

KUVVET KULLANMA, MEŞRUIYET VE HUKUK

Prof. Dr. Turgut TARHANLI^()*

“Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen” başlıklı tartışma konusunu, bir uluslararası hukuk düzeninin kurulması ve bu bağlamdaki hukuki ve siyasi dinamizmin iç hukuk düzenindeki etkisi bakımından değerlendirmek istiyorum.

Böyle bir değerlendirmede, iç hukukun yetkili kıldığı aygıtların işleyişindeki temel ilkeler, uluslararası hukuktaki kural koyma işlevinin uluslararası düzen bakımından da olası etkileri göz önünde tutularak ele alınacaktır. Bu tahlilde esas alınan temel konu, kategorik olarak ‘uluslararası barış ve güvenlik’tir; bu bağlamda tercih edilen sorun, 1990 ve 2003 bunalımları çerçevesinde’ Irak sorunudur.

I

Birleşmiş Milletler düzeni: Kuvvet kullanmaya karşı hukuk

Devletin egemenlik alanının tanımı ve tartışılması, bu hukuk kişisine özgü siyasi ve hukuki bir süreci ifade ettiği kadar bir başka hukuki gerçeği de kapsamına alır: Uluslararası bir hukuk düzeninin kurulması ve korunması. Modern zamanların hukuku, bu iki cepheyi de kuşatan bir siyasi tarih düşüncesi içinde anlam kazanmıştır.

Bu bağlamda, XX. yüzyıldaki uluslararası düzen tasarımı, iki büyük dünya savaşının hemen ardından kurulan uluslararası örgütler bünyesinde simgelenirse de, bu düzen tasarımlarının en belirgin unsurları arasında, ‘yeni’ bir egemenlik tasarımının kapsadığı yetkilerle, yine devlet yer alır.

İki dünya savaşı arasındaki gelişimin yönü, devletin, kuvvete başvurma konusundaki egemenliğinin sınırlandırılması şeklinde belirginleşmişti. Örneğin Briand – Kellog Misakı’yla bir devletin, savaşı dış politikasına alet etmekten kaçınma yükümlülüğü ilan

^(*)Turgut Tarhanlı, 2003. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Uluslararası Hukuk Öğretim Üyesi. E-posta : ttarhanli@bilgi.edu.tr.

¹ Devletler Arasında Harbin Milli Siyaset Aleti Olarak İstimalinden Feragati Mutazammın Muahede, (R.G. 5 Şubat 1929 – 1111). Ayrıca bkz.

edilmişti. Bu gelişme, o dönem bakımından henüz bir ahdi yükümlülüktür; uluslararası sistemin yapısal bir unsuru olarak uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülük olarak tanımlanamazdı. Fakat, uluslararası düzeni belirleyen temel hukuk normlarının oluşumunda, dikkate alınması gereken hukuki bir niteliğe sahipti.

XX. yüzyılın dünya düzeni mimarisini ifade eden örgütleri, Milletler Cemiyeti² ve Birleşmiş Milletler³, sonuçta, kendilerini oluşturan üye devletlerden oluşmaktadır. Ancak ortaya çıkan bu hukuki varlık bir uluslararası örgüttür ve o devletlerden bağımsız bir hukuki yapıdır. Gerçi İkinci Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası örgütlerin de, hukuken ayrı bir kişiliğe sahip olacağı, Uluslararası Adalet Divanı tarafından da beyan edilir.⁴ Ama bu gerçeğin, devletin egemenliği kavramıyla olduğu kadar uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve korunması ya da uluslararası kamu düzeninin korunması hedefiyle de çok yakından bir ilgisi vardır.

Birleşmiş Milletler düzeninde devletler, Milletler Cemiyeti düzeninden farklı olarak, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bunun tek istisnası, meşru müdafaa durumudur ve devletler bakımından 'doğal bir hak' olarak nitelenir.

Bunun dışında bir kuvvete başvurma durumu, tamamen Birleşmiş Milletler örgütü bünyesinde yürütülecek bir karar alma mekanizması sayesinde, Güvenlik Konseyi tarafından belirlenebilir. Ancak bu, ne önceki durumdan farklı olarak, bir bireysel savunma durumunu ifade eder; ne de artık hukuken devletlerin egemenlik alanı dışında kabul edilen, bir silahlı kuvvet kullanma politikasını. Bu nedendir ki, Birleşmiş Milletler bakımından, Güvenlik Konseyi tarafından kararlaştırılacak böyle bir askeri hareket, zor kullanmayı gerektiren bir tedbir olarak nitelenebilirse de, bunun tam olarak anlamı, uluslararası bir kolluk (zabita) tedbiri niteliğinde olmasıdır. Bu nedenle Güvenlik Konseyi'ni, bu işlevini gözönünde tutarak, adeta bir dünya 'Emniyet Müdürlüğü' olarak tanımlamak da mümkündür.

² Türkiye'nin Milletler Cemiyeti'ne İltihakının Tasdik Edildiği Hakkında Heyet-i Umumiye Kararı, (R.G. 12 Temmuz 1932 – 2148).

³ Birleşmiş Milletler Andlaşması, (R.G. 24 Ağustos 1945 – 6092).

⁴ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, s. 174.

Ancak uluslararası kamu düzeninin sağlanması, Birleşmiş Milletler bünyesinde, Güvenlik Konseyi'nin yetki ve sorumluluğunda olan bu konuda bir karar alınabilmesini gerektirir. Şart uyarınca, böyle bir kararın kabulü için, bu organın daimi üyesi olan beş devletten (Amerika Birleşik Devletleri, Büyük Britanya, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa ve Rusya Federasyonu)⁵ hiçbirinin olumsuz oy vermemesi gerekir⁶. Özellikle uluslararası barış ve güvenlikle ilgili konularda, beş büyük devlet lehine böyle bir yetkinin tanınmış olması, bu devletler dışındaki devletler bakımından mutlak bir egemenlik sınırı olan kuvvet kullanma yasağının, bu 'ayrıcıklı' devletler bakımından da geçerli olmasını elbette ortadan kaldırmaz.

Fakat öte yandan, bu gelişme, bir taraftan uluslararası örgüt modeli içinde kurulmaya çalışılan bir uluslararası düzenin yapısal bir unsuru olarak tanımlanabilirse de; diğer taraftan, büyük devletlerin belirgin üstünlüğü, ayrıca uluslararası ilişkiler ve hukuk bakımından yadsınamayacak rolü teslim edilmiş olmaktadır.

Bu durum, Türkiye'nin Birleşmiş Milletler'e üyeliğinin görüşüldüğü, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 15 Ağustos 1945 günlü oturumunda tartışmaların odak noktasını oluşturmuştu. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler örgütüne üyeliğe ilişkin onay kanunu konusunda Meclise bilgi sunan Dışişleri Bakanı Hasan Saka, 'büyük devletler' konusuna da temas ederek, şu açıklamayı yapmak zorunda kalmıştı:

"Yeni sistem belli başlı vazife ve mesuliyeti yüklenmiş olan Devletlerin mutlak bir beraberlik ve anlayış zihniyeti içinde hareket etmeleri şartıyla ve yalnız bu şartla işleyebilecektir.

*"Kısaca, arkadaşlar, bu sistemde her şey bu Devletlerin iyi niyetine, aralarındaki ahenge ve tekrar izhar ettikleri teminatlarına bağlıdır."*⁷

Bu sözlerde, kurulmaya çalışılan sistemin büyük devletler arasında mutabık kalınması zorunlu olan etik bir yükümlülüğü kapsadığı açıkça görülür. Fakat Bakanın bu telkinlerine karşın, neredeyse söz alan tüm milletvekillerinin ortak kaygısı, Güvenlik

⁵ Birleşmiş Milletler Andlaşması, Madde 23.

⁶ Birleşmiş Milletler Andlaşması, Madde 27, paragraf 3.

⁷ B : 90, 15.8.1945, O : 1, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 19, 1945, s. 157.

Konseyi'nde ayrıcalıklı bir konuma sahip kılınmış daimi üyelerin bu yetkileri üzerinde toplanır.⁸

Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerine özgülenmiş veto yetkisinin bu devletler bakımından doğurduğu sorumluluk, hukuken diğer devletlerinkinden farklı değildir. Fakat, bu ayrıcalıklı konuma bağlı olarak etik bir değer de taşır: Beş büyük devletin, Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenlik sisteminin etkili bir biçimde işletilmesini sağlama sorumluluğu.

Aslında, XVII. yüzyılda, Westphalia Barışıyla⁹ (1648) başladığı kabul edilen devletler sistemi Birleşmiş Milletler düzeninde de sona ermemiştir, sürmektedir. Ancak uluslararası bir örgütün potası içinde, yeni bir düzen tasarımı gerçekleştirilmiştir. Bu tasarımın, bilinen bir hukuki/siyasi model göz önünde tutularak, örneğin 'devlet' modeli benzeri bir yapı içinde örgütlenmesi, belki mükemmel bir başarı olarak nitelenebilirdi. Bu nitelikte bir merkezi uluslararası örgütlenme hedefine varma yolunda tam bir başarının ifadesi olmasa da, Birleşmiş Milletler modelinde, Güvenlik Konseyi merkezinde belirginleşen mevcut koşullar çerçevesinde, olabildiğince dikey bir yapı oluşturulmaya çalışıldığı söylenebilir.

Bu sonuç, modern zamanlarda savunulan, tüm devletlerin 'egemen ve eşit' kabul edilmesi gerektiğine ilişkin ilkeyi ortadan kaldırmış sayılmaz. Ama bu ilkenin, gerçeklikten uzaklaşan ve sadece hukuki bir ideali ifade etmesi ölçüsünde, mutlak bir hukuki değer taşıma karakteri de zayıflayacaktır.

Dolayısıyla, devlet egemenliğinin açıkça sınırlandırıldığı, Güvenlik Konseyi'nin yetkisine dahil konularda, bu uluslararası örgütlenme ve ilişkiler düzeninin sonuçlarıyla karşı karşıya kalınır. Bu nedenle, Konsey faaliyetleri ve bu konuda devletlerle olan ilişkilerde, hem Konseyin işleyişi hem de bu düzen içinde devletlerin sahip oldukları yetkilerin tanımlanması, kullanılması ve bununla ilgili yöntemler bakımından, bu düzen tasarımına uygun bir tutum ve uygulamaya sahip olup olmadıkları konusu, sadece bir kurala uygunluk bağıyla sınırlandırılmayacak ve sınınamayacak bir durumdur. Ve ancak, 'meşruiyet' kavramı bağlamında değerlendirilebilir.

⁸ *Ibid.*, s. 160 vd.

⁹ **Peace Treaty Between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies, (Westphalia, 24 October 1648),** <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/westphal.htm> (1 Mart 2003).

Uluslararası hukuk düzeninde meşruiyet kavramını, bu kavramın etkisine işaret eden bazı göstergeler ışığında incelemek mümkündür¹⁰: Bunlar 'belirginlik ve kesinlik', 'biçimsel geçerlilik', 'uygunluk' (tecanüs) ve 'bağlılık' (merbutiyet).

Belirginlik ve kesinlik- Meşruiyet değerlendirmesinin yapıldığı konuya ilişkin hukuk kurallarının belirgin ve kesin bir anlama sahip olması gerekir. *Biçimsel geçerlilik*- Biçimsel nitelikte bir geçerlilik, aslında yetkiyi ifade eder ve bir hukuki işlemin veya eylemin yetkili bir makamca, hukukun öngördüğü biçim ve yöntemle uygun olarak düzenlenmesi ve uygulanmasını gerektirir. *Uygunluk*- Kuralların bir tutarlılık içinde, aynı koşullara sahip vakalarda aynı şekilde uygulanması gerekir. Bu, kuralların bir hukuk düzeni içinde uygulandığı anlamına gelir. Bu sonucu doğuran başlıca etmenler, kuralların uygulanmasındaki tutarlılığın sağlayıcısı olan ilkelerdir. *Bağlılık*- Bir hukuk kuralıyla ikincil nitelikteki kurallar manzumesi arasındaki bağı ifade eder. İkincil nitelikteki kurallar manzumesi, esas olarak, bir hukuk kuralının hazırlanması, yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili kurallardır. Bir hukuk kuralı bunlardan bağımsız bir şekilde değerlendirilemez.

II

İç hukukta uluslararası hukuk: 'Uluslararası hukukun meşru saydığı haller'

Türkiye Anayasası, kuvvet kullanmaya karar verilmesi konusunda açıkça uluslararası hukuka atıfta bulunmuştur. Anayasa'nın, "Savaş hâli ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme" başlıklı 92. maddesinin ilk paragrafına göre:

"Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hâli ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir."

¹⁰ Bu konuda bkz. T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, 1990, *passim*.; aynı yazar, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press: Oxford, 1997, s. 30 vd.

Anayasa'nın bu hükmü, ilgili konu çerçevesinde, Türkiye hukuk düzeninde uluslararası hukukun belirlediği yetkinin üstün tutulduğunu öngörür. Bu hüküm, uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki bir çatışmanın nasıl giderileceği konusuna ilişkin Anayasa'da düzenlenmiş genel bir çatışma giderici norm bulunmaması karşısında, hukuken bu sonuca yönelik fakat belli konularla sınırlı birkaç Anayasa hükmünden biridir.¹¹ "Uluslararası hukukun meşru saydığı haller" ibaresi bu hukuki sonucun açık bir ifadesidir.

O halde, Anayasa'nın atıfta bulunduğu uluslararası hukuk nedir? Bu soruyu, içinde bulunulan uluslararası hukuk düzenine göre elbette farklı biçimlerde cevaplamak mümkündür. Ancak bugün verilecek bir cevap, hiç kuşkusuz, 1945 sonrasında kurulan yeni dünya düzeni ya da Birleşmiş Milletler hukuku bağlamında bir değerlendirmeyi gerektirir.

Cevaba konu olan sorun, 'savaş hâli ilanı', 'Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi' ya da 'yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması' gibi, genel olarak kuvvet kullanılmasıyla ilgili bir hukuki sorundur.

Birleşmiş Milletler hukuku devletlerin bu konuya ilişkin yetkileri konusunda, 1945 öncesine oranla çok daha ileride bir düzen kabul etmiştir. Artık devletler için, 'savaş' bir hak olarak tanımlanmaktan çıkmıştır. Birleşmiş Milletler kurucu andlaşmasının ilgili hükmü bunu şöyle ifade eder:

*"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar."*¹²

Yüzyıllar boyunca, devletin egemenliğinin bir ifade biçimi olan, ayrıca uluslararası uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla başvurulacak yöntemler arasında bulunan 'savaş', Birleşmiş Milletler terminolojisi içinde dahi yer almaz ve 'kuvvet kullanma' terimi tercih edilir. Bu,

¹¹ Anayasa'nın, doğrudan doğruya bu bağlamda bir yetkiyi düzenleyen diğer hükümleri, 15, 16 ve 42. maddelerde yer alır. Bu konuda bkz. T.Tarhanlı, " 'Bilinçaltındaki' Devlet Haklarından İnsanın Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk", *Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet (Edip F. Çelik'e Armağan)*, Yayına Hazırlayan; T.Tarhanlı, Engin Yayıncılık, 1995, s. 365 ve orada anılan kaynaklar.

¹² Birleşmiş Milletler Andlaşması, Madde 2, paragraf 4.

dolaylı da olsa, böyle bir devlet yetkisini tanımış olan Milletler Cemiyeti döneminden çok ileride bir hukuki sınırlamadır.

Türkiye anayasa hukukunda, ilkin 1961 Anayasası'nda¹³ ve daha sonra 1982 Anayasası'nda¹⁴ daha genişletilerek, kuvvet kullanma yetkisine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Ancak her iki anayasanın da, Birleşmiş Milletler döneminde hazırlandığı dikkate alınacak olursa, ilgili hükümlerde kullanılan 'savaş' teriminin hukuken isabetli olduğu iddia edilemez. Sadece bir terim sorunu olarak değil, fakat bunun ardında bulunan hukuki anlayışın bir ifadesi olarak, 'kuvvet kullanma' (*use of force*) terimi tercih edilmek gerekirdi.

Birleşmiş Milletler düzeninde, kuvvet kullanma yasağına karşın devletlerin kuvvete başvurma hakkı tamamen ortadan kaldırılmış da değildir. Sadece 'meşru müdafaa' (*self-defence*) gerekçesine dayanan durumlarda, kelimenin Türkçe'deki gerçek anlamıyla 'meşru' bir kuvvet kullanma hakkı iddia edilebilecektir. Birleşmiş Milletler kurucu andlaşmasının 51. maddesinde bu hak tanınır:

"Bu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkına hanel getirmez. (...)"

Bu hükmün ifade ediliş biçimi, meşru müdafaa hakkının icrasını 'silahlı saldırıya hedef olma' koşuluna bağlamış görünmektedir. Milletler Cemiyeti döneminde başlamış olan 'saldırı'nın hukuken tanımlanması çabaları¹⁵, Birleşmiş Milletler bünyesinde, Genel Kurulun bir kararına ek olarak kabul edilen Saldırının Tanımına İlişkin Bildirgeyle¹⁶ 1974 yılında başarıya ulaşmıştır.

Bu tanım çabası, bir Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş olsa da, uluslararası toplum bakımından hukuki gücü ve etkisi Birleşmiş Milletler kurucu andlaşmasının bu konuyla ilgili hükümlerinin yorumu niteliğini taşır. Ve bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı tarafından,

¹³ Madde 66.

¹⁴ Madde 92.

¹⁵ Bkz. B. B. Ferencz, *Defining International Aggression: The Search for World Peace (A Documentary History and Analysis)*, Volume 1, Oceana Publications: Dobbs Ferry, 1975, s.70 vd.

¹⁶ "Definition of Aggression", United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, *Yearbook of the United Nations* (1974), s. 142.

mevcut uluslararası hukukun beyanı ya da bir örf ve âdet kuralı niteliğine sahip değerlendirilmiştir.¹⁷ Dolayısıyla bir devletin saldırıya maruz kaldığının saptanması konusunda, tartışmayı azaltabilecek bir düzen içinde bulunduğumuz ileri sürülebilir.

Ancak, hiçbir hukuk kuralı iyi niyet ilkesi ve makul olma ölçütünden uzak bir yoruma tâbi tutulamayacağına göre, meşru müdafaa hakkının icra koşulları da bu esasa uygun olarak değerlendirilmek zorundadır. Bu hukuki çerçeve içinde, bir silahlı saldırının gerçekleşmediği, fakat gerçekleşmesi konusunda kesinliği tartışmasız sayılabilecek nitelikte koşulların varolduğu bir durumda da meşru müdafaa hakkının icrasına girilmesi, hukuka aykırı sayılmayabilir. Bu durum, her vakanın kendi özellikleri bakımından yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirir. Ancak bir silahlı saldırı kuşkusuz kılablecek nitelikte eylemlerin veya faaliyetlerin varlığı, aranması gereken meşruiyet koşulu bağlamında değerlendirilebilir.

Bütün Soğuk Savaş dönemi, başlı başına bir saldırıya maruz kalma koşulunun anlamsız kılındığı bir 'Dehşet Dengesi'nin gölgesinde geçti. Bu dönemde, bir silahlı saldırı önkoşulunun gerçekleşmesinin beklenmesi halinde, meşru müdafaa hakkının icrasının da büyük bir anlam taşımayacağı anlayışı yaygın bir kabul gördü. Bloklar arasındaki 'ilk vuruş üstünlüğü' temelinde bir caydırıcılık, bu dönemde iki süper güç arasındaki önleyici meşru müdafaa hakkının icrasını hep geride tutmuştur.

Dolayısıyla burada, fiilen gerçekleşmemiş bir silahlı saldırı vurgulanmasıyla kastedilen, 'ön alıcı' (*pre-emptive*) ya da 'önleyici' (*preventive*) nitelikte bir meşru müdafaa hakkının savunulması değildir. Örneğin İsrail'in 1967 yılında başlattığı ve komşusu Arap ülkelerinin topraklarının işgaliyle sonuçlanan *Altı Gün Savaşı* ve 1981 yılında İsrail hava kuvvetlerinin İsrail ülkesinden hareketle Irak ülkesindeki, nükleer güçle çalıştırılacak, inşa halindeki *Osirak (Tammuz)* reaktörünü vurarak tahrip etmesi, bu nitelikte meşru müdafaa hareketi örnekleri olarak değerlendirilemez. Bunlar, açıkça birer önleyici meşru müdafaa hareketleriydi.¹⁸

¹⁷ **Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. Judgment, I.C.J. Reports 1986, s. 93.**

¹⁸ **Bu konuda bkz. A. C. Arend ve R. J. Beck, *International Law and the Use of Force*, Routledge, 1993, s. 76-79.**

Keza ABD'nin, özellikle Soğuk Savaş döneminde sıklıkla yaptığı gibi, silahlı saldırıya hedef olan bir müttefikleriyle 'ortak meşru müdafaa' konumunda olduğu esasına dayanarak, ama o müttefikine yardım etmekten çok, ona saldırıda bulunduğu iddia edilen karşı taraftaki devletin ülkesine karşı orantısız bir silahlı kuvvet kullanmayı tercih etmesi¹⁹ de, meşru müdafaa hakkının ikincil uygulama biçimine bir örnek oluşturamaz.

Birleşmiş Milletler düzeninde, bu vakaların meşru müdafaa hakkının hukuki çerçevesi içinde kabulü ve tanınmasının reddi genel ve tutarlı bir uygulamayla ortaya konulmuştur. Yukarıda anılan vakalar, devletlerce, öncelikle bu konuyla doğrudan doğruya ilgilenmekle yetkili Güvenlik Konseyi'ndeki oturumlarda ve ayrıca bireysel olarak, kuvvet kullanma yasağının ciddi ihlâline ilişkin birer örnek olarak nitelenmiş ve kınanmıştır.²⁰

Bu kınama tutumu, sadece bir devletler uygulaması olmanın ötesinde, uluslararası hukuk tekniği bakımından normatif bir değer taşıyan, hukuken bağlayıcı bir sonuç da doğurur. Zira uluslararası hukukta, iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi, yazılı kurallar (andlaşmalar) esas alınmakla birlikte, yazılı olmayan kurallar ya da diğer bir deyişle, örf ve âdet kuralları (*customary law*) da pozitif hukukun önemli bir kaynağını oluşturur. Hatta denilebilir ki, uluslararası hukuk büyük ölçüde bir örf ve âdet hukukudur.

Örf ve âdet hukuku, devletlerin bireysel ve/veya birlikte uygulamalarında varlık bulur. Ancak bugün, böyle hukuki değeri kabul edilecek bir uygulamanın varlığı XX. Yüzyılın başında olduğu gibi belirlenemez. O dönemde, sadece Avrupa'nın büyük devletlerinin uygulaması, bir örf ve âdet kuralının varlığı bakımından yeterli kabul edilebilirdi. Oysa bugün, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1969 yılında verdiği Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davasındaki kararında yapısal unsurlarını açıklıkla vurguladığı gibi, daha farklı bir normatif değerlendirme tarzı uygulanmak zorundadır. Buna göre, tutarlı, sürekli yaygın ve çıkarları özel olarak etkilenen devletleri de kapsayan ve bir uluslararası hukuk kuralına uyma anlayışı içinde icra edilen devletler uygulaması bir örf ve âdet kuralının doğumuna esas oluşturabilir.²¹

¹⁹ *Ibid.*, s. 87 vd.

²⁰ Bkz. yukarıda, dipnot (18).

²¹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, s. 42 vd.

Bu durumda, hukuki bir değer taşıyan devletler uygulaması, bu nitelikteki kuralların oluşumuna yön verebildiği için, yukarıda aktarılan 'meşru müdafaa' vakalarının geniş bir devletler muhalefetiyle karşılanması, 'ön alıcı' ya da 'önleyici' nitelikte bir meşru müdafaa hakkının, bugünün uluslararası hukuku bağlamında savunulmasına engel olur.

Meşru müdafaa hakkının yanı sıra, bunun dışında bir kuvvet kullanma biçimi de, Anayasa'nın 92. maddesinde öngörülen 'meşru haller' koşulu bağlamında bir değerlendirmede gözönünde bulundurmamak zorunludur. Ancak bu, devletlerin bireysel olarak kuvvet kullanma yoluna başvurması durumundan farklı olan, Güvenlik Konseyi'nin Birleşmiş Milletler kurucu andlaşmasının VII. Bölümü'nde²² kendisine tanınmış yetkilerle ilgilidir.²³

Konseyin, bu bağlamda silahlı kuvvetlerin kullanılması niteliğinde zorlayıcı tedbirlere başvurulmasını kararlaştırma yetkisi vardır. Ancak bu konuya ilişkin bir kararda, üye devletlerden ne tür ve hangi kapsamda bir katkıda bulunmalarının istendiğine dikkat edilmesi gerekir. Zira Konsey tarafından bu yetkilerin kullanılmasında, her durumda, devletlerin aynı kapsamda bir hukuki yükümlülük altında olduğu iddia edilemez. Bu sonuç, ilgili kararların işlem paragraflarında, yükümlülüğe ilişkin başlangıç terimlerindeki vurgunun anlamıyla belirlenebilir.

Burada söz konusu olan kuvvet kullanma eylemi, gerçekleşme biçimi itibariyle bir savaş görünümünde olsa bile, hukuki niteliği itibariyle bir 'kolluk (zabıta) tedbiri'dir.

Bu hukuki tahlilin vardığı sonuç, Anayasa'nın 92. maddesinde vurgulanan 'meşru haller' istisnasının kapsamında hangi kuvvet kullanma eylemlerinin düşünölebileceğini ve bu konudaki hukuki sınırların nasıl belirlenmesi gerektiğini ortaya koyacaktır. Dolayısıyla meşruiyet kavramının bu bağlamda yorumlanması bakımından, kuvvet kullanılması konusunda uluslararası hukukun öngördüğü çerçeve belirginleştirilmiş ve kesinleştirilmiş olacaktır.

²² "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Yapılacak Hareket".

²³ Burada özellikle, VII. Bölüm kapsamında yer alan Madde 42 hükmü bağlamında kullanılacak yetkiler düşünölebilir. Buna göre, kuvvet kullanma dışındaki zorlayıcı tedbirlerin yetersiz kaldığının anlaşılması halinde, Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla gerekli girişimde bulunma yetkisi söz konusudur.

Birleşmiş Milletler hukuk düzeninde, ilkin, meşru müdafaa ve buna karar verme hakkı hedef devlete ait olan bir kuvvet kullanma biçimi; ikincisinde, Güvenlik Konseyi'nin kararına bağlı olarak üye devletlerle işbirliği içinde icra edilebilecek ve silahlı kuvvetlerin de kullanılmasını öngören bir kuvvet kullanma biçimi ya da uluslararası bir kolluk tedbiri, kuvvet kullanma ve meşruiyet bağının kurulmasının ilk adımlarını oluşturur.

Meşruiyet kavramı bağlamında yapılan bir tahlil, sadece kuvvet kullanmaya başvurulmasının pozitif hukuktaki dayanaklarının belirtilmesi ve buna karar vermeye yetkili hukuk kişinin veya merciin tanımlanmasıyla sınırlı olamaz. Hukuki gerekçesi ne olursa olsun, uluslararası (veya bu nitelikte olmayan) bir silahlı çatışmanın olduğu her durumda uyulması gereken ve denetlenen, aksi halde ağır hukuki ve cezai bir sorumluluğun söz konusu olacağı insancıl hukuk kurallarına da saygı gösterilmesi gerekir.²⁴

XIX. yüzyıldan günümüze, bu kuralların gelişiminde ve bu kuralların ihlâlinden sorumlu tutulan kişilerin takibinde epey gelişme sağlandığı söylenebilir. Kısaca, gerekenin ötesinde bir şiddet kullanılmasının önlenmesi ve böylece aşırı bir ıstırap ve mağduriyete engel olunması, insancıl hukuk kurallarıyla oluşturulmaya çalışılan hukuk düzeninin başlıca hedefidir. Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu insancıl hukukun koruduğu haklar alanının ağır ve maddi ihlâline ilişkin örneklerdir. Ayrıca, silahlı çatışmanın askeri olmayan hedefleri kapsayacak bir biçimde yürütülmesi de bu kapsamda değerlendirilir.

Bu durumda, ilk meşruiyet koşulu ışığında meşru olarak değerlendirilebilen bir kuvvet kullanma eylemi, bu sonuncu koşul bakımından meşruiyetini yitirebilir. Dolayısıyla sadece bir kuvvete başvurma nedeninin geçerliliği, meşruiyetin sağlandığı konusunda yeterli bir hukuki dayanak oluşturamaz. Bazı durumlarda, henüz bir kuvvete başvurma eylemi gerçekleşmemiş olmakla birlikte, bunun ortaya çıkması durumunda insancıl hukukun ihlâl edilebileceği

²⁴ Bu konuda bkz. M. Sassòli ve A. A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, International Committee of the Red Cross. Geneva, 1999. Ayrıca bu konuda temel hukuki düzenlemeler olan 1949 Cenevre Sözleşmeleri konusunda bkz., R.G. 30 Ocak 1953 – 8322. Türkiye, bu sözleşmelere ek olarak hazırlanan ve 'uluslararası' ve 'uluslararası nitelikte olmayan' silahlı çatışmalarda uyulması gereken uluslararası hukuk kurallarına ilişkin 1977 Cenevre Protokolleri'ne taraf olmamıştır.

konusunda ciddi kuşkuların varlığı da kuvvet kullanma yolunun hukuken tartışmalı bir nitelik almasına yol açabilir.²⁵

Sonuç olarak, Anayasa'nın 92. maddesi bağlamında, 'meşru haller' istisnası çerçevesinde bir kararın alınması sürecinde, hem yürütme hem de yasama evresinde, meşruiyet kavramının varlığına ilişkin göstergeler ışığında bu kapsamda bir hukuki tahlilin yapılması şarttır. Bu çerçevede doğan bir hukuki uyuşmazlığın yargı önünde çözümü sırasında, yargı organının pozitif norm denetimini gerçekleştirme işlevi de, uluslararası hukuka atıfta bulunulan iç hukuk hükümleri bağlamında, aynı kapsamda bir değerlendirme sonucunda belirlenecek bir uluslararası hukuk normuna uygunluk denetimidir. Aksi halde, Anayasa'nın 92. maddesinde öngörülen, 'uluslararası hukukun meşru saydığı haller' ibaresinin anlamı gözardı edilmiş ve hatta, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkinin kullanımına fırsat verilmiş olabilir.

III

İki Irak bunalımı - iki hukuki sorun

1990-1991

İlk Irak bunalımı, bilindiği gibi, Irak'ın 2 Ağustos 1990 günü Kuveyt'i işgaliyle başladı ve sürdü. Güvenlik Konseyi, Irak'a karşı, Birleşmiş Milletler kurucu andlaşmasının VII. Bölüm yetkileri çerçevesinde, ilkin Irak'ın tüm birliklerini saldırı öncesinde, 1 Ağustos 1990 tarihindeki konumuna çekmesini ve Kuveyt ile arasındaki uyuşmazlık konularının barışçı çözüm yöntemleri çerçevesinde, Arap

²⁵ Örneğin ABD'nin Ekim 2001 tarihinde başlattığı Afganistan harekâtı sırasında ele geçirdiği hasım taraf kuvvetlerine mensup silahlı kişilerin bir kısmını, Küba'daki ABD askeri üssü Guantanamo'da enterne ederek, uluslararası insancıl hukuk kuralları dışında bir muamele ve ceza uygulaması, bu bağlamda değerlendirilebilecek bir vakadır. Bunlara ek olarak, ABD'nin 'terörizmle mücadele' yaftası altında uluslararası insancıl hukuku açıkça ihlâl ettiği örnekler konusunda, ayrıca bkz., E. Schrader ve Henry Weinstein, "US Enters a Legal Gray Zone: Strike in Yemen Raises Thorny Questions of Assassination and the Definition of Law", *Los Angeles Times*, November 5, 2002; J. Risen ve D. Johnston, "Bush Has Widened Authority of CIA to Kill Terrorists", *New York Times*, December 15, 2002; G. Miller, "Many Held at Guantanamo not Likely Terrorists", *Thruthout*, December 22, 2002, <http://www.globalpolicy.org/wtc/targets/2002/1223free.htm> (31 Mart 2003)

Birliği'nin de katkısıyla hallini kararlaştırdı.²⁶ Irak'ın bu karara uymaması nedeniyle Güvenlik Konseyi tarafından önce askeri nitelikte olmayan zorlayıcı tedbirlere başvuruldu.²⁷ Fakat bunların, Irak'ın, Kuveyt'i işgal eylemine son vermesi için yeterli olmadığı anlaşıldı. Konsey, Kasım 1990'da kabul ettiği diğer bir kararla, Irak'a, Kuveyt ülkesinden çekilmesi konusunda nihai bir süre tanıdı. Bu süre, 15 Ocak 1991 günü sona eriyordu.²⁸ Konsey, anılan kararda, Irak bu tarihte veya bundan önce Kuveyt'ten çekilmezse, bu sorun baş gösterdikten sonra Irak hakkında kabul edilen ilk kararda öngörülen amacın yerine getirilmesi için gerekli tüm araçları kullanmaları konusunda, üye devletlere yetki vermişti.²⁹ Bu amaç, Irak'ın Kuveyt ülkesini terkinden başka bir şey değildi. Bilindiği üzere, Irak bu karara uymadı ve Konseyin 678 (1990) sayılı kararına olumlu cevap veren devletlerin işbirliğiyle, 17 Ocak 1991 tarihinde Irak'a karşı 'Çöl Fırtınası Harekâtı' başlatıldı.

Dönemin Hükümeti, bundan önce iki kez ve harekâtın başladığı tarihte üçüncü kez, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden Anayasa'nın 92. maddesi bağlamında izin istedi. Meclis bu izinleri verdi.³⁰ Fakat ana muhalefet partisinde ilk iki Meclis kararı aleyhinde Anayasa Mahkemesi önünde iptal davası açıldı, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından reddedildi.³¹

Bu kararın, özellikle uluslararası hukuka ilişkin yorum ve gerekçesinin, bugün karşı karşıya kalınmış olan yeni Irak bunalımı bakımından da, özellikle mevcut hükümetin bu konudaki diş ilişkilere yönelik politikasının oluşturulmasında, kanımca bir katkısı olabilir.

Aşağıda, uluslararası hukuk bakımından söz konusu kararın temas ettiği sorunları irdeleyip, günümüzdeki soruna yönelik bazı sonuçlar çıkarmaya çalışacağım.

²⁶ S/RES/660 (1990), 2 August 1990, paragraf 2 ve 3.

²⁷ S/RES/661 (1990), 6 August 1990.

²⁸ S/RES/678 (1990), 29 November 1990, paragraf 2.

²⁹ Bu yetki, Konseyin 678 (1990) sayılı kararının 2 sayılı işlem paragrafında şöyle düzenlenmiştir: "Authorizes Member States cooperating with the Government of Kuwait, (...) to use all necessary means to uphold and implement resolution 660 (1990) and all subsequent relevant resolutions and to restore international peace and security in the area."

³⁰ Bkz. sırasıyla, 107, 108 ve 126 sayılı TBMM kararları.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1990/31 – K. 1990/24, 24 Eylül 1990, (R.G. 2 Temmuz 1992 – 21272).

1) Anayasa'nın 92. maddesiyle yasama organına tanınan yetkinin, ancak her olayın somut koşulları içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yapılacak değerlendirmeler sonucunda kullanılması gerektiği yolundaki iddia:

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu iddia "*hukuki idealizm açısından çekici ve doğru görülebilirse de, uygulamadan kaynaklanan gereksinimler ve gerçeklerle bağdaştırılması son derece güçtür.*" Mahkemeye göre, "*(...) çok hızlı karar alma ve uygulama sürecini gerektiren Körfez krizinin her aşamasında belirecek ikincil olayları yasama organı önüne getirip değerlendirmek ve alınacak karar sonucuna göre uygulamaya geçmek, bu tür olayların doğasına da, mantığına da uymaz. Hükümete verilen iznin kapsam ve amacını aşmamak üzere, diplomasiye ya da Türk Silahlı Kuvvetleri'nin harekâtına ilişkin strateji ve taktiklerin geliştirilip uygulanması(nda), (...) Hükümetin görevlendirilmesi, (...) uzmanlık ve yönetim tekniğinin kaçınılmaz gereğidir.*"³²

Güvenlik Konseyi, bunalımın ilk günü kabul ettiği 660 (1990) sayılı kararlar ve daha sonra kabul ettiği 678 (1990) sayılı kararlar da teyit edildiği üzere, bu bunalım konusunda üye devletlerin uygulamalarına yönelik amacı belirlemişti: Irak birliklerinin işgal öncesi konuma çekilmesi. Bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde yapılacak tüm faaliyetlerde, elbette Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğü değerlendirme tarzının da geçerli olması doğaldır. Ancak, bu amaca ulaşılmasından sonra ortaya çıkacak gelişmeler karşısında da, Hükümetçe bir uygulamada bulunulması gerekiyorsa, bunun hukuki nedeni, kapsamı ve uygulama koşulları, Mahkemenin bu değerlendirme tarzı karşısında nasıl belirlenecektir?

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen iptal davasına konu yapılan bir diğer hukuki sorun buna ilişkindir.

2) 'Kriz süresince' ve 'sonrasında' hâsıl olabilecek gelişmeler istikametinde Türkiye'nin menfaatlerini etkili bir şekilde kollamak:

Hükümet tarafından, 108 sayılı Meclis kararıyla talep edilen iznin süresi şöyle belirlenmişti: "*(...) kriz süresince ve sonrasında hâsıl olabilecek gelişmeler istikametinde Türkiye'nin menfaatlerini etkili bir şekilde kollamak (...)*".

³² *Ibid.* (İlk İnceleme), paragraf 2.

Bu karar metninde kullanılan 'kriz' terimi, aynı metinde şöyle tanımlanmıştı: "*Irak'ın Kuveyt'i işgal ve ilhak etmesi sonucu ortaya çıkan Körfez Krizi (...)*". Dolayısıyla Irak'ın bu eylemine son vermesi veya son verdirilmesi durumunda, hukuken, artık 'kriz sonrası' bir dönemin başladığı kabul edilmek zorundadır. Bu sonuç, Güvenlik Konseyi'nin bu bunalımı teşhisi ve konuya ilişkin kararlarında (örneğin 660 (1990) ve 678 (1990) sayılı kararlar) belirttiği 'amaç' unsuru değerlendirmesine de paraleldir.

Bu durumda, 'kriz sonrası' dönemin koşulları ayrı bir değerlendirme ışığında yeni ve farklı koşullara sahip bir karar alınmasını gerektirir. Oysa Anayasa Mahkemesi, 'kriz sonrası' ibaresinin, "*söz konusu kararın sınırsız süreyle kullanılabilme olanağını değil, ancak uluslararası ilişkiler geleneğinin Körfez krizi nedeniyle zorunlu kılabileceği, mâkul ve kabul edilebilir süredeki meşru bir gereksinimi öngör(düğü)*" görüşündedir. Ve Mahkemeye göre, "*(b)u koşullar, konu ve süre yönünden amaç dışı uygulamalara olur vermez.*"³³

Bu, gerekli yetki sınırını yeterli olarak belirlemeyen bir görüştür. Böyle bir değerlendirmenin, kararın kapsadığı tüm hukuki konular dikkate alınarak yapılması gerektiğine göre, Mahkemenin değerlendirmedeği diğer konular üzerinde de durmak gerekir.

108 sayılı Meclis kararı, yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulundurulmasını da öngörüyordu. Anayasa'nın 92. maddesi bağlamında, buna karar verilebilmesi de uluslararası hukukun meşru saydığı hallerle sınırlıdır. Bu durum, madde metninde açıklıkla belirtildiği gibi, "*milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında*" bir durumu ifade eder. Bu konuda, Birleşmiş Milletler kurucu anlaşması ve özellikle bu anlaşmanın 43. maddesi bağlamında bir anlaşma veya özel anlaşmalar da akdedilmiş değildir. Dolayısıyla, ancak yukarıda belirtilen ve meşru kabul edilen kuvvet kullanma halleri nedeniyle böyle bir olanağın tanınması düşünülebilir.

Bu konuyla ilgili olarak, örneğin bir meşru müdafaa durumunda, ortak meşru müdafaa nedeniyle yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'ye daveti söz konusu olabilir. Veya Güvenlik Konseyi'nin kararına dayanan zorlayıcı askeri tedbirlere başvurulmasına karar verilmesi durumunda da, bu karar gereğince böyle bir sonuca varılabilir ve yabancı silahlı kuvvetlerin ülkede bulundurulmasına karar verilebilir.

³³ *İbid.*, (İlk İnceleme), paragraf 4.

Ancak bu hukuki ve meşru nedenlerin tümü arızidir. Bu yollara başvurulmasına yol açan gelişmeler sona erdikten sonra, ülkeye davet edilmiş yabancı silahlı birliklerin statüsü netlik gerektirir. Hem bu konuya ilişkin Meclis kararı hem de Güvenlik Konseyi bu sonucun doğmasını, 'Körfez Krizi' diye adlandırılan nedenin sona ermesine bağlı olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla 'kriz sonrası' dönemde bu kuvvetlerin statüsü nasıl tanımlanacaktır?

Hatırlanacak olursa, Anayasa'nın 92. maddesi, bu konuya ilişkin olarak "*Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında*" bir daveti öngörmektedir ve bunu sadece 'uluslararası hukukun meşru saydığı haller' ibaresiyle sınırlandırmıştır. Yukarıda açıklanan, uluslararası hukuk bakımından meşru kabul edilen iki neden dışında, bu sorunun hukuken cevaplanması mümkün görünmemektedir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği, "*uluslararası ilişkiler geleneğinin Körfez krizi nedeniyle zorunlu kılabileceği, mâkul ve kabul edilebilir süredeki meşru bir gereksinim*" ölçütü de, bu konuda yeterli bir açıklıktan yoksundur. Zira, uluslararası hukukta bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği biçimde, bir 'gelenek' mevcut değildir.³⁴ Ve bu nedenledir ki, devletler, ülkelerine davet edecekleri yabancı silahlı kuvvetler konusunda, genellikle birbirleriyle bir tutarlılık içinde olmayan andlaşmalar akdetme yolunu tercih etmişlerdir.³⁵ O nedenle, bu sorunun bir 'gelenek' bağlamında sınılanması mümkün olamaz; ancak bir uluslararası andlaşma bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu andlaşmalar konusundaki devletler uygulamasının bir uluslararası örf ve adet kuralının doğumuna yol açtığı, mevcut farklı andlaşma uygulamaları karşısında iddia edilemez.

Bu durumda, yukarıda belirtilen anlama sahip bir 'kriz' dönemi sonrasında ülkede bulundurulacak yabancı silahlı kuvvetlerin statüsü,

³⁴ Bunlara ek olarak, karardaki ifade tarzından hareketle, kastedilenin gerçekten bir 'gelenek' (*tradition*) mi, yoksa bir mahkemenin değerlendirmesi bakımından daha büyük bir önem arzeden ve bir pozitif uluslararası hukuk kuralı olan 'örf ve adet kuralı' (*customary law*) mı olduğunu açık bir şekilde anlamak mümkün değildir.

³⁵ Bkz. I. Brownlie, *Principles of Public International Law, Fifth Edition*, Oxford University Press: Oxford, 1998, s. 372-373 vd.; S. Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri (Devletin Yetkisi: Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, Beta: İstanbul, 1989, s. 433; E. F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk, İkinci Kitap, Filiz: İstanbul, 1987, s. 54.*

ancak ilgili devletlerle yapılacak bir uluslararası andlaşmayla belirlenebilir. Bu konuda bir andlaşma akdetmenin usulü, Anayasa'nın 90. maddesinin ilk paragrafındaki kural hükme³⁶ uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla bu andlaşmanın, iç hukuk bakımından, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin de dahil olduğu bir onay usulüyle akdedilmesi gerekir. Bu durumda, Meclisin iradesini beyan etme biçimi bir 'karar' değil, 'kanun'la ifade edilmek zorundadır.

'Kriz sonrası' ibaresine yer verilen 108 sayılı Meclis kararında, 'zaman' bakımından takdir ve tayin konusu Hükümete bırakılmamıştı. Herhalde bu bulanıklığın, yürütmenin takdir yetkisini güçlendirme lehinde giderilmesi amacıyla olsa gerek, Irak'a karşı *Çöl Fırtınası Harekâtı*'nin başladığı gün kabul edilen 126 sayılı kararda, 'lüzum, hudut ve şümül'ün yanısıra, 'zaman' bakımından da takdir ve tayin yetkisi Hükümete bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 108 sayılı Meclis kararı bağlamında, 'kriz sonrası' ibaresinin değerlendirilmesinde, yukarıda vurgulanmaya çalışılan hukuki ve siyasi kaygıları karşılayan bir çerçeve çizebilseydi, sanırım 126 sayılı kararla verilen iznin zaman sınırı konusunda da belirleyici olabilirdi.

2003

Irak'ın silahsızlanma programının Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan denetim birimleri aracılığıyla uluslararası bir denetime tâbi tutulmasında 1998 yılından beri bir ilerlemenin sağlanamaması, sonuçta, 8 Kasım 2002 tarihinde kabul edilen 1441 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararıyla³⁷ bu denetimin yeniden canlandırılmasına yol açtı.

Ancak bu kararın kabulü süreci, özellikle Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin büyük bir kısmı arasındaki farklı hukuki tezlerin karara yansıtılması konusunda bir gerilimi ortaya koymuştur. Bir tarafta ABD ve Britanya, Konsey kararının Irak'a karşı kuvvet kullanma niteliğinde zorlayıcı tedbirlerin de uygulanabilmesi olanağını vermesini savunurken; diğer tarafta daimi üyeler Fransa, Rusya ve o dönemde Konsey üyesi olan Federal Almanya, öncelikle 687 (1991)

³⁶ Anayasa, Madde 90, paragraf (I): "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."

³⁷ S/RES/1441 (2002), 8 November 2002.

sayılı kararda³⁸ ve daha sonraki Konsey kararlarında belirtilen uluslararası denetim faaliyetinin sonuçlarının kesin bir şekilde görülmesine yönelik bir politikayı savunuyor ve tartışılan Konsey karar tasarısının da bu çerçevede bir yetki vermesinde ısrar ediyorlardı.

ABD (ve Britanya) ise, bu defa daha sert, terim yerindeyse, daha dişli bir kararın kabul edilmesini savunuyordu.³⁹ ABD ve Britanya, Ekim 2002'de sundukları karar tasarılarında, aynen daha önceki 678 (1990) sayılı kararda olduğu gibi, Irak'ın uluslararası denetim faaliyetleri karşısındaki tutumuna bağılı olarak üye devletlere, bu ülkeye karşı 'gerekli tüm araçları kullanma' konusunda bir yetki verilmesini önermişlerdi.⁴⁰ Bu öneri Konseyde kabul görmemiş ve karşılıklı karar tasarılarının hazırlanması sonucunda, 1441 (2002) sayılı karar metninde mutabık kalınmıştı.

Bu kararın sondan bir önceki paragrafında, Irak'ın, süregelen bir biçimde yükümlülüklerinin ihlâli nedeniyle ciddi sonuçlarla karşılaşacağı konusunda, Konsey tarafından defalarca uyarıldığına, bir kez daha dikkat çekiliyordu.⁴¹

Bu paragraf, ABD ve Britanya tarafından, Irak'a karşı kuvvet kullanma yolunu açan bir yetki dayanağı olarak yorumlanmış, ancak bu yorum tarzının hem Güvenlik Konseyi'nde hem de uluslararası toplumda genel bir kabul görmemesi karşısında, bu devletlerle birlikte İspanya tarafından yeni bir karar tasarısının hazırlanması tercih edilmişti.⁴² 1441 (2002) sayılı karardan farklı olarak, bu defa Irak'a

³⁸ S/RES/687 (1991), 3 April 1991, özellikle paragraf 7 – 14.

³⁹ Bkz. "President Stresses Need for Strong Iraq Resolution", October 1, 2002. Metin için bkz., <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/iraq/20021001-2.html> (1 Nisan 2003).

⁴⁰ "US – Britain Draft of Resolution in the UN", 2 October 2002. Metin için bkz., <http://www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/attack/2002/1002draft.htm> (1 Nisan 2003). Bu arada belirtmek gerekir ki, bu tarihte ABD Kongresi, ortak bir oturumda aldığı kararla Başkana, Irak'a karşı kuvvet kullanma yetkisi vermişti. Bkz., "Joint Resolution to Authorize the Use of United States Armed Forces Against Iraq", October 2, 2002. Metin için bkz., <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/iraq/20021002-2.html> (1 Nisan 2003).

⁴¹ S/RES/1441 (2002), 8 November 2002, paragraf 13.

⁴² "Bush Says Protests Won't Change His Iraq Policy", 18 February 2003, <http://usinfo.state.gov/regional/nea/iraq/text2003/0218bush.htm> (1 Nisan 2003); "New Resolution on Iraq in the Works", *Washington Post*, February 20, 2003; "Spain, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America: draft resolution",

karşı kuvvet kullanma yetkisinin sağlanmasına çalışılmaktaydı. Ancak böyle bir karar tasarısının Konsey'deki oylamada, Fransa ve Rusya gibi daimi üyelerce veto edileceğinin açıklanması, ayrıca tasarının Konsey bünyesinde yeterli bir oy çoğunluğuna erişmesinin de kuşkulu olduğunun anlaşılması, bu tasarının da geri çekilmesi sonucunu doğurdu.

Konsey önündeki bu durumun netleşmesi, ABD, Britanya, İspanya ve Portekiz'in Azor adalarında yaptıkları zirve toplantısı⁴³ sonrasında, ABD Başkanı George W. Bush'un ifadesiyle, başta ABD olmak üzere, bu devletlerin 'egemen yetkileri'ne⁴⁴ (*sovereign authority*) dayanarak gerekli zorlayıcı tedbirlere başvuracakları beyan edildi.

Sonuçta, ABD ve Britanya 20 Mart 2003 tarihinde, Irak'a karşı askeri bir harekât başlattılar.

Irak bunalımının 2002 Kasım - 2003 Mart evresinde, hukuken vurgulanması gereken ilk konu, Irak'a karşı kuvvet kullanma niteliğinde tedbirlere başvurma önerisinin öncelikle Konsey'de, üye devletlerce bir karar almayı sağlayacak çoğunluktan yoksun kalmasıdır. Bu devletlere, Birleşmiş Milletler sistemi içinde uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında, diğer devletlerden daha büyük bir sorumluluğun verildiği, Fransa ve Rusya gibi daimi üyeler de dahildir.

Devletler uygulaması ve tutumunun, uluslararası hukuk bakımından normatif bir değeri vardır. Bu, elbette, öncelikle kuvvet kullanma yasağına uymanın sonuçlarından biri olarak düşünülebilir. Fakat bu uygulamanın asıl üzerinde durulması gereken hukuki niteliği, ABD ve Britanya'nın kuvvete başvurmayı kolaylaştırıcı bir kararın kabulüne ilişkin çabalarına muhalefet eden devletler topluluğunun bu muhalif tutumudur. Bu devletler uygulaması, genişletilmiş bir kuvvet kullanma hakkına ilişkin tek taraflı bir girişimin hukuki kabul edilmediği anlamına gelir.

S/2003/215, 7 March 2003.

⁴³ "Bush and Blair at 'War Council' ", *Guardian*, March 16, 2003. Ayrıca bu ülkelerin liderlerinin beyanları için bkz., <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/iraq/20030316-3.html> (1 Nisan 2003).

⁴⁴ "President Says Saddam Hussein Must Leave Iraq Within 48 Hours Remarks by the President in Address to the Nation", March 17, 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/iraq/20030317-7.html> (1 Nisan 2003).

Bilindiği gibi, ABD'nin, Irak'ı da kapsamına alan bir şekilde kuvvet kullanma seçeneğini ön plana ittiği bir politikayı savunması, 11 Eylül 2001 tarihinde, ülkesine yapılan saldırılarla da bağlantılı bir biçimde sunulmaktadır.⁴⁵

Bu iddia, adeta bir meşru müdafaa olarak tanımlanır. Nitekim ABD hükümetinin, 7 Ekim 2001 tarihinde, Afganistan'a karşı başlattığı askeri harekât konusunda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne sunduğu resmi mektubunda⁴⁶, kurucu andlaşmanın 51. maddesinden alınan böyle bir yetkiye dikkat çekilmekteydi. Ve ABD'nin, o tarihte 'mevcut' olarak nitelediği bir tehdide ek olarak, ileride gerçekleşecek tehditlere karşı da bu hakkını saklı tuttuğu vurgulanıyordu.

Irak'a karşı tertip edilen ve başlatılan askeri harekât, yukarda üzerinde durulan, uluslararası hukukun meşru kabul ettiği çerçevede bir kuvvet kullanma örneği değildir. Irak'ın, iddia edildiği gibi, ABD'ye karşı, özellikle kitle imha silahları kullanılarak bir silahlı saldırı tehdidi yarattığını ortaya koyan kanıtlar bulunamamıştır. Kaldı ki, ABD ve Britanya'nın Irak'a karşı askeri harekâta başlaması nedeniyle, Irak'ta gerçekten bu nitelikte silahların bulunup bulunmadığını araştırmakla görevlendirilmiş Birleşmiş Milletler heyetlerinin bu faaliyetlerine de son verilmesi gerektiğine göre, konunun bağımsız ve nesnel bir değerlendirmeye tâbi tutulması da olanaksızlaşmış olacaktır. Ve bu uluslararası kamu düzeninin korunmasıyla ilgili uluslararası yetkinin kullanılması konusunda, Birleşmiş Milletler yerine ABD ve Britanya gibi, bireysel devletler ikame olacaktır.

Bunlara ek olarak, Bush yönetiminin iktidarı devralmasından sonra, önceki yönetim döneminde imzalanmış fakat henüz onaylanmamış olan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki⁴⁷ ABD imzasını geri çekmesi de, konuya ilişkin bir devlet uygulaması olarak, bu bağlamda hukuki bir anlama sahiptir. Bu andlaşma (Statü) 2002 yılı Temmuz ayı başında yürürlüğe girmiştir ve kurulan mahkeme, daimi bir uluslararası ceza mahkemesi işlevine sahip olacaktır. Ancak Mahkemenin konu bakımından yetkisine dahil suçlar

⁴⁵ Örneğin bkz., "President: Iraqi Regime Danger to America is 'Grave and Growing'", October 5, 2002, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/iraq/20021005.html> (1 Nisan 2003).

⁴⁶ "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", S/2001/946, 7 October 2001.

⁴⁷ Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9, 17 July 1998.

(savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu ve saldırı suçu) uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden veya bozan nitelikte eylemlerle yakın bir bağ içindedir. Dolayısıyla Mahkemenin yargılama işlevine dahil suçlar, aynı zamanda uluslararası kamu düzeninin korunmasıyla ilgili uyuşmazlıklar bağlamında da değerlendirilebilir.

ABD'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü bağlamında hukuki bir yükümlülük altında olmaktan kaçınması, başından beri, denizaşırı görevler ifa edecek ABD birliklerinin ve ABD devlet görevlilerinin töhmet altında bırakılmaması amacıyla savunulmuştu.⁴⁸ Fakat ABD yönetiminin, bu andlaşmayla ABD arasına hukuki bir mesafe koymayı tercih etmesinde⁴⁹, sadece belirtilen suçlardan sorumlu tutulacak kişiler bakımından ortaya çıkacak, uluslararası hukuk bağlamında bir sorumluluktan uzak durma amacı yer almaz. Uluslararası barış ve güvenliğin korunması bakımından da, uluslararası örgütlenme modeli içinde bir hukuki düzen anlayışı yerine, tek taraflı politikaların ikame edilmesi anlayışı ön plana geçer.

Bunun sonucunda, ABD birliklerinin özellikle uluslararası insancıl hukuk kurallarını ihlâl eylemlerinden ötürü cezai sorumluluğunun talep edilmesi hukuken mümkün olsa da, bu uluslararası hukuk bakımından değil, ancak ABD iç hukuku bakımından veya daha önce taraf olduğu ilgili uluslararası andlaşmalar (örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri) bakımından söz konusu olabilecektir.

Fakat bu çerçevede bir hukuki değerlendirmede de, özellikle 11 Eylül saldırıları ertesinde görülen bir ABD uygulaması nedeniyle endişe verici sonuçlar doğmuştur.

ABD birliklerinin Ekim 2001'de başlattığı, Afganistan'daki askeri harekât sırasında ele geçirilen *Taliban* kuvvetlerine mensup kişiler veya *El Kaide* örgütü militanları olduğu iddia edilen kişilere karşı, ABD'nin, uluslararası insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine

⁴⁸ ABD'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmasıyla ilgili kaygı nedenleri konusunda bkz. <http://www.hrw.org/campaigns/icc/usqna.htm> (5 Nisan 2003).

⁴⁹ ABD hükümeti, 6 Mayıs 2002 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne gönderdiği resmi mektubunda, daha önce, 31 Aralık 2000 tarihinde ABD adına imzalanmış olan Statünün ABD bakımından hiçbir hukuki yükümlülüğe yol açmayacağını ve bu andlaşmaya taraf olma iradesine sahip olmadığını bildirmişti. Bkz. <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp#N6> (1 Nisan 2003).

getirmediği, güçlü bir biçimde ileri sürülmüştü. Küba'daki Guantanamo ABD üssünde bulunan bu kişilerin insancıl hukuk standartlarına uymayan bir biçimde bu üsse taşındığı ve oradaki yaşam koşullarının da bu standartlara aykırı nitelikte olduğu uluslararası bağımsız kuruluşlarca beyan edilmiştir.⁵⁰

Ayrıca, bu kişilere özel olarak uygulanacak maddi ve usuli ceza hukuku hükümleri de, âdil yargılanma ilkesi ve hatta yaşam hakkıyla bağdaşmayacak özelliklere sahiptir. Örneğin bir Başkanlık kararnamesiyle kabul edilen⁵¹ esaslara uygun olarak kurulacak askeri mahkemenin yargıçları Başkan tarafından atanacaktır. Bu mahkemelerce ölüm cezasına hükmedilmesi mümkündür ve verilecek kararların temyiz mercii de, yine Başkandır.

ABD'deki bu yasal gelişmeler, sonuçta, ABD tarafından bir kuvvet kullanma kararı alınmasına bağlı olarak gerçekleştirilecek uluslararası askeri harekâtların seyri bakımından da, 'meşru haller' koşulu bakımından bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirir.

Bütün bu değerlendirmeler ve bunlara hâkim olan yaklaşım tarzının, eski uluslararası hukuku yansıttığı, oysa yeni bir uluslararası hukukun doğmakta olduğu iddia edilecek olursa, böyle bir iddia da, diğer inceleme alanlarının yanısıra, hukuken de incelenmek gerekir.

Bu konuda ilk saptama, görece örgütlenmiş bir uluslararası düzende bile, devletlerin uluslararası hukuk kurallarının oluşumu bağlamında hâlâ başlıca aktörler olabileceği gerçeğidir. Ve bu durum, örf ve âdete dayalı bir uluslararası hukuk düzenini ifade eder. Ancak bu noktada sorulmalıdır: Acaba tamamen kuvvet kullanma konusuna ilişkin bir hukuk kuralının oluşumuyla ilgili olarak yapılacak bir değerlendirmede, bu kuralın oluşumuna katılmış devletlerin uluslararası konumu ve güçlerinin hiçbir önemi yok mudur?

Kısaca, kuvvet kullanmayla ilgili bir uluslararası hukuk kuralının oluşumunda, sadece böyle bir kuvvete başvurma kabiliyetine sahip

⁵⁰ Bkz. yukarıda, dipnot (25). Yakın tarihli bir Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) raporundan da, söz konusu kaygıların sürmekte olduğu yönünde bir sonuç çıkarmak mümkün görünmektedir. Bkz. "Guantanamo Bay: the work continues", 9 Mayıs 2003, <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/5C867C1D85AA2BE541256C94006000EE> (14 Mayıs 2003).

⁵¹ (Military Order) Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism, November 13, 2001, <http://jurist.law.pitt.edu/terrorism/terrorismmilord.htm> (20 November 2001).

devletlerin belirgin ve etkin bir rol oynayacağı düşünülecek olursa, fakat bunların başlattığı uygulama, böyle bir kabiliyete sahip olmayan çoğunluk tarafından kabul edilmiyorsa, bu konuya ilişkin hukuk hangi ilke ve kurallarla belirlenmek durumundadır? Bu sorunun cevabı, yukarda açıklamaya çalıştığım meşruiyet kavramı ve buna ilişkin hukuki bir tahlil ışığında açıktır.

Sonuca doğru

Türkiye Hükümetinin, ABD ve Britanya tarafından Irak'a karşı bir askeri harekâta girişileceğinin anlaşıldığı ve bu konuda Hükümetle temaslara başlanmasından itibaren bu konuya yaklaşım biçimi, Anayasa'nın 92. maddesinde öngörülen 'meşru haller' koşulunun özenle değerlendirilmediği bir eksende gelişmiş görünüyor.

Bu noktada, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir karara varma sürecinde 'meşruiyet' kavramının tanımlanması ve buna uygun bir kararın alınmasının ancak Meclisin kendi iradesiyle belirleyeceği bir yetki konusunu oluşturduğu iddia edildi.⁵² Bu, hukuken isabetli bir iddia değildir.

Zira 1945 sonrası dünya düzeninde, devletlerin kuvvet kullanmaya ilişkin yetkilerinin çerçevesi ve dolayısıyla, buna ilişkin egemenlik yetkilerinin kapsamı bellidir. ABD'nin bunun dışında bir kuvvet kullanma yoluna başvurması karşısında, bu bağlamda bir işbirliği için Hükümete izin verme durumunda olan Meclisin, ABD'nin kendinden menkul bir değerlendirme biçimini kabul ederek, 'meşru haller' koşulunu buna göre tanımlaması, sadece uluslararası hukuka aykırılık değil, Türkiye'nin kendi egemenlik yetkileri bakımından da sorgulanacak bir sonuç doğurur.

Öncelikle bu konuda dış ilişkileri yürüten Hükümetin ve daha sonra Meclisin, Anayasa'nın 92. maddesindeki 'meşru haller' koşulunun hukuki anlamını belirlerken, ne sadece Türkiye'nin ne de sadece ABD'nin egemenlik yetkileriyle sınırlı bir tahlil yapması mümkündür.

⁵² Bkz. Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Salih Kapusuzun Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki konuşması (39 uncu Birleşim, 1 Mart 2003), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Cilt 6, Yasama Yılı 1, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b039m.htm> (14 Nisan 2003).

Hükümetin Meclise sunduğu ve 1 Mart 2003 tarihinde yapılan oylamada karar alma yeter sayısına erişmediği için kabul edilmeyen izin tezkeresinin 2. işlem paragrafının başlangıcında, Irak'ta çarpışacak ABD askeri birliklerinin Irak'a intikali amacıyla Türkiye ülkesinde yapılacak faaliyetler konusunda bir talepte bulunmadan önce, bu talebin "uluslararası meşruiyet kuralları çerçevesinde" değerlendirildiği vurgulaması⁵³ da, yukarıda yapılan hukuki tahlil ışığında, anlamlı bir içeriğe sahip değildir ve hukuken isabetli sayılamaz.

Daha önceki bir çalışmamda⁵⁴, *Çöl Fırtınası Harekâtı* çerçevesinde, özellikle devletlerin iç hukuk düzeni konusunda, Türkiye'nin bu harekâta dahil olma yöntemiyle ilgili olarak yaptığım bir değerlendirmeyi, sanırım son gelişmeler karşısında da tekrar etmek mümkün görünüyor : Modern siyasi ve hukuki kavramsallaşma sürecinin 'meşruiyet kaygısı', Macchiavelli'nin *Hükümdar*'ında (*Prens*) bulunamaz.⁵⁵

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ T. Tarhanlı, "Çöl Fırtınası Harekâtı ve Türkiye", *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul Barosu Yayını: İstanbul, 1992, s. 259 – 276.

⁵⁵ Bkz. C. B. Akal, *Sivil Toplumun Tanrısı*, Afa: İstanbul, 1990, s. 58, 61 vd.