

İNSAN HAKLARI HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK AÇISINDAN TÜRKİYE’NİN AYRILIKÇI TERÖR ÖRGÜTÜ PKK İLE MÜCADELESİ

Fatma TAŞDEMİR*

Özet

PKK Türkiye'nin topraklarının bir kısmında bağımsız bir Kürt devleti kurmayı amaçlayan ayrılıkçı bir terör örgütüdür. Türkiye, ayrılıkçı terör örgütü PKK'ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesini geleneksel olarak İnsan Hakları Hukukuna dayandırmıştır. Ancak bu yaklaşım, son dönemlerde tartışılmaya başlanmış ve PKK ile mücadelede Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanması önerileri gündeme gelmiştir. Bu çalışmada, ilk olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki ele alınacaktır. İkinci olarak, Türkiye'nin geleneksel politikası, yani terörizmle mücadelede Uluslararası İnsan Hakları Hukuku yaklaşımı, gözden geçirilecektir. Son olarak, Türkiye'nin ayrılıkçı terör örgütü PKK'ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesinde bir paradigma değişikliğine gitmesinin olumlu ve olumsuz yönleri detaylı bir biçimde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Türkiye, PKK, İnsan Hakları Hukuku, Uluslararası İnsancıl Hukuk, İç Silahlı Çatışma, Tadic Yargısı, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü.

TURKEY'S STRUGGLE WITH SEPERATIS TERRORRIST ORGANAZATION PKK : DIMENSIONS RELATED TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract

PKK, which aims to establish an independent statehood in a part of Turkey's territory is a separatist terrorist organization. Turkey has traditionally based its policy for struggling against the separatist terror organization, PKK, within the country on the International Human Rights Law. However, this approach has started to be discussed lately, and proposals for enforcement of Internal Armed Conflicts Law have come to be on the agenda. In this study first of all, relation between International Humanitarian Law and International Human Rights Law will be analysed. Secondly, Turkey's traditional policy - the approach of enforcement of International Human Rights Law to combat against terrorism - will be revised. Finally, probability of Turkey's changing the old paradigm, and positive and negative aspects of the new paradigm will be discussed.

Key Words: Terrorism, Turkey, PKK, International Human Rights Law, International Humanitarian Law, Internal Armed Conflict, The Tadic' jurisprudence, The Statute of the International Criminal Court.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

I. Teorik Çerçeve: Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuk Arasındaki İlişki

Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuk önemli kesişim alanına sahiptir. Her iki hukuk dalı da tüm koşullarda bireylerin korunması ve himaye edilmesi amacını paylaşmaktadır.¹ Ancak, önemli kesişim noktalarına rağmen, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuku ayrı tarihsel ve teorik hukuk rejimleri olarak kalmaya devam etmektedir.²

İki hukuk dalı arasındaki farklılıkların en önemlisi Uluslararası İnsancıl Hukukun sadece “silahlı çatışma” hallerinde, İnsan Hakları Hukukunun ise, kural olarak, her zaman -barış zamanı veya savaş zamanı- uygulanmakta olmasıdır.³ Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanması için “silahlı çatışmanın” olması, *sine qua non* koşuldur.⁴

Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar bakımından durumu değerlendirdiğimizde, Uluslararası İnsancıl Hukuk sadece “silahlı çatışma” hallerinde uygulanır; iç gerilim ve iç karışıklık durumlarını kapsamaz. Ancak, bir devletin ülkesinde ortaya çıkan iç karışıklıkların ve gerginliklerin silahlı çatışma düzeyine ulaştığını gösteren bariz bir sınırın bulunmaması, İnsancıl Hukukun, İnsan Hakları Hukukunun yerine geçtiği veya onunla beraber uygulanmaya başladığı zamanı tespit etmeyi güçleştirmektedir.⁵

¹ Hans-Joachim Heintze, “On the Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, *IRRC*, C. 86, S. 856, 2004, s.789.

² Mark Freeman, “International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay Between Human Rights and Humanitarian Protections”, *The Journal of Humanitarian Assistance*, 24 Temmuz 2000, (<http://jha.ac/2000/07/24/international-law-and-internal-armed-conflicts-clarifying-the...>, erişim 30 Haziran 2008) ; Kenneth Watkin, “Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, *AJIL*, C. 98, No 1, 2004, s.10.

³ Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, İstanbul, Beta yayınları, 2006, s.2; A. Emre Öktem, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları:95, İstanbul, 2007, s.415; Rona Gabor, “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, C.27, S.2, 2003, s.57; Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, *AJIL*, C. 94, 2000, s.240.

⁴ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), Kasım 2003, s.8.

⁵ Silja Vöneky, “The Fight Against Terrorism and The Rules of The Law of Warfare” (ed. Walter Christian, Vöneky Silja et al.), *Terrorism as a Challenge for National and International*

Ülke içi iç şiddet sırasında hangi Uluslararası Hukuk normları uygulanacaktır? Burada üç farklı durumu ayırt eden bir modele dayanarak, değişen Uluslararası Hukuku standartlarından söz edebiliriz. Medeni barış, münferit şiddet eylemleriyle karakterize edilen birinci durumda, bir bütün olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku uygulanır.⁶ İkinci durum, bir hükümet tarafından kamu güvenliğini sağlamak ve kamu düzenini muhafaza etmek için kuvvet kullanmasını içeren, ilk duruma göre daha kolektif fakat henüz yeterince örgütlenmemiş olan ve dolayısıyla silahlı çatışma teşkil etmeyen bastırıcı tedbirleri içeren iç gerginlik ve karışıklıklardır. Böyle durumlarda da yalnızca, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku uygulanmakta ancak hükümet yetkililerine “olağanüstü hal (emergency)” ilan etme yetkisi verilmektedir. Hükümetler, iç gerginlik ve karışıklık durumunda Uluslararası İnsan Hakları Hukuku çerçevesindeki yükümlülüklerinin bir kısmını askıya alabilmekte veya sınırlandırabilmektedir.⁷Bu bağlamda, örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin “olağanüstü durumda yükümlülük azaltma” başlığını taşıyan md. 4, “*Sözleşmeciler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, Uluslararası Hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir*” demektedir.⁸ Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 15. maddesi de, insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan, yaşam hakkı, işkence ve zalimane gayri insani ve aşağılayıcı muamele yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın geriye yürümezliği gibi bazı temel haklar dışında, insan temel hak ve özgürlüklerinin askıya alınmasına izin vermektedir. Nitekim AİHS md. 15 şu şekildedir: “*1-Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeciler Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2- Yurarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dı-*

Law: Security Verus Liberty? (içinde), Berlin/Heidelberg, 2004, s.930.

⁶ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table ...*, s.5.

⁷ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table ...* s.5; Heintze, s.791.

⁸ Bkz., (<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, erişim 30 Haziran 2008).

şında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz. 3- Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmecî Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmecî Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.”⁹ Uluslararası İnsan Hakları belgelerinin olağanüstü hallerde, belli hükümlerden deregasyonlara izin vermesi, sivillerin korunmasını sınırlayan bir faktör olması nedeniyle, Uluslararası İnsan Hakları rejiminin önemli zayıflıklarından bir tanesi olarak görülmektedir.¹⁰ Ancak İnsan hakları belgelerine deregasyonların dâhil edilmesi, insan haklarının silahlı çatışma sırasında da uygulanmaya devam edileceğini vurgular.¹¹ İnsan Hakları Hukuku'ndan farklı olarak İnsancıl Hukukun düzenlediği hakların ise askıya alınması söz konusu değildir.¹²

Üçüncü ve son durum bir iç silahlı çatışma durumudur. Bu durumda, Uluslararası Hukukun her iki dalı yani Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku birlikte uygulanır. Bir iç silahlı çatışma durumunda uygulanacak Uluslararası İnsancıl Hukukun dört ana kaynağı vardır. Bunlar: i) Martens hükmü¹³; ii) ortak madde 3; iii) II Numaralı Ek Protokol; iv) 1998 Roma Statüsü md. 8 (2) (c-f) dir. İç silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilir Uluslararası İnsan Hakları Hukuku korumaları konusunda ise oldukça geniş bir kaynak dizisi söz konusudur.¹⁴

⁹ Bkz., (http://tr.wikisource.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zleşmesi, erişim 15 Temmuz 2008) .

¹⁰ Elizabeth Chadwick, *Self-Determination, Terrorism And The International Humanitarian Law Of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, s.76; Lindsay Moir., *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s.195.

¹¹ Moir, s.196.

¹² Moir, s.196.

¹³ “Martens Clause”, 1907 La Haye Tüzüklerinin önsözünde ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinde (I. CS md.63; II. CS md. 62; III. CS md. 142 ve IV. CS md. 158) bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından 1949 Korfu Boğazı davasında ve 1986 Nikaragua davasında örfi hukuk statüsü kazandığı ileri sürülmüştür. Bkz., 1949 The Corfu Channel Case, Meritis, ICJ, Reports 1949. “ Martens Kaydı uyarınca, “herhangi silahlı çatışmaya taraf olanlar, medeni halklar arasında yerleşik gelenekler, insanîyet kanunları ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan, Uluslararası Hukuk ilkelerinin korunması altında olmaya devam edeceklerdir.”

¹⁴ Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgelerinden en önemlileri şunlardır: 1945 BM Andlaşması (md. 55 ve md.56); 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) S.lı kararı ile kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren “BM Kişisel-Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası

İki hukuk dalı arasındaki bir başka önemli farklılık, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk arasındaki normatif ilişki konusundadır. Uzun yıllar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun, silahlı çatışma durumunda uygulanamayacağı düşünülmüş ve dolayısıyla 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri birbirlerini hesaba katmadan ayrı ayrı hazırlanmıştır.¹⁵ Ancak, bu algılama zaman içinde değişmiş; BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 4/1 ve AİHS md. 15/2'de insan haklarının uygulanma alanı savaş zamanına genişletilmiştir.¹⁶ İnsancıl hukuk ve insan hakları normlarının aynı anda uygulanabilir olması da önemli bir sorun ortaya çıkarmıştır. Bir çatışma halinde hangi normun diğerine üstün tutulacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu durum iki hukuk dalı arasındaki normatif ilişkinin niteliğinin berraklaştırılmasını gerektirmektedir.

Normlar çatışması genellikle değişik nitelikte iki andlaşma halinde, *lex specialis derogat lex generalis* (özel kanun genel kanunu ilga eder) kuralı gibi hukuk teknikleriyle çözülmektedir.¹⁷ Genel olarak, İnsan Hakları Hukuku silahlı çatışma sırasında uygulanmasına karşın, Uluslararası İnsancıl Hukuk, silahlı çatışma sırasında *lex specialis* olarak üstünlüğe sahiptir.¹⁸ Bir başka ifade ile İnsan Hakları Hukuku daha genel ilkeleri içerirken, İnsancıl Hukuk ise daha özel ve istisnai bir uygulama alanına sahiptir.¹⁹ Nitekim Uluslararası Adalet Divanı (UAD) bu normatif ilişkiyi teyit etmiştir. Nükleer Silahlara İliş-

sı Sözleşme.” ve “BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”. Türkiye bu sözleşmeleri 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmeler 4 Haziran 2003 gün ve 4868 sayılı yasa ile uygun bulunmuştur. Bkz., (http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_225.htm., erişim 6 Ağustos 2008). 1951’de yürürlüğe giren “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme”; 7 Temmuz 1955’de yürürlüğe giren “Köleliğe İlişkin Sözleşme; 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren İnsan haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi. Türkiye söz konusu sözleşmeyi 18 Mayıs 1954’de onaylamıştır. Bkz. R.G. 19 Mart 1954, S. 8662. 22 Kasım 1969’da imzalanan ve 12 Temmuz 1978’de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; 26 Haziran 1981’de imzalanan 21 Ekim 1986’da yürürlüğe giren İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Anlaşması. Bkz., Münci Kapanı, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1991.

¹⁵ Heike Krieger, “A Conclit of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, C.11, No 2, ss.266-267.

¹⁶ Heintze, s.790.

¹⁷ Bkz., Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1986, ss.133-134.

¹⁸ Krieger, s.270; Heintze, s.796.

¹⁹ Öktem, s.420.

kin Danışma Görüşünde UAD, “*Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin sağladığı koruma savaş zamanında sona ermez; en azından, bu belgelenin getirdiği bazı yükümlülüklerle kamusal tehlike halinde ayrık hükümler getirilebileceğini öngören 4. madde bu sonuca götürmektedir. Bununla beraber yaşam hakkına saygı, ayrık hükümlere tabi hükümler arasında değildir. İlke olarak, yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılma hakkı, muhasamat/hostilities sırasında da geçerlidir. Ancak, bu durumlarda yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılmanın ne anlama geldiğini tespit etmek, ilgili lex specialis’e yani silahlı çatışmalar hukukuna aittir. Böylece, silahlı çatışma sırasında belli bir tip silahın kullanılması sonucu meydana gelen ölümlerin, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6. maddesine aykırı biçimde yaşam hakkından mahrum bırakılma sayılıp sayılamayacağını söylemek, Sözleşme hükümlerinin değil, sadece silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ışığında mümkündür*” demektedir.²⁰ Ne var ki; bu konudaki belirsizlikler hala devam etmektedir.²¹ UAD, İnsancıl hukukun bir bütün olarak tüm kurallarının insan hakları hukuku üzerindeki üstünlüğünü kabul etmemiş; yaşam hakkından mahrum bırakılma özel sorununa ilişkin olarak bu açıklamayı yapmıştır. UAD aynı yaklaşımı 2004 tarihli, “*İşgal Edilen Filistin Topraklarında Bir Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına Dair Danışma Görüşü’nde*” de sürdürmüştü ve şu ifadelerle yer vermiştir: “*Mahkeme, daha genel olarak, İnsan hakları andlaşmalarının sağladığı koruma, silahlı çatışma sırasında sona ermez. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşme’nin 4. maddesinde rastlanan türde ayrık hükümlerin doğurduğu etki saklı kalmak üzere, insan hakları sözleşmelerinin sağladığı koruma silahlı çatışma halinde sona ermez. Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki hususunda üç ihtimali durum vardır: Bazı haklar; münhasıran Uluslararası İnsancıl Hukuk konusuna girer; diğerleri, münhasıran İnsan Hakları Hukuku konusuna girer; diğerleri ise, hali-hazırda her iki Uluslararası Hukuk dalının kapsamına girer. Soruya yanıt vermek için Mahkeme Uluslararası Hukukun her iki dalını da dikkate alacaktır yani İnsan Hakları Hukuku ve lex specials olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk.*”²² Aynı ifade, 19 Aralık 2005 tarihli Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetlere İlişkin Davada, kısaca “Kongo Davasında” da

²⁰ Bkz., ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 8 Temmuz 1996, ICJ Reports 1996 (I), s.239, para. 25.

²¹ Krieger, s.268.

²² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004, parag.106.

yer almıştır.²³ Dolayısıyla, insan hakları, Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanması ile toptan iptal (en block) edilmemektedir.²⁴

Uluslararası İnsancıl Hukukun *lex specialis* olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna üstünlüğünü öngören yaklaşımın istisnaları bulunmaktadır. Söz konusu kuralın istisnalarından birisi, iç silahlı çatışmalarla bağlantılı olarak ileri sürülmekte ve ortak madde 3'ün "adil yargılanma hakkı" konusunda asgari düzeyde ve muğlak garantiler içermekteyken İnsan Hakları Hukukunun tam tersine, bu konuda oldukça detaylı hükümler içerdiği ileri sürülmektedir.²⁵ Nitekim Krieger bu konuda, bir iç silahlı çatışmada muhasamatın gerçekleştirilmesinde İnsan Hakları Hukuku yaklaşımının uygulanmasının daha faydalı olacağını ve İnsan Hakları Hukukunun bu durumları etkin şekilde düzenlerse, silahlı çatışmanın bu özel türü bakımından *lex sepecialis* olabileceğini ileri sürmektedir.²⁶

Şimdi her iki modeli açıklayan bu teorik bilgileri, Türkiye'nin 1984 tarihinden bu yana sürdürdüğü ayrılıkçı terörizmle yani PKK ile mücadelesi bağlamında, etkinlik, tercih edilebilirlik ve siyasal çıkarlara uygunluk açısından ayrı ayrı değerlendirelim.

II. Türkiye'nin Ayrılıkçı Terörizmle Mücadelede Benimsediği Yaklaşımlar

A. Ayrılıkçı Terörizmle Mücadelede İnsan Hakları Hukuku Yaklaşımı

Terörizmle mücadelede birinci model, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin uygulanmasının söz konusu olmadığı, tek alternatif kurallar dizisinin barış zamanında uygulananlar kurallar dizisi olduğunu varsayan "cezai adalet modeli"²⁷ olup söz konusu kurallar dizisi de Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, bir devletin Anayasası ve Ceza Hukukunda bulunmaktadır.²⁸ Tür-

²³ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgment of ICJ, 19 Aralık 2005, parag . 216 (<http://www.icj.cij.org/icjwww/decesions.htm>, erişim 8 Ağustos 2008).

²⁴ Krieger, s.271.

²⁵ Krieger, s.273.

²⁶ Krieger, s..275.

²⁷ Ronald D. Crelinstein, ve Alex P. Schmid, "Western Responses to Terrorism: A Twenty-Five Year Balance Sheet", Ronald D. Crelinstein ve Alex P. Schmid, (eds.), *Responses To Terrorism* (içinde), Londra, 1993, s.333.

²⁸ Michael H. Hoffman, "Rescuing the Law of War: A Way Forward in an Era of Global Terro-

kiye, ayrılıkçı terör örgütü PKK'ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesini geleneksel olarak bu paradigmaya dayandırmıştır. Bu süreçte bir yandan taraf olduğu Uluslararası İnsan Hakları belgelerini ²⁹ öte yandan da kendi Anayasa ve Ceza hukukunu uygulama yoluna gitmiştir. ³⁰

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında olduğu gibi terörizmle mücadelede de merkezi bir rol oynamaktadır. İnsan Hakları Hukuku, suçluların iadesinden olağanüstü haller rejimine uzanan geniş bir alanda terörizm konusuna temas eden düzenlemeler getirmektedir. ³¹ Uluslararası İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde terörle mücadele devletlerin sadece bir hakkı değil; aynı zamanda bir görevidir ve iç şiddetin kontrol altına alınması görevini de, geleneksel olarak polis ve jandarma gücü gerçekleştirir. ³² İç şiddetin kontrol altına alınması sırasında “silahlı kuvvet” kullanılması ise genellikle bir çeşit “olağanüstü hal” ilanı halinde söz konusudur. ³³

İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde terörizmle mücadelede sırasında devlet kurumları tarafından ülke içinde kuvvet kullanılması, “kolluk harekâtı (law enforcement)” ile ilgili modele dayanır. ³⁴ Bu modelin uygulanmasının ön koşulu, görece bir güvenlik ortamının varlığıdır. ³⁵ Kolluk harekâtının amacı basittir: Suç işlenmesinin önlenmesi, işlenmekte olan suçun bastırılması, işlenmiş olan suçların zanlılarının yargıya sevk edilmesi. Askeri harekât, somut ve ciddi bir saldırının durdurulması, bastırılması; tehdidin etkisiz kılınması görevini içerir. ³⁶

Bu modelde devletlerin, terör saldırılarını engellemek için kuvvet kullanma hakkına sahip oldukları hususunda tereddüt yoktur ve bu kuvvet, ölümcüllük boyutuna da varabilir. Ancak, terör eylemleri ne kadar ciddi ve failer

rism”, *Parameters*, 2005, ss.19-20.

²⁹ Bkz., geride dipnot 14, s. 3.

³⁰ Bkz., ileride dipnot 118, s.21.

³¹ Öktem, s.243.

³² Greg Travalio ve John Altenburg, “Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chi. J. Int'l L.*, C.97, 2003, s. 98; Watkin, ss. 9 ve 13.

³³ Elspeth Guild, “Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict”, *International Community Law Review*, C. 9, 2007, s.35.

³⁴ Watkin, s.2.

³⁵ *The International Institute of Humanitarian Law...*, s.13.

³⁶ Sadi Çaycı, “PKK Terörüyle Mücadelede Uygulanacak Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Eylül 2007, s.36.

ne kadar tehlikeli olursa olsunlar, devletin buradaki kuvvet kullanma hakkı sınırsız olmayıp Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna tabidir. Devlet görevlileri ölümcül güç kullanımına, kendisine veya bir üçüncü şahsa karşı yakın bir öldürme ve yaralama tehdidi halinde; insan yaşamını ağır tehlikeye koyabilecek ciddi bir suçun işlenmesini önlemek için başvurabilir.³⁷ Her halükarda, bu modelin rehber ilkeleri devlet görevlilerine, “kasıtlı” ölümcül güç kullanıma hakkını vermemektedir. Barış zamanında, Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna göre, uygulanacak kuvvetin derecesi suçun ciddiliğiyle ve durumun gerekleri ile orantılı olmalıdır. Üstelik kolluk güçleri kuvvet kullanmadan önce sesli uyarıda bulunmalıdır. Yine barış zamanında devlet görevlileri, ciddi tehlike arz eden kişileri ayırt ederek sadece bunlara karşı kuvvet kullanmak durumundadır.³⁸

Bu modelde, terörizmle mücadele, uluslararası insan hakları organlarının denetimine konulmaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organlarından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) AİHS md. 2 'de bulunan yaşam hakkına saygı gösterme yükümü çerçevesinde³⁹ birçok olayda, silahlı kuvvet kullanımının, güdülen meşru amaçla orantılılığını sorgulamak durumunda kalmıştır.⁴⁰ Terörizmle mücadelede sırasında devletin güvenlik güçlerinin yaşam hakkına müdahalesi konusunda, “*McCann ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı davasında*”⁴¹ AİHM, yetersiz istihbarat, hatalı takdir yetkisi nedeniyle, öldürücü güce başvurmanın, AİHS md. 2/2 çerçevesinde “*başkalarını kanun dışı şiddete karşı korumak için mutlak surette*

³⁷ Kenneth Roth, “The Law of War in The War on Terror”, *Foreign Affairs*, C. 83, 2004, s.2.

³⁸ The International Institute of Humanitarian Law..., a.g.b., s.13.

³⁹ AİHS'nin Yaşama Hakkı konusundaki 2. maddesi şu şekildedir: 1- Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. 2- Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

⁴⁰ Watkin, s.26; Guild, s.38; Öktem, s.272.

⁴¹ Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: İngiliz askeri özel birliklerini (SAS), Gibraltar'da, bombalı saldırı gerçekleştirmeyi planlayan IRA (Irish Republican Army /İrlanda Cumhuriyet Ordusu) mensubu üç şüpheli kişiyi, 6 Mart 1988'de ateşli silahlarla öldürmüştür. Ancak, operasyon sonrasında teröristlerin silah ya da patlayıcı bulundurmadıkları ortaya çıkmıştır. Üç teröristin yakınları, *inter alia*, AİHS'in “yaşam hakkını” düzenleyen 2. maddesine saygı gösterilmediği esasında AİHM önünde dava açmıştır. Bkz., *McCann and Others v. United Kingdom Case*, 17 /1994/464/545; ECtHR 5 Eylül 1995.

zorunlu bir eylemin sonucu olduğuna” ikna olmadığını belirterek, bu sebeple Sözleşmenin 2.maddesinin ihlale uğradığına hükmetmiştir.⁴² Mahkeme, terörizme karşı mücadelede özel birliklerin (SAS) kullanılmasını meşru görürken; iç meselelerde askeri teknik ve taktiklerin etkin şekilde kullanılmasını reddetmiştir.⁴³ Yine, devlet içindeki bireylere bir “düşman (enemy)” olarak muamele yapılamayacağına; tutuklama için makul bir fırsat varken bireylerin vurulamayacağına karar vermiştir.⁴⁴

Türkiye’de 1984’den bu yana PKK’ya yönelik sürdürdüğü mücadelede bu yaklaşım çerçevesinde birçok strateji benimsemiştir. Bu stratejiler çerçevesinde 1984 yılında terörizmden en çok etkilenen dokuz ilde “sıkıyönetim” ilan etmiş. Ardından 1987-2002 yılları arasında Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde “Olağanüstü Hal” rejimini uygulamaya geçirmiştir.⁴⁵ Anayasal düzenini koruma ve ülke bütünlüğünü sağlamak için ayrılıkçı terör örgütüne yönelik ülke içinde ve dışında askeri operasyonlar düzenlemiş ve düzenlemektedir. Türkiye, gerçekleştirdiği bu iç güvenlik harekâtları sırasında, silahlı kuvvetlerini, kolluk güçleri gibi kullanmaktadır.⁴⁶ Bu durum, PKK’nın çatışmanın bir iç güvenlik meselesi olmadığı fakat iki farklı ve ayrı halk arasında savaş olduğu iddialarına yol açmaktadır.⁴⁷ Ancak, belirtmek gereklidir ki; bu modelde, askeri birliklerin iç güvenlik operasyonlarına katılması otomatik olarak “silahlı çatışmanın” mevcudiyetini kabul etme anlamına kesinlikle gelmemektedir.⁴⁸

Güneydoğu olayları çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları mekanizmalarına yapılan başvuruların ağırlık noktasını, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele, köy boşaltma, köy yakma ve zorunlu göç iddiaları oluşturmuştur.⁴⁹ AİHM, *McCann* davasında olduğu gibi Türkiye ile ilgili davalarda da güvenlik güçlerinin operasyon sırasında kuvvet kullanımlarını gereklilik ve orantı-

⁴² *McCann and Others v. United Kingdom Case*, parag. 213.

⁴³ *McCann and Others v. United Kingdom Case*, Parag. 183.

⁴⁴ Watkin, s.26; Guild, s.38.

⁴⁵ İbrahim Cerrah, “The Stance of a Democratic Society, against Terrorism: Turkey’s Approach”, ([http://www. Turkishweekly.net/comments.php?id=2061](http://www.Turkishweekly.net/comments.php?id=2061), erişim 24 Temmuz 2008), s.5.

⁴⁶ Sadi Çaycı, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Stratejik Analiz*, Temmuz 2005, s. 78.

⁴⁷ Çaycı, “İnsan Hakları Hukuku açısından ...”, s.78; Cerrah, ss. 6-7.

⁴⁸ Moir, s.39; Watkin, s.14 ve 26.

⁴⁹ Guild, s.38.

lık ilkesi bakımından incelemiştir.⁵⁰ Söz konusu davalarda AİHM, devletin soruşturma yapma görevi üzerinde özellikle durmuş ve özellikle devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen kuvvet kullanımlarının insan ölümüne yol açması halinde etkin bir biçimde soruşturma yapmasını gerektirmekte olduğuna karar vermiştir.⁵¹ AİHM, Söz konusu davalarda, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya yetersiz soruşturma nedeniyle yetkililerin md. 2 çerçevesinde, yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁵² Türkiye, bu olaylar karşısında kendisini tıpkı Rusya ve İngiltere'nin yaptığı gibi, AİHS md. 15 çerçevesinde ayrık hallere başvurmak yerine, askeri eylemlerini AİHS md. 2 2 (a) çerçevesinde “*bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için kesin zorunluluk haline gelen kuvvet kullanımına*” dayandırmıştır.⁵³

Sonuç olarak, terörizmle mücadelede İnsan Hakları Hukuku yaklaşımı, uygulanan güvenlik politikası ile insan hakkı arasında bir denge kurulmasını gerektirmekte; devletin bu mücadeleyi hukukun üstünlüğü anlayışı çerçevesinde gerçekleştirmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁵⁴ Bu modelde, devlet amaçlara ulaşmak için bütün araçlara başvuramamakta; sivilleri ayrık ederek, şartların gerekleriyle, örneğin kendini müdafaa ya da hasmını etkisiz veya silahsız bırakmak amaçlarıyla orantılı olarak kuvvet kullanabilmektedir. Bu çerçevede, İnsan Hakları Hukuku, kolluk güçlerinin hareket serbestisini sınırlayan olumsuz bir etken olarak görülmemekte tam tersine, devletin insan hakları kavramının uygulanmasındaki başarı derecesi, terör örgütünün toplumda taban ve destek bulmasını önleyecek ve azaltacak, toplum üzerindeki gereksiz baskıyı kaldıracak çok önemli bir etken olarak değerlendirilmektedir.⁵⁵

⁵⁰ Türkiye ile ilgili davaların bir kısmı için bkz., *Süre and Özdemir v. Turkey*, 23927/94-24277/94, 8 Temmuz 1999; *Güleç v. Turkey*, 54/1997/832/1044, 27 Temmuz 1998; *Öğur ve Turkey*, 21954/93, 27 Temmuz 1998; *Kaya v. Turkey*, 18 Şubat 1998 reports 1998-I; *Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057,28 Temmuz 1998; *Ahmet Özken v. Turkey*, 21889/93, 6 Nisan 2004.

⁵¹ AİHM'in *Kaya v. Türkiye* davası, Türkiye'nin yetersiz soruşturma nedeniyle 2. maddeyi ihlal ettiğine hüküm verdiği ilk karardır. Bkz., geride dipnot 50.

⁵² Heintze, ss. 810-811; Guild, s.40.

⁵³ William Abresch,, “A Human Rights of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Extrajudicial Executions Series (CHRGJ)*, S.4, 2005, ss.10-11.

⁵⁴ İbrahim Kaya ve Yücel Acer, “Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Korunması ve Sığınmacılar Hukukundaki Non-Refoulement İlkesi”, (<http://www.turkisweekly.net/turkce/makle.php?id=139>, erişim 24 Temmuz 2008).

⁵⁵ Sadi Çaycı, “Türkiye'deki Ayrılkçı Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları”, *Avrasya Dosyası*, C. 12, S.3, 2006, s.146.

İnsan hakları ihlali üzerine kurulu bir anti-terör politikası ise, devletin hukuki temelleriyle beraber, sosyal yapısına da zarar verecek bir etmen olarak görülmektedir.⁵⁶

B. Terörizmle Mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk Yaklaşımı

Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku (*jus in bello*), uluslararası ya da uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklanan insani sorunları özel olarak düzenlemeye yönelik olarak oluşturulmuş ve insani nedenlerle, tarafların istedikleri savaş yöntem ya da araçlarını kullanma hakkını sınırlayan ya da çatışmadan zarar gören ya da görebilecek olan kişi ve malları koruyan, sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallardır. Başlıca kaynakları, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri ve Bildirileri; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokollerdir.⁵⁷

Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımı terörizmi önlemede bir yanıt sağlamakta mıdır? Bu soruyu, uluslararası nitelikteki ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından ayrıntılı olarak ele almak yararlı olacaktır.

1. Uluslararası Nitelikteki Silahlı Çatışmalar ve Terörizm

Silahlı Çatışmalar Hukuku “**silahlı çatışma**” sırasında işlenen terörizme bir yanıt sağlamaktadır. Bu hukuku, bir silahlı çatışma sırasında terörist eylemlere başvurulmasını koşulsuz bir biçimde yasaklamakta ve teröristlerin bastırılmasını temin etmektedir.⁵⁸ Bir silahlı çatışma için öngörülen kıstasların karşılanmaması halinde ise Silahlı Çatışmalar Hukuku uygulanmamaktadır.

Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunun uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanabilir kuralları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'de⁵⁹ somutlaşmaktadır. Uluslararası nitelikteki

⁵⁶ Sertaç H. Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, İnsan Hakları ve Güvenlik içinde, *Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını*, No 1, Ankara, 2001, ss.209, 223.

⁵⁷ Tütüncü, ss.4-12.

⁵⁸ Hilaire McCoubrey ve Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth, 1992, s.189.

⁵⁹ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. Türkiye, 8 Haziran 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'e taraf değildir. Protokol metni için bkz., (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/ff3.../aa0c5bcbab5c4a85c12563cd002d6d09?openDocumen>, erişim 7 Ağustos 2008).

silahlı çatışmalar, savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmaları içeren devletlerarası silahlı çatışmaları ile uluslararasılaşmış silahlı çatışmaları kapsamaktadır.

Devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen terörist saldırıların, uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma teşkil etmesi için gereken kıstasları karşılaması mümkün değildir. İlk olarak, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak madde 2/1 ve 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'ün 1/3 maddesine göre, bir silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için savaş ilanına gerek yoktur; fiili bir silahlı güç kullanımının belli bir yoğunluk düzeyine ulaşması yeterlidir. Ancak, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku bakımından bir silahlı çatışma teşkil etmek için somut “yoğunluk eşiğini” belirlemek her zaman kolay değildir. İkinci olarak, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanabilmesi için silahlı gücün, Uluslararası Hukukun bir süjesi tarafından Uluslararası Hukukun diğer bir süjesine karşı kullanılmış olması gerekmektedir. Devlet dışı bir karaktere sahip olan terörist örgütler, genel bir kural olarak, Uluslararası Hukukun bir süjesi değildirler.⁶⁰ Bu görüş iki istisna açısından da doğrudur. İlk istisna I numaralı Ek Protokol md. 1/4'te yer almaktadır. I numaralı Ek Protokol md. 1/4 altında, terörist örgütlerin, “bağımsızlık savaşçısı” olarak nitelendirilmeleri pratikte mümkün olmadığı gibi, md. 1/4'de yer alan koşulların terörist örgütler tarafından karşılanması da imkânsızdır. İkinci istisna, devlet dışı aktörlerin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olabilmesi için; bir devlet tarafından grupsal bazda savaşan (belligerent) olarak tanınması gereklidir. Fakat devletler tarafından böyle bir tanınmanın bir terörist örgüte verilmesi imkânsızdır.⁶¹ Gerçekten, teröristler genel olarak özel gruplardır; bunlar her saldırıya tekil nitelik veren vur-kaç taktiği kullanırlar; saldırıların nerede ve ne zaman gerçekleşebileceğini ve kimin sorumlu olduğunu tahmin etmek imkânsızdır.⁶² Bunlar ne bir tarafın düzenli askeri gücüdür ne de silahlarını açıkça taşıyor; ayırt edici işaretler kullanır ve operasyonlarını Savaş Hukuku ve örfüne uygun olarak gerçekleştirirler. Tam tersine, terörist saldırıların, gizlice gerçekleştirilmesi ve kullanılan yöntemlerin tamamen Savaş Hukukuna aykırı olması terörist saldırıların özel bir niteliğidir. Bu nedenle terörist-

⁶⁰ Adam Roberts, “Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War”, *Survival*, C. 44, S. 1, 2002, s. 11.

⁶¹ Vöneky, ss. 931-932.

⁶² Vöneky, s.929.

lerin yasal savaşçı olması imkânsızdır.⁶³ Dolayısıyla, devlet dışı aktörler olarak teröristlerin ve terör örgütlerinin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları tartışma konusu yapılamaz. Bununla birlikte, devlet dışı aktörler olarak teröristlerin ve terör örgütlerinin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları olgusu, bunların eylemlerinin Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku tarafından kapsanmayacağı anlamına gelmez. Terörist örgütlerin belli bir yoğunluk düzeyine ulaşan terörist eylemlerinin bir devlete izafe edilmesi halinde, terörist örgütlerin eylemleri Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku tarafından kapsanır.⁶⁴ Uluslararası İnsancıl Hukuk, uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda terörizmi açıkça yasaklamakta özellikle sivillere ya da sivil mülkiyete zarar veren terörist eylemleri ve amacı sivil halk arasında terörü yaymak olan şiddet tehdidini de açıkça yasaklamaktadır.⁶⁵ I numaralı Ek Protokol'ün 85. madde 3. paragrafına göre, bu yasağın ağır ihlalleri bir “savaş suçu” teşkil etmektedir.

2. Terörizmle Mücadelenin İnsan Hakları Hukuku Yerine İnsancıl Hukuk Yaklaşımı Esas Alınarak Yürütülmesi Önerileri

11 Eylül 2001’de gerçekleşen terörist saldırıların ardından ABD Başkanı George W. Bush, 15 Eylül 2001’de ve 29 Kasım 2001 tarihinde yaptığı “ulusa sesleniş” konuşmalarında, “terörizme karşı savaş” ilan etmiştir.⁶⁶ Bu bağlamda, son yirmi yılda kolluk harekâtı modeli (law enforcement) çerçevesinde yürütülen anti-terör taktiklerinin yetersiz olduğuna karar vererek Bush yönetimi, 11 Eylül saldırılarının, ABD’yi, Savaş Hukukunun uygulanacağı bir silahlı çatışma durumuna sokan bir saldırı teşkil ettiğine karar vermiştir.⁶⁷ 7 Ekim 2001’den itibaren de ABD, El Kaide ve kendisini barındıran Taliban’a karşı kapsamlı bir askeri operasyon gerçekleştirmiş ve Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarına bağlı kalacağını bildirmiştir.⁶⁸ Yaşanan gelişmeler sırasında ABD,

⁶³ Vöneky, ss. 929, 937.

⁶⁴ Roberts, s. 27; Vöneky, s.933.

⁶⁵ Bkz., I Numaralı Ek Protokol md.51/2; md. 85/3 ve IV. Cenevre Sözleşmesi md.33.

⁶⁶ Glenn M. Sulmasy, “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War”, *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y*, C. 19, 2005, s.312; Roth, s.1.

⁶⁷ *President’s Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/13-27.html>) (Military Order) erişim 20 Haziran 2008).

⁶⁸ *Letter Dated 7 October 2001 From the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, (<http://>

Uluslararası İnsancıl Hukukunun uygulanması konusunda birçok sorunla karşılaşmış bunlardan en önemlisi savaş tutsaklarına tatbik edilecek muameleye ilişkin normlar olmuştur.⁶⁹

1949 Cenevre Savaş Tutsakları Sözleşmesinin 4. maddesine göre, savaş tutsağı statüsünden yararlanacak kişiler, *inter alia*, i) çatışan bir tarafın milis kuvvetleri ve gönüllü birlikleri dâhil silahlı kuvvetleri mensupları; ii) çatışan taraflara bağlı öteki milis kuvvetleri ve direniş örgütleri dâhil gönüllü birlikleridir. Bu ikinci gruptakilerin bu statüye sahip olabilmeleri için; ayrıca sorumlu bir komutanın yönetiminde olmak; ayırt edici bir işaret taşımak; silahlarını açıkça taşımak; operasyonlarını Savaş Hukuku kurallarına göre gerçekleştirmek koşullarını da yerine getirmeleri gerekmektedir.⁷⁰ Savaş tutsağı statüsü kriterlerinin karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir şüphe doğması halinde, Sözleşme'nin md. 5/2'de öngörülen "şüphe kuralının" uygulanması gerekmektedir.

ABD, Afganistan'da yürüttüğü terörizme karşı savaşı "uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma" olarak nitelendirmesine karşın, ele geçirilen Taliban mensuplarına üniforma giymedikleri, silahını açıkça taşımadıkları ve Savaş Hukuku ve Örfüne uymadıkları gerekçesiyle III. Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde savaş tutsağı statüsü vermemiş⁷¹ bunları "yasadışı savaşçı (non-privileged combatants)" ve "saldırgan siviller (offensive civilians)"⁷² olarak nitelendirmiştir.

Yasadışı savaşçı kategorisi Cenevre Sözleşmelerinde düzenlenmeyen ancak devlet uygulamalarında ve doktrinde yer alan bir kavramdır.⁷³ Yasal savaşçıların tersine, yasa dışı savaşçıların çatışmalara doğrudan taraf olma hakkı yoktur. Bunlar sivillerden farklı olarak askeri saldırıların yasal hedefleridir. Ayrıca, uygulanan hukukun savaş tutsakları için oluşturduğu özel koruma

www.un.int, erişim 20 Haziran 2008).

⁶⁹ Sulmasy, s.312

⁷⁰ Hoffman, s.22.

⁷¹ Jordan J. Paust, "There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11 th", *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*, Kasım 2002, s.4; Hoffman, s.22.

⁷² Anne-Marie Slaughter, ve William Burke-White, "An International Constitutional Moment", *Harvard International Law Journal*, C.43, S.1, 2002, s. 13.

⁷³ Slaughter, ve William, s.13; Hoffman, s.22.

rejiminden yararlanmaları da söz konusu değildir.⁷⁴ III. Cenevre Sözleşmesi md. 5/2 çerçevesinde yakalanan kişilerin savaş tutsağı olup olmadığına ilişkin bir şüphe doğması halinde, bu kişilerin yetkili bir mahkeme tarafından statüleri kesinleşinceye kadar Sözleşmenin korumasından faydalanacağına ilişkin bir istisna içermektedir. Uygulamada bu şüphe, 2001’de Afganistan’da ABD birliklerine karşı savaşırken yakalanıp Guantanamo’ya götürülen El Kaide ve Taliban mensupları hakkında doğmuştur. Ancak, ABD, Cenevre Sözleşmesi md. 5/2 çerçevesinde herhangi yetkili bir mahkeme kurma yoluna gitmeyecek, Guantanamo’daki tutsakların statüsünün şüpheli olmadığına zımnen karar vermiştir.⁷⁵

ABD hükümeti, El Kaide ile mücadeleyi bir “savaş “olarak görmeye devam ederek, bir yandan çatışmanın coğrafi alanını, Yemen gibi diğer ülkelere genişletmiş; öte yandan, El Kaide ve Taliban mensuplarının yargılanmasızın, süresiz alı konmalarını meşrulaştırmak arzusuyla, çatışmaların ne zaman sona ereceğini gündeme getirmeyerek çatışmaları süre olarak da sınırsız kılmıştır. Bu durum, yani çatışmaların coğrafi ve süre olarak genişlemesi ve Guantanamo’daki şüpheli tutsaklara uygulanan zor kullanım yöntem ve teknikleri sıklıkla dünya basınında yer almış ve şiddetle eleştirilmiştir.⁷⁶

11 Eylül terörist saldırılarından sonra yaşanan gelişmeler Uluslararası İnsancıl Hukukun küresel terörizmle mücadeledeki rolünü gündeme getirmiştir. Terörizmle mücadelede uluslararası İnsan Hakları yaklaşımına başvurma etkinliği ve yerindeliği konusunda doktrinde tartışmaları alevlendirmiştir. Doktrindeki tartışmaları gözden geçirdiğimizde bu konuda üç farklı görüş olduğu ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşü savunan yazarlar, terörizmle mücadelenin eskisi gibi kolluk harekâtı çerçevesinde sürdürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim Bush yönetiminin terörizme karşı savaş retorikğine başvurmalarının Amerikalıları daha güvenli yapmak adına daha az özgür kıldığını belirten Kenneth Roth, Uluslararası İnsancıl Hukukun kılavuz ilkelerinin, küresel terörizmi değil “siyasal” çatışmaları ele almak için kaleme alındığını; dolayısıyla terörizmle mücadelede uygun bir yaklaşım olmadığı-

⁷⁴ Hoffman, s.28.

⁷⁵ Steven R. Ratner, “Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11”, *AJIL*, C. 96, S. 4, 2002, s. 911.

⁷⁶ Steven R. Ratner, “The War on Terrorism and International Humanitarian Law”, *Mich. St. J. Int’l L.*, C. 14, 2006, s.24; Bal, İhsan, “Terörle Mücadele, ABD ve Guantanamo”, (<http://turkishweekly.net/turkce/yorum.php?id=132>, erişim 25 Temmuz 2008).

nı vurgulamaktadır.⁷⁷ Bu görüşü benimseyen yazarlardan Jordan J. Paust ve diğerleri mevcut Savaş Hukuku korumalarının asilik ve savaşıyan taraf statüsü için öngörülen kriterleri karşılamayan El Kaide'ye verilmesi halinde, bunların insani muamele görme hakkına sahip olacağını ve savaş yöntemi olarak uluslararası terörizmi meşrulaştırabileceklerini ileri sürmektedir.⁷⁸

Buna mukabil doktrinde bir başka kısım yazarsa, "ABD liderliğindeki "terörizme karşı savaşta" Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. İkinci görüşü benimseyen yazarlar da kendi içinde bölünmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlardan bir kısmı, Uluslararası İnsancıl Hukukun mevcut kurallarının terörizmle mücadelede yeterli olduğunu savunmaktayken; bir başka kısmı ise mevcut İnsancıl Hukukun teröristler için çok fazla cömert olduğu ve dolayısıyla revize edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda, Uluslararası İnsancıl Hukukun mevcut kurallarının terörizmle mücadelede yeterli bir çerçeve sağladığını ileri süren Steven R. Ratner, revizyon önerilerinin İnsancıl Hukukun bir dizi yanlış kavrayışından kaynaklanmakta olduğunu ve sorunun hukukun kendisi değil uygulamadan kaynaklandığını ileri sürmektedir.⁷⁹ Ratner, ".... *Yeni bir Kodifikasyon açıkça belirsizlikleri ele almakta faydalara sahiptir, fakat bu ayrıca geleneksel olmayan savaşçılara, taktiklerinin kabul edilebilir olduğuna ilişkin bir mesaj gönderecektir; tıpkı sömürge halklarına taktiklerinin kabul edilebilir olduğu mesajını gönderen I Numaralı Ek Protokol gibi. Kanımca, böyle bir mesaj, amacı sivilleri öldürmek, ekonomik ve çevresel zarar vermek olan terör örgütlerine gönderilmemelidir*" demektedir.⁸⁰ Terörizmle mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımının uygulanmasını savunan yazarlardan bir başka kısmı ise terörizmin 21. yüzyılın en önemli güvenlik sorunu olduğunu buna mukabil mevcut örfi hukuk ve Cenevre Sözleşmelerinin yeni dünya düzenini ya da düzensizliğini öngöremediğini, bu nedenle savaşta eski normları ve örfleri kullanmanın düşmanla savaş isteğini aşındıracağını belirtmekte; terörizme karşı yeni ve modernize edilmiş bir Silahlı Çatışmalar Hukukunun

⁷⁷ Roth, ss.2, 5.

⁷⁸ Eric A. Posner, "Terrosim and the Laws of War", *Chi.J. Int'l L.*, 2004-2005, s. 423-434; Paust, ss.2-3; Christopher Greenwood, "International Law and the "War Against Terrorism", *International Affairs*, C. 78, S. 2, 2002, ss.301ve 305; Travaglio ve Altenburg, ss. 98-100; Ronald J. Sievert, "War on Terrorism or Global Law Enforcement Operations?", *Notre Dama L. Rev.*, C. 78, S.2, 2002-2003, ss.346-353.

⁷⁹ Ratner "The War on...", s.19.

⁸⁰ Ratner, "The War on ...", s.25.

geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁸¹ Bu görüşü savunan yazarlardan Glenn M. Sulmasy, yeni tehditleri karşısında eski kuralları uygulayarak, kapana kapılmış vaziyette kalmanın anlamsız olduğunu; 1949 Cenevre Sözleşmeleri bertaraf edilmeden, terörizme karşı savaşı düzenleyen yeni bir hukuksal çerçevenin oluşturulması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸²

Doktrindeki üçüncü bir görüş ise, terörizmle mücadelede her iki paradigmanın da sorunu tamamen kavrayamadığını ve tatmin edici bir çözüm sunmadığını ileri sürmekte ve bir üçüncü paradigmanın yani bir Örfi Savaş Hukuku paradigmasının, geliştirilmesini önermektedir.⁸³ Bu görüşü savunan yazarlardan Michael H. Hoffman, “*Örfi Savaş Hukuku ileriye dönük bir yoldur. Bu terörizm-karşıtı operasyonlarda uygulanabilir üçüncü bir seçenektir ve yasadışı savaşçılara Cenevre Sözleşmelerini uygulamak ya da terörizm karşıtı askeri operasyonları Ceza Hukuku çerçevesine sokmaya çalışmaktan daha faydalı bir yaklaşımdır.*” demektedir.⁸⁴

11 Eylül çerçevesinde terörizmle mücadelede uygulanacak yaklaşımın ne olması gerektiği konusunda doktrinde alevlenen tartışmalar, Türk doktrinini de etkilemiştir. PKK ile mücadelede Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanması önerileri gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, örneğin Gündüz Aktan, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin terörle mücadelede, “İnsan Hakları Hukukunun” sağladığından, çok daha etkin bir hukuki çerçeve oluşturacağını ileri sürmüştür.⁸⁵ PKK terör örgütünün eylemleri sonucu olarak, Türkiye’de düşük yoğunlukta bir silahlı çatışmanın⁸⁶ yaşanmakta olduğunu belirten Sadi Çaycı’da ayrılıklı terörizmle mücadelede gerçekleştirilen iç güvenlik hareketinin planlanmasında ve icrasında, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar hukukunun, kurallarından bir “rehber” olarak yararlanılabileceğini ileri sürmüştür.⁸⁷

⁸¹ Posner, ss.423,434; Greenwood, ss.301-302.

⁸² Sulmasy, ss.314, 316.

⁸³ Hoffman, s.20.

⁸⁴ Hoffman, s.27.

⁸⁵ Gündüz Aktan, “Hukuki altyapı (4), Radikal, 23.8.2005.

⁸⁶ Düşük yoğunlukta silahlı çatışma; siyasal askeri, sosyal, ekonomik, psikolojik v.b. hedeflerin elde edilmesine yönelik, genellikle önceden planlanmış; diplomatik, ekonomik veya psikolojik baskıdan terörizm yokluyla şiddet ortamını turandırarak ayaklanma ve iç savaşa kadar çeşitlere ve aşamalara ayrılabilen sınırlı bir siyasal-askeri mücadele sürecidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Sadi Çaycı, *Düşük Yoğunlukta Çatışma*, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 1989, ss.3-4.

⁸⁷ Çaycı “İnsan Hakları Hukuku açısından...”, dipnot 14, s.82; Sadi Çaycı, “PKK’yla Müca-

Bu tartışmalar ışığında Türkiye, ayrılıkçı terörizmle mücadelesinde başarılı olabilmek için geleneksel yaklaşımından vazgeçmelidir? Türkiye ayrılıkçı terörizmle mücadelede Uluslararası Nitelikte Olamayan Silahlı Çatışmalar Hukuku yaklaşımını benimsemeli midir? Böyle bir yaklaşımı kabul etmenin Türkiye açısından avantajlı ve dez-avantajlı yönleri neler olabilir? bu sorular üzerinde durmak yararlı olacaktır.

3. Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku ve Terörizm

a. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde III Çerçevesinde İç Silahlı Çatışmanın Unsurları ve Güneydoğu'daki Durum

i. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde III Çerçevesinde İç Silahlı Çatışmanın Unsurları

1936'da patlak veren İspanya İç Savaşı, geleneksel "savaşan taraf" doktrininin iç silahlı çatışmaları yetersiz bir biçimde düzenlediğini açık kılmıştır.⁸⁸ Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından düzenlenen 1949 Cenevre Diplomatik Konferansında 63 hükümet temsilcisi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3⁸⁹ hükmünü kabul etmiştir. Bu madde uluslararası bir belgede yer

dele, Sınır Ötesi Harekât ve Hukuk", *Stratejik Analiz*, Ağustos 2005, s.38.

⁸⁸ Moir, s.19.

⁸⁹ 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 şu şekildedir:

"Silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

1. *Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar; ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani suretle muamele göreceklidir.*

Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere, aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun yasaktır ve yasak kalacaktır:

a) *Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz, her nevi katil, sakatlama, vahşice muamele, işkence ve eziyet;*

b) *Rehine almak;*

c) *Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretimiz ve haysiyet kırıcı muameleler;*

d) *Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizamı bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı.*

2. *Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir. Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halindeki taraflara hizmetlerini arz edecektir.*

Anlaşmazlık halindeki Taraflar, bundan başka, hususi anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.

alan iç silahlı çatışmaların ilk hukuksal düzenlemesidir.⁹⁰

Hangi çatışmaların C. I-IV, ortak madde 3'ün kapsamına girdiği sorusu açıkçası çok önemlidir. Ancak bu konuda bir uzlaşma yoktur; bu da sorunun çözümünü zorlaştırmaktadır. Madde metni incelendiğinde, belgenin kendisi “*Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesi üzerinde çıkmış uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma halinde*” uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu hüküm, maddenin uygulanabilmesi için iki ayrı kriter öngörmektedir: Bu kriterlerden ilk ve daha az sorunsal olanı, çatışmanın “*Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesi üzerinde çıkmış*” olmasıdır.⁹¹ İkincisi ise, Yüksek Akit Tarafın ülkesi üzerinde “bir silahlı çatışmanın” çıkmış olmasıdır. Bilindiği üzere, “silahlı çatışma” kavramının evrensel düzeyde kabul edilen bir tanımı henüz mevcut değildir ve ortak 3. madde, kesin olarak hangi hallerde bir silahlı çatışmanın var olacağını önermeksizin, uygulama çerçevesinin “uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma” olduğunu belirterek olumsuz bir yolla, maddenin uygulanacağı çatışmaları tanımlamaya çalışmaktadır.⁹² Bu nedenle, burada “uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma” kavramının tam olarak ne anlama geldiği, hangi hallerde bir iç silahlı çatışmanın varlığından bahsedilebileceği önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

1949 Diplomatik Konferansta ortak 3. madde metni hazırlanırken, uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma eşiğine ulaşan durumları ayırt etme konusunda doğan bu sorunun çözümüne yönelik olarak, bir takım ölçütler teklif edilmiştir.⁹³ Diplomatik Konferansta önerilen kriterlerin⁹⁴ amacı örgütlenmemiş, kısa süreli ve küçük çaplı bir gerginlik ve karışıklık eylemlerinden, gerçek bir silahlı çatışma durumunu ayırt eden koşullara işaret etmektir.⁹⁵ Bu bağlamda söz konusu koşullardan özellikle asilerin teşkilatlanması, hükümetin silahlı kuvvetlerini kullanması ve savaşan taraf statüsünün tanınması kısıtları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir”. Madde metni için bkz., R.G., Kasım 1965, S.12145.

⁹⁰ Laura Lopez, “Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts”, *NYU Law Review*, C. 69, 1994, s.925.

⁹¹ Moir, s.31.

⁹² Anthony Cullen, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *U Miami INT’L&Comp. L.Rev.*, C.12, 2004, s.193.

⁹³ Gabor, “Intersting time for...”, s.59.

⁹⁴ Moir, s.35.

⁹⁵ Cullen, s.195.

Ortak 3. madde çerçevesinde bir iç silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için asilerin belli bir düzeyde teşkilatlanmış olması gerektiği yaygın şekilde kabul edilmiştir. Bu durum, asilerin bir silahlı çatışmaya “taraf” olması olgusundan kaynaklanmaktadır.⁹⁶ Asilerin bir iç silahlı çatışmaya taraf olabilmesi için gerekli olan teşkilatlanma düzeyi, ortak madde 3 tarafından getirilen çeşitli yükümlülükleri yerine getirme kabiliyetine sahip olma ölçüsünde olması gerektiği konusunda genel bir uzlaşma vardır. Bu yükümlülüklere saygı gösterme kabiliyeti olmaksızın, bir silahlı çatışmanın var olacağını kabul etmek zor olacaktır.⁹⁷

Asilerin belli bir düzeyde teşkilatlanmış olması ölçütü yanında, 1949 Diplomatik Konferansta, belirgin bir toprak parçasının kontrolü de sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki; ülke kontrolünün olmaması ortak madde 3’ün uygulanmasını engelleyen bir ölçüt değildir. Asilerin belli bir ülke parçasını kontrolü altında tutmamaları halinde de ortak madde 3 uygulanabilir.⁹⁸

1949 Diplomatik Konferansta C.I-IV, ortak madde 3’ün bir duruma uygulanabilmesi için öne sürülen ikinci faktör, meşru hükümetin, askeri anlamda teşkilatlanmış ve ulusal toprakların bir kısmı üzerinde hâkim bulunan asilere karşı, düzenli askeri güce başvurmakla yükümlü olmasıdır.⁹⁹ Bununla birlikte, ayaklanmayı kontrol altına almak için her ikisi de devlet otoritesinin savaş silahı olan polis gücünün kullanılması ile ordunun aynı şeyi yapması arasında fark olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Devletin barış ve iç istikrarı sağlamak için polis gücünden ziyade silahlı kuvvetlerini kullanmasını gerektiren haklı nedenler olabilir. Ortak 3. maddenin uygulanabilmesi için ordunun kullanılması gerekli bir kıstas olarak kabul edilirse, ayaklanmayı bastırmak için polisin geniş bir askeri mühimmata sahip olmasını sağlamak amacıyla bir devletin ordu birliklerini geçici olarak polis gücüne dönüştürmesini engelleyen hiçbir kural yoktur. Üstelik polis ya da silahlı kuvvet terimlerinin, evrensel düzeyde kabul gören tanımlarının olmaması sorun teşkil etmektedir. Dolayısıyla asilere karşı ordu birliklerinin kullanılması, durumu, iç silahlı çatışma haline dönüştürmek için yeterli ve elzem bir koşul değildir.¹⁰⁰

⁹⁶ Moir, s.36.

⁹⁷ Moir, s.36.

⁹⁸ Moir, s.38.

⁹⁹ Moir, s.38.

¹⁰⁰ Moir, s.38.

Günümüzde maddenin, eşkıyalık, sokak hareketleri ve terörizm gibi münferit ve öngörülme-yen şiddet olaylarını aşan fakat savaşıyan taraflık statüsünün tanınması ölçüsüne varmayan, uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma durumlarına uygulanması konusun da bir uzlaşma oluşmuştur.¹⁰¹

Ortak madde 3(2)'nin içeriği konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir hususa, “*Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir*” şeklindeki “etkisizlik” paragrafıdır. Devletler bakımından hayati önem arz eden bu son paragraf çerçevesinde, ortak 3. maddenin uygulanması, asilerin herhangi otoriteye sahip olduğunun hükümet tarafından tanınması anlamına gelmemekte yani muhalif silahlı grupların hukuksal statüsünü etkilememektedir. Ayaklananlar, iç hukuk çerçevesinde ayaklanmacı olarak kalacak; hükümet ayaklanmayı bastırma yetkisine sahip olacak ve ayaklanmanın bastırılması halinde ulusal ceza kanunlarının suç saydığı eylemler dolayısıyla da bu kişileri yargılayabilecektir.¹⁰² Sonuç olarak C. -IV, ortak madde 3 hükmü, *Çatışmalara aktif şekilde katılmayan kişilere* temel insancıl güvenceleri sağlamaya yönelik olup; ister düşük düzeyde ister yüksek düzeyde olsun *de facto* iç silahlı çatışmaların tümünde ve ***kendiliğinden*** uygulanmaktadır.¹⁰³

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın olup olmadığı hakkındaki kararlar ilgili devletin kendisi tarafından verilmektedir.¹⁰⁴ Uygulamada, devletlerin müşterek 3. maddeyi uygulamaktan genellikle kaçındıkları gözlemlenmektedir.¹⁰⁵ Hükümetler sıklıkla silahlı çatışmanın varlığını resmi

¹⁰¹ Anthony Cullen, “Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *Military Law Review*, C.183, 2005, s. 85; Lieutenant Colonel Yair M. Looftsteen, “The Concept of Belligerency in International Law, *Mil. Law Rev.*, C. 166, 2000, s.122.

¹⁰² Derek Jinks, “September 11 and the Laws of War”, *The Yale Journal of International Law*, C.28, S.1, 2003, s.18; Sadi Çaycı, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Güneydoğu Olayları, (yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara, 1997, ss.49-50.

¹⁰³ Öktem, s.87.

¹⁰⁴ Cullen “Key Developments ...”, s.85.

¹⁰⁵ 1949-1975 arası dönemde gerçekleşen iç savaşların incelenmesi pratikte maddenin uygulamadaki yeri konusunda tam bir çerçeve sağlamaktadır. Bu dönemde gerçekleşen önemli iç savaşlardan bir tanesi olan 1954'te Cezayir'in Fransa'dan siyasal bağımsızlığını elde etmek için başlattığı iç savaştır. Savaşın başlangıç aşamasında, 1955'de FLN (Cezayir Ulusal Bağımsızlık Cephesi); 1956'da ise Fransa, çatışmanın C.I-IV, ortak madde 3 hükmü tarafından kapsandığını açıkça kabul etmiştir. Ne var ki uygulamada tarafların, C.I-IV, ortak madde 3 hükmüne uymaları tatmin edici olmamıştır. 1959'da, Küba Hükümeti ile Fidel Castro liderliğindeki silahlı hareket arasında gerçekleşen iç savaşta, Küba Hükümeti, C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün ilgisini kabul etmiş fakat resmi bir beyanda bulunmamıştır. 1960-1964

olarak tanımaktan ziyade buna yalnızca bir iç karışıklık-huzursuzluk olarak muamele etmeyi, şiddetle bunu bastırmayı daha uygun görmektedir.¹⁰⁶ 1980 El Salvador; Angola, Rwanda, Afganistan, Çeçenistan, Bosna Hersek ve Sri Lanka'daki iç çatışmaların da gösterdiği gibi devlet uygulamalarında da İnsancıl Hukuk ve özel olarak da C.I-IV, ortak madde 3 hükmüne, halen saygı gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Bu durum, C.I-IV ortak madde 3 hükmünün, ister düşük düzeyde ister yüksek düzeyde olsun, *de facto* iç silahlı çatışmaların tümünde ve *otomatik (ipso jure)* uygulanması gerekliliğinin pratikte kolaylıkla kabul edilmediğini kanıtlamaktadır.¹⁰⁷

ii. C.I-IV. Ortak Madde 3 ve Güneydoğu'daki Durum

Yukarda ayrıntılı bir biçimde üzerinde durulan ortak madde 3'deki "silahlı çatışmanın", unsurları çerçevesinde, Türk askeri ve PKK militanları arasında gerçekleştiren sayısız silahlı angajman, PKK örgütünün eylemlerine karşı yürütülmekte olan "terörizmle mücadele" yahut "iç güvenlik hareketinin", ülkede ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını gerektirecek kapsam ve içerikte bir stratejik ortamın yani, düşük düzeyde bir iç silahlı çatışmanın olduğunu göstermektedir.¹⁰⁸ Ancak Türkiye'nin Güneydoğudaki durumu ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını gerektirecek düşük düzeyde bir iç silahlı çatışma olarak kabul etmemesinin bir takım haklı nedenleri vardır. Bir silahlı çatışmanın varlığını resmen tanıma eylemi pek çok nedenden dolayı bizim açımızdan dezavantajlıdır. İlk olarak, Türkiye, bir terör örgütü olan PKK/Kongra-Gel'in, en azından ortak madde 3 altında hak ve yükümlülük sahibi olmasını gerektirecek kadar bile olsa "hukuksal bir kişilik" kazandıracak olması nedeniyle madenin uygulanması konusunda isteksizdir.¹⁰⁹ İkinci

Kongo hükümeti ile Katanga arasında yaşanan iç savaşta hiçbir taraf C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını açıkça kabul etmemiş; bununla birlikte insancıl normlara uyma Cezayir'dekinden daha fazla olmuştur. 1967-1970 Nijerya-Biafra arasındaki iç savaşta Federal Hükümet, çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu kabul etmeksizin, gönüllü olarak C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün öngördüğünden daha geniş bir biçimde insancıl norm uygulamayı seçmiştir. 1964-1966 arası dönemde Vietnam savaşı sırasında ortak madde 3 hükmünün uygulanması için çaba sarf edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., David P. Forsythe, "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", *AJIL*, C.72, 1978, ss. 274-275; Moir, s.81.

¹⁰⁶ Meron, "The Humanization of ...", ss.239, 261; Forsythe, s.276.

¹⁰⁷ Moir, s.86; Georges Abi-Saab, "Non-International Armed Conflicts", *International Dimensions of Humanitarian Law* (içinde), Henry Dunant Institute, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londra, 1988, s.221.

¹⁰⁸ Abresch, s.16; Çaycı, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve..., ss.51-52.

¹⁰⁹ Moir, s.66.

ci olarak ortak madde 3 hükmünü kabul etmek uluslararası topluma, devletin iç güvenliğini sağlamaktan bile aciz olduğu yönünde yanlış bir mesaj gönderebilecektir.¹¹⁰ Üçüncü olarak, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları belgeleri ve iç mevzuatı hiçbir ayırım yapmadan tüm kişilere çok daha fazla koruma sağlamaktadır. Gerçekten, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgeleri ile ortak madde 3 hükmünü karşılaştırdığımızda bu haklı gerekçe daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Türkiye'nin yeni taraf olduğu BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi¹¹¹ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Martens kaydı ve ortak madde 3 hükmü karşılaştırıldığında genel olarak temel insan hakları belgelerinin kimi bakımlardan Martens kaydı ve Ortak madde 3 hükmünün içeriğini tekrar ettiği hatta bazı durumlarda söz konusu hükümleri daha detaylı bir biçimde düzenlediği görülmektedir. Ortak madde 3 ve II Numaralı Protokol tarafından sağlanan güvencelere benzer olan bu haklar, iç silahlı çatışmalara uygulanabilir asgari geleneksel standartları daha ileri düzeyde tanımlamaktadır.¹¹² Örneğin, ortak madde 3(1)'deki ayırımcılık yapılmaması koşulunu, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md.2 (1) daha detaylı bir biçimde düzenlemektedir. Yine, ortak madde 3 (1) (a), hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz, her nevi katil, sakatlama, vahşice muamele, işkence ve eziyeti yasaklanmaktadır. Bu hüküm oldukça muğlak ve geneldir. Yaşam hakkı, gerek AİHS md. 2 'de gerekse, "*Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz*" şeklindeki Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 6 (1)'de daha detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.¹¹³ Yine, "işkence yasağı" başlığını taşıyan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin md.7 ve AİHS md.3, işkence yasağı konusunda ortak madde 3'ü daha fazla detaylandırmakta ve İnsancıl Hukukunun yorumlanmasının önemli örneklerinden bir tanesini teşkil etmektedir.¹¹⁴ Ortak madde 3 (1) (d) 'deki adil yargılanma, AİHS md. 6 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 14'de ortak madde 3'ten çok daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, kölelik ve kulluk yasağı, din ve vicdan özgürlüğü; çocuk hakları, aile hakkı, isim hakkı, vatandaşlık hakkı, hükümete katılım hakkı ise ortak madde 3'de bulunmayan fakat temel insan hakları belgelerinde bulunan

¹¹⁰ Moir, s.66.

¹¹¹ Bkz. geride dipnot 14, s.3.

¹¹² Meron, "The Humanization of ...", s.274.

¹¹³ Moir, s.198.

¹¹⁴ Freeman, a.g.m., s.3 ; Moir, s.200.

ve iç silahlı çatışma sırasında etki doğurabilecek korumalardandır. Bunlardan özellikle, din ve vicdan özgürlüğü ve yönetime katılım hakkı iç silahlı çatışmalarla yakından alakalı olabilir.¹¹⁵ Türk iç hukukunun en temel belgesi olan 1982 Anayasasının, 15(2). maddesi¹¹⁶ ile ortak madde 3 hükmü kıyaslandığında 1982 Anayasasının söz konusu hükmünün ortak madde 3'deki asgari korumalardan daha ileri düzeyde bir koruma sağlamakta olduğu söylenebilir.¹¹⁷ Türkiye'nin terörle mücadele ortamında Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımını kabul etmemesinin ardındaki dördüncü nedeni, PKK'nın bir terör örgütü olarak, Savaş Hukuku kurallarına saygı gösteremeyecek olması da sayılabilir. Gerçekten, 1978'de kurulan silahlı mücadele yoluyla Türkiye sınırları içinde bağımsız bir Kürdistan devleti kurmayı amaçlayan PKK, 15 Ağustos 1984'te Şemdinli ve Eruh baskınlarıyla terörizm üzerine kurulu faaliyetlerine başlamıştır.¹¹⁸ 11 Eylül sonrası uluslararası kamuoyunda oluşan terörizm karşıtı havadan etkilenen örgüt, kan ve şiddetle özdeşleşen adından kurtulmak amacıyla, 4 Nisan 2002'de 8. Kongresinde ismini "Kürdistan Özgürlük ve Demokrasi Kongresi" (Kadek) olarak; 15 Ekim 2003 tarihinde de Kongra-Gel (Kürdistan Halk Kongresi) olarak değiştirmiştir.¹¹⁹ Ancak, isim değişikliğine rağmen terör örgütünün liderlik kadroları, silahlı unsurları, amblemi ve amacı değişmemiştir. Örgütün Eylül 1999 yılından beri sürdürdüğünü ifade ettiği sözde "tek taraflı ateşkesin" 1 Haziran 2004 tarihinden itibaren sona ereceğini ve meşru savunma mantığı çerçevesinde saldırıya karşılık vereceğini ilan eden 29 Mayıs 2004 tarihli bildirisini, örgütün terörist niteliğinin bir başka göstergesidir.¹²⁰ Dolayısıyla, Örgütün Eylül 1999 yılından beri sürdürdüğünü ifa-

¹¹⁵ Moir, s.209.

¹¹⁶ Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması konusunda madde 15 şu şekildedir: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

¹¹⁷ Öktem, s.442.

¹¹⁸ Bkz., PKK (Partiya Karkeren Kürdistan-Kürdistan İşçi Partisi Kronoloji (1978-2006), (http://www.usakgundem.com/pdfs/Usak_PKK_Kronoloji.pdf), erişim 13 Temmuz 2008).

¹¹⁹ Terörizmle Mücadele ve Türkiye'nin Terörizmle Uluslararası Mücadeleye Katkıları, (<http://realterror.blogcu.com/4577362>), erişim 15 Temmuz 2008).

¹²⁰ "Terör ve Güvenlik", (<http://www.terorizm.info/index>), erişim 31 Temmuz 2008).

de ettiği sözde “tek taraflı ateşkes ilanı” PKK örgütünün hukuksal statüsü üzerinde hiçbir etkisi olmamıştır.¹²¹ Beşinci neden, PKK terör örgütünün saldırılarını yalnızca ülke içinde değil ülke dışından özellikle Irak’ın kuzeyindeki terör üslerinden gerçekleştirmeye devam etmesidir.¹²² Tüm bu haklı nedenlerle Türkiye, “Güneydoğuda, bir silahlı çatışmanın varlığını reddederek, terörizmle mücadelesini, “ülke içi terörizme karşı koyma harekâtı (domestic counter terrorism)” olarak nitelendirmektedir.

Öte yanda PKK/kongra-gel’de, ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını reddetmekte ve bir “ulusal bağımsızlık hareketi” olarak tanınmak istemektedir.¹²³ Zira PKK’nın, mevcut durumun, ortak madde 3 hükmü kapsamına girdiğini kabul etmesi, çatışmanın uluslararası nitelikte-olmayan bir iç silahlı çatışma olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir. Silahlı mücadele yoluyla Türkiye sınırları içinde bağımsız bir Kürdistan devleti kurmayı amaçlayan PKK’nın amacı, çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu vurgulayarak, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin tamamının uygulanmasını sağlamaktır. Bir başka ifade ile grupsal bazda *savaşan taraf* (belligerent party) statüsünü kazanmak, militanlarının ise *muharip/savaşçı* (combatant) sayılmasını sağlayarak teslim olan ya da sağ ele geçirilen PKK militanlarına savaş esiri statüsü kazandırarak, bunları Türkiye’nin cezai yargı yetkisinden çıkarmaktır. Oysa belli bir stratejik durumun kendisinin silahlı bir çatışma olarak nitelendirilmesi kendiliğinden, silahlı topluluğun “savaşan taraf”, mensuplarının da “muharip” sayılmasını gerektirmez. PKK “çatışmanın tarafı” bazında bir terör örgütü olup bu örgütün eylemleri de terörist eylemlerdir. Bu nedenle teslim olan ya da sağ olarak ele geçirilen PKK mensupları savaş esiri olamaz.¹²⁴

PKK’nın bir “ulusal bağımsızlık hareketi” olarak tanınmasını isteyen Örgüt elebaşı Öcalan 1995 tarihinde PKK’nın 1977 tarihli I Numaralı Ek Protokole bağlı olduğunu ilan etmiştir. I numaralı Ek Protokol md. 96/3 altında, bir “ulusal bağımsızlık hareketi” tek yanlı bir bildirimle Sözleşmeleri ve Protokolü uygulamayı üstlendiğini depozitör devlete bildirerek, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukun faydalarından yararlanma hakkı olduğunu kolaylık-

¹²¹ Bkz., “PKK/Kongra-gel”, (http://www.mfa.gov.tr/pkk_kongra-gel.tr.mfa, erişim 31 Temmuz 2008).

¹²² Abresch, s.16.

¹²³ Abresch, s.16.

¹²⁴ Çaycı, “PKK’yla Mücadele, Sınır Ötesi...”, s.38.

la iddia edebilmektedir.¹²⁵ Ancak PKK'nın bu yöndeki deklarasyonunun hukusal etkisi, I Numaralı Ek Protokol md. 96'daki işlemlerin gerçekleştirilememesi sonucu resmi olarak ortadan kalkmıştır.¹²⁶ Kaldı ki; Türkiye, yalnızca sömürge yönetimindeki halkların ulusal bağımsızlık mücadelelerini teorik olarak uluslararasılaştıran I Numaralı Ek Protokol'e taraf değildir. Bu nedenle, Protokol, ABD ve İsrail gibi taraf olmayan Türkiye'yi de bağlamaz.¹²⁷ Öte yandan I Numaralı Ek Protokol md. 1/4'ün teamül kuralı değerinde olduğunu meşrulaştıracak devlet uygulamaları unsuru da yetersizdir.¹²⁸ Bu yönde bir teamül kuralı doğsa bile Türkiye sürekli itiraz eden (persisten objector) devlet olması sıfatıyla örfi nitelik kazansa bile I Numaralı Ek Protokol'ün ilgili hükümleriyle bağlı olması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, PKK'nın bu girişiminin hiçbir değeri yoktur.

b. 1977 Tarihli II Numaralı Ek Protokol ve Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

i. 1977 Tarihli II Numaralı Ek Protokol Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

İç silahlı çatışmaları düzenleyen Uluslararası Hukuk mekanizmalarındaki belirgin eksiklikleri gidermek amacıyla hazırlanan II Numaralı Ek Protokol 8 Haziran 1977 tarihinde konsensüsle kabul edilmiştir.

II Numaralı Ek Protokol'ün konu ve kişi bakımından uygulama alanı, madde 1. ve 2. madde tarafından düzenlenmektedir. Protokolün hangi tür çatışmalara uygulanacağını düzenleyen madde 1 hükmü Protokolün kilit taşı olup¹²⁹ şu şekildedir:

1- 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ü, mevcut koşullarını ya da uygulanmasını değiştirmeksizin, geliştiren ve destekleyen bu Protokol, Bir Yüksek Akıt tarafın ülkesinde; bu tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komuta altında bulunan, bu Protokolü uygulama yeteneğine ve ülkenin bir kısmında sürekli ve planlı(concerted) askeri harekât yürütmeye

¹²⁵ , Edward Kawakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 60.

¹²⁶ Abresch, s.16.

¹²⁷ Vöneky, s.932.

¹²⁸ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000, ss. 145-146.

¹²⁹ Forsythe, ss.272, 283.

izin verecek düzeyde denetime sahip ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında cereyan edebilecek tüm silahlı çatışmalara uygulanacaktır”.

2- “Bu Protokol, silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyen, sokak hareketleri, ayrı ayrı ve öngörülmeleyen bir biçimde şiddet eylemleri ve benzeri öteki eylemler gibi iç gerginlikler ve iç karışıklıklar durumlarında uygulanmayacaktır” .¹³⁰

II Numaralı EK Protokol md. 1 incelendiğinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın pozitif ve somut bir tanımını içerdiği görülmektedir.¹³¹ II Numaralı Ek Protokol madde 1, “göreceli olarak yüksek yoğunluktaki” silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Bununla birlikte, II Numaralı Ek Protokol’de yer alan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramı, “klasik iç savaş” kavramı ile eş anlamalı değildir.¹³² Yani “savaşan taraf statüsünün” tanınmasından farklı olarak, madde 1’in uygulanması için, ayaklananlar, denetimleri altındaki ülke üzerinde, *de facto* egemen yetkiler kullanan bir hükümet teşkil etmek zorunda değildir.¹³³ Protokol, yalnızca bir Yüksek Akit tarafın silahlı kuvvetleri ile ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalara uygulanmaktadır.¹³⁴ Dolayısıyla, 1970’lerin ortalarındaki Lübnan İç Savaşında ve 1989-1990’ da Somali’de vaka olduğu gibi, devlet otoritesinin çöktüğü, iki ya da daha fazla hükümet dışı grup arasındaki çatışmaları kapsamamaktadır.¹³⁵

II Numaralı Ek Protokol madde 1(1) hükmünde geçen “bu tarafın silahlı kuvvetleri (armed force)” ve “ayrılıkçı silahlı kuvvetler ve teşkilatlı silahlı gruplar” terimleri tam olarak ne ifade etmektedir? Açıkçası, “silahlı kuvvetler” terimi gri bölgeler içermekte olup; örneğin, devlet açısından ulusal mu-

¹³⁰ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protections of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977”; Commentary: General Introduction to the Commentary on Protocol II, par. 4414, (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webprint/475-750999-COM?>, erişim 18 Nisan 2008).

¹³¹ Derek, s.26.

¹³² Arturo Carrillo-Suarez, “Hors De Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law As Applied To Internal Armed Conflict”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, C. 15, 1999-2000, s.85.

¹³³ Carrillo-Suarez, s.82.

¹³⁴ Abi-Saab, ss.228-229.

¹³⁵ Hilaire McCoubrey ve Nigel D. White, *International Organizations and Civil Wars*, Dartmouth, Aldershots, 1995, s.67.

hafızların, gümrük teşkilatının, polis kuvvetleri veya benzeri kuvvetlerin de bu terime dâhil olup olmadığı açık değildir. Ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar “sorumlu komutanlık” altında olmalıdır ifadesinden kasıt, muhalif silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı grupların bir dereceye kadar teşkilatlanmış olmasıdır. Buradaki teşkilatlanma, düzenli bir ordudaki hiyerarşik askeri sistem kadar mutlak anlamda düşünülmemektedir. Kastedilen, bir yandan sürekli ve düzenli askeri harekât planlayabilecek ve icra edebilecek, öte yandan *de facto* otorite namına disiplin uygulayabilecek imkân ve kabiliyete sahip bir teşkilatın mevcudiyetidir.¹³⁶ Sürekli ve planlı askeri harekât icra edebilmekten kasıtsa, harekâtın önemli ölçüde ve aralıkta olması ve örgütlü nitelikte olmasıdır. Böylece örgütlü dahi olsa, münferit terörist eylemler tanımının dışında kalmaktadır.¹³⁷

II Numaralı Ek Protokol madde 1 çerçevesinde, uluslararası nitelikte -olmayan silahlı çatışma, birbiriyle zıt iki eşik arasındaki bir çatışma dizisidir. Bu bağlamda spektrumun/tayfın bir başında 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak madde 2’de tanımlanan uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar yer alır; tayfın diğer başında ise asgari eşik tesis eden, II Numaralı Ek Protokol md.1/2 tarafından “silahlı çatışma sayılmayan “ iç karışıklık ve iç gerginlikler” yer alır. Bu bağlamda, geniş anlam içinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, bu iki eşik arasında yer olan silahlı çatışmalardır. Yani, bir devletin ülkesinde gerçekleşen, terörizm, sokak hareketleri, iç karışıklık ve iç gerginlik, düzeyinin yukarısına çıkan; fakat devletlerarası savaşın aşağısında düşen her hangi çatışmadır.¹³⁸

II Numaralı Ek Protokol md. 3, Protokolün, taraf devletlerin iç işlerine karışılması için bir esas olarak kullanılmasını yasaklamakta ve yabancı güçlerce müdahale amaçlı olarak istismar edilmesinin önünü kesmektedir.¹³⁹

Günümüzde BM Örgütüne taraf 192 devlet bulunmaktadır.¹⁴⁰ 2008 itibari ile söz konusu devletlerden yalnızca 163 tanesi, 7 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe giren II Numaralı Ek Protokol’e taraftır.¹⁴¹ II Numaralı Ek

¹³⁶ McCoubrey, ss.65-66.

¹³⁷ McCoubrey, s.66.

¹³⁸ Carrillo-Suarez, s.69.

¹³⁹ Öktem, s.90.

¹⁴⁰ Bkz., (<http://www.un.org/members/list.shtml>. erişim 24.04.2008).

¹⁴¹ Bu devletlerarasında örneğin Belçika, Bosna-Hersek, Kongo, Fransa, El Salvador, Yunanistan, Almanya, İtalya, Rwanda, Sudan, Tacikistan bulunmaktadır. Öte yandan, ABD, Türkiye,

Protokol'e taraf devletlerarasında Angola, Namibya, Mozambik, Somali, Irak, Afganistan ve Sri Lanka, Haiti, Nikaragua gibi iç savaşla kuşatılmış ülkeler bulunmamaktadır. Üstelik II Numaralı Ek Protokol'e taraf olan ve ülkelerinde iç savaş yaşanan devletler de Protokol hükümlerine yeterli derecede uyulduğu ve saygı gösterildiği söylenemez. Bu durum Protokol'ün devlet uygulamasında kapsamının çok sınırlı olduğunu göstermektedir.

ii. Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

2 Ekim 1995 'de Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Temyiz Dairesi, “*The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*” yargı yetkisi konusundaki *Tadic* kararını yayınlamıştır. Karar, Uluslararası İnsancıl Hukukun pek çok yönü yanında silahlı çatışmanın tanımını da önemli ölçüde etkilemiştir.¹⁴² Kararın 70. paragrafında “silahlı çatışmanın” tanımı şu şekilde yapılmıştır:

*“Bir silahlı çatışma, devletlerarasında bir silahlı güce başvurma söz konusu olduğunda ya da hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında uzun süreli (protracted) silahlı şiddet olduğunda mevcuttur. Uluslararası İnsancıl Hukuk bu gibi silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren uygulanır ve düşmanlıkların sona ermesinin ötesine uzanan genel bir barışa ulaşıncaya kadar; ya da iç çatışma durumlarında, barışçıl bir çözüm elde edilinceye kadar uygulanır. Bu ana kadar, Uluslararası İnsancıl Hukuk savaşan devletlerin ülkelerinin tamamında uygulanmaya devam eder ya da iç çatışma durumlarında, fiili çatışma gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin bir tarafın kontrolü altındaki toprakların tamamında uygulanmaya devam eder.”*¹⁴³

Böylece, Temyiz Dairesi, Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasını başlatan bir “silahlı çatışmanın” varlığını ileri sürmek için esasları beraklaştırmıştır. Temyiz Dairesi, ilk olarak, çatışmalarda asgari düzeyde bir yoğunluk olması gerektiği, yani silahlı güce başvurma ya da iki taraf arasında uzun süreli/protracted bir çatışmanın olması gerektiği hükmüne varmıştır.

İsrail, Rusya Federasyonu ve İngiltere taraf değildir. Detaylı bilgi için bkz., (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webSign?ReadForm&id=475&ps=P>, erişim 24 .04.2008).

¹⁴² Derek, s.27.

¹⁴³ Prosecutor v. Dusko Tadic (a/k/a Dule), No IT-94-1-AR-72, parag. 70, (2 Ekim 1995), (<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, erişim 2 Haziran 2008).

İkinci olarak, şiddet eylemlerine karışan birimlerin bir örgütlenme düzeyine sahip olmasını, gerekli görmüştür.¹⁴⁴ Böylece, Temyiz Dairesi, ortak 3. maddenin uygulanması için görelî olarak düşük bir eşik ileri sürmüş ve daha kapsamlı bir yaklaşım benimsemiştir. *Tadic* Yargı Dairesi de Temyiz Dairesi tarafından önerilen “silahlı çatışma” kavramını uygulamıştır.¹⁴⁵ Rwanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) de bu yaklaşımı benimsemiş ve Mahkeme, Rwanda’da silahlı çatışmanın varlığını belirlemede, “hem yoğunluk hem de çatışmaya taraf olanların örgütlenmesini değerlendirmenin gerekli” olduğunu desteklemiştir.¹⁴⁶

ICTY’nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı, “*hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı şiddet*” olarak karakterize etmesi, modern Uluslararası İnsancıl Hukukta, iç silahlı çatışmanın kavramsallaştırılması bakımından önemli bir etkiye bulunmuştur. Tanım Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (ICC) Roma Statüsü madde 8 (2)(f)’ de yer almıştır.¹⁴⁷ 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Statüsü madde 8 (2)(f), “*Paragraf 2 (e), uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler; münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikte diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. Bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalara uygulanır.*” şeklindedir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın bu tanımı, *Tadic* Yargı kararında benimsenen tanımdan birazcık farklılaşmaktadır. Roma Statüsünde, “uzun süreli (protracted) silahlı şiddet” terimi yerine “uzun süreli silahlı çatışma” kavramı kullanılmıştır. Bu ince ayırım, iç silahlı çatışmanın kapsamını değiştiriyor ya da *Tadic* tanımından farklı bir uygulama eşiği oluşturuyor olarak yorumlanmamaktadır.¹⁴⁸ Ancak madde 8 (2) (f)’ de yer alan bu tanım II Numaralı Ek Protokol, madde 1/ 1’den farklılıklar göstermektedir. *Tadic* formü-

¹⁴⁴ Derek, a.g.m., s.28.

¹⁴⁵ Prosecutor v. Dusko Tadic, a/k/a “Dule”, Case No IT -94-1- T, Opinion and Judgment, 7 Mayıs 1997, <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts/70507JT2-e.pdf>, (4 Haziran 2008).

¹⁴⁶ Prosecutor v. Akayesu, No ICTR-96-4-para.620 (2 Eylül 1998).

¹⁴⁷ Cullen, “Key Developments...”, s.102.

¹⁴⁸ Meron, “The Humanization of...”, s.260.

lünün, Roma statüsü, madde 8 (2) (f) ye uyarlanması neticesinde, iç silahlı çatışmanın tanınması için II Numaralı Ek Protokolün gerektirdiği yoğunluk eşiği düşürülmüştür. Roma statüsü, madde 8 (2) (f) çerçevesinde, çatışmada işlenen savaş suçlarının ICC'nin yetkisi altına girmesi için ayrılıkçı silahlı kuvvetlerin ya da örgütlenmiş silahlı grupların, sorumlu bir komutanın yönetiminde olması ve ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri harekât yürütmeye izin verecek düzeyde denetim sağlaması gerekmektedir.¹⁴⁹ Öte yandan, iç silahlı çatışmanın yalnızca hükümet kurumları ile örgütlü gruplar arasında değil aynı zamanda bu grupların kendi aralarında da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.¹⁵⁰

Roma Statüsü madde 8 (2) (f) deki hükmünün düşük bir uygulama eşiği öngörmesi nedeniyle devletlerin endişelerini gidermek için, Roma Statüsü madde 8 (3) şu hüküm eklenmiştir: “ *Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarla ilgili Statüdeki hiçbir hüküm (2 (c) ve (d) paragraflarındaki hiçbir ifade), bir hükümetin, devlet dâhilinde kanun ve düzeni sürdürme ve yeniden kurma veya devletin ülkesel birliğini ve toprak bütünlüğünü tüm yasal araçlarla savunma sorumluluğuna etki etmez.*” Bu hüküm, II Numaralı Ek Protokol madde 3/1'den iktibas edilmiştir ve Statü hükümlerinin iç silahlı çatışma konusunda devlet egemenliğini bozacak şekilde yorumlanamayacağını vurgulamaya hizmet etmektedir.¹⁵¹

Tadic yargısı ile ortaya çıkan ve Roma Statüsü madde8 (2) (f)'ye uyarlanan iç silahlı çatışma kavramı, günümüze kadar Uluslararası İnsancıl Hukukun kapsamına girmeyen, hükümet güçlerinin dahli olmaksızın örgütlenmiş silahlı gruplar arasında gerçekleşen çatışma durumlarını kapsar hale gelmiştir. Uluslararası İnsancıl Hukukun kaydettiği bu gelişme, devlet yapısının parçalandığı, başarısız devletlerdeki çatışmaları kapsamaktadır.¹⁵² ICC Roma Statüsü'de, ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol'ün anlamı dâhilindeki, “ *iç “silahlı çatışmalar” ayaklanma, münferit ve izole edilmiş şiddet eylemleri ya da diğer benzer yapıdaki şiddet eylemleri gibi iç karışıklık ve iç gerginlik durumlarını içermez*” görüşünü muhafaza etmektedir.¹⁵³

¹⁴⁹ Cullen, “Key Developments...”, s.102.

¹⁵⁰Theodar Meron, “Classification of the Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout, *AJIL*, C. 92, 1998, ss.236-237,

¹⁵¹ Cullen, “Key Developments...”, s.105.

¹⁵² Cullen “Key Developments...”, s.105.

¹⁵³ Derek, s.29

iii. II Numaralı Ek Protokol ve Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Güneydoğu'daki Durum

Türkiye'nin taraf olmadığı II Numaralı Ek Protokol'deki, "silahlı çatışmanın" unsurları çerçevesinde Güneydoğu'daki durumu değerlendirdiğimizde, Güneydoğu'daki durumun "yüksek yoğunlukta bir silahlı çatışma" teşkil etmediği çok açıktır. Zira PKK'nın "savaşan taraf" veya "asilik" gibi kayda değer bir statüye sahip olabilmemesinin en önemli şartı, belirli ve yeterli bir coğrafyada etkin ve sürekli bir denetim oluşturmaktır. Bunun ön şartı yeterli imkân ve kabiliyette, komuta-kontrol ve iç disiplin düzenine sahip silahlı bir kuvvet olunmasıdır. Vur kaç türü eylemler gerçekleştiren, asker sivil ayırt etmeyen PKK, tipik terör eylemleri gerçekleştirmekte olup; İnsancıl Hukuka saygı gösterme yeteneğine sahip değildir. Bu tür etkin bir emir-komuta unsurdan yoksundur.¹⁵⁴ Öte yandan, köy ve kasabalar PKK'nın denetimi altında olmadığı gibi PKK'nın kırsalda bile denetimi yoktur. PKK eylemlerini gerçekleştirirken Irak'ın kuzeyindeki Kandil, Zap, Avaşin, Hakurk gibi terör üslerine güvenmektedir.¹⁵⁵ Dolayısıyla, tekrar belirtmek gerekirse, Türkiye'nin Güneydoğu'sunda II Numaralı Ek Protokol'ün uygulanmasını gerektirecek "yüksek yoğunlukta" bir silahlı çatışma söz konusu değildir. Bununla birlikte, ayrılıklı terörizmle mücadelede gerçekleştirilen iç güvenlik hareketinin planlanmasında ve icrasında, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar hukuku kurallarından rehber olarak yararlanılmasında bir engel yoktur.¹⁵⁶

II Numaralı Ek Protokol hükümleri incelendiğinde Protokol'de yer alan hükümlerin pek çoğunun, temel insan hakları belgelerinde eşdeğer hükümlerinin bulunduğu görülmektedir. Ancak ortak madde 3'ün tersine, Protokol hükümleri temel uluslararası insan hakları belgelerindeki muadil hükümlerinden çok daha fazla kapsamlıdır.¹⁵⁷ Bu durum, II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ortak madde 3 geliştirmek ve desteklemek için hazırlanmış bir belge olmasının bir sonucudur. Bu tespitleri, II Numaralı Ek Protokol hükümlerini, temel insan hakları belgelerindeki hükümlerle karşılaştırmalı olarak analiz ederek pekiştirmek mümkündür.

¹⁵⁴ Çaycı, *Uluslararası İnsancıl Hukuk ve...*, s.46.

¹⁵⁵ (<http://www.turkmeatronik.com/mforum/index.php?topic=2256.0>, erişim 7 Ağustos 2008); (<http://www.candundar.com.tr/index.php?Did=6282>, erişim 7 Ağustos 2008).

¹⁵⁶ Çaycı, "İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme...", s.82

¹⁵⁷ Freeman, ss.3-4.

II Numaralı EK Protokol'ün insan hakları hükümleri “ İnsancıl Muamele” başlıklı ikinci bölümde bulunmaktadır. Bu bölümde, madde 4'te, “Temel Güvenceler”; madde 5'te “Özgürlüğü Kısıtlanan Kişiler” ve madde 6'da, “Yargısal Güvenceler” düzenlenmektedir.¹⁵⁸ “Temel Güvenceler” konusundaki md. 4/1'dekine benzer hükümler, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin md. 17/1, md.18 ve md. 19'da; AİHS'nin md.9 ve md.10'da bulunmaktadır. II Numaralı EK Protokol'ün md. 4 (2) (d) hükmü, koruma altındaki kişilere yönelik her türlü terörizm eylemini yasaklamaktadır. Bu madde, daha önce yalnızca uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma sırasında uygulanabilir olan bir hükmü¹⁵⁹, iç silahlı çatışma sırasında, sivillerin korunmasına genişletmektedir. ¹⁶⁰II Numaralı Ek Protokol md. 13 (2) de ise, sivil bireyler gibi, sivil halkın terör saldırılarının hedefi olmasını ve başlıca amacı sivil halk arasında terörü yaymak olan şiddet eylemleri ya da şiddet tehdidini yasaklamaktadır. Şiddet eylemleri gerçekleştirme tehdidi yasağının eşdeğer bir düzenlemesi açıkça temel insan hakları belgelerinin hiç birisinde bulunmamaktadır.¹⁶¹ Madde 4(2) (g)' de yer alan yağmalama yasağına yakın herhangi bir düzenleme temel insan hakları belgelerinde bulunmamaktadır. ¹⁶² Yine, yukarıda S.lan eylemlerin herhangi birisini işleme tehdidini açıkça yasaklayan, md. 4(2) (h)'deki son hükme benzer bir düzenleme, insan hakları sözleşmelerinin hiç birisinde bulunmamaktadır.¹⁶³

II Numaralı Ek Protokol madde 4(3), çocukların din ve ahlak dâhil eğitim hakkı; ailelerinin yeniden birleştirilmesini kolaylaştırma ve 15 yaşına varmayan çocukların çatışmalara katılmaması ve çocukların çatışma bölgelerinden güvenli bölgelere nakledilmesi gibi konularda, çocuklara Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin md. 24 (1)'den daha detaylı bir koruma sağlamaktadır.¹⁶⁴ II Numaralı Ek Protokol md. 6 “Yargısal Güvenceleri” içermektedir. Madde 6/5, çatışmaların sonunda, iktidarı elinde bulunduran otoritelerin, silahlı çatışmalara katılmış olan kişilere ya da enterne edilmiş ya da tutuklanmış olmasına bakmaksızın silahlı çatışmayla bağlantılı olarak, özgür-

¹⁵⁸ Bkz., geride dipnot 130.

¹⁵⁹ Bkz., geride dipnot 65.

¹⁶⁰ Moir, , s 215.

¹⁶¹ Freeman, ss.3-4.

¹⁶² Freemanss.3-4.

¹⁶³ Moir, s.219.

¹⁶⁴George H. Aldrich, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, *AJIL*, C. 90, 1996, s.60.

lüklerinden mahrum bırakılan kişilere, mümkün olan en geniş af çıkartmaya teşvik etmektedir. Af çıkartılmasını öngören md.6/5 hükmünün, temel insan hakları belgelerinde muadili yoktur. II Numaralı Ek Protokolün III. Bölümü (madde 7 -12) 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3/2'deki "yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir." şeklindeki hükmü daha detaylı bir şekilde düzenlemektedir. Bu hükümlerinde temel insan hakları belgelerinde eşdeğer hükümleri bulunmamaktadır. Ek II Numaralı Protokolün IV. Bölümü (md. 13-18) ise "sivil halk" başlığını taşımakta ve sivillerin korunması konusunda, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ün öngördüğünden çok daha detaylı bir koruma sağlamaktadır. Bu kısımda, tehlikeli güçler içeren iş ve binaların korunmasına ilişkin md. 15 ve yardım faaliyetleri ve yardım derneklerine ilişkin md. 18 in temel insan hakları belgeleri çerçevesinden birebir muadili yoktur.¹⁶⁵

İç silahlı çatışmalar çerçevesinde birlikte uygulama alanına sahip olan, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku arasındaki normatif ve kurumsal ilişki irdelendiğinde, her iki hukuk dalı tarafından sağlanan güvenceler arasında, kimi açıklar ve uyumsuzluklar bulunmasına karşın, her iki hukuk dalının birbirini güçlendirmekte ve tamamlamakta olduğu söylenebilir. Ortak madde 3 asgari düzeyde, zaruri insancıl güvenceleri belirtmekte ve ayrıık hükümler getirilemeyen birçok insan hakları korumalarını içermektedir. Yüksek bir uygulama eşiğine sahip II Numaralı Ek Protokol ise, ortak madde 3 tarafından öngörülen güvenceleri daha da geliştirmekte fakat ender olarak uygulanmaktadır.¹⁶⁶

Sonuç

Terörizmle mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımı özellikle liberal devletler tarafından tercih edilmeyen bir yaklaşımdır. Ancak bu hukuksal değil daha ziyade psikolojik ve siyasal nedenlerden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁷

İç Silahlı çatışmalar bakımından da devletler, iç silahlı çatışmalara İnsancıl Hukuku uygulamakta isteksizdir. Ancak bu da hukuksal değil daha ziyade psikolojik ve siyasal nedenlerden kaynaklanmaktadır. Devletlerin iç silahlı çatışmalara İnsancıl Hukuku uygulamadaki isteksizliklerinin ardındaki psikolojik ve siyasal nedenlerden bazıları şunlardır: İlk olarak, Uluslara-

¹⁶⁵ Bkz., geride dipnot 130.

¹⁶⁶ Moir, s.231.

¹⁶⁷ Roberts, s.9.

rası İnsancıl Hukuku uygulamak, egemen devlet içinde yetki sahibi başka bir “tarafın” olduğunu zımnen kabul etmek anlamına gelmektedir. Ortak madde 3’ün son paragrafı, madde hükmünün uygulanması tarafların hukuksal statüsünü etkilemeyeceğini belirtmesine karşın, bu asilere “objektif hukuksal statü” kazandırır.¹⁶⁸ İkinci olarak, Ortak madde 3’ün uygulanabilirliğini kabul etmek, hükümetin büyük çaplı şiddeti durdurmadaki yeteneksizliğini kabul etmesi anlamına gelir. Üçüncü olarak ortak madde 3’ün uygulanabilirliğini kabul etmek asilerin, ortak madde 3’e uygun olarak “*taraflar özel anlaşmalarla mevcut sözleşmenin tamamını veya bir kısmını uygulamaya koyabilirler*” hükmünü talep etmesine olanak verir; bu talepler savaş tutsağı statüsü elde etme ve ulusal cezai kovuşturmalardan bağımsızlık taleplerine ulaşabilir.¹⁶⁹ II Numaralı Protokol’ün uygulanabilirliğini kabul etmek ise hükümetten ziyade silahlı bir grubun ülke topraklarının bir kısmında denetim kurduğunu ve ülkedeki durumun kontrol-dışı olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir.¹⁷⁰ Tüm bu siyasal nedenlerden dolayı hükümetler, gerek ortak madde 3 gerekse II Numaralı Protokolü devreye sokmakta isteksizdir. Sorunu insan hakları hukukunun öngördüğü rejime başvurarak çözmeyi tercih etmektedirler. Meseleyi hukuksal bakımından değerlendirdiğimizde ilk olarak, gerek 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3, gerekse II Numaralı Ek Protokol ve Tadic yargısı ile ortaya çıkan ve 1998 Roma Statüsü madde 8 (2) (f)’de yer alan silahlı çatışmanın tanımı, terörizmin, bir “silahlı çatışma” teşkil etmediğini açıkça belirtmektedir.¹⁷¹ Buna karşılık, bir iç mücadelede uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığına neden olan hususların yanında ayrıca terörizm de eş zamanlı olarak var olabilir.¹⁷² Belirtilmesi gereken önemli nokta, terörizmin, Uluslararası Hukukun, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da başvurulmasını yasakladığı yöntemler arasında olduğudur. Gerçekten, hem 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol hem de 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi, terörizmi yasaklamaktadır. Söz konusu Protokol’ün 4/2, d maddesi terörizmi; 4/2, h maddesi terörizm tehdidini ve 13. maddesi sivil halka karşı terör eylemlerini yasaklamaktadır. 1949 Ce-

¹⁶⁸ Chadwick, s.8.

¹⁶⁹ Abresch, s.11.

¹⁷⁰ Abresch, ss.17-18; Chadwick, ss.85,134.

¹⁷¹ Marco Sassoli, “Terrorism and War”, Journal of International Criminal Justice, C.4, 2006, s.965; Rona, s. 63; Chadwick, s.128.

¹⁷² Sertaç H. Başeren, “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, Dünyada ve Türkiye’de Terör içinde, T.C. Merkez Bankası Yay., Ankara, 2002, s. 190.

nevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi çerçevesinde uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda terörist fiillerin yasaklanması, anılan maddedeki “insancılık ilkesi” ile açıklanmaktadır.¹⁷³ İkinci olarak, eğer uluslararası olmayan silahlı çatışmalar söz konusu olmuş iç çatışmanın mahiyetine bağlı olarak, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve 1977 tarihli II numaralı Ek Protokol yanında, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin kurallar ve ilgili devletin insan haklarına ilişkin düzenlemeler aynı anda uygulanır.¹⁷⁴ Bu durum sivillerin korunması bakımından önem arz eder. Üçüncü olarak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramı çerçevesinde teknik olarak, “muharip-savaşçı” statüsü mevcut değildir. İç çatışmalara ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokolün uygulanması, isyancı gruba ve bu grubun mensuplarına *ipso jure* muharip-savaşçı statüsü (grupsal bazda belligerent; bireysel bazda combatant) kazandırmaz. Dolayısıyla ele geçirilmeleri halinde bunların savaş esiri statüsü elde etmeleri söz konusu olmayıp; ele geçirilen bir silahlı asi grup mensubu, Uluslararası İnsancıl Hukuka uyup uymadığından bağımsız olarak basitçe savaşmış olması olgusu dolayısıyla cezalandırılabilir.¹⁷⁵ Dördüncü olarak, uluslar arası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir İnsancıl Hukuk, hükümlerinin ihlal edilmesinden dolayı bireysel cezai sorumluluk öngörmemektedir. Buna karşın BM tarafından ICTY, ICTR ve ICC'nin kurulmuş olması iç silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası hukukun ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk bakımından büyük önemdedir. Zira Tadic Davasında ICTY, ICTY Statüsü md. 3 çerçevesinde, “savaş hukuku ve örfünün” uluslararası veya iç silahlı çatışma sırasında ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk tesis etmiştir.¹⁷⁶ Yine, ICTY Statüsü md. 5’de kapsanan suçların, iç silahlı çatışma sırasında ihlalleri açıkça insanlığa karşı suç teşkil etmekte ve insanlığa karşı suçlar dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk hâsil olmaktadır. Temyiz dairesi, Uluslararası Örfi Hukukun, ortak madde 3’ün “ciddi ihlalleri” dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk yüklediğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Temyiz Dairesi, ICTY Statüsü md. 2 çerçevesinde, “ağır ihlal” rejimininse, yalnızca uluslararası nitelikte silahlı çatışmalara uygulanacağına karar vermiş ve bu eğilim daha sonraki ICTY iç-

¹⁷³ Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, s. 221.

¹⁷⁴ Başeren “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, s. 190

¹⁷⁵ Sassoli, s.970; Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, s. 221.

¹⁷⁶ Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, EJIL, C. 7, 1996, ss.266-267.

tihadında da sürdürülmüştür.¹⁷⁷ ICTR Statüsü, “soykırım” ve “insanlığa karşı suçlar” yanında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk tesis etmiştir. Bu, ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ihlalleri dolayısıyla ilk kez bireysel cezai sorumluluğun pür iç silahlı çatışmalara genişlemesini temsil etmekte olup büyük önem taşımaktadır.¹⁷⁸

11 Eylül 2001 tarihinden bu yana yaşanan gelişmeler çerçevesinde Türkiye'nin de terörizmle mücadelede uygulamakta olduğu geleneksel politikalarını etkinlik ve verimlilik bakımından tekrar gözden geçirmesi ve alternatif yaklaşımları pozitif ve negatif yönleri ile detaylı olarak ele alması son derece yararlıdır. Bu bağlamda Türkiye'nin terörizmle mücadelede uyguladığı geleneksel paradigmadan vazgeçerek Güneydoğu'daki durumu ortak madde 3'ün uygulanması gerektirecek düşük düzeyde bir iç silahlı çatışma olarak nitelendirmesi hukuksal bakımdan sorun doğurmayacaktır. Ancak bu yaklaşımı benimsemenin *siyasal* açıdan çok fazla olumsuz sonuçları vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu yaklaşımı benimsemek en başta, terör örgütünü cesaretlendirerek, “objektif hukuksal statü” elde etme arayışlarını arttırır. Cenevre Sözleşmelerinin tamamının ve bir kısmının uygulanmasını talep etmesine olanak verir. Bu talepler, savaş tutsağı statüsü elde etme ve ulusal ceza hukuku kavuşturmalarından bağışık olma istemlerine varabilir. Bu nedenle Türkiye ayrılıkçı terör örgütü PKK/KCK ile mücadelesini insan hakları hukuku çerçevesinde sürdürmeye devam etmelidir. Bu model çerçevesinde de siyasal zemin oluşturma adına güvenlik zafiyetinin oluşmasına izin vermemelidir.

¹⁷⁷ Aldrich, s.68.

¹⁷⁸ Greenwood, s.280

KAYNAKÇA

- Abi-Saab, Georges, “ Non-International Armed Conflicts”, International Dimensions of Humanitarian Law (içinde), Henry Dunant Institute, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht,Boston,Londra, 1988.
- Abresch, William, “ a Human Rights of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Extrajudicial Executions Series (CHRGJ)*, S. 4, 2005, s.1-28.
- Aktan, Gündüz, “Hukuki altyapı (4), **Radikal**, 23.8.2005.
- Aldrich, George H., “ Jurisdiction of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, *AJIL*, C. 90, 1996, s.64-69.
- Bal, İhsan, “Terörle Mücadele, ABD ve Guantanamo”, (<http://turkishweekly.net/turkce/yorum.php?id=132>, erişim 25 Temmuz 2008).
- Başeren, Sertaç H., “İnsan Hakları ve Terörizm”, *İnsan Hakları ve Güvenlik içinde, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını*, No 1, Ankara, 2001, s. 195-224.
- Başeren, Sertaç H., “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, *Dünyada ve Türkiye’de Terör içinde*, T.C. Merkez Bankası Yay., Ankara, 2002, s. 183-206.
- Carrillo-Suarez, Arturo, “ Hors De Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law As Applied To Internal Armed Conflict”, *Am. U. Int’l L. Rev.* , C. 15, 1999-2000, s.1-150.
- Cerrah, İbrahim, “ The Stance of a Democratic Society,against Terrorism: Turkey’s Approach”, ([http:// www. Turkishweekly.net/comments.php?id=2061](http://www.Turkishweekly.net/comments.php?id=2061), erişim 24 Temmuz 2008).
- Chadwick, Elizabeth, *Self-Determination, Terrorism And The International Humanitarian Law Of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996.
- Crelinstein, Ronald D. ve Alex P. Schmid, “Western Responses to Terrorism: A Twenty-Five Year Balance Sheet”, Ronald D. Crelinstein ve Alex P. Schmid, (eds.), *Responses To Terrorism içinde*, Londra, 1993.

- Cullen, Anthony, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *U, Miami INT’L&Comp.L.Rev.*, C. 12, 2004, s.189-229.
- Cullen, Anthony, “Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *Military Law Review*, C. 183, 2005, s.66-109.
- Çaycı, Sadi, *Düşük Yoğunlukta Çatışma*,(yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 1989.
- Çaycı, Sadi, *Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Güneydoğu Olayları*,(yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara, 1997.
- Çaycı, Sadi, “Türkiye’deki Ayrılmacı Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları”, *Avrasya Dosyası*, C.12, S.3, 2006, s.139-165.
- Çaycı, Sadi, “PKK’yla Mücadele, Sınır Ötesi Harekât ve Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Ağustos 2005, s.36-44.
- Çaycı, Sadi, “Ayrılmacı Terörle Mücadelenin Hukuksal Boyutları”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl.24, S.97, Eylül 1996, s.22-33.
- Çaycı, Sadi, “PKK Terörüyle Mücadelede Uygulanacak Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Eylül 2007, s.34-40.
- Çaycı, Sadi, “İnsan Hakları Hukuku açısından Bir Değerlendirme”, *Stratejik Analiz*, Temmuz 2005, s.78-82.
- Çelik, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, Birinci Kitap, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1986.
- Erickson, Richard J., *Legitimate Use of Force Against State-Sponsored Terrorism*, Air University Press, Washington D.C., 1989.
- Forsythe, David P., “ Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-Internattional Armed Conflicts”, *AJIL*, C. 72, 1978, s. 272-295.
- Freeman, Mark, “International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay Between Human Rights and Humanitarian Protections”, *The Journal of Humanitarian Assistance*, 24 Temmuz 2000, <http://jha.ac/2000.07.24/international-law-and-internal-armed-conflicts-clarifying-the> (30 Haziran 2008) s.1-9.

- Gasser, Hans-Peter, “Acts of Terror “Terrorism” and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, C. .84, S. 847, 2002, s. 547-570.
- Greenwood, Christopher, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, *EJIL*, C. 7, 1996, s.265-283.
- Guild, Elspeth, “ Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict”, *International Community Law Review*, C. 9, 2007, s.33-58.
- Heintze, Hans-Joachim, “ Onthe Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, *IRRC*, C. 86, No 856,2004, s.789-814.
- Hoffman, Michael H., “ Rescuing the Law of War: A Way Forward in an Era of Global Terrorism”, *Parameters*, 2005, s.18-35.
- Jinks, Derek, “September 11 and the Laws of War”, *The Yale Journal of International Law*, C.28, S. 1, 2003, s.1-50.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1991.
- Kaya, İbrahim ve Yücel Acer, “Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Korunması ve Sığınmacılar Hukukundaki Non-Refoulement İlkesi”, <http://www.turkisweekly.net/turkce/makle.php?id=139>, (24 Temmuz 2008).
- Kawakwa, Edward, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,
- Krieger, Heike, “A Conflict of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, C. 11, No 2, s.265-291.
- Lootsteen, Lieutenant Colonel Yair M., “ The Concept of Belligerency in International Law, *Mil. Law Rev.*, C. 166, 2000, s.109-141.
- Lopez, Laura, “Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts”, *NYU Law Review*, C. 69, 1994, s.916-962.

- McCoubrey, Hilaire ve Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth, 1992.
- McCoubrey, Hilaire ve Nigel D. White, *International Organizations and Civil Wars*, Dartmouth, Aldershots, 1995.
- Meron, Theodor, “ The Humanization of Humanitarian Law”, *AJIL*, C. 94,2000, s.239-278
- Meron, Theodar, “Classification of the Conflict in the Former Yuoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *AJIL*, C. .92, 1998.
- Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Öktem, A. Emre, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları:95, İstanbul, 2007.
- Paust, Jordan J., “ There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11 th”, *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*, Kasım 2002, s.1-12.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000.
- Pries, Kari Mariska, *Repression, Freedom, and Minimal Geography: Human Rights, Humanitarian Law, and Canadian Involvement in El Salvador, 1977-1984* (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Queen University, Ontario, Kanada, 2007.
- Ratner, Steven R., “Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11”, *American Journal of International Law*, C. 96, S. 4, 2002, s. 905-921.
- Ratner, Steven R., “ The War on Terrorism and International Humanitarian Law”, *Mich. St. J. Int’l L.*, C.14, 2006, s.19-26.
- Roberts, Adam, “Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War”, *Survival*, C. 44, S. 1, 2002, s. 7-32.
- Roth, Kenneth, “The Law of War in The War on Terror”, *Foreign Affairs*, C. 83, 2004, s.2-7.
- Sassoli, Marco, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 4, 2006, s.959-981.

Sievert, Ronald J., “ War on Terrorism or Global Law Enforcement Operations?”, *Notre Dama L. Rev.*, C. 78, 2002-2003, s.307-351.

Slaughter, Anne-Marie ve William Burke White: “An International Constitutional Moment”, *Harvard International Law Journal*, C. 43, S. 1, 2002, s. 1-21.

Sulmasy, Glenn M., “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War”, *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, C. 19, 2005, s.309-316.

The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), Kasım 2003.

Travalio, Greg ve John Altenburg, “Terrorism , State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chi.J. Int'l L.*, C. 97, 2003, ss. 97119. Greenwood, Christopher: “International Law and the War Against Terrorism”, *International Affairs*, C. 78, S. 2, 2002, s. 301-317.

Vöneky, Silja, “The Fight Against Terrorism and The Rules of The Law of Warfare”, (ed, Walter Christian, Vöneky Silja et al,) *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security Versus Liberty?* (içinde), Berlin/Heidelberg, 2004, s. 925-951.

Watkin, Kenneth, “ Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, *AJIL*, C.98, No1, 2004, s.1-34.

İnternet Kaynakları ve Yargı Kararları

(<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, erişim 10 Ağustos 2008), (http://tr.wikisource.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi, erişim 15 Temmuz 2008) .

(http://www.turkhukuksitesi.com/makale_225.htm, erişim 6 Ağustos 2008) (<http://www.turkmekatronik.com/mforum/index.php?topic=2256.0>, erişim 7 Ağustos 2008) .

(<http://www.candundar.com.tr/index.php?Did=6282> , erişim 7 Ağustos 2008).

(<http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>, erişim 8 Ağustos 2008).

(<http://www.un.org/members/list.shtml>., erişim 24.04.2008).

(<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webSign?ReadForm&id=475&ps=P>., erişim 24 .04.2008).

Letter Dated 7 October 2001 From the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, (<http://www.un.int>, erişim 20 Haziran 2008).

“PKK (Partiya Karkeren Kürdistan-Kürdistan İşçi Partisi Kronoloji (1978-2006)”, 5 Şubat 2008, (http://www.usakgudem.com/pdfs/Usak_PKK_Kronoloji.pdf., erişim 13 Temmuz 2008).

PKK/Kongra-gel”, (http://www.mfa.gov.tr/pkk_kongra-gel.tr.mfa, erişim 31 Temmuz 2008).

President’s Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/20011113-27>. Htm (Military Order), erişim 20 Haziran 2008).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protections of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977”. Commentary: General Introduction to the Commentary on Protocol II, par., 4414; (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webprint/475-750999-COM?>, erişim 18 Nisan 2008).

(<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, erişim 2 Haziran 2008).

“Terörizmle Mücadele ve Türkiye’nin Terörizmle Uluslararası Mücadeleye Katkıları”, (<http://realterror.blogcu.com/4577362>. erişim 15 Temmuz 2008).

“Terör ve Güvenlik,” (<http://www.terorizm.info/index>., erişim 31 Temmuz 2008).

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment of ICJ, 19 Aralık 2005, (<http://www.icj.cij.org/icjwww/decesions.htm>-, erişim 8 Ağustos 2008.)

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 Temmuz 1996, ICJ Reports 1996 (I).

ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004.

McCann and Others v. United Kingdom Case, 17 /1994/464/545; ECtHR 5 Eylül 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Case No IT-94-1-AR-72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Ekim 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadic, a/k/a "Dule", Case No IT -94-1- T, Opinion and Judgment, 7 Mayıs 1997, (<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf>., erişim 4 Haziran 2008.)

Prosecutor v. Akayesu, No ICTR-96-4- erişim 2 Eylül 1998).