

DEVLET DIŞI AKTÖRLERE KARŞI YASAL SAVUNMA HAKKI KULLANILMASI

(Self-Defence Against Non-State Actors)

Prof. Dr. Ayőe Füsün ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası Hukuk sisteminde ortaya çıkan değişim terörizmle mücadele bağlamında BM Şartı'nın VII. bölümüne ve yasal savunma hakkına istinat edilmesi tartışmasını gündeme getirmiştir. Uluslararası Hukukta görülen değişim her şeyden önce devlet ve devlet dışı aktörlerin ilişkisi ve devletlerin Uluslararası Hukuktaki statüsü bağlamında ortaya çıkmaktadır.

Makalede devlet odaklı sistemden çok kutuplu sisteme geçiş, yasal savunma hakkı ve kuvvet kullanma yasağı ilişkisi, Uluslararası Adalet Divanı'nın konuya ilişkin yaklaşımı, terör eylemlerinin niteliği yeni gelişmeler ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsansız hava aracı, uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar, uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar, yasal savunma hakkı, Cenevre Sözleşmesi

ABSTRACT

The debate surrounding self-defence against terrorists in the context of the Charter of the UN, Chapter VII has come to fore because of the change in the international legal system. The change in the international legal system is caused by relations between states and non-state actors and emerges in the context of states' status in International Law.

The article examines the transition from the state-oriented system to the multipolar system, relations between the right of self-defence and prohibition of the use of force, the International Court of Justice's approach to the issue and the nature of terrorist acts in the light of recent developments.

Keywords: Unmanned aerial vehicles, international armed conflict, non-international armed conflict, right of self-defence, Geneva Convention

¹ Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, fusun.arsava@atilim.edu.tr

GİRİŞ

ABD'nin başını çektiği Koalisyon güçlerinin 2014'te Suriye'de İslam devletine karşı askeri operasyonu ile devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması yeniden gündeme gelmiştir. 11 Eylül 2001'de gerçekleşen terör eylemine kadar bu tür bir hak çok nadir olarak tartışılmıştır². Aradan geçen süre içinde devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkı tanınmaya başlanmıştır³. Suriye'deki İslam devletine karşı askeri operasyonla birlikte ancak bu çerçevede kapsamlı bir yasal savunma hakkı bakımından çekincelerin olduğu ortaya çıkmıştır. Örneğin Federal Almanya başlangıçta İslam devletine karşı operasyona katılmamıştır. 13 Kasım 2015'te Paris'te gerçekleşen terör eylemi üzerine Fransa'nın AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasına istinaden yaptığı talep üzerine Federal Alman Meclisi 04.12.2015'te uluslararası Koalisyonun Suriye'deki önlemlerini destekleme kararı almıştır⁴. Federal Mecliste karar öncesi yapılan tartışmalar da devlet dışı aktörlerin terör eylemlerine karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının ne denli tartışmalı olduğunu ortaya koymuştur: "Die Linke" partisi milletvekili Movassat'ın her terör eyleminin BM anlaşmasının 51.maddesinde yer alan yasal savunma hakkına yol açıp açmayacağı konusundaki sorusunu Dışişleri Bakanı Steinmeier bu çerçevede açık bir pozisyon alınamayacağı şeklinde cevaplandırmıştır⁵. Federal hükümeti yetkilendirme metninde dile getirilen hukuki gerekçelerde söz konusu durum ifade edilmiştir. Bu çerçevede sadece BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkına istinat edilmemiş, Güvenlik Konseyi'nin 2249 sayılı rezolüsyonuna ve AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında yer alan dayanışma kuralına da istinat edilmiştir⁶. Federal hükümet hukuki gerekçelerini detaylı oluşturma gereğini duymuştur. "Die Linke" partisinin Federal meclisin 04.12.2015 tarihli kararına karşı anayasa mahkemesine başvuru yapacağını bildirmesi ve bu başvuruyu Mayıs 2016 sonu yapması tartışmaları yeniden alevlendirmiştir⁷.

Almanya'nın Paris'te gerçekleşen terör eylemi nedeniyle Suriye topraklarında İslam devletine karşı yapılan askeri operasyonlara

- 2 WANDSCHER Christiane, **Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigung**, Dissertationsschrift (2006), s.126 vd.
- 3 BETHLEHEM Daniel, Self-Defence Against an Immanent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors, **AJIL** 106 (2012), s.770
- 4 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw-49-de-bundeswehreinsatz-isis-freitag/397884>
- 5 Federal Meclis tutanakları için bkzn.: Plenarprotokoll 18/142, 02.12.2015, 13875 (13879)
- 6 Federal hükümetin gerekçeleri için bkzn.: <http://dip21.bundestag.De/dip21/btd/18/068/1806866.pdf>
- 7 <https://www.youtube.com/watch?v=E4MmYv6a995>



katılması sadece Almanya'nın Uluslararası Hukuka aykırı bir askeri operasyona katıldığı tartışmalarına yol açmamış, aynı zamanda fiili durumların somut içeriğe sahip olmayan normlara ilişkin yaklaşımları ne şekilde etkilediği tartışmalarına da yol açmıştır⁸. Yasal savunma hakkının devlet dışı aktörleri kapsamı yaklaşımı yukarıda işaret edildiği üzere 11 Eylül 2001'e kadar çok nadir olarak gündeme gelmiştir. Ancak daha sonraki gelişmeler konunun yeniden değerlendirilmesini gerektirmiş ve BM anlaşmasının 51.maddesinde vurgulanan silahlı saldırının devlet tarafından gerçekleştirilmesi kriterinden sapılmıştır⁹. 11 Eylül 2001'e kadar devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması Uluslararası Hukuka aykırı addedilirken, bir gecede durum değişmiş ve devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması Uluslararası Hukuka uygun hale gelmiştir. Uluslararası Hukukta 15 yılı aşkın süredir yasal savunma hakkının içeriğinin değişikliğe uğrayıp uğramadığı ve böyle bir değişiklik için hangi koşulların gerekli olduğu tartışılmaktadır. Hernekadar genişletici yorum ve dar yorum yaklaşımını savunanların farklı sonuçlara ulaşması söz konusu ise de, 11 Eylül 2001'in yasal savunma hakkı bakımından bir kırılma noktası oluşturduğu konusunda ortak bir mutabakat olduğu gözlenmektedir¹⁰.

Yapılan her yorum söz konusu tarihte hakim olan fiili ve normatif koşulların bir yansıması olarak ortaya çıkar. Bu koşulların değişmesi somut normun içeriğine ilişkin mevcut mutabakatı etkiler. Çoğu kez bir uzlaşının ifadesi olan norm içeriği, dayanağı olan koşulların değişmesi ile sorgulanma konumuna gelir. Norm içeriğinin doğru olarak saptanması çalışmalarında sıklıkla temel esasları yansıtan yaklaşım farklılıklarının ortaya çıktığı görülmektedir. Normun içeriğinin uzlaşa yahut çoğunluğun görüşü olarak belirlenmesi normun doğru yorumlandığına karine oluşturmamaktadır. Norm içeriğinin çoğunluk tarafından benimsendiğine ilişkin yapılan bir atıf normun içeriğinin doğru tespit edildiğini değil, sadece norm içeriğinin belli şekilde kabul edildiğini gösterir. Bir takım olaylar sonucu doğan norm içeriğinin belirlenmesi tartışmaları buna karşılık tarihsel bir kırılma olarak görülmektedir.

8 KREMSER Holger, Der bewaffneter Einsatz der Bundeswehr gegen die Terrororganisation "Islamischer Staat" im Lichte des Staats-Europa- und Völkerrechts, **DVBl** 2016, 881 (883 vd.); VERLAGE Christopher, Anti-IS-Einsatz in Syrien rechtmäßig, **ZRP** 2016, 90; CREMER Hans Joachim, Die Beistandsklausel des EUV, **Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)** 2016, S.97

9 KRAJEWSKI Markus, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11.September 2001 und seine Folgen, **AVR** 40 (2002), 183

10 KRAJEWSKI, M., ibid

I. ALMANYA'NIN SURİYE OPERASYONUNA KATILMASININ ULUSLARARASI HUKUK DAYANAĞI

Almanya'nın Suriye operasyonuna katılmasının Uluslararası Hukuk dayanağı, Federal hükümet bu bağlamda hernekadar AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasına ve Paris'teki terör eylemi ertesinde Güvenlik Konseyi'nin aldığı 2249 sayılı rezolüsyona atıfta bulunmuş olsa da, yasal savunma hakkıdır. Uluslararası Hukuka uygunluk sorununun farklı hukuki dayanaklara istinat ettirilmesinde mantıken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Şüphesiz ne AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasının, ne de Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun bağımsız bir normatif ağırlığı bulunmaktadır.

A. Ab Anlaşmasının 42.Madde, 7.Fıkrası

AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında öngörülen dayanışma hükmünün hukuki bir mükellefiyet tesis edip etmediği, söz konusu hükmün sadece bir siyasi irade açıklaması olarak görülmesinin mümkün olup olmadığı tartışması önem taşımakla beraber, bu hükmün askeri operasyon için bağımsız bir Uluslararası Hukuk dayanağı teşkil etmediğinin altının çizilmesi gerekmektedir. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında hükme bağlanan kuvvet kullanma yasağı, kuvvet kullanılması için Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu izin yahut yetkilendirme fonksiyonu itibarı ile 3.devlete karşı kullanılacak kuvvetin hukuki dayanağıdır. AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında öngörülen dayanışma kuralı Fransa ve Almanya arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemekle beraber, Suriye topraklarında İslam devletine karşı kuvvet kullanılması konusunu düzenlemektedir¹¹. Bu sonuç 42.madde, 7.fıkra hükmünün NATO anlaşmasının 5.maddesi gibi, askeri dayanışmanın hukuki çerçevesi bağlamında BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkına atıfta bulunan içeriğinden istihraç edilmektedir.

B. Güvenlik Konseyi'nin 2249 Sayılı ve 2015 Tarihli Rezolüsyonu

İslam devletinin Suriye'de 2014'ten beri devam eden iç savaşa karışmasına bir reaksiyon olarak ABD liderliğindeki uluslararası koalisyon müdahalede bulunmuştur. Paris'te meydana gelen terör eylemi de Almanya gibi kimi devletlerin koalisyona katılmasına yol açmıştır. Uyuşmazlığın uzun süredir sürmesi nedeniyle Güvenlik Konseyi 2249 sayılı rezolüsyonu ile Irak ve Suriye'deki durumu ele almıştır. Güvenlik Konseyi tarafından karara bağlanan 2249 sayılı rezolüsyonun Suriye'de İslam devletine karşı operasyon yapmak konusunda yetkilendirme

11 KREMSER Holger, s 881 (883 vd.); CREMER Hans Joachim, S. 97



yapıp yapmadığının ve aynı şekilde koalisyona yeni devletlerin katılması bakımından hukuki dayanak oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Herşeyden önce zamansal olarak Güvenlik Konseyi kararının Paris'teki terör eylemi ertesinde alındığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Paris'teki terör eylemi Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyeleri arasında askeri güç kullanılması konusunda yetkilendirme yapan bir rezolüsyonun karara bağlanmasını mümkün kılan siyasi bir iradenin oluşmasını sağlamıştır.

Güvenlik Konseyi'nin 2249 sayılı rezolüsyonu askeri güç kullanılması konusunda yetkilendirme yapan şimdikiye dek karşımıza çıkan rezolüsyonlardan birçok bakımdan farklılık göstermektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının operasyona ilişkin bölümünde kural olarak "acting under Chapter VII" ifadesi kullanılırken ve yine askeri güç kullanılması yetkisi veren "authorizes" ifadesi kullanılırken 2249 sayılı rezolüsyonda bu ifadeler görülmemektedir. Güvenlik Konseyi'nin özellikle Suriye'deki duruma ilişkin ve İslam devletine karşı uluslararası müdahale öngören diğer rezolüsyonlardan farklı olarak BM Şartı'nın VII.bölümüne istinat etmemesi dikkat çekicidir¹². Rezolüsyonun Irak ve Suriye'de İslam devletinin kontrolünde olan yerlere imkân olan BM üyesi devletlerin tüm gerekli önlemlerle müdahale çağırısı yapması nedeniyle rezolüsyonda askeri güç kullanılması konusunda üstü örtülü yetkilendirme yapıldığı kabul edilmektedir¹³. Şüphesiz üye devletler gerekli her türlü önlemi alma konusunda yetkilendirilmemiş, bu bağlamda onlara sadece çağrı yapılmıştır. Bir eylemde bulunulması için çağrı söz konusu olduğunda çağrı yetkilendirmenin dayanağını teşkil etmektedir. Doğal olarak eylemde bulunulması için yapılan çağrılarının hukuken bağlayıcı olması mümkündür. Şüphesiz çağrı konusu eylemlerin, çağrının kendisinden istihraç edilmese de, daima bir hukuki dayanağı olması gerekmektedir. 2249 sayılı rezolüsyonun lâfzı da bu yaklaşımı desteklemektedir. Zira gerekli her türlü önlemin alınması talebinin gerçekleşmesi Uluslararası Hukuka riayet edilmesi koşulu ile mümkündür. "Tüm gerekli önlemlerin alınması" formülasyonu herne kadar askeri güç kullanılmasını kapsasa da, bunun BM Şartı çerçevesinde gerçekleşmesi mümkündür¹⁴. Bunun ötesinde Güvenlik Konseyi Suriye ile ilgili önceki rezolüsyonlarında "talep etmektedir" ifadesini askeri güç kullanılması için yetkilendirme

12 Güvenlik Konseyinin, 2140 sayılı ve 09.10.2015 tarihli rezolüsyonu için bkz.: SR/Res/2240 (2015), s.3; 2253 sayılı ve 17.12.2015 tarihli rezolüsyonu için bkz.: SR/Res/2253, s.5

13 KRISCH Nico, Art.39, bkz.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.21

14 BRANDL Ulrike, Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrats, **AVR** 53 (2015), 279(315)



dışında bütün gerekli önlemlerin alınması bağlamında kullanmıştır. Bu tablo 2249 sayılı rezolüsyondan askeri güç kullanılma konusunda zımni bir yetkilendirmenin istihraç edilemeyeceğini ortaya koymuştur.

C. Yasal Savunma Hakkı

Yapılan bu değerlendirmeler sadece yasal savunma hakkının İslam devletine karşı yapılan askeri operasyonlara katılımı dayanak oluşturabileceğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı, yasal savunma hakkının kullanılmasında bir devlet saldırısının ön koşul olup olmadığı, yasal savunma hakkının sadece saldırıda bulunan devletin önlemlerine karşı mı kullanılabileceği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Literatürde bu bağlamda BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkı ile uluslararası teamül hukukunda karşımıza çıkan yasal savunma hakkı arasında kısmen bir ayırım yapılmaktadır. Bunun arkasında ünlü "Caroline" formülüne atfen¹⁵. BMŞartı'nın 51.maddesine nazaran yasal savunma hakkına önleyici ve önalıcı yasal savunma hakkı olarak uluslararası teamül hukuku muvacehesinde daha kapsamlı kılma ve diğer taraftan da bu şekilde BM Şartı'nın 51.maddesinden sapan uygulamaya normatif bir ağırlık sağlama çabası yatmaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.madde, III.fıkra, b-bendine göre yorum çalışmalarında devletlerin sonraki uygulamalarının dikkate alınması gereği bulunmamaktadır. Yorum çalışmalarında devletlerin sonraki uygulamalarının dikkate alınması ancak uluslararası teamül hukukunun oluşma koşulları çerçevesinde dikkate alınabilir. Bu nedenle BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkının devletlerin uygulaması ışığında değerlendirilmesi iddiası ikna edici görülmemektedir.

II. DEVLET DIŞI AKTÖRLERE KARŞI YASAL SAVUNMA HAKKI KULLANILMASI

Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı, kullanılabilecekse bunun hangi koşullara göre kullanılabileceği konusu bağlamında, hareket noktası olarak 11 Eylül 2001 terör eylemleri ile yasal savunma hakkı yaklaşımında ortaya çıkan kırılma ve bunun sonucu olarak yasal savunma hakkının yorum ve uygulamasındaki değişim değil, yasal savunma hakkının devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlı tutma ve devlet dışı aktörlerin saldırılarının dışarda bırakma nedenleri ele alınacaktır. BM Şartı'nın 51.madde lâfzı

15 NOLTE Georg / RANDELSHOFER Albrecht, Art.51, bkz.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.50



yorum yapılmasını engellemektedir. Söz konusu hareket noktasının rasyonel kılınması herşeyden önce BM Şartı'nın yürürlüğe girdiği tarihte uluslararası sistemin yasal savunma hakkının karakteristik özelliği olarak devlet olmayı neden yasal savunma hakkının kullanılmasında esas aldığına açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Konuya tarihi olarak bakıldığında yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesinin karakteristik bir özellik olarak karşımıza çıkmadığı görülmektedir. Devletlerin Uluslararası Hukukta yegâne aktör olarak görülmesi uluslararası örgütlerin sujeliğinin tanınması ile sona ermiştir. Uluslararası Hukuk menşei itibariyle sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk olarak ortaya çıkmıştır. Bu geleneksel yaklaşıma göre gerçek ve tüzel kişiler aidiyet bağı taşıdıkları devletleri tarafından medyatize edilir. Diğer bir ifade ile özel kişilerin Uluslararası Hukuktan doğan hakları ve yükümlülükleri olamaz, onların bu haklara ve yükümlülüklere muhatap olma olanağı yoktur; onlar devletlerinin diplomatik korumasına muhtaçtır¹⁶.

Uluslararası Hukuktan doğan hakların prensip olarak sadece diğer devletlere karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle yasal savunma hakkının da aynı şekilde mantıken sadece devletlere karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. BM Şartı'nın 51.maddesi yasal savunma hakkının bir devlet tarafından kullanılması için ön koşul olarak, bir diğer devletin (bu saldırı dolaylı olsa da) silahlı saldırısının gerçekleşmesini öngörmektedir. Bu yaklaşım Uluslararası Adalet Divanının Nikaragua kararına da esas olmuştur. Silahlı saldırı sadece bir devletin düzenli ordusunu başka bir devlete göndermesi ile gerçekleşmez, silahlı saldırının düzensiz askeri güç gönderilerek, diğer bir ifade ile özel aktörler kullanılarak da yapılması mümkündür¹⁷. Bir devlete düzensiz askeri güç gönderilmesi veya silahlı çeteler gönderilmesi Uluslararası Adalet Divanına göre silahlı saldırı olarak nitelendirilen müdahale eylemlerinden farklıdır. Silah sevkiyatı, lojistik destek ve diğer şekillerde destek verilmesi bu kapsamda mütalaa edilmektedir¹⁸. Yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesi devlet odaklı Uluslararası Hukuk sisteminin ifadesi ve sonucudur. Silahlı saldırı, kuvvet kullanma bir devletin silahlı güçleri tarafından yapılmasa dahi bu saldırının normatif olarak bir devletle ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

16 ARNAULD Andreas von, **Völkerrecht** (2.Aufl. 2014), Rn.58

17 IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA, Merits, Judgement, 27.6.1986, ICJ Rep. 1986, s.14 (Rn.195)

18 IGH, Nicaragua, ICJ Rep. 1988, s.14 (Rn.195)

A. 11.09.2001 Tarihinin Yasal Savunma Hakkı Yaklaşımında Dönemeç Teşkil Etmesi

BM Şartı'nın 51.maddesine istinaden ABD'nin 11 Eylül 2001 terör eylemlerine gösterdiği reaksiyon yasal savunma hakkının kullanılmasında bir dönemeç teşkil etmektedir¹⁹. Terör eylemlerinden sorumlu tutulan El Kaide terör örgütünün Taliban ile bağlantıları Nikaragua kriterleri muvacehesinde El Kaide'nin eylemlerinden Afganistan devletinin sorumlu tutulması bakımından yeterli görülmemiştir²⁰. Bunun en önemli nedeni Taliban'ın "failed state" durumundaki Afganistan'ın sadece bir bölümü itibariyle etkin kontrole sahip olmasıdır. Bu hukuki engelin yeni yaklaşım ışığında yasal savunma hakkının de-facto rejimlere karşı kullanılmasının caiz kabul edilmesi ile aşılmaya çalışıldığı görülmektedir²¹. Taliban şüphesiz kendisi tarafından kontrol edilen Afganistan topraklarında El Kaide militanlarının eğitime ve terör eylemlerinin hazırlanmasına destek vermiştir; ancak ABD'ye kendisi teröristleri göndermemiştir.

11 Eylül 2001 terör eylemi ertesinde Afganistan'a karşı gerçekleştirilen askeri operasyonun hukuki dayanağı olarak ABD ve İngiltere yasal savunma hakkına istinat etmiştir. 11 Eylül 2001 terör eylemi silahlı saldırının bir devlet tarafından yapılmasını öngören BM Şartı'nın 51.maddesinin ve bu bağlamda kriterleri belirleyen Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua kararının tartışılmasına yol açmıştır. Bu tartışmalarda öncelikle gerçekleşen olayların normların içeriğinin değişmesinde ne şekilde rol oynadığı ve Nikaragua kararının klâsik kriterlerine göre devletlere tahmil edilemeyen saldırılarda yasal savunma hakkına ne şekilde istinat edilebileceği ele alınmış, söz konusu sorunlara özellikle sorumluluğun tahmil edilmesi kriterleri ve "unable" doktrini²² muvacehesinde yorum getirilmeye çalışılmıştır.

11 Eylül 2001'den itibaren Güvenlik Konseyi'nin devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını 1368 ve 1373 sayılı rezolüsyonları ile açıkça tanıması²³ ve NATO üyelerinin NATO tarihinde ilk kez 12.09.2011'de yasal savunma hakkının terör örgütlerine karşı kullanılmasını zımnen tanıması, bu bağlamda ABD ve İngiltere'nin askeri operasyonlarına yöneltilen

19 KRAJEWSKI Markus, 183 vd.;

TAMS Christian J., The Use of Force against Terrorists, EJIL 20 (2009), 359)

20 ARNAULD Andreas von, Rn.1087

21 KRAJEWSKI Markus, 183 vd.

22 STARKI Paulina, The Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor, ZaöRV 2015, 458

23 1368, 12.09.2001,SR/Res/1368 (2001) ve 1373, 28.09.2001, SR/RES/1373 (2001)



eleştirilere cevap oluşturmuştur²⁴. Bu argümanlara karşı söz konusu Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarında terör örgütlerine karşı tanınan yasal savunma hakkının beyanı nitelikte olduğu, bu kararlarda sadece yasal savunma hakkının varlığının kabul edildiği, ancak bu hakkın kime karşı kullanılacağına henüz belirlenmediği yolunda itirazlar yapılmıştır (paralel bir tartışma Güvenlik Konseyi'nin 13 Kasım 2015'te Paris'teki saldırı sonrası kabul ettiği rezolüsyon bağlamında gündeme gelmiştir. Söz konusu rezolüsyon Fransa'ya teröristlerin silahlı saldırılarına karşı yasal savunma hakkına istinaden kendini savunma yetkisi vermiştir). Güvenlik Konseyi İslam devletinin saldırılarını "global and unprecedented threat to international peace and security" olarak nitelemiştir. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII.bölümüne göre karar almasına dayanak oluşturmuştur.

Bu tablo ancak karşı görüşü temsil edenlere göre yasal savunma hakkı bakımından ne doğrudan ne de dolaylı olarak kapsamlı bir yaklaşımın savunulmasını mümkün kılmaktadır²⁵. Yasal savunma hakkının genişletilmesini reddeden görüş sahipleri devletlerin uygulamasında opinio iuris olmaksızın yasal savunma hakkının genişletilmesinin hukuki bir etki doğurmayacağını, bunun normatif anlamda öneminin olmadığını²⁶ bir çok devletin bu çerçevede suskun kalmasından hukuki değişimin tanındığı sonucu istihraç edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Somut durumdan bağımsız olarak bu çerçevede yapılan tartışmalardan iki sonuç çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, 11 Eylül 2001 sabahına kadar yasal savunma hakkının kullanılması için bir devlete yüklenebilecek bir silahlı saldırı önkoşul olarak kabul edilirken, bugün bu önkoşulun aranmamasıdır; ortaya çıkan ikinci sonuç 11 Eylül 2001 terör eyleminin yasal savunma hakkı yaklaşımında bir kırılmaya yol açmasıdır. Söz konusu tarihten itibaren sadece Uluslararası Hukuk uygulamasında değil, Uluslararası Adalet Divanı yorumlarında ve Uluslararası Hukuk literatüründe yasal savunma hakkının genişletilmesi bağlamında yeni yaklaşımlar ortaya çıkmıştır²⁷.

24 WALTER Christian, Terrorism, bkzn.: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Rn.75

25 KAMMERHOFER Joerg, The Resilience of the Restrictive Rules of Self-Defense, bkzn.: Marc Weller (Hrsg.), **The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law** (2015), s.627

26 KAMMERHOFER Joerg, s.627

27 bkzn.: IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, Separate Opinion Judge Rosalyn Higgins, 09.07.2004, ICJ Rep. 2004, s.207; Separate Opinion Judge Pieter H. Kooijmans, ICJ Rep. 2004, s.219; Declaration of Judge Thomas Buergenthal, ICJ Rep. 2004, s.240

B. Değişimin Devam Etmesi

Değişimin sürekliliği tezinin sadece sürekli olarak değişen gerçeklerle bağlantılı olarak değil, sürekli değişen gerçeklerin bir yansıması olarak mevcut normlara ilişkin yaklaşımların değişimi bağlamında da ele alınması gerekmektedir. Kimi olaylar belli hukuki tartışmaların açılmasının nedeni yahut vesilesi olmaktadır. Bu olaylar kural olarak mamafih aniden ortaya çıkmamaktadır. Bu olaylar daha ziyade bir normun içerik ve anlamına ilişkin önceki tartışmalarla bağlantılı olarak ortaya çıkmakta ve uzun vadede norma dayanak olan normatif sistemde esaslı değişikliklere yol açmaktadır. Normun içeriğinin ilk aşamadaki gelişimine ilişkin bu soyut tarifi yasal savunma hakkının devlet dışı aktörlere karşı kullanılmasına da uyarlanması mümkündür. “11 Eylül 2001’de gerçekleşen terör olaylarına karşı ABD ve İngiltere’nin gösterdiği reaksiyon yasal savunma hakkının içeriğinin tartışılmasına vesile oluşturmuştur. Devletler şüphesiz 11 Eylül’den önce de devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkına istinat etmiştir²⁸. Bu çerçevede yapılan tartışmalarda kimi hukukçular BM Şartı’nın 51.maddesinin silahlı saldırının devletlere yüklenmesinin önkoşul olarak öngörülmediği görüşünü temsil etmiştir. Devlet dışı aktörlerin terör eylemlerine karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının 11 Eylül öncesi bu güne nazaran daha tartışmalı olduğu, 11 Eylül’ün buna karşılık yasal savunma hakkının yorumunda bir kırılma teşkil ettiği kesindir. Gerçekleşen olaylarla bağlantılı olarak ortaya çıkan değişim kural olarak mevcut pozisyona istinat etmektedir. Bu bağlamda hukuk yahut onun yorumu değil, temsil edilen pozisyon belirleyici olmaktadır.

1. Devlet Dışı Aktörlere Karşı Kullanılan Yasal Savunma Hakkı Yaklaşımında Ortaya Çıkan Değişim

Devletlerin ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanamamaları, diğer bir ifade ile otorite boşluğu halinde ülke üzerinde etkin yetki kullanan fiili rejimlerin uluslararası hukukta ne şekilde muamele edileceği 11 Eylül 2001 terör eylemlerinden çok önce tartışma konusu olarak ele alınmıştır²⁹. De facto (fiili) rejimlerle bağlantılı olarak 90’lı yılların sonundan itibaren ortaya çıkan bir problem olarak “failed State” konusunun bu tartışmalarla paralel

28 WANDSCHER Christiane, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Taschenbuch – 16. Juni 2006, s.126 vd.;

DINSTEIN Yoram, *War, Aggression and Self-Defence* (1.Aufl. 1988), s.221 vd.

29 FROWEIN Jochen Abr., *Das de-facto-Regime im Völkerrecht, (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.46)*, Köln, Berlin 1968;

BALEKJIAN Wahe H., *Die Effektivität und die Stellung nichtanerkannter Staaten im Völkerrecht* (1970), s.125 vd.)

tartışıldığı görülmektedir³⁰. “Failed state” durumunda olan devletlerde belli bir kapsamda etkin otorite kullanan aktörler otoritelerinin stabil ve sürekli olmaması nedeniyle diğer devletler tarafından tanınmamakta ve de facto rejim olarak karakterize edilmektedir. “failed state” durumunda olan devletler de facto rejimlere benzemeleri nedeniyle quasi-de-facto rejim olarak tanımlanmaktadır³¹. Bu şekilde “failed state” devlet ve de-facto rejimler arasında bir fenomen olarak devlete yakın, ancak devlet dışı yarı egemen aktör olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durum devlet ve devlet dışı aktörler arasında söz konusu olan tarihi ayırımın devam ettiğini göstermektedir. Bunun sonucu olarak devletlerin ve devlet benzeri yapıların saldırıları bir tarafta, terör örgütlerinin saldırıları diğer tarafta mütalaa edilmektedir. Teröristler için normatif olarak yasal savunma hakkı bağlamında eylemlerinin bir devlete yüklenmesi gerekirken, de facto ve quasi de facto rejimler bakımından devlet benzeri olmaları nedeniyle buna gerek bulunmamaktadır. Bu rejimlerin devletlerle etkin otorite kullanmaya istinat eden fiili benzerlikleri söz konusu olsa da, bu çerçevede normatif farklılıkların bulunduğu gözardı edilmemesi gerekmektedir. Devletler istisnai olarak egemenlik yetkisi kullanmadığı bölgeler dışında ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanır³². Buna karşılık “failed States” durumunda devlet otoritesinin kullanılmadığı alanlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumlarda da devletlerin sürekliliği prensibine istinaden “failed State”in dışarıya karşı hukuki varlığı devam etmektedir³³. Bunun anlamı “failed State”in ülkesinin devlete ait olmaya devam etmesidir. De-facto yahut quasi de-facto rejimlere yönelik yasal savunma eylemleri ülkesel egemenlik iddiasının söz konusu olduğu topraklara yönelik gerçekleştirilir. Tasarrufta bulunacak aktörlerin eksikliği nedeniyle hak ihlallerinin ileri sürülemediği “failed State” durumlarında da yasal savunma eylemlerinin “failed State”in ülkesel bütünlük hakkı ile uyumlu kullanılması gerekmektedir. Ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleştirilen “failed state”in ülkesel bütünlüğü, devlet dışı aktörlere karşı gerçekleştirilen yasal savunma hakkı bağlamında bağlayıcı unsur olarak kabul edilmektedir. Bu durum teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı bağlamında ülkesel bütünlük ilkesinin korunduğu anlamını ifade etmektedir.

30 GEİßRobin, Failed States-normative Erfassung gescheiterter Staaten, **Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel**, (2005), s.120 vd.

31 ARNAULD Andreas von, Rn.58

32 ARNAULD Andreas von, Rn.1093

33 CRAWFORD James Richard, **The Creation of States in international Law**, (2.Aufl. 2006), s.667 vd.

Sistematiik olarak bakıldığı zaman de-facto rejimlere, quasi de-facto rejimlere ve teröristlere karşı kullanılan yasal savunma eylemleri arasında önemli bir fark olmadığı görölmektedir. Ayrım sadece devlet ile devlet dışı aktörler arasında yapılmaktadır. Onları birbirinden ayıran onları devlet gibi muamele edilmemelerinden ileri gelmektedir. Bununla beraber bu saptama otomatik olarak de-facto rejimlere ve teröristlere karşı yasal savunma eylemlerinin zorunlu olarak aynı şekilde mütalâa edilmesi sonucunu vermemektedir. Bunun nedeni yasal savunma hakkının varlığı ve somut durumda kullanılacak yasal savunma hakkı koşullarındaki farklılıktır. Ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin toprak bütünlüğünün sağlanması, somut koşullara ve bu çerçevede rol alan aktörlere bağlıdır. Bu farklılıklar yasal savunma hakkının varlığını etkilememektedir. Yasal savunma hakkının devlet dışı aktörlere karşı kullanılması kabul edilmektedir. Sistematiik olarak bakıldığında teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı ile de-facto rejimlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı arasında bağlantıların olduğu görölmektedir. Devlet ve devlet dışı aktörler arasında yapılan ayırmadan, de-facto ve quasi de-facto rejimlerin terör örgütlerinden farklı olarak devlet benzeri olmaları gerekçesi ile sapılmak istense de, bu konuda bir değişiklik sağlanamamıştır.

Fiili kesişmelerin mevcudiyeti ve sınırlayıcı kriterlerin eksikliği nedeniyle bu tür bir ayırımın gereksiz olduğu İslam devleti örneğinde somut şekilde ortaya çıkmıştır. İslam devleti belli bir alanda etkin ve sürekli egemenlik yetkisi kullanmaktadır. Bu durum onun de-facto değil, quasi de-facto rejim olarak nitelendirilmesini mümkün kılmaktadır³⁴. İslam devletinin fiili otoritesini kullandığı topraklarda Irak ve Suriye devletleri kendi toprak bütünlüklerini iddia etmektedir. İslam devleti aynı zamanda dünya çapında değişik yerlerde El Kaide'nin yöntemlerini kullanarak terör eylemleri gerçekleştirmekte yahut bunları yaptırmaktadır. 11 Eylül 2001 tarihli terör eylemine reaksiyon olarak yasal savunma hakkının normatif değişikliği bağlamında başlatılan tartışmalar, Irak ve Suriye İslam devletinin faaliyetlerine bağlı olarak devam etmektedir.

2. Devlet Odaklı Sistemden Çok Kutuplu Sisteme Geçiş

Yasal savunma hakkının yorumunda 11 Eylül 2001 terör eylemi ile ortaya çıkan kırılma BM Şartı'nın 51.maddesine esas olan yaklaşımı normatif bir değişim sürecine sokmuştur. Menşei itibariyle münhasıran devletler arası ilişkileri düzenleyen Uluslararası Hukuk devlet dışı

34 JANIK Ralph, Der Kampf gegen den "Islamischen Staat" – Die grossen Probleme liegen nicht im Völkerrecht, **JuWissBlog**, 09.12.2015, <https://www.juwiss.de/88-2015>



aktörlerin de hak ve yükümlülük sahibi olduğu çok kutuplu bir düzene dönüşmüştür. Uluslararası Hukuk bugün Uluslararası Hukuk sujeleri bakımından bir numerus clauses kabul etmemektedir³⁵. Buna uygun olarak kime Uluslararası Hukuk sujeliğinin tanınacağı konusu siyasi bir prosese bağlı kılınmamaktadır. Uluslararası Hukukta artık kimin hak ve yükümlülükleri sahip olduğu sorusu değil, devlet dışı aktörlerin somut durumda hangi hak ve yükümlülükleri sahip olduğu sorusu önem taşımaktadır. Devlet dışı aktörlere prensip olarak kimi hakları kullanma ehliyetinin tanınması ile kaçınılmaz olarak Uluslararası Hukukun en temel sorunu olarak Uluslararası Hukukun gerçek dayanağının sorgulanması gündeme gelmektedir. Uluslararası Hukukun öncelikli sujeleri devletler midir, yoksa bireyler midir?³⁶. Bu tartışma doğrudan Uluslararası Hukukun anayasallaştırılması prosesi ile bağlantılı görülmektedir³⁷.

Her ne kadar Uluslararası Hukukun anayasallaştırılması ile bağlantılı temel problemler henüz halledilmemiş ise de ve çok sayıda farklı, karşılıklı olarak birbirini reddeden görüşlerin bulunması doğal olsa da, devlet dışı aktörlerin devletler üzerinden hak ve yükümlülüklerini elde ettikleri yönünde görüş temsil eden devlet odaklı Uluslararası Hukuktan günümüzde bir sapma olduğu açıktır. Ortaya çıkan bu tablo esas tartışma konusunun değişim değil, bu değişimin bireyler bakımından getirdiği sonuçlar olduğunu göstermektedir. Bu durum yasal savunma hakkının yazısız bir kriteri olan devlet olma “unsuru” üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Tarihi olarak bu sonuç normun kendisinden değil, devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Uluslararası Hukukun sınırlamalarından istihraç edilmektedir. Uluslararası Hukukun devlet dışı aktörlerin devletlerden bağımsız bir hukuki statüye sahip olmasına imkân veren gelişimi ile beraber Uluslararası Hukuk sisteminde yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesi gereği ortadan kalkmıştır. Uluslararası Hukuk sistemi bundan böyle yasal savunma hakkını devletle ilişkilendirme bakımından hukuki bir dayanak oluşturmamaktadır. Uluslararası Hukuk orijinal yaklaşımı itibariyle devlet menşei silahlı saldırılara karşı yasal savunma hakkını kabul etmiştir. Söz konusu bu yaklaşımda ısrar edilmesi kapsamlı bir normatif çalışmanın parçası olarak belli bir zaman diliminde yapılan düzenlemenin bütününe esas olan

35 MOSLER Hermann, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* 22 (1968), s.1

36 PETERS Anne, Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (*Jus Internationale et Europaeum*), (2014),s.29 vd.

37 KLEINLEIN Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, (2012), s.361;

KNAUFF Matthias, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichem Recht – Konvergenz oder Divergenz, *ZaöRV* 68 (2008), 453 (464 vd.)

yaklaşımından sapılmasına yol açar. Özellikle unsurları tam olarak belli olmayan normların içeriğinin zamanın koşullarına göre belirlendiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

C. Yasal Savunma Hakkının Devletle İlişkilendirilmesinin Nedenleri

1. Yasal Savunma Hakkı Ve Kuvvet Kullanma Yasağı İlişkisi

Yasal savunma hakkının zorunlu olarak devletle ilişkilendirilmesi BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma yasağı ve BM Şartı'nın 51.maddesi arasındaki normatif ilişkiden istihraç edilmektedir. BM Şartı'nın 51.maddesinin tersine BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası kuvvet kullanma yasağını münhasıran devletle ilişkilendirmiştir. Bu normun muhatabı BM üyesi devletlerdir. BM üyesi devletler BM Şartı'nın 3. ve 4.maddeleri BM üyesi devletlerle sınırlı hükümler öngörmektedir. Uluslararası ilişkiler kavramının bu hükümler muvacehesinde devletlerarası ilişkiler olarak anlaşılması gerekmektedir. Kuvvet kullanma yasağının kapsamına giren hususlar devletlerin toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığıdır. Kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkının normatif olarak birbirinden ayrılmaz bir ilişki içinde mütalaa edilmesi, 51.maddenin lâfzından bağımsız olarak, kuvvet kullanma yasağını devletle ilişkilendiren BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında yer alan yaklaşımın BM Şartı'nın 51.maddesi bakımından da geçerli kabul edilmesinden ileri gelmektedir. İki hüküm arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan normatif ilişkiyi kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkı arasında kural-istisna ilişkisi teyit etmektedir³⁸. Kuvvet kullanma yasağının kuralı oluşturması nedeni ile kurala istinat eden istisnanın da kural gibi aynı uygulanma alanına sahip olması gerekmektedir.

İki norm arasında kural-istisna olarak nitelendirilen bir ilişki bununla beraber zorunlu olarak iki normun içerik olarak birbiri ile bağlantılı olduğu sonucunu vermemektedir. İstisna teşkil eden normun içeriğinin zorunlu olarak kural teşkil eden normun içeriğinden istihraç edilmesi gerekmemektedir. İçerik olarak zorunlu bir ilişki ancak istisna normun lâfzının yahut sistematüğının bunu öngörmesi halinde mümkündür. BM Şartı'nın 51.maddesinde böyle düzenleme öngörülmemektedir. BM Şartı tasarısında yasal savunma hakkına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. 51.madde daha sonraki bir tarihte BM Şartı'na alınmıştır. 51.maddenin Şart'a alınmasının nedeni kuvvet kullanma yasağı yahut buna ilişkin bir istisnanın düzenlenmesi değil, Güvenlik Konseyi'nin yetkileri ve BM Şartı'nın VII.bölümüne istinaden Güvenlik Konseyi'nin alacağı

38 GRZESZICK Bernd, Die Staatsgewalt in der UN Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht, AVR 41 (2003), 484



önlemlerdir³⁹. 51.maddenin BM Şartı'nın VII.bölümünün sonunda yer alan sistematigi de bu yaklaşımı teyit etmektedir. BM Şartı'nın 51.madde lâfzı doğrudan 2.madde 4.fıkra ile normatif bağlantı oluşturan bir yaklaşımla, diğer bir ifade ile kural-istisna ilişkisi olarak kaleme alınmadığını ortaya koymaktadır. BM Şartı'nın 51.maddesi doğrudan kuvvet kullanma yasağına değil, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barışı ve güvenliği yeniden tesisiyle ilgili önleme istinat eden bir üslupla kaleme alınmıştır. BM Şartı'nın 51.maddesinin menşesine, sistematigine, lâfzına rağmen yasal savunma hakkı ve kuvvet kullanma normu arasındaki ilişkinin bir kural-istisna olarak tanımlanması durumunda istisna hükmün uygulanma alanının hükmün kendisinden istihraç edilmesi mümkün olmamaktadır. İki norm arasındaki ilişkinin emredici bir normla düzenlenmemesi halinde normun uygulanma alanının gerek kuvvet kullanma, gerek yasal savunma ile ilgili normun kendisi tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Kural-istisna ilişkisi normların uygulanma alanlarının kesiştiği ve normların hukuki sonuçlarının birbirine ters düştüğü durumlarda normlar çatışmasını önlemek için öngörülmektedir⁴⁰. Yasal savunma hakkı kuvvet kullanma yasağı ve kuvvet kullanma hakkı arasındaki normlar çatışmasını önleme bağlamında ortaya çıkmıştır. İki norm arasındaki ilişkiyi hukuk tekniği açısından kural-istisna ilişkisi olarak gören yaklaşımda silahlı saldırının normatif anlamda zorunlu olarak bir devlete tahmil edilmesi, yasal savunma hakkı bağlamında devlet dışı aktörlerin ikâmet ettiği devletlere karşı kuvvet kullanılması sonucunu doğurmaktadır. BM Şartı'nın ancak 2.madde, 4.fıkrası lâfzından hareket edildiği takdirde kuvvet kullanma ve ilgili devletin ülkesel bütünlüğü arasında ayırım yapılması mümkündür. Böyle bir durumda yasal savunma eylemlerinin doğrudan devlete karşı değil, devlet dışı aktörlere karşı yöneltilmesi mümkün olabilir. Devlet dışı aktörlere karşı kullanılan kuvvetten mamafih zorunlu olarak ilgili devletin toprak bütünlüğü etkilenmektedir. Bundan nasıl kaçınılabileceği konusu yasal savunma hukukunun değil, uluslararası sorumluluk hukukunun konusudur.

2. Yasal Savunma Hakkının Anlamı ve Amacı

Yasal savunma hakkının silahlı devlet saldırıları ile sınırlanması görüşüne karşı BM Şartı'nın 51.maddesinin amacı ve anlamı dile getirilmektedir. Yasal savunma hakkını silahlı devlet saldırıları ile sınırlayan yaklaşım kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkı ilişkisini kural – istisna ilişkisi olarak tanımlamaktadır. Diğer bir ifade

39 KUNZ Josef Laurenz, *Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations*, AJIL, 41 (1947), 872 vd.)

40 FINKE Jasper, *Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht*, AöR 140 (2015), 514 (520)

ile yasal savunma hakkının istisnai karakteri nedeni ile dar bir görüş temsil edilmektedir⁴¹. Kural ve istisna norm arasında ancak içerik olarak doğrudan bir bağlantı kurulmadığı nispette, kural normun amacı ve anlamı ile kurulan bağ hiçbir şekilde zorunlu olarak yasal savunma hakkının silahlı devlet saldırıları ile sınırlandırıldığına kanıt oluşturma durumunda değildir. Yasal savunma hakkının söz konusu dar yorumu tezine yasal savunma hakkının anlamı ve amacı değil, BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası ile takip edilen amaç esas alınmaktadır⁴². İstisna normların her halükârda kural normun anlamı ve amacı ışığında yorumu gerekir. Bunun nedeni istisna ve kural arasında sadece doğrudan normatif bir bağın değil, takip edilen amaçlar bakımından hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, diğer bir ifade ile kural norm ile takip edilen amacın istisna normun amacına göre hiyerarşik üstünlüğe sahip olması, dolayısı ile kural normun uygulanma alanının istisnaya göre daha kapsamlı olmasıdır.

BM Şartı'nın kural norm olarak kabul edilen 2.madde, 4.fıkrası ve istisna hüküm olarak kabul edilen 51.maddesi arasında ancak böyle bir hiyerarşik ilişki tesis edilmemiştir. Her iki hüküm de BM Şartı'nın 1.madde, 1.fıkrasında öngörülen uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin BM amaçlarının bir parçasıdır. Kuvvet kullanma yasağı hernekadar merkezi öneme sahip kabul edilmişse de, BM kurucu devletleri kuvvet kullanma yasağının ihlâl edilmesi halinde bu normun tek başına BM'in uluslararası barış ve güvenliği koruma amacını gerçekleştiremeyeceği görmüş ve BM Şartı'nın VII.bölümünde Güvenlik Konseyi için yetkiler öngörmüştür. Güvenlik Konseyi VII.bölüm hükümlerine göre gerekli önlemleri alıncaya kadar BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde yasal savunma hakkının kullanılmasına devam edilir. 51.madde ile takip edilen amaç devletlerin varlıklarını korumasıdır. Kuvvet kullanma yasağı buna karşılık, devletlerin kuvvet kullanma zorunda kalmamasını temin etme amacına matuf olarak düzenlenmiştir.

Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında BM'in öncelikli amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının yasal savunma hakkının dar yorumunu gerektirdiği, eylemleri normatif olarak devletlere yüklenemeyen devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma hakkının yasal savunma hakkını devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlayan BM Şartı'nın 51.madde hükmüne uygun olmadığı, hükmün geniş yorumlanmasının yasal savunma eylemlerinin uluslararası barışın korunmasına veya yeniden tesisi amacına ters

41 CORTEN Oliver, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, (2010), s.411 vd.

42 NOLTE Georg / RANDELSHOFER Albrecht, Rn.50



düşer şekilde yeni kuvvet kullanımlarına yahut mevcut saldırıların yoğunlaşmasına yol açabileceği yolunda eleştiriler yapılmaktadır. Bu tür yaklaşımların devletlerin devlet dışı aktörlerin silahlı saldırılarından doğan sorumluluğu kabullenmeleri gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç doğuracağına göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Öngörülen kuvvet kullanma yasağına rağmen devletlere karşı silahlı saldırıların olabileceği BM Şartı tarafından kabul edilen bir realitedir. Böyle bir durumda iki olanak bulunmaktadır. Bunlar BM Şartı'nın VII.bölümüne göre Güvenlik Konseyi'nin önlem alması yahut Güvenlik Konseyinin henüz önlem almamış olması durumunda BM Şartı'nın 51.maddeye göre yasal savunma hakkının kullanılmasıdır. BM Şartı'nın 51.maddesine göre kullanılan yasal savunma hakkı devletlere varlıklarını tehdit eden kuvvet kullanımlarına karşı kendilerini yalnız yahut birlikte korumaları olanağı vermektedir. Böyle bir tehdidin devlet dışı aktörlerden kaynaklanması normatif bir sorun olmaktan ziyade fiili bir sorun oluşturmaktadır. Söz konusu görüşe göre devlet dışı aktörlerin silahlı saldırı yoğunluğuna erişen kuvvet kullanmalarına karşı yasal savunma hakkının kullanılması 51.maddenin anlam ve amacına ters düşmektedir. Yasal savunma hakkının hangi koşullar altında devlet dışı aktörlere karşı kabul edileceği saldırının yoğunluğu esas alınarak tayin edilecektir.

3. Uluslararası Adalet Divanı Kararları

Şekli hukuk olarak Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının 51.maddenin devlet dışı aktörlere uygulanmasına karşı olup olmaması önem taşımamaktadır. Bunun dışında Uluslararası Adalet Divanının danışma görüşleri hukuken bağlayıcı değildir⁴³. Aynı durum ne taraflar, ne de genel olarak bağlayıcı etkiye sahip olmayan karar gerekçeleri bakımından geçerlidir⁴⁴. Şüphesiz Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının bu bağlamda taşıdığı anlamın şekli hukukla sınırlı kalmaması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının temsil edilen bir görüşe diğerlerine nazaran daha fazla ağırlık vermesi mümkündür. Devlet dışı aktörlerin yasal savunma hakkı konusunda olduğu gibi temsil edilen görüşlerin birbirine tamamen ters düştüğü durumlarda normun içeriğinin belirlenmesi bağlamında Uluslararası Adalet Divanı'nın yaklaşımı oldukça önemlidir. Terör eylemlerinden ve Güvenlik Konseyi'nin 1368 ve 1371 sayılı rezolüsyonlarından sonra da yasal savunma hakkı için devletlerin silahlı saldırısını önkoşul olarak kabul eden Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihatına gönderme yapan eleştirmenler,

43 THIRLWAY Hugh, Advisory Opinion, MPEPIL, Rn.2

44 BROWN Chester, Art.59; bkzn.: Andreas Zimmermann et.al. (Hrsg.) **The Statute of the International Court of Justice – A Commentary** (2.Aufl. 2012), Art.60, Rn.39



Divanın devlet dışı aktörlere karşı yasal savuna hakkını kabul etmediğini ileri sürmektedir⁴⁵. Bu durum Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in duvar inşası nedeniyle verdiği danışma görüşünden ve aynı zamanda "Armed Activities" kararının gerekçelerinden istihraç edilmektedir⁴⁶. İsrail'in duvar inşası ile ilgili olarak Divan'ın çoğunlukla aldığı kararın ifadesi açıktır: "Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right to self-defence in the case of an armed attack by one state against another state. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign state"⁴⁷. Söz konusu bu saptamanın devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını engelleyip engellemediği konusu bağlamında Uluslararası Adalet Divanı'nın "Armed Activities" davasında ortaya koyduğu yaklaşım önem taşımaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın karara bağladığı bu dava Nikaragua davası ile önemli benzerlikler göstermektedir. Davada Uganda'nın ne ölçüde Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı yasal savunma hakkına istinat edebileceği ve devletlerin kendilerinin tasarrufta bulunmadığı durumlarda BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasına istinat edilmesinin mümkün olup olmadığı, Uganda'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı yasal savunma hakkına istinat etmesi bağlamında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Sudan'la işbirliği yapmasının ve bir isyancı grubun (Allied Democratic Forces "ADF") eylemlerine destek vermesinin hukuken Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin saldırısı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı inceleme konusu yapılmıştır. Uluslararası Adalet Divanı bu bağlamda Nikaragua davasındaki kriterlere istinaden söz konusu eylemlerin normatif bakış açısı ile Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin bu eylemlere ne doğrudan, ne de dolaylı katılımının yeterli şekilde kanıtlanmaması nedeniyle Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin saldırısı olarak kabul edilemeyeceğini karara bağlamıştır⁴⁸.

Uluslararası Adalet Divanı devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkı kullanılmasına BM Şartı'nın 51.maddesine ilişkin pasajın sonunda kısaca değinmiştir: "For all the reasons, The Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right to self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions Contemporary International Law provides for

45 STARSKI Paulina, 461; CORTEN Oliver, s.192

46 KAMMERHOFER Joerg, Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence, *LJIL* 20 (2007), s.89

47 IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, ICJ Rep. 2004, s.139

48 IGH, Armed Activities, ICJ Rep. 2005, Rn.130vd.



a right to self-defence against large-scale attacks by irregular forces"⁴⁹. Uluslararası Adalet Divanı problemi, devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma eylemleri ve doğrudan devletlere karşı yasal savunma eylemleri olarak ikiye ayırarak ele almıştır. Nikaragua davasında ABD'nin yaptığı gibi Armed Attack davasında Uganda doğrudan devletlere yönelik yasal savunma hakkına istinat etmiştir. Silahlı saldırının kendisine karşı yasal savunma hakkı kullanılan devlete tahmil edilmesi prensip olarak olağan karşılanmaktadır. Silahlı saldırıyı yapan devlet ile yasal savunma hakkının muhatabı böyle bir durumda aynıdır. Bu sonucun devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma hakkına uyarlanabilmesi devlet dışı aktörlerin eylemlerinin ölçü ve etkileri itibariyle silahlı saldırının koşullarını yerine getirmesine bağlıdır. Bu koşullar yerine geldiği nispette yasal savunma eylemlerinin muhatabı devlet dışı aktörlerin ikamet ettiği devletler değil, doğrudan yasal savunmaya neden olan devlet dışı aktörler olacaktır⁵⁰. Doğal olarak yasal savunma hakkı eylemlerinden etkilenen devlet toprak bütünlüğüne ilişkin hakkını ileri sürebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkına ilişkin açıklamalarının net olmadığı görülmektedir. Mahkeme İsrail'in duvar inşası bağlamında verdiği görüşünde (çoğunluk kararı) BM Şartı'nın 51.maddesinin sadece devletlerin silahlı saldırıları durumunda yasal savunmaya izin verdiğini kabul etmiştir.

Armed Attacks davasında verilen kararda düzensiz ordulara karşı hangi koşullarla yasal savunma hakkının kullanılabileceği konusunu Divan karar bakımından önemi olmaması nedeniyle açık bırakmıştır⁵¹. Uluslararası Adalet Divanı'nın farklı yaklaşımının yargıçların görüşlerinin farklılığından mı, duvar inşası ile ilgili görüşünü değiştirmek istemesinden mi, yoksa duvar inşası ile ilgili görüşünde ilk bakışta görünenden farklı bir yaklaşımın temsil edilmek istendiğinden mi ileri geldiği anlaşılmamaktadır. Bununla beraber esas alınması gereken günümüzde daha çok Divan'ın duvar inşası görüşünden sonra Armed Attacks davasında hernekadar devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması konusunu karara bağlamamış olsa da, düzensiz ordulara karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında ortaya koyduğu devlet/devlet dışı aktörler ayırımına istinat eden yaklaşımdır. İsrail'in duvar inşası ile ilgili danışma görüşünde Divan bu konuya

49 IGH, Armed Activities, ICJ Rep. 2005, Rn.149

50 WALTER Christian, Rn.758

51 Armed Activities davasında "Separate Opinion" için bkz.: Separate Opinion, Judge Simma, ICJ Rep. 2005, Rn.11; Separate Opinion, Judge Kooijmans, ICJ Rep. 2005, Rn.25



değınmemiştir. Bu tablo Uluslararası Adalet Divanı içtihatının devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasını engellemediğini ortaya koymaktadır.

Yasal savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın bu çerçevede yapmış olduğu değerlendirmeler önem taşımaktadır. Divan yasal savunma hakkının karşılıklılık özelliğinden hareket etmektedir. Diğeri bir ifade ile saldıran ve saldırıya uğrayan bir karşılıklılık ilişkisi içindedir. Bunun sonucu olarak saldırıya uğrayanın sadece saldırı yapana karşı yasal savunma eylemi yapması mümkündür. Saldıran ve yasal savunma eylemlerinin muhatabının aynı olması gerekmektedir. Muhtemel asimetriyi Divan reddetmektedir. Yasal savunma eylemlerinin muhatabı olarak düzensiz ordulara, silahlı çetelere, teröristlere karşı ülkesinde yeterli mücadele yapamayan devletlerin alınması, devlet dışı aktörlerin bu devletlerin ülkelerini barnak olarak kullanılmasına yol açmaktadır. Bu durumun birçok devletin güvenliğini ilgilendirmesi nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. bölümüne istinaden önlemler alması söz konusu olmaktadır. Bundan bağımsız olarak devlet dışı aktörlerin silahlı eylemlerine reaksiyon olarak devlet dışı aktörlerle ülkesinde yeterli ölçüde mücadele edemeyen devlete karşı yasal savunma hakkının kullanılması caiz görülmemektedir. Devlete karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının gerekli önkoşulu silahlı saldırının devlet tarafından gerçekleştirilmesi veya devlet dışı aktörlerin eylemlerinin devlete normatif olarak yüklenebilmesidir. Bu bağlamda sıkça dile getirilen "unwilling or unable" doktrininin silahlı saldırının "failed State" ile ilişkilendirilmesinde dayanak alınmasının kabul görmediği ortaya çıkmaktadır⁵². Bir devletin ülkesindeki terör eylemlerini önleme iradesine yahut imkânına sahip olmaması hukuken bu saldırıların otomatik şekilde söz konusu devletin silahlı saldırısı olarak görülmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu tablo BM Şartı'nın 51.madde muvacehesinde saldırının sorumluluğunun bir devlete tahmil edilmesi için tüzel kişi olan devletin devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası sekonder hukuk düzenlemelerine göre gerçek kişilerin tasarruflarından sorumlu olmasını gerektirdiğini ortaya koymaktadır⁵³.

BM Şart'ında düzenlenen yasal savunma hakkı primer hukuk teşkil etmektedir. Saldırının bir devlet saldırısı olup olmadığı, sorumluluk hukukundan bağımsız BM Şartı'nın 51.maddesinde yer alan normatif

52 STARSKI Paulina, 471 vd.

53 TSAGOURIAS Nicholas, Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Role and Self-Defence as a Secondary Rule, *LJIL* 29 (2016), 801 vd.



düzenleme ışığında tayin edilir. Yasal savunma bağlamında söz konusu olan normatif düzenleme ve uluslararası sorumluluğun önkoşulu olan klâsik tahmil edilme kriterleri arasında yapılan ayırım Uluslararası Adalet Divanı içtihatına istinat etmektedir. Nikaragua ve Armed Attacks davalarında Uluslararası Adalet Divanı sorumluluğun devlete tahmil edilmesi sorununu devlet dışı aktörlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusu olarak uluslararası yükümlülüklerin ihlâli bağlamında ele almıştır⁵⁴.

Silahlı saldırının devlet menşei olup olmadığı konusunda Uluslararası Adalet Divanı Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluk sözleşme tasarısına değil, BM Genel Kurulu'nun saldırının tanımı kararında mevcut olan doğrudan ve dolaylı saldırı tanımına istinat etmiştir. Saldırının bir devlet saldırısı olarak kategorize edilmesi için dolaylı saldırıyı ortaya koyan bir kriter ihtiyacı bulunmaktadır. Silahlı saldırının devletle ilişkilendirilmesinde ölçü kabul edilen kriterin kendi ülkesini kontrolden aciz devlet bakımından varlığının iddia edilmesi gerçeklere uygun değildir. Diğer bir ifade ile "Unwilling or Unable" doktrininin ülkesinde etkin kontrolü sağlayamayan "failed State'in", hukuken ehliyetsiz bir devlet olmasına rağmen, silahlı saldırıdan sorumlu kabul edilmesine yol açması mümkündür. Uluslararası Adalet Divanı'nın Armed Attacks davasında verdiği karar ışığında denetim iradesinde eksikliğin dolaylı saldırı olarak kategorize edilmesi mümkün değildir. "Unwilling or Unable" doktrininin tersine Uluslararası Adalet Divanı kararında dolaylı saldırı kriterlerinin saldırıları önleme iradesi olmayan devletlere teşmil edildiği hususunda herhangi bir ipucu bulunmamaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı olanaksızlık yahut isteksizlik nedeniyle ortaya çıkan eylemsizlik dolaylı saldırının kabulü bakımından yetersiz kabul edilmektedir. Saldırgan ve yasal savunma eylemlerinin muhatabının simetrik olması gereğinin (yasal savunma eylemlerinin saldırı eylemlerini yapan devletin ülkesine yönelik gerçekleşmesi) dolaylı silahlı saldırılar için yerine getirilmesi, Nikaragua davasında belirlenen kriterler mevcut olmadığı takdirde mümkün değildir. Bu durumdan ancak doğrudan devlet dışı aktörlere yönelik yasal savunma eylemlerinin ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede saldırgan ve yasal savunma eylemlerinin

54 Nikaragua davasında kontra-gerillaların insani hukuk ihlallerinden ABD'nin uluslararası sorumluluğu karara bağlanmıştır, bkz.: IGH, Cases Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgement, 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, s.14; Armed Attacks davasında Congo Liberation Movement'in eylemlerinden Uganda'nın sorumluluğu karara bağlanmıştır, bkz.: IGH, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo Democratic Republic (Congo v. Uganda), EJIL 20 (2009), 377)

muhatapı bakımından simetri gerekliliği korunmaktadır. Bu durum saldırıya uğrayan devletin yasal savunma hakkı ile yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devletin toprak bütünlüğünün ne şekilde bağdaştırılacağı konusu gibi önemli bir tartışmayı gündeme getirmektedir.

4. Yasal Savunma Eylemlerinin Gerçekleştiği Devletin Toprak Bütünlüğü

a. Onay Verilmesi

Toprak bütünlüğü çağdaş Uluslararası Hukukun en temel normlarından biridir. Devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma eylemlerinin, bu eylemler ona yönelik olmasa da, bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi, bu devletin açık yahut zımnî onayı tartışmasını açmaktadır. Bu çerçevede hukuki dayanak uluslararası sorumluluk sözleşme tasarısının 20.maddesidir⁵⁵. Özellikle açık olarak onay verilmesi durumunda davet üzerine müdahale ile onaya istinaden müdahale arasında sadece marjinal bir farkın bulunduğu açıktır.

b. Rıza Gösterme Yükümlülüğü

Yasal savunma hakkının kullanılmasına esas olacak onayın bulunmaması durumunda “Unwilling or Unable” doktrinine göre ilgili devletin onayı veya rızası olmaksızın da, rıza gösterme mükellefiyetine istinaden askeri eylemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Rıza gösterme mükellefiyetinin devletlerin toprak bütünlüğü hakkı ile nasıl bağdaştırılacağından bağımsız olarak, “Unwilling or Unable” doktrini muvacehesinde uluslararası teamül hukukunda rıza gösterme yükümlülüğünün kabul görüp görmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir teamül hukuku normunun oluşup oluşmadığı konusunda Uluslararası Adalet Divanı’nın Kuzey Denizi kıta sahanlığı kararı esas alındığı takdirde özellikle aynı bağlamda çıkarları olan devletlerin söz konusu konuya ilişkin kapsamlı, mütecanis ve sürekli uygulaması gerekliliği karşımıza çıkmaktadır⁵⁶. Rıza gösterme mükellefiyeti bağlamında sadece devlet dışı aktörlerin silahlı saldırısına muhatap olan devletlerin değil, ülkesel bütünlükleri tehlikeye giren devletlerin de uygulamaları önem taşımaktadır. Söz konusu devletlerin yasal savunma hakkına itiraz etmeleri durumunda kapsamlı ve mütecanis

55 bkz.: CRAWFORD James Richard, **State Responsibility** (2013), s.283 vd.;

Suriye’de ve Irak’ta İslam devletine karşı askeri önlemler için onayın rolü için bkz.: BANNELIER-CHRISTAKIS Karine, Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Bases of Consent, **LJIL** 29 (2016),743(766 vd.)

56 IGH, North Sea Continental Shelf Cases (Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands), Judgement, 20.11.1969, ICJ Rep. 1969, s.1 (Rn.74)



bir devlet uygulamasından hareket edilemez. Söz konusu devletlerin itiraz etmemeleri kendileri bakımından kural olarak zımnın rıza gösterdikleri şeklinde yorumlansa da, uluslararası teamül hukuku ışığında genel bir rıza mükellefiyetinin bulunduğunu kanıtlamaz. Yaklaşım farklılıkları ve devletlerin bu çerçevede henüz rıza mükellefiyeti konusunda mütecanis bir uygulamalarının bulunmaması, “Unwilling or Unable” doktrininden rıza mükellefiyetinin istihraç edilmeyeceğini ortaya koymaktadır.

c. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme Tasarısının 21.Maddesi

Yasal savunma hakkı ve toprak bütünlüğü ilişkisi sistematik olarak yasal savunma hakkının iki boyutu muvacehesinde uyumlaştırılmaktadır. Yasal savunma eylemleri sadece bir hakkın kullanılmasına değil, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme tasarısının V.bölümüne göre aynı zamanda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran koşullara da dayanak oluşturmaktadır. Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme tasarısının 21.maddesine göre BM Şartı ile uyumlu olarak alınan yasal savunma önlemleri bakımından hukuka aykırılık iddiası kabul edilemez. BM Şartı'nın orijinal yaklaşımında saldırıya uğrayan devletin saldırı yapan devlete karşı aldığı yasal savunma önlemlerinin hukuka uygunluğu kabul edilmiştir. Yasal savunma eylemlerinin devlet dışı aktörlere karşı kullanılması bağlamında ise ülkesinde yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devlet, saldıran ve saldırıya uğrayan ilişkisinde üçüncü taraf durumundadır. Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin üçüncü devletlerin belli koşullara bağlı olarak yasal savunma eylemlerinden etkilenebileceğini kabul eden 21.maddesi söz konusu bu durumda hukuka aykırılığı reddetmektedir.

Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme bu bağlamda herşeyden önce ülkesinde devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma eylemlerinin gerçekleştirildiği devletlerin toprak bütünlüğü konusunu değil, yasal savunma eylemlerinin tarafsız devletler üzerindeki etkilerini ele almaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı uygulanan yasal savunma hakkı bağlamında üçlü bir ilişkinin söz konusu olması nedeniyle devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin 21.maddesinin aynı yaklaşım ışığında yorumlanması konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. BM Şartı'nın 51.maddesinin yasal savunma hakkını prensip olarak devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlı tutmadığı esastan hareket edildiği takdirde, devlet dışı aktörlere karşı yapılan yasal savunma eylemlerinden üçüncü taraf durumunda olan devletin toprak bütünlüğünün ihlâli kaçınılmazdır.



Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin 21. maddesinin devlet dışı aktörlere uyarlanması uluslararası hukukun değişen yapısı ile (Uluslararası Hukukun çok kutupluluğu) açıklanmaktadır. Bunun sonucu olarak sözleşmenin 21.maddesinde öngörülen BM Şartı ile uyumlu olarak alınan önlemlere ilişkin düzenleme saldırıya uğrayan devlet ve devlet dışı aktörler ilişkisinde de geçerli olmaktadır. Bunun sonucu olarak ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin toprak bütünlüğü bağlamında doğan hukuka aykırılık iddialarının mesnedi kalmamaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını kullanan devletin bu eylemlerinde ölçülülük prensibine saygı göstermesi gerekmektedir. Bu çerçevede alınan yasal savunma eylemlerinin 3.taraf durumunda olmakla beraber ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devlete ve onun kurumlarına zarar vermemesine özen gösterilecektir. Bu bağlamda “unwilling or unable” doktrininde yapılan değerlendirmeler dikkat çekicidir⁵⁷. Buna göre ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin ülkesinden yapılan silahlı saldırıları önlemek durumunda olmadığını veya önlemek istemediğini gösterdiği nispette devlet dışı aktörlere karşı yapılan yasal savunma eylemlerinin, toprak bütünlüğünü ihlâl ettiği iddiası kabul edilmeyecektir. Bu yaklaşım ışığında önleyici yasal savunmanın caiz olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bunun ötesinde yasal savunma hakkını kullanan devletin öncelikle ilgili devletin onayını almaya çalışması gerekmektedir. Yasal savunma eylemlerinin süre ve yoğunluğu ölçülülük prensibi kriterleri ışığında değerlendirilecektir. Bu kriterlerin belirlenmesinde sadece devlet dışı aktörlerin oluşturduğu tehdit değil, ilgili devletin toprak bütünlüğü hakkı da dikkate alınacaktır.

Geçerli Uluslararası Hukuk BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkının silahlı saldırının normatif olarak bir devlete tahmil edilemediği ve bu nedenle dolaylı silahlı saldırının kabul edilmediği durumlarda devlet dışı aktörlere karşı kullanılmasını kabul etmektedir. Yasal savunma eylemlerinin doğrudan devlet dışı aktörlere yöneltilmesi ülkesinde yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devlete ve devletin kurumlarına bu eylemlerin yöneltilmemesini gerektirmektedir. Yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği ülke devletin toprak bütünlüğünün ihlâli iddiasının yasal savunma önlemlerinin BM Şartı 51.maddesi muvacehesinde hukuka uygun olduğu, ölçülülük prensibine uygun olduğu nispette kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile hukuka uygun yasal savunma önlemleri, hukuka aykırılık iddialarını geçersiz kılmaktadır.

57 TSAGOURIAS Nicholas, 810



D. Terör Eylemlerine Karşı Yasal Savunma Önlemlerinin Alınması

1. Terör Eylemlerinin Silahlı Saldırı Olarak Kabul Edilmesi

Bir devlete karşı kullanılan kuvvetin ne zaman silahlı saldırı eşiğini aştığı konusu devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında da tartışmalıdır. Aktüel tartışmalarda öncelikle hangi yoğunlukta bir silahlı saldırının yahut silahlı saldırı tehdidinin bu tür bir yasal savunma hakkını haklı kılacağı konusu gündeme gelmektedir. Özellikle ABD bu çerçevede terör eylemleri şeklinde doğrudan bir silahlı saldırı tehdidini yasal savunma yaklaşımına esas almaktadır⁵⁸. Eşiğin altında kalan kuvvet kullanma eylemlerinin kümülatif değerlendirilerek silahlı saldırı olarak kategorize edilmesi, gizli servislerin verdiği her bilginin terör eylemlerinin hazırlığı olarak mütalaa edilmesine ve bunun sonucu yasal savunma eylemlerine hukuki dayanak oluşturma riski bulunmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde kuvvet kullanmanın özellikle ağır olduğu durumlarda silahlı bir saldırıdan söz edilebileceğini, buna karşılık daha az yoğunluktaki kuvvet kullanma durumlarında silahlı saldırıdan söz edilemeyeceğini kabul etmiştir⁵⁹. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararında kullandığı ifade bununla beraber kuvvet kullanmanın hangi şekillerinin silahlı saldırı eşiğini aşacağını açıklığa kavuşturmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı kuvvet kullanmanın ağır ve hafif şekillerini birbirinden ayıran pozitif kriterler koymak yerine, yasal savunma hakkının kullanılmasına istisna bağlamında konuyu ele almıştır. Bunun sonucu olarak sadece Nikaragua davasında tespit edilen ve Oil Platforms davasında amaçlar bakımından geliştirilen silahlı saldırı kriterleri kapsamı ve etkileri itibariyle ölçü olmaya devam etmektedir⁶⁰.

Diğer bir hareket noktası olarak askeri güç unsuru esas alınmaktadır. Bu unsur kuvvet kullanma yasağı çerçevesinde ekonomik ve siyasi emredici önlemlerden farklı, ayırt edici bir unsur olarak geliştirilmiştir. Askeri olarak silahlı saldırının sadece düzenli ordular tarafından yapılması zorunlu değildir. Düzensiz orduların da, diğer bir ifade ile devlet tarafından kontrol edilmeyen paramiliter yahut İslam devleti gibi

58 PRESTON Stephen W., The Legal Framework for the United States' use of Military Force since 9/11, delivered at Annual Meeting of the **American Society of International Law**, 10.04.2015, <http://www.defense.gov/News/Speeches/Speechview/Article/606662>

59 IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgement, 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, s.14 (Rn.195)

60 IGH, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. USA, Judgement, 06.11.2003, ICJ Rep. 2003, s.161 (Rn.64)

quasi-de-facto rejimler tarafından da askeri güç kullanılması mümkündür. Bu tespit ışığında silahlı bir saldırının mevcut olup olmadığı konusunda “Armed attack implies an act (...) of considerable magnitude and intensity (...) which have as their consequence (...) the infliction of substantial destruction upon important elements of the targeted state namely, upon its people, economic and security infrastructure, destruction of aspects of its governmental authority, i.e. to its political independence, as well as damage to or deprivation of physical elements namely, its territory” inceleme yapılması gereklidir⁶¹. BM Şartı’nın 51.maddesinin devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı dayanak kullanılabilmesi kabul edildiği takdirde, terör eylemlerinin de silahlı saldırı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bunun sonucu olarak terör eylemlerinin kuvvet kullanmanın diğer şekilleri gibi yukarıda işaret edilen kriterlere göre silahlı bir saldırı teşkil edip etmediği konusunda bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bu bağlamda terör eylemlerinin askeri bir amaç için araç olarak kullanılıp kullanılmadığının, kapsam ve etkileri bakımından öngörülen gereklilikleri karşılayıp karşılamadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Münferit olarak silahlı saldırı teşkil etmeyen eylemlerin kümülatif değerlendirme sonucu, sadece eylemlerin yoğunluğu dikkate alınarak silahlı saldırı olarak mütalaa edilmesi kabul görmemektedir. Önemli olan daha çok eylemlerin ne ölçüde askeri uyumsuzluğun bir parçası olduğu, bu eylemlerin hangi amaçla yapıldığıdır. Bu çerçevede BM Şartı’nın 1.madde 1.fıkrasında formüle edilen uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının dikkate alınması gerekmektedir. Bu bakış açısı her terör eylemine karşı BM Şartı’nın 51.maddesine istinaden yasal savunma hakkının kullanılmayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bunun anlamı kimi terör eylemlerinin doğurduğu tehlikenin yasal savunma hakkına istinat etmeye yetmemesidir. Aynı durum silahlı saldırı yoğunluğunu kazanmamış eylemler ve takip eden başka eylemlerin yapılma riskinin bulunmadığı eylemler bakımından geçerlidir. Her yasal savunma eyleminin uyumsuzluğu tırmandırma riskinin bulunduğu, başka bir kuvvet kullanma eylemine dayanak olabileceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar (somut örnek olarak Paris’te 13.11.2015’de gerçekleşen terör eylemi) “accumulation of events” doktrinine⁶² istinat

61 CONSTANTINOU Avra, *the Rights to Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter*, (2000), s.63 vd.

62 silahlı saldırı eşiği altında kalan eylemlerin kümülatif olarak silahlı saldırı eşiğini geçmesi doktrini için bkz.: Heintschel von Heinegg, *Epping/Hillgruben, Beck’scher online Kommentar GG*



edilmesine gerek olmaksızın da terör eylemlerinin silahlı saldırı olarak nitelendirilmesini mümkün kıldığını göstermektedir. Yapılan terör eyleminin profesyonelce koordine edilmesi ve icra edilmesi eylemin askeri niteliğini ortaya koymaktadır. Bataclan tiyatrosunda cereyan eden katliam düzenli orduların eylemlerinden farklı olarak spesifik askeri amaçlarla gerçekleştirilmemiştir. Düzenli ordular açık olarak tanımlanan ve pür askeri amaçlara ulaşmak için eylemler gerçekleştirirken, teröristlerin eylemlerinin bu nitelikte olmadığı görülmektedir. Başka devletlerin ülkelerine silahlı çetelerin gönderilmesi ile ortaya çıkan dolaylı saldırı durumlarında da yasal savunma hakkının kabul edilmesi yasal savunma hakkının düzenli orduların silahlı saldırılarıyla sınırlandırılmadığını göstermektedir.

2. Silahlı Saldırının Muhatabı

İslam devleti terör eylemlerini farklı ülkelerde gerçekleştirmekte yahut yaptırmaktadır. Koalisyon gücünün hangi devletin yasal savunma hakkına istinaden operasyon yaptığı konusu bu çerçevede önemli bir tartışma konusudur. Uluslararası camia hukuken silahlı saldırının hedefi olacak kadar belirli değildir. Terör eylemlerinin yasal savunma hakkını kullanan devlete yahut savunma paktı üyelerine, örneğin NATO üyelerine karşı yapılması gerekmektedir. Savunma paktının üyesi olmayan devletlerde gerçekleştirilen terör eylemleri, NATO üyesi olmamaları nedeniyle NATO anlaşmasının 5.maddesi ışığında yasal savunma hakkının dayanağı olamaz.

3. Yasal Savunma Eylemlerinin Ölçülülüğü

Yasal savunma hakkı silahlı saldırıya uğrayan devlete sınırsız reaksiyon olanağı vermemektedir. Yasal savunma eylemleri ölçülülük prensibine uydukları nispette hukuken caiz olarak kabul edilmektedir⁶³. Ölçülülük prensibinin dayanağı klâsik devletler arası uyumsuzluklardır; dolayısıyla devlet dışı aktöre ve teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı bağlamında bu prensibin kayıtsız şartsız uygulanması söz konusu değildir. Klâsik anlamda yasal savunma hakkı silahlı saldırıya uğrayan devlete kendini silahlı saldırıya karşı koruma ve kaybettiği toprakları geri alma imkânı verir. Terör eylemlerinde tipik olan durum bir devlete yönelik sürekli, kesintisiz kuvvet kullanma durumunun olmamasıdır. Terör eylemleri kapsamlı bir uyumsuzluk bağlamında ortaya çıksa da, zamansal ve yer olarak sınırlıdır. Terör eylemleri bunun dışında ex ante önlenemez. Terör eylemlerine karşı yasal savunma bu nedenle gerçekleştirilen eyleme karşı değil, gelecekteki eylemleri önlemeye

63 ARNAULD Andreas von, Rn.1098



matuftur. Gelecekteki terör eylemlerini önlemeye matuf yasal savunma eylemlerinin kural olarak ölçülülük prensibine uymadığı iddiası önyargılı bir iddiadır. Devletlerin silahlı saldırıları bağlamında kullanılan yasal savunma hakkı silahlı saldırı yapan devletin askeri olarak en azından bir süre için eylem yeteneğini kaybetmesi sonucu silahlı saldırı bir süreliğine etkin olarak savuşturulmuş olur. Yabancı bir devletin ülkesine ilhak etme hakkı olmasa da fiziki koşullar belli süreliğine yabancı bir ülkenin işgalini gerektirebilmektedir. Ölçülülük prensibi muvacehesinde hukuka uygun yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında yabancı bir ülkenin işgali değil, zamansal olarak bu işgalin uzatılması eleştirilmektedir⁶⁴.

Devletler ve terör eylemlerinin gerisinde bulunan gruplar ve örgütler şüphesiz birbirlerinden önemli bir nokta itibariyle ayrılmaktadır. Yeni bir terör eylemi riskini ortadan kaldırmak için terör eylemi arkasında bulunan örgütün ortadan kaldırılması gerekmektedir. Terör örgütleri devletlerden farklı olarak hukuki bir yapıya sahip değildir. Devletlerin varlığı onlar adına tasarrufta bulunan kişilerin ve kurumların mevcudiyetinden ayrıdır. Komşularına karşı sürekli silahlı saldırı yapan bir devletin politikasını değiştirmesi halinde, bu devletin artık bir tehlike oluşturduğundan söz edilemez. Bu nedenle devletlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı onların hukuki varlıklarının sona erdirilmesine matuf değildir. Oysa terör eylemlerinin arkasında bulunan gruplara ve örgütlere yönelik yasal savunma eylemleri bu grupların ve örgütlerin yok edilmesine matuftur. Bu çerçevede özellikle terör örgütünün dezentral olarak farklı devletlerin ülkelerini üs olarak kullanmaları ve Irak-Şam İslam devletinden farklı olarak belli bir bölgede fiili kontrole sahip olmamaları durumunda ölçülülük prensibinin yeniden gündeme getirildiği görülmektedir. Pragmatik olarak bu çerçevede terör eylemleri ve silahlı saldırı arasındaki farka istinat edilmektedir. Terör eylemlerinin ancak kapsamlı etkileri ve amaçları itibariyle silahlı saldırı olarak kategorize edilmesi mümkündür. Terör eylemlerinin doğurduğu tehditler dikkate alınarak gelecekteki saldırıları önleme amacı ile bağlantılı olarak terör örgütlerinin mevcut silahlı saldırılarına karşı BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde meşru, diğer bir ifade ile ölçülülük prensibine uygun yasal savunma önlemleri alınabilir. Terör örgütlerine karşı yasal savunma, onları zayıflatacak, silahlı saldırı yapma kabiliyetlerini ortadan kaldıracak önlemlerle gerçekleştirilebilir.

64 GRAY Christine, *International Law and the use of Force*, (3.Aufl.) 2008, s.154vd.



SONUÇ

Uluslararası Hukuk sistemi önemli bir değişim geçirmektedir. Bu değişim herşeyden önce devlet ve devlet dışı aktörlerin ilişkisi ve devletlerin Uluslararası Hukuktaki statüsü bağlamında ortaya çıkmaktadır. Yasal savunma hakkı ile ilgili tartışmalar bu değişimle bağlantılı ortaya çıkan tartışmalardan sadece birisidir. Uluslararası Hukukta görülen bu değişiklikler kural olarak şimdiye dek geçerli çözümlerin de tartışılmasına neden olmaktadır. Bu durum herşeyden önce evrensel nitelikli terörizmle mücadelede ulusal mercilerin klâsik yaklaşımda söz konusu olan koordinasyon ve kooperasyonu yerine Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII.bölüme istinaden yetki kullanması ve bu bağlamda yasal savunma hakkının kullanılması ile karşımıza çıkmaktadır.

Terörizmle mücadele bağlamında BM Şartı'nın VII.bölümüne ve yasal savunma hakkına istinat edilmesi, herşeyden önce Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini genişleterek kullanması yetkilerin meşruiyeti tartışmasına yol açmaktadır⁶⁵. Terörizmle mücadelede yasal savunma hakkının kullanılması ve ağırlıklı olarak askeri önlemler alma yetkisiyle donatılmış Güvenlik Konseyi'nin yetki kullanması Uluslararası Hukuktaki değişimin çarpıcı örneklerini oluşturmaktadır. Uluslararası Hukukun değişen güvenlik yaklaşımına göstereceği reaksiyon söz konusu tartışmaların cevabı olacaktır.

65 KIRSCH Nico, Rn.9



KISALTMALAR:

AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
AVR	Archiv des Völkerrechts
Aufl.	Auflage (bası)
Dissertationsschrift	Doktora tesi
DVBİ	Deutsches Verwaltungsblatt
EJIL	The European Journal of International Law
EUV	Vertrag Über die Europäische Union
Hrsg.	Editör
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
JuWissBlog	Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht
LJIL	Leiden Journal of International Law
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Rn	Randnummer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



KAYNAKLAR

- ARNAULD Andreas von **Völkerrecht** (2.Aufl. 2014), Rn.1098
- BALEKJIAN Wahe H. **Die Effektivität und die Stellung nichtanerkannter Staaten im Völkerrecht** (1970)
- BANNELIER-CHRISTAKIS Karine **Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Bases of Consent**, **LJIL** 29 (2016)
- BETHLEHEM Daniel **Self-Defence Against an Immanent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors**, **AJIL** 106 (2012)
- BRANDL Ulrike **Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrats**, **AVR** 53 (2015)
- BROWN Chester Art.59; bkz.: Andreas Zimmermann et.al. (Hrsg.) **The Statute of the International Court of Justice – A Commentary** (2.Aufl. 2012), Art.60, Rn.39
- CONSTANTINOU Avra **The Rights to Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter**, (2000)
- CORTEN Oliver **The Law against War;: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law**, (2010)
- CRAWFORD James Richard **The Creation of States in international Law**, (2.Aufl. 2006)
- CRAWFORD James Richard **State Responsibility** (2013)
- CREMER Hans Joachim **Die Beistandsklausel des EUV**, **Zeitschrift für Gesetzgebung**. (ZG) 2016
- DINSTEIN Yoram **War, Aggression and Self-Defence** (1.Aufl. 1988)
- FINKE Jasper **Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht**, **AÖR** 140 (2015)
- FRWEIN Jochen **Das de-facto-Regime im Völkerrecht**, (**Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht**, Bd.46), Köln, Berlin 1968
- GEIß Robin **Failed States-normative Erfassung gescheiterter Staaten**, **Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel**, (2005)
- GRAY Christine **International Law and the use of Force**, (3.Aufl.) 2008
- GRZESZICK Bernd **Die Staatsgewalt in der UN Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht**, **AVR** 41 (2003)
- KAMMERHOFER Joerg **The Resilience of the Restrictive Rules of Self-Defence**, bkz.: Marc Weller (Hrsg.), **The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law** (2015)
- KAMMERHOFER Joerg **Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence**, **LJIL** 20 (2007)

KRISCH Nico Art.39, bkzn.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012)

KLEINLEIN Thomas **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**, (2012), s.361; Matthias Knauff, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichem Recht – Konvergenz oder Divergenz, **ZaöRV** 68 (2008)

KRAJEWSKI Markus Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11.September 2001 und seine Folgen, **AVR** 40 (2002)

KREMSER Holger Der bewaffneter Einsatz der Bundeswehr gegen die Terrororganisation “Islamischer Staat” im Lichte des Staats-Europa- und Völkerrechts, **DVBI** 2016

KUNZ Josef Laurenz Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, **AJIL**, 41 (1947)

MOSLER Hermann Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, **ZaöRV** 22 (1968)

NOLTE Georg/Art.51, bkzn.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.50

PETERS Anne Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (**Jus Internationale et Europaeum**), (2014)

PRESTON Stephen W. The Legal Framework for the United States’ use of Military Force since 9/11, delivered at Annual Meeting of the **American Society of International Law**, 10.04.2015,

<http://www.defense.gov/News/Speeches/Speechview/Article/606662>).

STARSKI Paulina The Right to Self-Defence, Attribution and Non-State-Actor, **ZaöRV** 2015

TAMS Christian J. The Use of Force against Terrorists, **EJIL** 20 (2009)

THIRLWAY Hugh Advisory Opinion, **MPEPIL**, Rn.2

TSAGOURIAS Nicholas Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Role and Self-Defence as a Secondary Rule, **LJIL** 29 (2016)

VERLAGE Christopher Anti-IS-Einsatz in Syrien rechtmäßig, **ZRP** 2016

WALTER Christian Terrorism, bkzn.: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Rn.75.

WANDSCHER Christiane **Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht**, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für

Internationales Recht an der Universität Kiel,

Taschenbuch – 16. Juni 2006