sivillerin tüm çatışmalara bir katkısı vardır. Bu meyanda savaş çabalarına katılma; muharip türden davranışların ötesinde silâh ve diğer teçhizatın üretilmesi ve nakli ile yol, liman, havaalanı, köprü ve benzeri altyapı hizmetlerinin sağlanması gibi düşmana karşı yürütülen mücadeleye katkı sağlayan davranışları ifade etmektedir. İkisi arasındaki fark dikkate alındığında, hasmane davranışlara doğrudan iştirak, çatışma tarafının askerî harekâtlarını veya savaş çabalarını desteklemeyi amaçlayan tüm faaliyetleri kapsar bir şekilde yorumlanmamalıdır. Nitekim bu husus, IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 15'te hasmane davranışlara iştirak edenler ve askerî mahiyette iş görenler arasında ayırım gözetilerek açık hâle getirilmiştir. Benzer şekilde I Nolu Ek Protokol madde 67(1)(e), hasmane davranışlara doğrudan iştirak ile karşı tarafa zarar verecek eylemlerde bulunmayı (*acts harmful to the adverse party*) birbirinden ayırmaktadır. Ayrıca askerî harekâtları destekleyici tüm faaliyetlerin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilmesi, tatbikat itibarıyla ayırım gözetme ilkesini de anlamsız kılacaktır.⁸⁶ Uluslararası Kızılhaç Örgütü de, hasmane davranışları muharip faaliyetlerle veya askerî harekâtlara aktif bir katılımla sınırlandırmanın dar bir yaklaşım olacağı, öte taraftan tüm savaş faaliyetlerini ihtiva eder şekilde ele alınmanın da çok geniş bir yaklaşım olacağı görüşüne yer vermiştir. Doğrudan iştirakin savaş çabalarına iştiraktan farklı olduğunu ifade eden Örgüt, farklı derecelerde olmakla birlikte nüfusun tümünün doğrudan veya dolaylı olarak savaş çabalarına katkı sağladığına dikkat çekmektedir.⁸⁷ Dolayısıyla hasmane davranışlara doğrudan iştiraktan farklı olarak, umumiyetle harp alanından uzakta gerçekleştirilen savaş

⁸⁶ Prosecutor v. Pavle Strugar, Case No: IT-01-42-A, Judgement, Appeals Chamber, 17 July 2008, para. 176.

⁸⁷ Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, para. 1944-1945.

çabalarına katılma (*participation in the war effort*) kapsamındaki davranışlar, sivillere tanınan dokunulmazlığın kalkmasına neden olmaz.

b. Doğrudan ya da Dolaylı İştirak

Hasmane davranışlara iştirak, mahiyet veya derecesine göre doğrudan ya da dolaylı şekilde gerçekleşir. Nitekim Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) de bu ayrımı yapmış ve her iki duruma dair çeşitli örneklere yer vermiştir. Buna göre silâh taşımak veya kullanmak; askerî davranış ve faaliyetlerde yer almak; düşman tarafa ait personel, mülkiyet ve teçhizata yönelik saldırılara katılmak; derhal kullanılmak üzere askerî bilgileri taşımak; silâhların cephe hattına naklini gerçekleştirmek; askerî kuvvetler adına muhafız, istihbarat görevlisi, gözcü veya gözlemci olarak görev yapmak hasmane davranışlara doğrudan iştirak sayılmaktadır. Buna mukabil, taraflardan birinin askerî çabalarına destek sağlayıcı faaliyetlerde yer almak; taraflardan birine mal satmak veya yakın olmak; askerî bilgileri toplamak ve iletmek; yiyecek, içecek ve diğer ihtiyaç maddelerini temin etmek; silâh ve mühimmat taşımak; askerî personelin seçimi ve eğitimi ile silâhların doğru bir şekilde bakımını sağlamak gibi eylemler de hasmane davranışlara dolaylı iştirak kapsamında değerlendirilmiştir.⁸⁸

Görüldüğü gibi EYUCM doğrudan iştiraki şiddet eylemleriyle sınırlandırmıştır. Benzer şekilde *Doswald-Beck* de, doğrudan iştirak ifadesinin dar bir şekilde yorumlanması taraftarıdır. Aksi yönde bir uygulama, I Nolu Ek Protokol'de yer verilen ayırım gözetme ilkesini olumsuz yönde etkileyecektir.⁸⁹ Keza ABD de, özel askerî şirket çalışanlarını bu kapsam dışında tutabilmek için çatışmalara doğrudan iştirak etme ifadesini dar bir şekilde yorumlama yoluna gitmiştir. ABD, askerî bilgi toplama ve bunları iletmek, silâh dâhil teçhizat ve diğer ihtiyaç duyulan maddelerin sevki ve bunların yerleştirilmesi gibi çatışmalara dolaylı iştirak anlamına gelen faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.⁹⁰

⁸⁸ Prosecutor v. Pavle Strugar, Case No: IT-01-42-A, Judgement, Appeals Chamber, 17 July 2008, para. 177.

⁸⁹ *Doswald-Beck*, s. 130.

⁹⁰ Christensen, s. 296-297.

Doktrinde de bu tür örneklere yer verilmektedir. Örneğin *Heaton*; düşman tarafa ait personel ve teçhizata doğrudan zarar vermeye matuf eylemler, silâh sistemlerinin çalıştırılması ve kullanılması, saldırıda hedef alınacak yerlerin tespiti için veya devam eden ya da gerçekleştirilmesi yakın askerî operasyonların planlanmasına yardımda bulunmak ya da seçilen hedeflere saldırı için istihbarat toplamak, devam eden ya da gerçekleştirilmesi yakın harp faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin yönlendirme veya danışmanlık hizmeti üstlenmenin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında ele alınabileceğini belirtmektedir.⁹¹

Bununla birlikte, doğrudan iştiraki önceden belirlenen fiillerle sınırlandırmak, giderek çeşitlenen faaliyet sahalarını kuşatmak açısından yetersiz kalacaktır. Bu sebeple bu fiilleri içerir bir liste yerine söz konusu fiilleri belirleyebilmek için esas alınacak ölçütlerin ortaya koyulması ve bu ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasının uygun ve yerinde olduğu görülür. Nitekim Uluslararası Kızılhaç Örgütü de; “doğrudan” (*direct*) kelimesinin⁹², gerçekleştirilen eylem ile düşmanın maruz kaldığı zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin varlığına işaret ettiği belirterek bu yönde bir adım atmıştır. Buna göre; gerçekleştirilen fiille hasım tarafın maruz kaldığı zarar arasında bir illiyet bağı mevcut olduğu takdirde doğrudan iştirak gerçekleşmiş olacaktır.⁹³ Burada doğrudan iştiraki silâhlı bir çatışmada sivillerin dâhil olduğu diğer eylemlerden ayırt edebilmek için

⁹¹ Heaton, s. 201.

⁹² Burada ilk olarak doğrudan (*direct*) ve aktif (*active*) kelimeleri arasındaki ilişkinin izah edilmesi gerekir. Çünkü uluslararası nitelik taşımayan silâhlı çatışmalarda taraf devletlerin uymaları gereken yükümlülüklerin düzenlendiği 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne ortak 3. madde metninde, “*persons taking no active part in hostilities*” ifadesine yer verilmiştir. Buna mukabil I Nolu Ek Protokol madde 51(3) ve II Nolu Ek Protokol madde 13(3) dâhil diğer uluslararası düzenlemelerde farklı bir terminoloji kullanılmış, “*active*” kelimesinin yerine “*direct*” kelimesi kullanılmıştır (*take a direct part in hostilities*). Ancak Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin de işaret ettiği üzere, kullanılan kelimeler farklı olmakla birlikte kastedilen mana aynıdır, aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Prosecutor v. Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, para. 629.

⁹³ Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, para. 1679. II Nolu Ek Protokol’e dair yapılan yorumda da, hasmane davranışlara doğrudan iştirakin söz konusu olabilmesi için gerçekleştirilen fiille meydana gelen netice arasında yeterli bir illiyet ilişkisinin varlığı aranmaktadır. Bkz. para. 4787.

iki nokta esas alınmaktadır. Bunlardan ilki, fiilin hasım tarafın askerî çabalarını menfi yönde etkilemesi veya zarar vermeyi amaçlamasıdır. İkincisi ise, eylemle meydana gelen zarar arasında doğrudan bir bağın aranmasıdır. Hasmane davranışlar da, yapısı ve amacı itibarıyla özel olarak düşman tarafın personeline veya sahip olduğu teçhizata doğrudan zarar veren eylemlerle sınırlandırılmıştır.⁹⁴ Askerî bilgilerin toplanması ve intikali, silâh ve mühimmatın nakli ile malzemelerin temini gibi faaliyetlerin bu kapsamda yer almadığı belirtilerek kavramın netleştirilmesi amaçlanmıştır.⁹⁵ Bu yorumdan hareketle, doğrudan iştirakin ancak hasmane davranışlara aktif bir şekilde dâhil olmakla mümkün olduğu görülür. Ancak daha ayrıntılı bir değerlendirme yapma yoluna giden Uluslararası Kızılhaç Örgütü, belirli bir hareketin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilebilmesi için illiyet bağının da içinde yer aldığı şu üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği neticesine ulaşmıştır.⁹⁶ Buna göre; fiil ya da hareket, çatışma tarafının askerî operasyonları veya kapasitesini menfi yönde etkilemeli ya da korunan kişi veya nesnelere üzerinde ölüm, yaralanma ya da imhaya neden olmalı (*threshold of harm*); hareketle veya hareketin bir parçası olduğu askerî operasyonla meydana gelen zarar arasında illiyet ilişkisi bulunmalı (*direct causation*); hareket, özel olarak çatışmanın bir tarafına destek olabilmek ve karşı tarafa zarar verme amacıyla planlanmış olmalıdır (*belligerent nexus*).⁹⁷ Uluslararası Kızılhaç Örgütü, doğrudan iştirakin söz konusu olabilmesi için kurucu unsurlar (*constitutive elements*) şeklinde nitelendirdiği bu şartların birlikte gerçekleşmesini şart koşmuştur.⁹⁸

2. Özel Askerî Şirket Çalışanları ve Doğrudan İştirak

Somut bir fiilin doğrudan iştirak teşkil edip etmediği hususu, Uluslararası Kızılhaç Örgütüncüye ortaya koyulan ve uluslararası toplumun genel eğilimini yansıtan şartlar esas alınarak tespit edilmelidir. ABD Ordusu

⁹⁴ Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, para. 1679.

⁹⁵ Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, para. 1679, 3187.

⁹⁶ Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, 2004.

⁹⁷ Melzer, 2009.

⁹⁸ Söz konusu unsurlara dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Schmitt, (2010b), 712–736.

tarafından hazırlanan “*Deniz Operasyonları Hukuku, Komutanın El Kitabı*” isimli talimatnamede de, doğrudan iştirakin somut her olay için ayrı ayrı değerlendirileceği belirtilerek; düşman personeli öldürmek, yaralamak veya bu kişileri ya da düşmana ait malvarlığını ele geçirmeye yönelik eylemler bu duruma örnek gösterilmektedir. Aynı zamanda muhafız veya gözcü ya da askerî kuvvetler için istihbarat faaliyetinde bulunan sivilin de bu kapsamda yer alabileceği ifade edilmektedir.⁹⁹

Özel askerî şirketlerin faaliyet sahasına bakıldığında, hukuken herhangi bir tartışmaya mahal vermeyecek meşru faaliyetlerle karşılaştığı gibi, tartışmalı bazı faaliyetlerle de karşılaşmak mümkündür. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde izah edildiği üzere bu şirketlerin pek çoğu, çatışmalara aktif katılım içeren bir hizmet sunmamaktadır. Yapmış oldukları sözleşmelerle askerî eğitim ve danışmanlık, lojistik destek veya koruma hizmetleri sahasında hasmane davranışlara doğrudan iştirak sayılmayacak türden faaliyetlerde de bulunmaktadır. Bununla birlikte, açıkça muharip faaliyetlerde bulunmak gibi doğrudan iştirak teşkil edecek faaliyetlerle de karşılaşmaktadır. Ancak burada ilk olarak özel askerî şirket çalışanlarının sadece müdafaa amaçlı faaliyetlerde bulunduğu, dolayısıyla çatışmalara doğrudan iştirak teşkil edecek faaliyetlerde bulunmadıkları yönünde ileri sürülebilecek görüşlerin cevaplanması gerekir.

Uluslararası hukuk; I Nolu Ek Protokol madde 49(1)’de yer alan “*saldırı, taarruz ya da müdafaa da bulunulsun, düşmana karşı tüm şiddet eylemlerini ifade eder*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, saldırı ve müdafaa amaçlı operasyonlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamış olup hasmane davranışlara doğrudan iştirak, sadece taarruz amaçlı hareketlerle sınırlı değildir, müdafaa amaçlı hareketleri de kapsamaktadır. Bu durumda, koruma amaçlı istihdam edilen özel askerî şirket çalışanlarının sadece müdafaa amaçlı görevler üstlendiğini söylemek söz konusu kişilerin hukukî durumlarında bir farklılık yaratmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Saldırı ve müdafaa amaçlı hareketler arasında ayırım olmasından kaynaklanan bu tür sorunlar, en çok özel askerî şirket çalışanla-

⁹⁹ Schmitt, (2010b), s. 705–706.

rının güvenlik görevlisi olarak kullanıldığı durumlarda gözlemlenmektedir. Mesela petrol rafinerisi veya askerî malzeme deposu gibi askerî hedef şeklinde nitelendirilmesi mümkün tesisleri korumak için görevlendirilmiş özel askerî şirket çalışanları, kendilerini ve tesisleri korumak amacıyla müdafaa amaçlı da olsa silâh kullandıkları takdirde fiilen çatışmalara doğrudan iştirak etmiş olurlar.¹⁰⁰

Görüldüğü üzere meşru silâhlı çatışmalar hukuku kurallarına uygun bir saldırı karşısında müdafaa amaçlı kuvvet kullanımında bulunmak veya askerî personeli ya da hedefleri düşman saldırısına karşı müdafaa etmek çatışmalara doğrudan iştirak sayılır.¹⁰¹ Öte yandan Sierra Leone’de isyancılara karşı açık bir şekilde mücadele veren *Executive Outcomes* örneğinde görüldüğü üzere, düşmana yönelik saldırı türünden eylemlerin bu kapsamda yer aldığı açıktır. Keza Irak’ın Necef şehrinde yaşananlarda görüldüğü gibi, özel askerî şirket çalışanının saldırı altındaki hatta pusuya düşen askerî kuvvetlere yardım ettiği yönündeki savunması, hukuken çatışmalara doğrudan iştirak ettiği neticesini ortadan kaldırmaz.¹⁰² Ancak özel askerî şirket çalışanını hedef alan illegal bir saldırıya karşı orantılı bir şekilde müdafaa amaçlı kuvvet kullanımında bulunmanın da doğrudan iştirak sayılamayacağını belirtmek gerekir. Yağmacılar veya muhاریpler dâhil başkalarınınca suç sayılan bir faaliyet ya da savaş suçları kapsamında personel veya malvarlığını hedef alan saldırılar karşısında müdafaa amaçlı hareketler bu kapsamda değerlendirilemez.¹⁰³ Şirket çalışanlarına veya

¹⁰⁰ I Nolu Ek Protokol madde 52’de de ifade edildiği üzere nesnelere; yapıları, yerleri, amaçları ve kullanımına göre askerî hedef hâline gelebilirler. Askerî nesne (*military objective*) kavramı, uluslararası hukukta değişmez bir içeriğe sahip değildir. Askerî hedeflerin belirlenmiş bir listesi olmadığı için her tür obje, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde askerî nesne niteliği kazanabilir.

¹⁰¹ Walther, s. 43.

¹⁰² Schmitt, (2005), s. 538. 5 Nisan 2004’te Irak’ta Geçici Koalisyon Yönetiminin (*Coalition Provisional Authority*) Necef’teki karargâhına düzenlenen baskında *Blackwater Worldwide* çalışanları ağır silâhların da kullanıldığı şiddetli bir çatışmaya katılmışlar ve şirkete ait helikopterle ikmal takviyesi yapıldığı gibi yaralı askerlerin çatışma alanından güvenli bölgeye tahliyesini sağlamışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ridlon, s. 199.

¹⁰³ Schmitt, (2005), s. 538. Benzer şekilde Walther, düşman veya adi suçlular tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir saldırı durumunda güvenlik sağlayan özel askerî şir-

koruma altındaki diğer nesnelere yönelik hukuka aykırı saldırılar karşısında, müdafaa amaçlı orantılı bir kuvvet kullanımında bulunmak hukuka kabul edilebilir bir durumdur.

Burada belirleyici olan, özel askerî şirket çalışanlarının doğrudan iştirak boyutuna ulaşan askerî amaçlı görevlerde yer alıp almadıklarıdır. Özel askerî şirket çalışanları, meşru müdafaa hakkı hariç hasmane davranışlara doğrudan iştirak ettiği takdirde hukuka aykırı muharip kapsamında değerlendirilecekler ve askerî açıdan da meşru hedef konumuna geleceklerdir.¹⁰⁴ Bu çerçevede Uluslararası Kızılhaç Örgütünün öngördüğü şartlar çerçevesinde, özel askerî şirketlerin faaliyetleri hakkında bir değerlendirme yapılabilir. Mesela silâh sistemlerinin bakım ve ikmali açısından bakıldığında, askerî araç ve gereçlerin düzenli aralıklarla yapılan bakımı veya bozulması hâlinde tamiri doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilemez.¹⁰⁵ Bununla birlikte, saldırıda kullanılacak ekipman ve teçhizatın hazırlanması, savaşın seyrin üzerinde doğrudan etkiye sahiptir. Bu yüzden uçaklara yakıt ikmali, silâhların yüklenmesi, ön kontrol denetimlerinin yürütülmesi, yerel düzeyde nispeten küçük savaş hasarlarının giderilmesi vb. faaliyetlerin doğrudan iştirak boyutuna ulaştığı söylenebilir. Yine belirli bir askerî operasyon çerçevesinde silâh sistemlerinin kullanılması hâlinde de, şirket çalışanın muharebe sahasına coğrafi yakınlığına bakılmaksızın doğrudan iştirakin gerçekleştiği söylenebilir.

Özel askerî şirket çalışanlarının koruma ve güvenlik alanında yürütmüş olduğu faaliyetlerin de çatışmalara doğrudan iştirak teşkil edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse, koruma ve güvenlik görevleri kendiliğinden doğrudan iştirak boyutuna ulaşmaz. Burada diğer kriterlerin yanı sıra özel askerî şirket çalışanlarının I Nolu Ek Protokol madde 52(2)'de tanımlanan askerî bir nesneyi koruyup korumadığına bağlıdır. Askerî hedef teşkil eden tesisleri korumak hâliyle

ket çalışanlarının hasmane davranışlara doğrudan iştirak ettiği şeklinde bir değerlendirmeye tabi tutulamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. Walther, s. 45.

¹⁰⁴ Bosch, s. 46.

¹⁰⁵ Schmitt, (2005), s. 545.

çatışmalara doğrudan iştirak boyutuna ulaşmaktadır.¹⁰⁶ Örneğin Irak'ta İngiliz şirketi *Erinys* ile petrol üretim tesisleri ve petrol boru hatlarını isyancılar tarafından gerçekleştirilmesi muhtemel silâhlı saldırılara ve sabotaj eylemlerine karşı korumak amacıyla sözleşme akdedilmiştir.¹⁰⁷ Diğer taraftan kişisel güvenlik sağlayan koruma görevlisi olarak şirket çalışanlarının meşru müdafaa veya korudukları kişilere yönelik saldırıları bertaraf etmek için kuvvet kullanmaları daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Burada korunan kişinin üst düzey bir askerî yetkili olması örneğinde görüldüğü üzere askerî bir hedef teşkil edip etmediği belirleyici olmaktadır.

Destekleyici nitelikte faaliyetlere gelince; özel askerî şirket çalışanlarının yürütmüş olduğu tüm destekleyici faaliyetlerin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilmesi uygun olmaz. Kuşkusuz, sivillerin de içinde yer aldığı ve muharip nitelik taşımayan lojistik ve diğer destekleyici faaliyetler bakımından herhangi bir sorun yoktur. Bu kapsamda, silâhlı kuvvetlere refakat eden şahıslara dair III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(4)'te yer alan hükümlere uygunluk arz eden bir destekleyici faaliyeti çatışmalara doğrudan iştirak şeklinde nitelendirmek mümkün değildir. Yiyecek ve içecek sağlama, altyapı hizmetleri ve üslerin bakımı gibi alanlarda faaliyet göstermek, askerî kantinlerde ve depolarda veya silâh ve mühimmat fabrikalarında çalışmak özel askerî şirket çalışanları açısından meşru bir durumdur.¹⁰⁸ Buna mukabil savaş hâlindeki birliklere yönelik lojistik destek sağlamak türünden faaliyetler çatışmalara doğrudan iştirak kabul edilir.¹⁰⁹ Dolayısıyla muharebe sahasına yakın bir mesafede gerçekleşen faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilme ihtimalinin arttığı söylenebilir.

Öte taraftan, özel askerî şirket çalışanları, askerî planlama faaliyetlerinde de yer almaktadır. Bunlardan operasyonel ve taktik planlama faaliyetlerinin çatışmalara doğrudan iştirak boyutuna ulaşabileceği rahatlıkla

¹⁰⁶ Gillard, s. 540.

¹⁰⁷ De Wolf, s. 333.

¹⁰⁸ Cameron, s. 588; Bosch, s. 44; *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2003.

¹⁰⁹ Schmitt, (2005), s. 544.

söylenebilir. Zira taktik ve operasyonel seviyede yapılan her tür planlama askerî harekâtların gerçekleştirilmesi açısından belirleyici bir değere sahiptir.¹¹⁰ İşgal sonrası yeniden şekillendirilen Irak Ordusunun yapılanmasına yönelik askerî danışmanlık veya eğitim hizmetleri sunma ile özel olarak askerî harekâtlara yönelik danışmanlık hizmeti sunma aynı kategoride değerlendirilemez. Çatışmaların seyrine yönelik etkisi dikkate alındığında ikinci grupta yer alan faaliyetlerin çatışmalara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilebileceği görülür.¹¹¹

SONUÇ

İstikrarsız devletlerdeki güvenlik boşluğunun doldurulamaması ve askerî hizmetlerin özelleştirilmesi süreci, yakın gelecekte de özel askerî sektörün büyüyeceğinin ve etki sahasını genişleteceğinin bir işareti sayılabilir. Özel askerî şirketlerin giderek artan bir şekilde silâhlı çatışma alanlarında görünür hâle gelmesi, başta şirket çalışanlarının hukukî statüsü olmak üzere sektörün bir bütün olarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Çünkü uluslararası hukukun öngördüğü mevcut sistem, özel askerî şirketler ve çalışanları düşünülerek oluşturulmamıştır. Bununla birlikte, özel askerî şirket çalışanları her ne kadar spesifik olarak herhangi bir uluslararası hukuk belgesinde düzenlenmemiş olsalar da bu durum hukuken bir statü içinde değerlendirilemeyecekleri anlamına gelmez. Bu bağlamda paralı asker, muharip, muharip olmayanlar, sivil ve silâhlı kuvvetlere refakat eden sivil statüleri karşımıza çıkmaktadır. Esasında özel askerî şirket çalışanlarına yönelik yaygın kanaat, bunların paralı asker veya hukuka aykırı muharip oldukları yönündedir. Ancak kanaatimizce, özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statülerinin belirlenmesinde, paralı asker ihtimaline odaklanmaktan çok muharip ve sivil ayrımı ile özel askerî şirket çalışanlarının hasmane davranışlara doğrudan iştirakleri üzerinde durulması gerekmektedir.

Kuşkusuz özel askerî şirket çalışanlarının hukukî statüsü, istihdam eden devletle söz konusu şahıslar arasındaki ilişkinin mahiyetine ve bu şahısların faaliyetlerine bakılarak tayin edilecektir. Bu da haklı olarak her

¹¹⁰ Schmitt, (2005), s. 543.

¹¹¹ Schmitt, (2005), s. 545.

bir somut olay için ayrı değerlendirmeler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Teorik açıdan bakıldığında, özel askerî şirketlerin devletlerce silâhlı kuvvetler içine dâhil edilmesine yönelik hukukî bir engel bulunmamaktadır. Ancak resmen devletin silahlı kuvvetleri bünyesine dâhil edilmedikçe silahlı kuvvetlerin bir parçası oldukları iddia edilemez. Silahlı kuvvetlere dâhil edilmeyen özel askerî şirket çalışanları ise, III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)'da yer verilen şartları taşımadıkları takdirde muharip kategorisinde değerlendirilmezler. Öte yandan söz konusu Sözleşme'nin madde 4(A)(4) hükmü uyarınca silahlı kuvvetlere refakat eden şahıs kategorisinde yer almaları mümkündür. Ancak aranan şartlar dikkate alındığında, özel askerî şirket çalışanlarının muharip kategorisinde değerlendirilmesinin zor olduğu görülür. Kaldı ki bu statü içinde yer alsalar da muharip sayılmaları ve çatışmalara iştirak etmeleri söz konusu değildir. Özel askerî şirket çalışanları, III Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 4(1)'de yer alan kişi kategorilerden herhangi birine dâhil olmadığı takdirde, tek seçeneğe sivil statüsüdür. Ancak ister saldırı ister müdafaa amaçlı olsun hasmane davranışlara doğrudan iştirak sayılabilecek türden faaliyetlerde bulunmak sivil statüsünün ortadan kalkmasına ve bu kategoride yer alanların hukuka aykırı muharip şeklinde nitelendirilmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla hasmane davranışlara doğrudan iştirak eden şirket çalışanları, hukuka aykırı muharip statüsünde değerlendirileceklerdir. Bu durumda, meşru bir hedef teşkil ettikleri gibi 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde öngörülen koruma sisteminden faydalanamayacaklar ve davranışlarından ötürü cezaî sorumlulukları doğacaktır.

Netice olarak tüm bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, özel askerî şirket çalışanları için öngörülen ölçütlere bağlı kalınarak her bir somut olay için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Ancak burada da sorun, şahsın tâbi olduğu statünün sonradan (*ex post facto*) yapılacak bir değerlendirmeyle tespit edilecek olması ihtimalidir. Nitekim tatbikatta illiyet bağının ancak sonradan kurulabildiği görülmektedir. Hukukî açıklık ve öngörülebilirlik açısından bakıldığında, bu durumun sorun teşkil ettiği açıktır. Hiç şüphesiz olması gereken özel askerî şirket çalışanlarının meşru bir hedef teşkil edip etmediği hususunun mevcut kurallar çerçevesinde önceden (*ex ante*) yapılabilir olmasıdır.

KAYNAKÇA

- Barrie, Bernard O'Meara. (2004–2005). Private Military Firms and Mercenaries: Potential for Liability under International Law. *Tilburg Foreign Law Review*. 12(4), 324–347.
- Bosch, Shannon. (2007). Private Security Contractors and International Humanitarian Law—A Skirmish for Recognition in International Armed Conflicts. *African Security Review*. 16(4), 34–52.
- Cadieux, Jon. (2008). Regulating the United States Private Army: Militarizing Security Contractors. *California Western International Law Journal*. 39(1), 197–236.
- Cameron, Lindsey. (2006). Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on Their Regulation. *International Review of the Red Cross*. 88(863), 573–598.
- Christensen, Eric. (2010). The Dilemma of Direct Participation in Hostilities. *Journal of Transnational Law & Policy*. 19(2), 281–309.
- De Wolf, Antenor Hallo. (2006). Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 13(2), 315–356.
- Doswald-Beck, Louise. (2007). Private Military Companies Under International Humanitarian Law”, in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*. Edited by Simon Chesterman and Chia Lehnardt. Oxford: Oxford University Press, 115–139.
- Dörman, Knut. (2003). The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants. *International Review of the Red Cross*. 85(849), 45–74.
- Franklin, Sarah. (2008). South African and International Attempts to Regulate Mercenaries and Private Military Companies. *Transnational Law & Contemporary Problems*. (17), 239–261.

- Frye, Ellen L. (2005). Private Military Firms in the New World Order: How Redefining Mercenary can Tame the Dogs of War. *Fordham Law Review*. 73(6), 2607–2664.
- Gillard, Emanuela-Chiara. (2006). Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*. 88(863), 525–572.
- Gray, Thomas. (2010). Government-Contractor Immunity--I'm Just Following Orders: A Fair Standard of Immunity for Military Service Contractors. *Western New England Law Review*. 32(2), 373–415.
- Heaton, J. Ricou. (2005). Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces. *Air Force Law Review*. 57, 155–208.
- Henckaerts, Jean-Marie ve Doswald-Beck, Louise. (2005). *Customary International Humanitarian Law, Vol. I*, Cambridge: Cambridge University Pres.
- Jones, Oliver R. (2009). Implausible Deniability: State Responsibility for the Actions of Private Military Firms. *Connecticut Journal of International Law*. 24(2), 239–289.
- Kidane, Won. (2010). The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law. *Denver Journal of International Law and Policy*. 38(3), 2010, 361–419.
- Liu, Hin-Yan. (2010). Leashing the Corporate Dogs of War: The Legal Implications of the Modern Private Military Company. *Journal of Conflict and Security Law*. 15(1), 141–168.
- Mccormack, Shawn. (2007). Private Security Contractors in Iraq Violate Laws of War. *Suffolk Transnational Law Review*. 31(1), 75–101.
- Mehra, Amol. (2009–2010). Bridging Accountability Gaps-The Proliferation of Private Military and Security Companies and Ensuring Accountability for Human Rights Violations. *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*. 22, 323–332.

- Melzer, Nils. (2009). Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. 7 Mart 2011 tarihinde <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-872-reports-documents.pdf> adresinden erişildi.
- Milliard, Todd S. (2003). Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies. *Military Law Review*. 173, 1–86.
- Morgan, Richard. (2008). Professional Military Firms Under International Law. *Chicago Journal of International Law*. 9(1), 213–245.
- Ridlon, Daniel P. (2008). Contractors or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq. *Air Force Law Review*. 62, 199–253.
- Sandoz, Yves & Swinarski, Christophe ve Zimmermann, Bruno. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Committee of the Red Cross, Geneva: Martinus Nishoff Publishers.
- Sapone, Montgomery. (1999). Have Rifle With Scope, Will Travel: The Global Economy of Mercenary Violence. *California Western International Law Journal*, 30(1), 1–43.
- Scheimer, Michael. (2009). Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support that Reflects Customary International Law. *American University International Law Review*. 24(3), 609–646.
- Schmitt, Michael N. (2005). Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees. *Chicago Journal of International Law*. 5(2), 511–546.
- Schmitt, Michael N. (2010a). The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. *Harvard National Security Journal*. 1(1), 5–44.

- Schmitt, Michael N. (2010b). Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements. *New York University Journal of International Law and Politics*. 42, 697–739.
- Singer, Peter Warren. (2004). War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*. 42(2), 521–549.
- Singer, Peter Warren. (2009). *Kiralık Ordular Özel Askerî Şirketler*. Çev. Gözde Aral ve İsmail Yaman. İstanbul: Timaş Yayınları.
- Snyder, David L. (2008). Civilian Military Contractors on Trial: The Case for Upholding the Amended Exceptional Jurisdiction Clause of the Uniform Code of Military Justice. *Texas International Law Journal*. 44(1), 65–96.
- Stinnett, Nathaniel. (2005). Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses. *Boston College International and Comparative Law Review*. 28, 211–223.
- Taguba, Antonio. (2004). The Taguba Report on Treatment of Abu Ghraib Prisoners in Iraq. 1 Mart 2011 tarihinde http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf adresinden erişildi.
- The International Committee of the Red Cross. (2003). Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. Geneva. 2 Ocak 2011 tarihinde [http://www.icrc.org/Web_ara/site_ara0.nsf/htmlall/participationhostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_Sept_2003_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web_ara/site_ara0.nsf/htmlall/participationhostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_Sept_2003_eng.pdf) adresinden erişildi.
- The International Committee of the Red Cross. (2004). Second Expert Meeting: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. 5 Ocak 2011 tarihinde http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Class2-Direct_ParticipationinHostilities-SummaryReport2004.pdf?rd=1 adresinden erişildi.

- Tiefer, Charles. (2009). No More Nisour Squares: Legal Control of Private Security Contractors in Iraq and After. *Oregon Law Review*. 88(3), 745–775.
- Van Der Toorn, Damien J. Direct Participation in Hostilities’: A Legal and Practical Evaluation of the ICRC Guidance. 1 Mart 2011 tarihinde http://works.bepress.com/damien_van_der_toorn/1 adresinden erişildi.
- Walther, Pernille. The Legal Status of Private Contractors under International Humanitarian Law. 1 Ocak 2011 tarihinde <http://www.guardian-gbs.com/Presse/afhandling.pdf> adresinden erişildi.
- Zarate, Juan Carlos. (1998). The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder. *Stanford Journal of International Law*. 34, 75–162.

