

**T.C.
Kırıkkale Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

**ULUSLARARASI HUKUKTA
KUVVET KULLANIMININ ÖLÇÜLÜLÜĞÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hazırlayan

Makbule Ezgi ERTEN

Kırıkkale -2010

**T.C.
Kırıkkale Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

**ULUSLARARASI HUKUKTA
KUVVET KULLANIMININ ÖLÇÜLÜLÜĞÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hazırlayan

Makbule Ezgi ERTEN

Kırıkkale -2010

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

074234002009 No.'lu Makbule Ezgi Erten tarafından hazırlanan "Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımının Ölçülülüğü" adlı tez çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Başkan

Prof. Dr. Enver BOZKURT
(Danışmanı)

Üye

Doç. Dr. ~~Mehmet Emin~~ BİLGE

Üye

Yrd. Doç. Dr. ~~Yaşin~~ POYRAZ

ÖZET

Çalışmamız, uluslararası hukukta kuvvet kullanımının ölçülülüğü olup, hem kuvvet kullanımına hem de ölçülülük ilkesine değinilecektir. Ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişimi ve haklı savaş çerçevesinde devletler arasındaki kullanımı değerlendirilecektir. Devletlerin kitle imha silahlarının kullanımı ve askeri avantaj amacı göz önünde bulundurulduğunda ölçülülük ilkesinin ne gibi etkileri olduğu araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: uluslararası hukuk, ölçülülük ilkesi, kitle imha silahları, askeri avantaj.

ABSTRACT

Our study, the proportionality of the use of force in international law, and to the use of force will be discussed as well as principle of proportionality. Just war principle of proportionality in the context of the historical development and use will be assessed among states. Government and military advantages of the use of weapons of mass destruction purpose of the principle of proportionality when considering what the effects will be investigated.

Key Words: international law, principle of proportionality, weapons of mass destruction, military advantage.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vi
ÖNSÖZ.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANIMI

I) GENEL OLARAK KUVVET KULLANIMI.....	3
II) MİLLETLER CEMİYETİ DÖNEMİ.....	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Milletler Cemiyeti Misakı (Covenant of the League of Nations).....	6
C. Paris Paktı (Briand-Kellogg Paktı).....	8
III) BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ DÖNEMİ.....	9
A. Kuvvet Kullanmama İlkesi (BM Antlaşması'nın 2/4.maddesi).....	11
1. Kuvvet Kullanma Yasağının Kapsamı ve Niteliği.....	12
2. Yasak Kapsamına Giren Hukuka Aykırı Fiiller.....	13
a. Kuvvet Kullanma Tehdidi (Threat to Use of Force).....	13
b. Kuvvet Kullanma (Use of Force).....	14
aa. Saldırı (Attack).....	14
bb. Silahlı Saldırı (Armed Attack).....	15
cc. Müdahale.....	17
B. Meşru Savunma Hakkı (BM Antlaşması'nın 51.maddesi).....	17
1. Müşterek Meşru Savunma.....	19
2. Önleyici Meşru Savunma (Preventive Self-Defence).....	20
C. Silahlı Saldırı Boyutuna	

Varmayan Kuvvet Kullanımının Önlenmesi.....	23
D. İnsanı Müdahale.....	23
1. Tanımı.....	24
2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku ve Meşru Savunma Hakkı Kapsamında İnsani Müdahalenin Yeri.....	25
3. Uluslararası Hukukta İnsani Müdahalenin Yeri.....	26
E. Terörizm.....	26
1. Tanım Sorunu.....	27
2. Özellikleri ve Diğer Şiddet Türleriyle Karşılaştırılması.....	29
3. Türlerine göre Terörizm.....	30
IV) SOĞUK SAVAŞ SONRASI 1990'DAN GÜNÜMÜZE	
KUVVET KULLANIMINDA YAŞANAN GELİŞMELER.....	31
A. Genel Olarak.....	31
B. Bush Doktrini.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

D) GENEL OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	36
A. İlkenin Felsefi ve Tarihi Gelişimi Açısından Değerlendirilmesi.....	37
1. Genel Olarak.....	37
2. 1215 Tarihli Magna Charta Libertatum.....	40
B. İlkenin Tanımı.....	40
C. İlkenin Alt Unsurları.....	41
1. Elverişlilik İlkesi.....	41
2. Gereklilik İlkesi.....	42
3. Orantılılık İlkesi.....	43
II) ANAYASA HUKUKU'NDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	44
A. Türk Anayasa Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Yeri.....	44
1. Genel Olarak.....	44
2. Türk Anayasası'nın Elverişlilik, Orantılılık	

ve Gereklilik Unsurları Açısından Değerlendirilmesi.....	45
3. 1961 Anayasası'nda Ölçülülük İlkesinin İşlevi.....	46
4. 1982 Anayasası'nda Ölçülülük İlkesinin İşlevi.....	47
5. Ölçülülük İlkesi Kapsamında	
Anayasa Mahkemesi Kararları.....	49
B. Avrupa Birliği Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Yeri.....	51
1. Ölçülülük İlkesinin Temeli.....	51
2. Ölçülülük İlkesinin İşlevi.....	53
C. Diğer Anayasalarda Ölçülülük İlkesinin Yeri.....	54
1. Alman ve Fransız Anayasası.....	54
2. İsviçre Anayasası.....	56
III) İDARE HUKUKU'NDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	57
A. Ölçülülük İlkesinin Kapsamı.....	57
B. İdarenin Ölçülülük İlkesi Kapsamında	
Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırması.....	58
1. Genel Olarak.....	58
2. Olağan ve Olağanüstü	
Hallerde İdarenin Sınırlandırma Yetkisi.....	59
C. İdarenin Takdir Yetkisini	
Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Kullanması.....	60
1. Takdir Yetkisinin Tanımı ve İçeriği.....	60
2. Ölçülülük İlkesi Işığında Takdir Yetkisinin Kullanılması.....	61
IV) İNSAN HAKLARI ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	62
A. AİHS'te ve AİHM'nde Ölçülülük İlkesinin Yeri.....	62
1. Genel Olarak.....	62
2. AİHS 5., 8.-11., 14., 15. Maddelerinin ve Ek Protokol	
1'ın Ölçülülük İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi.....	62
a. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS 5.Madde).....	62
b. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması,	
Düşünce, Vicdan, İfade ve Din Özgürlüğü ve Dernek	
Kurma ve Toplantı Özgürlüğü (AİHS 8.-11. Madde).....	64
c. Ayrımcılık Yasağı (AİHS 14. Madde).....	66
d. Olağanüstü Hallerde Askıya Alma (AİHS 15.Madde).....	67

e. Mülkiyet Hakkı (Ek 1. Protokol'ün 1. Maddesi).....	67
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KUVVET KULLANIMINDA
UYGULANABİLİRLİĞİ

I) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DOĞUŞU	69
A. Genel Olarak.....	69
B. Ölçülülük İlkesi Doğrultusunda Haklı Savaş (Just War/Just Bellum) ve Savaş Sırasında Uyulması Gereken Kurallar (Jus in Bello).....	72
C. Savaş Sırasında Kitle İmha Silahlarının Kullanılması.....	76
II) 1977 EK PROTOKOL 1 KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ	79
A. Protokol 1'in Şartları.....	79
B. Yakın Askeri Avantaj.....	82
C. Beklenen Somut ve Doğrudan Askeri Avantaj.....	86
III) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN AHLAKİ YÖNÜ	90
A. Genel Olarak.....	90
B. Çifte Etki Doktrini.....	94
SONUÇ	96
KAYNAKÇA	100

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKÇT	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CIA	: Central Intelligence Agency (Merkezi Haber Alma Teşkilatı)
IHL	: International Humanitarian Law (Uluslararası İnsancıl Hukuk)
MC	: Milletler Cemiyeti
Md.	: Madde
NATO	: North Atlantic Treaty Organization (Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü)
S.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice)
UKHK	: Uluslararası Kıızıl Haç Komitesi

ÖNSÖZ

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel hak ve özgürlüklere yaptığı katkı, tüm dünya tarafından bilinen bir gerçektir. Fakat her güzel şeyin bir sonu olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmalari da bazı durum ve şartlar altında sınırlıdır. Bunun sebebi ise, toplumun düzeninin sağlanması ve bireylerin refah içinde yaşayabilmeleri arzusudur.

Kanunlar, Anayasalar ve kamu otoriteleri bu hakları sınırlarken belli başlı kurallara özellikle ölçülülük ilkesine dikkat etmek zorundadırlar. İşte bu çalışmamızda, devletlerin temel hak ve hürriyetleri sınırlarken ölçülülük ilkesine dikkat edip etmediğine ve devletler aralarındaki çatışmalarda uygulanan kuvvet kullanımının ölçülü olarak yapılıp yapılmadığına değinilecektir.

Bu çalışmamda, olumlu eleştirileriyle ve kaynak sağlama açısından her türlü desteği gösteren ve beni bir akademisyen olarak yetiştirmeye çalışan aynı zamanda çalışmama fikir babalığı yapan tez hocam, sayın **Prof. Dr. Enver BOZKURT**'a, tez çalışmam boyunca maddi ve manevi desteğini esirgemeyen **ailem ve arkadaşlarıma** desteklerinden ve katkılarından dolayı ayrı ayrı teşekkürlerimi ve minnetlerimi sunuyorum.

GİRİŞ

21. Yüzyılda, zorunluluk ve ölçülülük, devletler tarafından, tek yönlü kuvvete başvurma bakımından hukukun ayrılmaz kavramlarındanır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin benimsenmesinden bu yana, uluslararası topluluğu karakterize eden çatışmaların çoğunun iki anlamlı yasal temelına rağmen, devlet uygulaması ve *opinio juris* (davranışın bir hukuki zorunluluk tescil ettiğinin kanaati), uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımı, iddia edilen yasal temelini hesaba katmadan, hem zorunlu hem de ölçülü olması gerektiği düşüncesiyle bağdaşmaktadır.

İlkçağlardan bu yana, tartışması devam eden ölçülülük ilkesi ve kuvvet kullanma şekilleri, devletler arasında günümüz de dâhil olmak üzere anlam bakımından farklılık taşımaktadırlar. Kimi bireyler ve devletler kuvvet kullanmanın meşru savunma halleri dışında yasak olmasının gerekli olduğu düşüncesindeyken, kimileri de haklı savaş doktrini yoluyla meşru savunma durumlarını birbirine karıştırarak, yani kendi düşüncelerini ve siyasi görüşlerini haklı göstermeye çalışarak savaşın olabileceğine inanmaktadırlar. Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'yla birlikte kuvvet kullanımında yeni bir çağ açılmıştır. Bu sayede, devletlerin birbirleriyle zorunlu da olsa barış içinde yaşamaları sağlanmaya çalışılmıştır. Fakat soğuk savaş sonrası çatışmalarda uygulanan metotlar ve teknolojinin gelişmesi, antlaşmanın eksik yönlerinin olduğu kanısını iyice güçlendirmiştir. Günümüzde devletler özellikle Amerika, haklı savaş doktrininden faydalanmak gerektiğini vurgulamaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, uluslararası hukukta kuvvet kullanımının geçmişten günümüze nasıl geldiğini ve hangi aşamalardan geçtiğini Milletler Cemiyeti Misakı ve BM Antlaşması çerçevesinde anlatacağız. Bu bölümde özellikle BM Antlaşması'nın 2/4. maddesi üzerinde duracak, daha sonra bu maddenin istisnası olan 51. maddeden (meşru savunma hakkı) bahsedeceğiz. Kuvvet kullanımının insani müdahale açısından hukuka uygunluğunu tartışarak, terörizme ve Bush Doktrinine değineceğiz.

Çalışmamızın ikinci aşamasında, ölçülülük ilkesinin tanımını, kapsamını ve tarihsel ve felsefi açılardan değerlendirmesini yaparak, Anayasa ve İdare hukukunda ve insan hakları uygulamalarında nerelerde ve hangi şekilde kullanıldığına değineceğiz.

Çalışmamızın son bölümünde ise, ölçülülük doktrinin doğuşunu ve 1997 Cenevre Sözleşmesi'ne Ek Protokol 1'in ölçülülük ilkesine somut olarak yaptığı katkıları, ilkenin ahlaki boyutuna ve uluslararası arenada kuvvet kullanma üzerinde ne gibi etkileri olduğunu anlatacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANIMI

D) GENEL OLARAK KUVVET KULLANIMI

İnsanın kendi ihtiyacını karşılama veya kendini koruma doğrultusunda şiddete başvurması gerçeği, devletler arasında da yıllardan beri süregelmektedir.¹ Kenneth N. Waltz'a göre, insan doğasının temelinde bencillik, saldırganlık yatar ve bu da uluslararası ilişkilerin oluşumunu ve gidişatını belirler.² İnsanların kötü davranışları, kötü düşünceleri savaşa sebebiyet verir.³ Bu yüzden toplumsal düzenin sağlanması açısından nasıl ki iç hukuk düzenin sağlanması ve insanların psiko-sosyal açıdan geliştirilmesi⁴ gerekliyse, uluslararası toplum açısından da gereklidir.⁵

Milletler, tesislerin kullanımını ve uluslararası hukuk tasarılarını, diplomatik, ticari, finansal ve nakil ağılantılarını saptamak ve muhafaza etmek gibi eşitli amaçlarla aralarındaki ilişkiyi sadece barışta değil savaş süresince de bağlantıyı sağlamaya yönelik olarak yapmışlardır.⁶ Uluslararası hukuk genellikle, milletler arasındaki anlaşmaları hukuka dayalı bir şekilde dikkate almaktadır ve milletlerde genellikle bu tavra uygun olarak davranmaktadırlar.⁷ Uluslararası hukukun milletlere sundukları ve kabul

¹ TAŞDEMİR Fatma, **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2006, s. 95.

² WALTZ Kenneth N. , **İnsan, Devlet ve Savaş Teorik Bir Analiz**(Çevirenler: Enver BOZKURT, Selim KANAT, Serhan YALÇINER), 1. Baskı, Nisan 2009, s. 17.

³ WALTZ, s. 38.

⁴ WALTZ, s. 17.

⁵ BOZKURT Enver, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 5.

⁶ YASUAKI Onuma, *“International Law in and with International Politics”*, <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/14/1/105?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=%28international+AND+law+AND+in+AND+and+AND+with+AND+international+AND+politics+AND+onuma+AND+yasua+ki%29&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetype=HWCIT>, s. 116. (Erişim Tarihi. 07. 10. 2009)

⁷ YASUAKI, s. 116.

ettirdikleri bu kuralların bir dezavantaj olduğu devletin hükümet görevlilerince çok iyi bilinmektedir. Milletler ne uluslararası hukuktaki bağlayıcı gücü ne de uluslararası hukukun yaratılmasını ve güçlenmesini sağlayan evrensel uygulamayı inkâr etmemektedirler. Buna karşın, milletler özellikle uluslararası hukukun dezavantajlarından çok avantajlarının daha fazla olduğuna inanan siyasetçiler uluslararası hukukun diğ er formlarını yıllardan beri kullanmışlardır.⁸

İlkçağlarda uluslararası anlamda siyasi bir örgütlenme görülmemekle birlikte, site devletleri ve imparatorluklar şeklinde iki devlet tipi bulunmaktaydı.⁹ Bu iki devlet tipi, I. Dünya Savaşının sonlarına kadar gerek kendi çıkarları için, gerekse kendilerine yapılan ihlalleri önlemek veya kendilerini korumak amacıyla, savaşı kendilerine en tabii hak olarak görmüşlerdir.¹⁰ Savaş, her ne kadar, ahlaki, dini ve felsefi açıdan engellenmeye çalışıldıysa da, devletler üzerinde etkili olamamış, sadece haklı savaşın (just war) nasıl yapılması gerektiği hususunda belirli kurallar oluşturulmuştur.¹¹

İlk siyasi global örgütlenme olan, Milletler Cemiyeti (League of Nations) Kurucu Sözleşmesi'ne göre, üye devletler, aralarında veya başka bir devletle çıkan uyuşmazlığı savaşa götürmeden önce, 3 ay beklemek zorunda olmalarıdır.¹² Bu 3 aylık süre, devletler savaş yoluna başvurmadan önce, yargı organınca veya tahkim yoluyla verilmiş kararları aralarındaki uyuşmazlığı barışçıl yöntemlerle giderebilmelerini sağlamaları amacıyla konulmuştur.¹³ Bu süreye riayet etmeden savaş ilan eden devlet,

⁸ YASUAKI, s. 116.

⁹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 6; BOZKURT Enver-M. Akif KÜTÜKÇÜ-Yasin POYRAZ, **Devletler Hukuku**, Gen. 5. Baskı, Ankara 2009, s. 311.

¹⁰ KESKİN Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: SAVAŞ, KARIŞMA VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, Ankara, Mayıs 1998, s. 23.

¹¹ KESKİN, s. 31.

¹² ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2005, s. 313.

¹³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 10; ÜNAL, s. 313.

diğer üye devletlere de savaş ilan etmiş sayılacak ve üye devletlerin, o devletle mali ve ekonomik tüm münasebetlerini kesmesiyle sonuçlanacaktır.¹⁴

BM Antlaşması'nın 111 maddesinde savaş terimine sadece giriş kısmında bir kez yer verilmiş olup, diğer bütün bölümlerinde kuvvet kullanma, saldırı, barışın bozulması ve barışa yönelik tehdit terimlerine yer verilmiştir.¹⁵ Bu antlaşmada savaş terimine yer verilmemesinin en önemli nedenlerinden biri, Briand-Kellogg Paktı(Paris Paktı) ve Milletler Cemiyeti Misakı'nın(Covenant of the League of Nations) savaş terimi üzerinde durması ve bunun sonucunda devletlerin kullandıkları kuvveti savaş olarak addetmeyerek sorumluluktan kurtulmalarına sebep olmasıdır.¹⁶

Savaş teriminin bugün bile tanımının yapılmasının çok güç olmasından dolayı, devletler arasındaki her türlü silahlı çatışmanın kuvvet kullanımı (use of force) adı altında toplanması uluslararası açıdan büyük bir rahatlık sağlamaktadır.¹⁷ Bu terim içerisinde, ambargo, bombardıman, abluka gibi ağır kuvvet kullanımını ve hukuka uygunluk nedenlerinden olan meşru savunma durumunu barındırmakta, fakat devletlerin kendi içlerindeki çatışmalarını barındırmamaktadır.¹⁸ BM Antlaşması'nın 2/7 maddesinde bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir: *“İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi, üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke, VII. Bölüm'de öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez.”*

Self-determinasyon hakkı (halkların kendi kaderini tayin etme hakkı), bir devletin iç işleri kapsamı dışında bırakılmış bir istisna olup, kuvvet kullanmama ilkesi

¹⁴ ÜNAL, s. 313.

¹⁵ KESKİN, s. 23-24.

¹⁶ TAŞDEMİR, s. 97.

¹⁷ KESKİN, s. 24.

¹⁸ PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2006, s. 509.

kapsamı altında değerlendirilmektedir.¹⁹ Self-determinasyon hakkından yararlanan sömürge altındaki toplulukların kuvvet kullanıp kullanamayacakları antlaşmada belirsiz olmasına karşın, genel kanı kuvvet kullanılabileceği yönündedir.²⁰

II) MİLLETLER CEMİYETİ DÖNEMİ

A. Genel Olarak

Devletlerin kuvvet kullanmayı hak olarak gördüğü dönemlerde birçok düşünür, kullanılmak istenen kuvvetin hangi şartlar altında ve ne zaman haklı sayılacağı konusunda tartışmışlardır.²¹ Çünkü devletler savaşı haklı gösterebilmek adına her seferinde kendilerine göre haklı oldukları gerekçelere dayandırmaya çalışmışlardır.²² Aynı bölgede bulunan birbirinden bağımsız devletleri bir araya toplama veya aralarında uyum sağlama isteği ve tarih boyunca süregelen anlaşmazlıklar veya iddiaların her seferinde yeniden ortaya atılması gibi sebepler savaş yapma gerekçeleri olmuştur.²³ Egemenliğin sürdürülmesi açısından savaşı kendilerine hak olarak gören devletlerin savaş sözcüğünü farklı şekillere sokması da kuvvet kullanma ile ilgili örf ve adet hukuku kurallarının karışık bir hal almasını sağlamıştır.²⁴ Haklı Savaş (just war, bellum just) öğretisi Antik Yunan, Roma, Orta Çağ'ın sonuna²⁵ ve 19.yüzyılın başlarına kadar önemli bir sorun olarak etkisini sürdürmüştür.²⁶

¹⁹ PAZARCI, s. 510.

²⁰ PAZARCI, s. 518.

²¹ KESKİN, s. 26.

²² BAŞEREN Sertaç Hami, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Birinci Baskı, Ankara 2003, s. 21; KESKİN, s. 26.

²³ WALTZ, s. 230.

²⁴ BAŞEREN, s. 21

²⁵ KESKİN, s. 26.

²⁶ TAŞDEMİR, s. 96-97.

Modern Uluslararası Hukuk, ulus devletlerin oluşması ve aynı zamanda Orta Çağ'ın bitimiyle ortaya çıkmış ve böylece Haklı Savaş öğretisi gelişmeye başlamıştır.²⁷ Bu öğretiye göre, meşru savunma devletler için en tabii hak olarak görülmüş, fakat bu hakkı kusurlu devlete karşı kullanırken sınırsız ve keyfi bir şekilde davranamayacaklarını da belirlemiştir.²⁸

B. Milletler Cemiyeti Misakı (Covenant of the League of Nations)

I. Dünya Savaşı'nın getirmiş olduğu ağır kayıplar, beraberinde bir birlik kurma fikrini de getirmiştir.²⁹ Bu sayede ABD Başkanı Woodrow Wilson'un 1917 yılında bir barış cemiyeti kurma fikri temel alınarak, ileride olası savaşları önlemek amacıyla 1920'de Milletler Cemiyeti Misakı, Versay(Versailles) Antlaşması'nın bir parçası olarak³⁰ yürürlüğe girmiştir.³¹

MC Misakı'na göre, devletler savaşa başvurmadan önce, aralarındaki uyuşmazlıkları önce barışçı yöntemlere göre çözmek zorundaydılar.³² Amaç, savaş yetkilerinin sınırlanması, uyuşmazlıkların barışçı çözümü ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasıydı.³³ Diğer bir deyişle, devletler uyuşmazlıkları barışçı yöntemlerle çözene kadar savaş yolunun kapalı olmasıydı.³⁴ Bu sözleşmenin 10. maddesinde her bir üye devletin, cemiyete üye olan tüm devletlere karşı siyasal bağımsızlıklarına ve ülke bütünlüklerine saygı göstermeyi, aynı zamanda dışarıdan gelebilecek herhangi bir tehlike durumunda koruma yükümlülüğünde olduğu

²⁷ TAŞDEMİR, s. 96.

²⁸ TARHANLI Turgut, **Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk**, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf, s. 2 (Erişim Tarihi: 05. 12. 2009).

²⁹ TAŞDEMİR, s. 97.

³⁰ KIRAN Abdullah, **Milletler Cemiyeti ve Önlenemeyen Savaş**, GAU J. Soc. & Appl. Sci. , 3(6), 2008, s. 21.

³¹ KIRAN, s. 19-21.

³² ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2005, s. 313; KESKİN, s. 30.

³³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 9.

³⁴ TAŞDEMİR, s. 97.

belirtilmiştir. Aynı sözleşmenin 11.md.'sinde üye devletlerden herhangi birine karşı yapılan savaş veya savaş tehdidi durumu, cemiyetin tüm üyelerine karşı yapılmış sayılacağı belirtilmiş, bu hususta cemiyetin her türlü önlemi almakla ve ulusların barışını sağlamakla sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bundan başka, sözleşmede uyuşmazlıkların barış yollarla çözümüne, sözleşmeye uymayıp doğrudan savaş yolunu tercih eden üye devlete karşı alınacak önlemlere ve uyuşmazlık durumunda Konsey'e verilen yetkilere yer verilmiştir.³⁵

Daha öncede belirttiğimiz gibi, MC Misakı'na göre, aralarında uyuşmazlık çıkan devletler bu uyuşmazlığı savaşa götürmeden önce, barışçı çözüm yollarını, yani tahkim, MC Konseyi veya yargı yolunu denemek zorundaydılar.³⁶ Barışçı çözüm yollarından herhangi bir sonuca ulaşılamazsa o devlet istediğini yapmakta serbest olacak³⁷, bir sonuca varırlarsa uzlaştığı devlete karşı savaş açamayacaktır.³⁸

MC Misakı kuvvet kullanımını yasaklamaması yönü itibariyle yetersiz kalsa da, toplum barışını arzu eden ve uluslar arasındaki savaşları önleme amacını güden ilk belge olması sebebiyle önemli bir yere sahiptir.

C. Paris Paktı (Briand-Kellogg Paktı)

27 Ağustos 1928 tarihinde imzalanan ve 24 Temmuz 1929 tarihinde yürürlüğe giren Paris Paktı, Fransa Dışişleri Bakanı Briand önerisiyle ABD ve Fransa arasında yapılan, daha sonra ABD Dışişleri Bakanı Kellogg'un önerisiyle diğer devletlerinde katıldığı MC Misakı'ndan sonra kuvvet kullanma yasağını getiren ikinci ana belgedir.³⁹

³⁵ KESKİN, s. 30.

³⁶ ÜNAL, s. 313.

³⁷ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 11.

³⁸ KESKİN, s. 31.

³⁹ TAŞDEMİR, s. 98.

MC Misakı aksine, Birleşmiş Milletler Antlaşması'yla birlikte o dönemde Türkiye'nin de katıldığı⁴⁰ antlaşma halen yürürlüktedir.⁴¹ Bu antlaşmanın 1. maddesiyle, taraf devletlerin savaşı ulusal politikanın bir aracı olarak görmekten vazgeçtiklerini ve uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurmayı reddettiklerini, 2. maddesiyle tarafların aralarında çıkan uyuşmazlıkları barışçıl yöntemlerle çözmek dışında başka bir yol izlemeyeceğini beyan etmektedir.⁴² Böylece savaş, uluslararası bir suç niteliği kazanmıştır.⁴³ IMT (Nuremberg Uluslararası Savaş Mahkemesi-International Military Tribunal at Nuremberg), saldırgan savaş ilan etmenin Paris Paketi'ne göre, suçlu olmasının yanında yasa dışı olduğu şeklinde yorumlamıştır.⁴⁴

Bu sözleşmede, hukuka uygunluk sebeplerinden meşru savunma durumu hariç, hiçbir taraf devletin savaşa başvuramayacağını, bunun açık bir şekilde hukuka aykırı olduğunu belirtmekte⁴⁵ olmasına rağmen en önemli eksikliği, meşru savunma hakkının açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır.⁴⁶ Savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarından bahsedilmemesi, devletlerin savaşı farklı şekillerde adlandırmaları⁴⁷ ve savaşın yasaklanması konusunda alınacak önlemler dizisine değinilmemesi de sözleşmenin yetersiz kalmasını sağlamıştır.⁴⁸

⁴⁰ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 11.

⁴¹ KESKİN, s. 32.

⁴² TAŞDEMİR, s. 99.

⁴³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 9.

⁴⁴ International Strategic Research Organization(USAK), **USAK YEARBOOK OF INTERNATIONAL POLITICS AND LAW**, volume 3, 2010, s. 85.

⁴⁵ PAZARCI, s. 509.

⁴⁶ TAŞDEMİR, s. 99.

⁴⁷ BAŞEREN, s. 59.

⁴⁸ KESKİN, s. 32-33.

III) BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ DÖNEMİ

Ulusları savaşa iten aklın ve ılımlılığın yaygın bir başarısızlık olduğunu gördük.⁴⁹ I. ve II. Dünya Savaşı arasındaki süre boyunca yaşanan gelişmeler ve değişimler, kuvvet kullanımının sınırlandırılmasının zorunlu olduğu devletlerce belirlenmiştir.⁵⁰

II. Dünya Savaşı'nın devam eden ağır sonuçları tüm dünya devletlerini etkilemiş, daha önce Milletler Cemiyeti adı altında oluşturulan birliğin başarısızlığı kabul edilerek uluslararası anlamda yeni bir birlik kurulması gerektiğine inanmışlardı.⁵¹ Bunun sonucunda 1945 tarihinde San Francisco'da 49 ülkenin katılımının eşliğinde ve Paris Paketi'nin eksikliklerini gidermek amacıyla, ilk Birleşmiş Milletler Antlaşması taslağını hazırlamışlardır.⁵² Antlaşmanın 1. maddesinin 1.fikrasında açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, *“Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak; ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek.”* şeklindedir. Bu madde ile BM Antlaşması'nın amacı gelecek kuşakları, barış ve güvenliği korumak ve barış karşıtı herhangi bir eylemi veya tehdidi bertaraf etmek olarak belirlenmiştir.⁵³

Neorealistlere⁵⁴ göre, II. Dünya Savaşı'ndan itibaren meydana gelen değişimlerin ve gelişmelerin günümüze kadar yürürlükte olan BM Antlaşması'nın geçerliliğini

⁴⁹ TAŞDEMİR, s. 100; ELLIS-HOWARD Charles, **The Origin, Structure & Working of The League of Nations**, New Jersey 2003, s. 36.

⁵⁰ TARHANLI, s. 1.

⁵¹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 11-12.

⁵² TAŞDEMİR, s. 100

⁵³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 16.

⁵⁴ Bu kavram ilk defa Gottfried-Karl Kindermann tarafından ortaya atılmıştır. Kurucusu Kenneth Neal Waltz olan akımın anlamı, gerçeklerin akıl yoluyla yeni bilimsel metotlar aracılığıyla belirlenmesidir. (<http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/JigOrGLAZhif6qVnP2ZPOe8s6hF7AF.pdf>)

yitirme aşamasına getirdiğini ve 2/4.md.'ye tekrar nasıl uyulması sağlanacağı yolunda yeni yöntemler aramak zorunda olduklarını belirtmişlerdir. Klasik okula göre ise, her toplum kendi çıkarlarını elde edebileceği ölçüde başka bir topluma ihtiyacı vardır. Devletlerin kendi çıkarlarının en üstünde ise daha önemli olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması vardır ve bunun sağlanması içinde şiddetin ortadan kaldırılması gerektiğini düşünmektedirler.⁵⁵

Günümüzde uluslararası düzenin temeli ve kuvvet kullanmayı içeren kurallar bakımından, uluslararası seviyede kuvvet kullanımını yasaklayan bu antlaşma büyük bir önem taşımaktadır.⁵⁶ Uluslararası antlaşmaları temel kaynak olarak oluşan BM Antlaşması niteliği itibariyle norm yaratmaktadır.⁵⁷ Bu belgenin kuvvet kullanma yasağıyla ilgili 2/4.md.'sinde, somut anlamda temel norm oluşturduğu görülmektedir. Bu maddede 'savaş' terimi kullanılmamakla birlikte, terimin ne anlam ifade ettiği tartışmaları ortadan kalkmış ve böylece kuvvet kullanma yolları dâhil her türlü silahlı çatışmalar bu yasak kapsamına alınmıştır.⁵⁸ Antlaşmanın bu maddesi ve meşru savunma ile ilgili 51.md.'si neredeyse altmışbeş yıldır var olmasına rağmen, halen tartışmalı ve farklı şekillerde yorumlanmaktadır.⁵⁹ Bazı yazarlara göre, 2/4.md.'de belirtilen kuvvet kullanma yasağının kapsamı daraltılmalı, devletlerin kendi varlıklarını sürdürme amaçlı tutumları da 51.md. aracılığıyla genişletilmelidir. Nitekim BAŞEREN'İNDE belirttiği üzere, 2/4.md. BM Antlaşması'nın temel yapısını oluşturduğu, *jus cogens* kural olduğu için bu düşüncüyü kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, 2/4.md. geniş bir şekilde yorumlanmalıdır.⁶⁰

⁵⁵ BAŞEREN, s. 5.

⁵⁶ PAZARCI, s. 509.

⁵⁷ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 12.

⁵⁸ TAŞDEMİR, s. 101.

⁵⁹ KESKİN, s. 34. (Yazarın eserinin yayınladığı tarih 1998 olması sebebiyle belirtilen elli yıl ibaresi günümüz tarihine göre belirlenmiştir.)

⁶⁰ BAŞEREN, s. 60.

BM Antlaşması'nın VII. Bölümü'nde 39.-51. maddelerde yer alan uluslararası barış ve güvenliği koruma da en yetkili organ Güvenlik Konseyi'dir. Birleşmiş Milletlerin Uluslararası alanda uluslararası barış ve güvenliği ve kamu düzenini sağlayabilmesi için Güvenlik Konseyi'nin bir karar alması gerekir ve bu kararın uygulanabilmesi için beş daimi üyeden (Çin Cumhuriyeti, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri⁶¹) hiçbirinin olumsuz yönde oy kullanmaması gerekir.⁶² Her ne kadar bu beş üye devletin uluslararası hukuk ve ilişkileri düzenlemede etkin bir rolü olduğu görülse de, alınan kararlar beş üye devlet için de geçerlidir.⁶³

Eyaletler arası askeri hareketin başlayışını düzenleyen BM Antlaşması, sayısız kere gözden geçirilmiştir.⁶⁴ En çok bilinen temel dayanakları 2/4.md., 51.md. ve VII. Bölümdür.⁶⁵

A. Kuvvet Kullanmama İlkesi (BM Antlaşması'nın 2/4. maddesi)

Evrensel düzeyde kuvvet kullanımını yasaklayan 2/4 maddesine göre; *“Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”* BM örgütünün amaç ve ilkelerinin genel hatlarını belirleyen bu madde, örgütteki tüm üye devletlerin, başka bir devletin siyasal bağımsızlığına veya toprak bütünlüğüne karşı kuvvet kullanamayacağını veya kuvvet

⁶¹ BM Antlaşması, madde 23/1: *“Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler'in on beş üyesinden oluşur. Çin Cumhuriyeti, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyeleridir.”*

⁶² TARHANLI, s. 3; BM Antlaşması, madde 27/3: *“Güvenlik Konseyi'nin yöntem sorunlarındaki kararları dokuz üyenin olumlu oyu ile alınır; ancak, VI. Bölüm ile 52. Maddenin 3. fıkrası hükümleri uyarınca alınan kararlarda, bir uyuşmazlığa taraf olan, oylamaya katılamaz.”*

⁶³ TARHANLI, s. 3.

⁶⁴ STÜRCHLER Nikolas, **The Threat of Force in International Law**, Cambridge University Press, 2007, s. 1.

⁶⁵ STÜRCHLER, s. 1.

kullanma tehdidinde bulunmayacağını belirtmektedir.⁶⁶ Yalnızca örgütteki bütün üye devletler değil, aynı zamanda üye olmayan her devletin uluslararası barış ve güvenliği korumak adına bu maddeye uyması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷

1. Kuvvet Kullanma Yasağının Kapsamı ve Niteliği

BM Antlaşması'nın 2/4.md.'si, açıkça kuvvet kullanımını yasaklamış⁶⁸, fakat silahlı saldırı (armed attack), barışın bozulması, barışa yönelik tehdit, saldırı hareketi ve kuvvet kullanma tehdidi gibi bazı terimlerin tanımının antlaşmada yapılmamasından dolayı 2/4.md. iki farklı yönde yorumlanmıştır.⁶⁹

Sosyalist dünya, gelişmekte olan ülkelerin ve bazı yazarların görüşüne göre, her türlü ekonomik, siyasi ve askeri baskı bu madde kapsamına girmekte, diğer yazarların görüşü ise silahlı kuvvet (armed force) kullanımını dışındaki baskıların madde kapsamı dışında kalması yönündedir.⁷⁰ Ekonomik, siyasi ve askeri baskıyı madde kapsamında tartışılması gerektiğini düşünen yazarlara göre, 2/4. maddesinde belirtilen kuvvet terimi geniş kapsamlı yorumlanmalı ve bir devletin ülke bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını korumayı amaç edinen bu maddenin her türlü baskıyı yani kuvvet kullanımını içine dâhil etmelidir.⁷¹ Ekonomik ve siyasi baskıyı madde kapsamı dışında tutan görüş, antlaşmanın hazırlık konferansını ve antlaşma metninin girişini temel almıştır.⁷² Buna göre, silahlı saldırı dışında yapılan ekonomik ve siyasi baskılar madde kapsamı dışında tutulmalıdır. Nitekim ekonomik baskıların yasak kapsamına alınması gerektiğini

⁶⁶ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 18; BAŞEREN, s. 60.

⁶⁷ PAZARCI, s. 510; BM Antlaşması 2/6. madde: “*Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar.*”

⁶⁸ STÜRCHLER, s. 2.

⁶⁹ KESKİN, s. 35.

⁷⁰ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 19; Silahlı kuvvet kullanımını savunan görüş için Bkz. PAZARCI, s. 511.

⁷¹ TOPAL Ahmet Hamdi, **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, 1. Bası, Ocak 2005, İstanbul, s. 87.

⁷² KESKİN, s. 35-36.

düşünen Brezilya'nın vermiş olduğu teklif kabul edilmemiştir.⁷³ Antlaşmanın giriş kısmına baktığımızda da, örgütün temel amacının silahlı kuvvet kullanımını engellemek olduğu görülmektedir. Ayrıca Genel Kurulca kabul edilen 2625 sayılı Dostça İlişkiler Bildirisi'nde⁷⁴ de sadece silahlı kuvvet kullanma üzerinde durulmaktadır.⁷⁵

BM Antlaşması 2/4.md., şartıcı bir şekilde, kuvvet sisteminin en çok tartışılan maddesi olmasına rağmen, unsuru olan kuvvet kullanma tehdidini hukuka aykırı olarak tanımlamış, fakat tehdit kapsamına nelerin girip girmeyeceği konusunu görmezden gelmiştir.⁷⁶ Bir devletin siyasal bağımsızlığını veya toprak bütünlüğünü bozmak veya değiştirmek amaçlı olmayan kuvvet kullanma durumu ortaya çıkması durumunda, hangi ilkenin temel alınacağı ve kuvvet kullanan devletin nasıl bir yaptırımla karşılaşacağı belirsizdir.⁷⁷

Uluslararası Adalet Divanı'na (International Court of Justice) göre, kuvvet kullanma yasağının kapsamı andlaşmalar hukuku bakımından değerlendirilirken, aynı zamanda uluslararası örf ve adet hukuku bakımından da değerlendirilmelidir.⁷⁸ Fakat BAŞEREN'İN de belirttiğine göre, BM Antlaşması 2/4. madde *jus cogens* niteliğindedir ve bu maddeye aykırı yapılan her türlü antlaşma ve düzenleme geçersizdir.⁷⁹ O'na göre, *jus cogens* niteliğinde olan kuvvet kullanımını daha dar bir biçimde yorumlanmalıdır.

⁷³ TOPAL, s. 87.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için, Bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin_ant1.pdf; KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif, **Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri**, s. 269-270, (http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler/M.Akif%20K%C3%9CT%C3%9CK%C3%87%C3%9C/259-276.pdf)

⁷⁵ KESKİN, s. 36; TOPAL, s. 87.

⁷⁶ STÜRCHLER, s. 1-2.

⁷⁷ PAZARCI, s. 510

⁷⁸ TOPAL, s. 92.

⁷⁹ BAŞEREN, s. 195.

2. Yasak Kapsamına Giren Hukuka Aykırı Fiiller

a. Kuvvet Kullanma Tehdidi (Threat to Use of Force)

Kuvvet kullanma tehdidi, istediklerini elde edemeyen bir devletin, sözlü veya eylemli bir şekilde kuvvet kullanacağını bildirmesidir.⁸⁰ Tehdit, her zaman gerçekleşebilecek nitelikte ve haklı bir nedeni olmalıdır.⁸¹ Fakat bu tehdidin niteliğinin, objektif kriterlere göre mi, yoksa sübjektif bir şekilde devletin amacının belirlenmesine göre mi saptanıp saptanmayacağı tartışmalıdır.⁸² Yapılan eylemin tehdit oluşturup oluşturmadığını belirlemek, VII. Bölüm çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dâhilindedir.⁸³ Kuvvet kullanma tehdidi olup olmama sorunu, Güvenlik Konseyi dışında, uluslararası yargı ve hakemlik organınca da belirlenebilir.⁸⁴ İlişkileri kötü olan iki devletten birinin, diğer devletin sınırına yakın bir bölgede askeri tatbikat yapması tehdit olarak düşünülebilir.⁸⁵

b. Kuvvet Kullanma (Use of Force)

Doğrudan veya dolaylı kuvvet kullanımını içinde barındıran müdahaleler⁸⁶, saldırı ve silahlı saldırı hukuka aykırı fiillerden olup, kuvvet kullanımı kapsamı altında tutulmaktadır.⁸⁷

⁸⁰ BAŞEREN, s. 87.

⁸¹ KESKİN, s. 37.

⁸² PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, (IV. Kitap), Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 115.

⁸³ KESKİN, s. 36.

⁸⁴ TOPAL, s. 92.

⁸⁵ KESKİN, s. 37.

⁸⁶ BAŞEREN, s. 91.

⁸⁷ TOPAL, s. 93.

aa. Saldırı (Attack)

Saldırı, bir devletin kendi topraklarını genişletmek, sömürmek ve stratejik durumunu düzeltmek için başka bir devlete uyguladığı şiddet yöntemidir.⁸⁸ "Silahlı saldırı" ve "saldırı fiili"(act of aggression) kavramlarının karşılaştırılması, ilk kavrama dâhil olan ve aynı zamanda ikinci kavramı da yansıtan her türlü durumu ileri sürmeye olanak tanır.⁸⁹ Fakat bu iki kavramı karşılaştırırken, kapsamlarının birbirinden farklı olduğu unutulmamalı ve birbirleriyle çakışmamalıdır.⁹⁰

Antlaşmanın 39. maddesinde⁹¹ bulunan saldırı fiilinin kapsamı ve ne zaman meydana geldiği Güvenlik Konseyi'nin takdir yetkisine bırakılmış olup, belirli bir tanımının yapılması olası değildir.⁹² Diğer yandan, silahlı saldırı kapsamı açıkça belirtilmiş, aynı zamanda Antlaşmanın 51. maddesinde silahlı saldırının amacının meşru savunma durumunda karşı tedbirle doğrudan ilgili olduğu vurgulanmıştır.⁹³

bb. Silahlı Saldırı (Armed Attack)

Silahlı saldırı, her ne kadar BM Antlaşması'nın 51. maddesinde değinilmişse de, tanımının yapılmamış olması saldırı fiili ve silahlı saldırı kavramlarının birbirleriyle çakışmasına, tartışmalara, uygulamada ve doktrinde görüş farklılıklarına neden olmuştur.⁹⁴

⁸⁸ ÜNAL, s. 315.

⁸⁹ WILLIAM, E. Butler, **The Non-Use of Fore in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, s. 155.

⁹⁰ WILLIAM, s. 155-156.

⁹¹ BM Antlaşması 39. madde: "Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42. Maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır. "

⁹² TOPAL, s. 93.

⁹³ WILLIAM, s. 156.

⁹⁴ TOPAL, s. 94.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, her silahlı saldırı, saldırı fiili kapsamında sayılırken, her saldırı silahlı olmak zorunda olmadığı gibi silahlı saldırıyla aynı şekilde kıyasa tabi tutulamaz. Çünkü bu iki ifade arasında sonuçları açısından da farklılık vardır. Silahlı saldırı durumunda mağdur olan devlet karşı tedbir olarak meşru savunma hakkını kullanabilir. Bu özelliği itibariyle silahlı saldırı, saldırı fiilinden ayrılmaktadır.⁹⁵ Antlaşmanın Fransızca metninde “aggression armee” kullanması bu özelliğini ortadan kaldırmamaktadır.⁹⁶

BM Antlaşması’nda saldırı fiilinin tanımı yapılmamışsa da, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 3814 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Saldırı Tanımı Kararı ile saldırının tanımını, kararın 1. maddesinde yapmıştır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “*Saldırı, bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu Tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Andlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır.*” Aynı kararın 3. maddesinde ise, saldırının niteliği belirlenmiştir:

“a- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhaki;

b- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir Devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c- Bir Devletin liman veya kıyılarının diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

⁹⁵ TOPAL, s. 94.

⁹⁶ TAŞDEMİR, s. 140-141.

d- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e- Bir Devletin başka bir Devlette sonucusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir Devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması.”

Bu maddede sayılan durumlardan herhangi birisi 1. madde kapsamı içinde değerlendirildiği vakit, savaş ilan edilmemiş olsa bile, yapılan eylem saldırı mahiyetinde olacaktır. Kararın 2. maddesi Güvenlik Konseyi'nin takdir yetkisini saklı tutmuş ve ilk kuvvet kullanan devleti saldırı fiilini işlemiş, diğer devleti de yani ikinci konumda olanı da meşru savunma hakkını kullanmış olarak addetmiştir. Güvenlik Konseyi küçük çaplı çatışmaları, silahlı saldırı niteliğinde kabul etmemiş, özellikle duruma göre yani silahlı saldırıda bulunan devletin esas amacına bakmak suretiyle değerlendirmiştir. Savaş teriminden sonra karşımıza çıkan ikinci durum saldırı teriminin tanımlanmasında da devletlerin asıl amacı büyük önem arz etmekte olduğu görülmektedir.⁹⁷

⁹⁷ TOPAL, s. 97.

cc. Müdahale

Müdahale, her zaman kendi ulusal yetkisine(iç işlerine) başka bir devletin karışması demek değildir. Müdahale kapsamında kuvvet kullanma unsurunu barındırmalıdır. Ulusal yetkinin konusu ve sınırının belirli olmaması neticesinde müdahalenin nasıl ve hangi sınırlar çerçevesinde yapılacağı da belirli değildir.⁹⁸

Nicaragua Davasında⁹⁹ Uluslararası Adalet Divanı (UAD) müdahalenin tanımı yapmıştır. Buna göre, hiçbir devlet diğer bir devletin doğrudan ve dolaylı bir şekilde iç veya dış işlerine karışamaz. Özellikle politik, sosyal, kültürel ve ekonomik sistemin belirlenmesinde kuvvet kullanma yoluyla müdahale edilemez.

Her ne kadar, devletler açık bir şekilde müdahale edemeseler de, uygulamada ekonomik ve siyasi olmak üzere dolaylı olarak bir devletin iç işlerine karışmaktadırlar. Siyasi müdahale basın yoluyla ağır bir şekilde yapılabileceği gibi aykırı olan (muhalif) partilere mali yönden destek verilmesi şeklinde de olabilmektedir.¹⁰⁰ BM Antlaşması ışığında devletler antlaşmaya uygun olarak ekonomik müdahalede bulunabilir.¹⁰¹ Bunun dışında kalanlar hukuka aykırı sayılmaktadır.

B. Meşru Savunma Hakkı (BM Antlaşması'nın 51. maddesi)

BM Antlaşması'nın 2/4.md.'sinin en önemli istisnası, 51.md.'de belirtilen meşru savunma (self-defence) hakkıdır.¹⁰² Meşru savunma hakkı, ortak güvenlik mekanizması devreye geçene kadarki istisnai bir yoldur.¹⁰³ Bu nedenle de münferiden veya müşterek

⁹⁸ BAŞEREN, s. 95.

⁹⁹ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞDEMİR, s. 146-151; TAŞDEMİR, “*Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı*”; Orijinal metin için bkz. <http://jesl.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/81.pdf>. (Erişim Tarihi. 23. 03. 2010)

¹⁰⁰ BAŞEREN, s. 98.

¹⁰¹ BAŞEREN, s. 99.

¹⁰² BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 55.

¹⁰³ KESKİN, s. 132.

meşru savunma hakkı kullanılması açısından Güvenlik Konseyi'nin bir karar alması gerekmemektedir.¹⁰⁴ Söz konusu hüküm şu şekildedir; *“Bu Antlaşmanın 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 savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.”*

Bu hak, iç hukukumuzda da belirtildiği gibi, haksız ve ağır bir saldırı olması durumunda devreye girer.¹⁰⁵ Özellikle Türk Ceza Kanunu 25. maddede bu durum şöyle belirtilmiştir;

“(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Bu hükme göre, birey kendisine veya bir başkasına yönelik yapılan haksız ve ağır bir saldırı olması durumunda, saldırının yoğunluğuna ve türüne göre aynı oranda kendini veya başka birini savunma aynı zamanda defetme hakkına sahiptir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TOPAL, s. 103.

¹⁰⁵ DERYAL Yahya, **Hukukun Temel Kavramları**, 6. Baskı, Trabzon 2008, s. 211; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 241; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2007, s. 311.

İç hukuktaki bu durum uluslararası ilişkilerde de yerini korumaktadır. Nitekim TCK 306. Maddenin 1. ve 6. Fıkrasında belirtilmiştir. Bu hüküm, “(1) Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplayan veya diğer hasmane hareketlerde bulunan kimseye beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir. (6) Bu madde hükümleri, fiilî savaş hâlinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Maddede belirtildiği üzere, uluslararası hukukta da, bir devletin toprak bütünlüğüne, bağımsızlığına ve siyasal bütünlüğüne karşı yapılan haksız ve ağır saldırı olması durumunda, saldırıya maruz kalan devlet kendini savunma hakkına sahiptir. Savunma, saldırının şekline, niteliğine ve ağırlığına göre olmalı, gerekli (necessity) olduğu ölçüde ve orantılı (proportionality) bir şekilde yapılmalıdır.

Yine uluslararası hukukta meşru savunma hakkının doğabilmesi için, saldırının silahlı olması ve bununla direk veya dolaylı olması gerekmektedir. Savunma yapılmadan önce Güvenlik Konseyi’nin kararına ihtiyaç yoktur ve savunmanın silahlı olup olmayacağına her devlet kendisi karar verebilmektedir.¹⁰⁷ Meşru savunma durumunun Güvenlik Konseyi’ne bildirilmesi itibariyle durum hakkında karar alma yetkisi konseye geçer.¹⁰⁸ Fakat uygulamada veto sebebiyle güvenlik Konseyi’nin karar alamamasından dolayı, tam anlamıyla ortak bir güvenlik sistemi uygulanamamaktadır.

1. Müşterek Meşru Savunma

Her devlet, kendi savunmasını kendi yapabileceği gibi başka bir devletle de yapabilir.¹⁰⁹ Buna ortak meşru savunma denmektedir. Bunun için, devletler arasında bu konuya yönelik bir antlaşma yapılmasına gerek yoktur. Ortak meşru savunma konusu

¹⁰⁶ HAKERİ, s. 241-255; ÖZGENÇ, s. 311.

¹⁰⁷ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 55-56.

¹⁰⁸ KESKİN, s. 49.

¹⁰⁹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 56.

her ne kadar tartışılabilir olsa, genel kanı böyle bir savunma şeklinin olabileceği yönündedir.¹¹⁰ Meşru savunma, saldırı anında veya saldırının olma ihtimalinin yüksek olması halinde yapılabilir.¹¹¹ İkinci durumda meşru savunma yapılabilmesi için, barışçı çözüm yollarının denenmesi ya da bunun mümkün olmaması ve saldırıyı başka bir şekilde defetme olağanının olmaması gerekmektedir.

Müşterek meşru savunma hakkında ise Birleşmiş Milletler ortak bir güvenlik sistemi geliştirmiştir.¹¹² BM Antlaşması'nın VII. Bölümünde yer verilen 39. maddede açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre, barışın tehdidi, barışın bozulması veya bir saldırı fiili gerçekleştiğini belirlerse, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliği korumak adına veya yeniden yapılandırılması adına bir dizi önlem almayı kararlaştırabilir. Konseyi, bu maddeler çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması açısından bir dizi önlemler alabileceği gibi bu alınan önlemlerin nasıl uygulanacağını da belirlemektedir. Bu madde ile konseye geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

2. Önleyici Meşru Savunma (Preventive Self-Defence)

Önleyici vuruş (pre-emptive strike)¹¹³ veya bir diğer adıyla önleyici savaşın (preemptive war) kullanımında saldırı fiili daha gerçekleşmemiş olup, ancak saldırının gerçekleşmesi büyük bir ihtimal olması nedeniyle saldırıya maruz kalacak olan devletin önceden önlem amaçlı kuvvet kullanmasıdır.¹¹⁴ Buradaki kuvvet kullanılmasındaki amaç, devletin kendi çıkarlarına, ulusal bağımsızlığına ve bütünlüğüne saldırıda bulunulma olasılığı çok yüksek olması halinde ve bu saldırıyı barışçı çözüm yollarıyla

¹¹⁰ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 56.

¹¹¹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 57.

¹¹² TOPAL, s. 104.

¹¹³ ÜNAL, s. 317.

¹¹⁴ TOPAL, s. 166.

veya kuvvet kullanımı dışında başka türlü defedememesi halinde meydana çıkmasıdır.¹¹⁵

Bir devlet meşru savunma hakkını kullanırken, gereklilik, orantılılık ve ölçülülük şartlarına uygun davranmak zorundadır.¹¹⁶ Fakat terörist saldırısının ne kadar ağır, güçlü ve yıkıcı olduğu gözlemlendiğinde, uygulamada önleyici meşru savunma hakkının saldırı ile orantılı olması beklenemez. Devlet mevcut durumunu korumak ve bu durumu tekrar oluşturmak şartıyla savunmada bulunabilir.¹¹⁷

Uluslararası hukuk prensipleri birleştirmede *jus ad bellum*'da olduğundan *jus in bello*'da daha başarılı olmuştur.¹¹⁸ *Jus ad bello*, suçu tek bir tarafa yüklerken *jus in bello* karşılıklı kısıtlamaları içerdiği için uluslararası anlaşmayla daha uyumludur. Bununla birlikte bazı prensipler nettir. Saldırgan savaş II. Dünya Savaşından sonra Nuremberg'teki Uluslararası Askeri Mahkeme Kanunlarında yasa dışı olarak tanımlanmıştır.¹¹⁹ BM Antlaşması daha ileri gitmiş ve iki durumu, kuvvet kullanımını meşrulaştırmada kabul ettirmiştir. – meşru savunma ve barış ve güvenlik tehdidi- bu beyannamenin 7. bölümünde Güvenlik Konseyi askeri güç kullanımının uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde yetkili merci olarak atanmıştır. Beyannamenin taslakları, bölüm 7'nin Jüpiter yıldırımı gibi çok özel durumlarda müdahale etmesini ummuştur. Ancak erken 90'lardan bu yana artan sıklıkta önerilmiş ve girişiminde bulunulmuştur.¹²⁰

¹¹⁵ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 59.

¹¹⁶ TOPAL, s. 169.

¹¹⁷ TOPAL, s. 169.

¹¹⁸ HAMMOND John L. , “*The Bush Doctrine, Preventive War and International Law*”, **The Philosophical Forum**, Volume XXXVI, No. 1, Spring 2005, s. 105.

¹¹⁹ Son elli yılın insan hakları ihtilalinin gerçekleri iyi bilinmektedir. İkinci Dünya Savaşının bitiminden bu yana uluslararası anlaşmalar formaliteyi ve uluslararası hukukun tarafsızlığını zayıflatmıştır. Dönüş noktası Nuremberg'in denemesiyle Nazizme karşı verdiği tepkiyle olmuştur. Bu deneme ırkçılığı kınama ve diktatörlüğü fakat özellikle ideal hukuk kuralının genel kabulüyle bir ilkti. Belirli suç ve teknik çözümlerin bir tüzük haline getirilmesiyle müttefikler uluslararası mahkemede toplandı. Bir adil mahkemeye ait yöntemin şartları ve delilin kuralları dikkatlice taslak olarak hazırlanmıştır. ELEFTHERIADIS Pavlos, “*Cosmopolitan Law*”, **European Law Journal**, Vol. 9, No. 2, April 2003, s. 251.

¹²⁰ HAMMOND, s. 105.

Jus ad bellum için standartlar tüm barışçıl yöntemlerin tükenmesini ve tahmin edilenle elde edilen sonuç arasındaki orantılığı içerir. Önleyici savaş tanımlaması itibariyle barışçıl yolların tükenmesi standardını karşılamada yetersiz kalmaktadır.¹²¹ Çünkü *jus ad bellum* abartılı davranışlara değil alınan tehdide karşıdır. Rejimin devrilmesi ise orantılılık ilkesi ihlalidir. Çünkü olası bir atakla birlikte hükümetin tam devrilmesine karşılık gelir.¹²²

Zorlayıcı ihkak-ı haka (self-help) veya meşru savunmaya imkân veren koşulları ülke içinde açıklayan Caroline Doktrini¹²³ ile önleyici meşru savunma hakkının kabul edildiği iddia edilmektedir.¹²⁴ Standart önleyici saldırı, 1837'deki Kanada kuvvetlerinin Kanadalı asiler çetesine yardım götüren Amerikan gemisi Caroline'ı batırması olan Caroline olayından köken almaktadır.¹²⁵ Eyalet Sekreteri Daniel Webster protesto etmiş (İngilizler daha sonra kabul etmiştir) ve öncelikli saldırı eğer tehdit ani, aşırı ve başka seçenek bırakmayan şekilde ve düşünüp taşınmaya zaman olmadığı durumlarda izin verilebilir olduğunu yazmıştır.¹²⁶ Bu hüküm her ne kadar önleyici meşru savunma olarak kabul edilse de açık ve net olarak uzak veya orta yakınlıktaki bir gelecekte saldırı tehditlerine karşı savunmayı engellemektedir.

BM Antlaşması'nın 2/4. ve 51.md.'sinin Caroline doktriniyle öne sürülen önleyici meşru savunmayı ortadan kaldırıp kardırmadığı konusunda görüş ayrılıkları vardır.¹²⁷ Bazı yazarlara göre, önleyici meşru savunma hakkı devletin kendi siyasal bütünlüğüne ve bölünmezliğini korumak adına diğer devletinde toprak bütünlüğünü ve

¹²¹ HAMMOND, s. 107.

¹²² HAMMOND, s. 107.

¹²³ ADDLCOTT Jeffrey F. , **Terrorism Law, The Rule of War and The War on Terror**, Second Edition, Lawyers & Judges Publishing Company Inc. , 2004, s. 50.

¹²⁴ TOPAL, s. 167.

¹²⁵ ÜNAL, s. 317.

¹²⁶ HAMMOND, s. 106.

¹²⁷ TOPAL, s. 167.

siyasal bağımsızlığını ihlal etmeden, ayrıca BM'nin uluslararası barış ve güvenliğini koruma amacının dışına çıkmadan, 51. madde çerçevesinde kullanılabilir. Kimi yazarlara göre ise, antlaşmanın 51. maddesi önleyici meşru savunmayı ortadan kaldırmaktadır.¹²⁸ BM Antlaşması saldırı tehdidine karşılık öncelikli meşru savunmaya izin vermemektedir. Uluslararası hukuk her nasılsa bunu, doğru kabul etmektedir.¹²⁹ Önleyici meşru savunma hakkına ilişkin tartışmalar günümüzde de halen tazeliğini korumaktadır.

Nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağı bilinemeyen terörist faaliyetler, pek yakın bir saldırı özelliğini taşıdığından önleyici meşru savunma hakkının kullanılabileceği iddia edilmektedir. Terörist faaliyetler genellikle zımnî bir şekilde olmakla beraber, açık bir şekilde de olabilir. Özellikle devam eden bir terörist faaliyetin veya devam etmesi muhtemel olan bir eylemin engellemek amacıyla bu hakkın kullanılması doktrinde de kabul edilmiştir.¹³⁰ Terörizme karşı önleyici meşru savunma hakkı BM Antlaşması'nın herhangi bir hükmünde yer almadığı gibi, 51.md. kapsamında değil, saldırı niteliğinde değerlendirilmelidir.¹³¹ Örneğin; 28 Mayıs 2010 tarihinde Türkiye'den Gazze'ye yola çıkan Mavi Marmara adlı yardım gemisinin Gazze'ye silah taşımacılığı yaptığı gerekçesiyle İsrail'in gemiye karşı operasyon adı altında silahlı saldırı yapması (önleyici) meşru savunma değildir.

C. Silahlı Saldırı Boyutuna Varmayan Kuvvet Kullanımını Önleme Hakkı

Devletler silahlı saldırıya maruz kaldığında BM Antlaşması'nın 51. md.'sine dayanarak meşru savunma haklarını söz konusu hüküm çerçevesinde kullanabiliyorlar ve kendilerini savunabiliyorlardı. Silahlı saldırı gerçekleşmemiş fakat devlet direk veya dolaylı bir şekilde kuvvet kullanımına maruz kalıyorsa, bu durumda yapılan eyleme

¹²⁸ TOPAL, s. 167.

¹²⁹ HAMMOND, s. 105.

¹³⁰ TOPAL, s. 168.

¹³¹ KESKİN, s. 51.

karşı yapılan eylemle orantılı önlemler alma hakkına sahip olacaktır.¹³² Nitekim UAD Nikaragua Davası'nda da böyle bir karar vermiş fakat karşı önlemlerin hangi boyutlara ulaştığı zaman antlaşmanın 2/4. maddesini ihlal edeceğini belirtmemiştir.¹³³ BAŞERENE'E göre, karşı önlemlerin sınırı iki şekilde belirlenebilir. Bunlardan ilki, tedbirlerin ortak bir şekilde alınamaması durumudur. İkincisi ise, alınan tedbirin devletin kendi sınırları içinde kalmasıdır. Bu nitelikteki önlemler devletin kendi iç içleriyle ilgili olması bakımından 2/4. maddenin bir istisnası olarak ortaya çıkmamıştır.¹³⁴

D. İnsanı Müdahale

Kuvvet, kuvvet kullanımı ve müdahale gibi terimlerin tanımının tartışmalı olmasının bir sonucu olarak insani müdahalenin de tanımı tartışmalıdır.¹³⁵ Anlaşılır, sade ve yerinde bir tanım yapan BOZKURT'UN da belirttiği üzere, insani müdahale, herhangi bir devlette vuku bulan insan hakları ihlallerini önlemek amacıyla başka bir devletin o devlete karşı kuvvet kullanmasıdır.¹³⁶

Vitoria için, siyasal topluluk, insanların esasen üzerine güvendiği doğal bir kuruluştur.¹³⁷ Ortak iyiyi oluşturan topluluğun kaynakları dört başı mamur insana veya insan üstünlüğünün başarısına asıl gerekli şeydir.¹³⁸ Ona göre, insani müdahalenin ilkesini (masumu korumak için doğal hukukta bir göreve dayanarak) kabul etmiş

¹³² TOPAL, s. 173.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞDEMİR, s. 146-151; TAŞDEMİR Fatma, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 2, No: 5, 2006, s. 75-89; Orijinal metin için bkz. <http://jcsf.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/81.pdf>. (Erişim Tarihi. 23. 03. 2010)

¹³⁴ BAŞEREN, s. 147.

¹³⁵ BOZKURT Enver, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Asil Yayın, 2. Baskı, 2006, s. 104.

¹³⁶ BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 105.

¹³⁷ COATES Anthony, **Humanitarian Intervention: A Conflict of Traditions**, *Humanitarian Intervention: Nomos XLVII*, Terry Nardin and Melissa S. Williams eds. , New York University Press, 2006,

¹³⁸ COATES, s. 66.

olmasına rağmen, onun insan hakları hukukunun siyasal anlamı ve devletin algılama biçimi, onun uygulaması üzerine kısıtlayıcı bir etkiye sahip olmuştur. Bilhassa, doğal hukuk ve haklı savaş düşüncesindeki bu bölünme, insani müdahalenin içinde anlaşıldığı tarz üzerine çok dikkate değer bir etkiye sahiptir.¹³⁹

Grotius, Vitoria'dan farklı olarak, doğal haklar üzerine doğal hukuku bulmanın, doğal insan sosyalliğinin Aristotelian varsayımı ve karşılıklı başka devletlerin işine karışmama politikasına göre, doğal hukuk kapsamını daraltmanın bunun temelini çürüteceğidir.¹⁴⁰

1. Tanımı

BM Antlaşması'nın 2/4. ve 2/7. maddesine her açıdan ters olan bu kavramın tanımını yapacak olursak, kendi içinde çatışma olan ve bu çatışma neticesinde kendi vatandaşlarını koruyamayan bir devletin başka bir devlet veya devletler aracılığıyla kuvvet kullanılarak bu durumunun sonlandırılmasıdır. Başka bir deyişle, kendi iç çatışmalarıyla baş edemeyen bir devlete başka bir devlet tarafından kuvvet kullanma yoluyla yapılan yardımdır. Müdahalenin bir hak olup olmadığı konusunda çıkan tartışmalarda büyük çoğunluğu insani müdahalenin bir hak olmadığı yönündedir. Hak olmamasının sebebi ise, bu konuda ne BM Antlaşması'nda ne de uluslararası örf ve adet hukukunda herhangi bir uygulamasının olmamasıdır.¹⁴¹

2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku ve Meşru Savunma Hakkı Kapsamında İnsani Müdahalenin Yeri

Bazı hukukçulara göre insani müdahale, bir devletin kendi halkına çektirdiği eziyetin diğer devlet veya devletlerce müşterek veya münferiden meşru savunma yoluyla engellenmesidir. Fakat meşru savunma hakkının devreye girebilmesi için başka

¹³⁹ COATES, s. 67.

¹⁴⁰ COATES, s. 67.

¹⁴¹ BAŞEREN, s. 185-186.

bir devletin silahlı saldırıda bulunması gerekir. Tersine insani müdahalede ise, devlet kendi vatandaşlarına silahlı saldırıda bulunmaktadır. Bu nedenle insani müdahale kavramı BM Antlaşması 51.md. kapsamında değerlendirilemez.

Gene bazı hukukçulara göre, insani müdahale uluslararası örf ve adet hukukunda bulunmaktadır. Onlara göre, bu kavram insani sebeplerden ötürü oluşan bir haktır ve BM Antlaşması'ndan önce meydana gelmektedir ve antlaşma sadece bu durumu düzenlemiştir. Bu düşüncünün geçerli olabilmesi için öncelikle devletlerin antlaşma çerçevesinde kuvvet kullanma hakkına sahip olduğunu ispat yükümlülüğü altına girmektedir. Ayrıca insani müdahale adı altında başka bir devletin iç işlerine karışmayı kendinde bir hak olarak görmesi büyük bir hata olacaktır. Nitekim BM Antlaşması'nın 2/4.md.'sinin dışında başka bir hükümle ilgili olduğu görülmektedir. Birtakım yazarlar, antlaşmanın IX. Bölümünde yer alan 55. ve 56. maddelerine¹⁴² dayanarak insani müdahale hakkının var olduğunu savunmaktadırlar. Fakat bu düşünce savunulurken antlaşmanın 2/4.md.'sinin antlaşmaya temeli olduğu dikkate alınmamıştır.

3. Uluslararası Hukukta İnsani Müdahalenin Yeri

Genel olarak hak olmayan bir fiilin yapılması hukuka aykırı ve aynı zamanda ortaya çıkan sonuçları da hukuken geçersizdir. Fakat uygulamada insani müdahalenin yapılması hukuka aykırı bulunmuş, yarattığı sonuçlar ise hukuken geçerli sayılmıştır. Özellikle insani müdahale uygulanan devletin bu duruma razı olması da hukuka aykırılığını ortadan kaldırmıştır.¹⁴³

¹⁴² BM Antlaşması 55. madde: “Uluslar arasında halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça 17 Birleşmiş Milletler Antlaşması ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere Birleşmiş Milletler: **a.** Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam istihdamı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişme koşullarını, **b.** Ekonomik, sosyal alanlarla sağlık alanındaki uluslararası sorunların ve bunlara bağlı başka sorunların çözümünü, kültür ve eğitim alanlarında uluslararası işbirliğini ve **c.** Irk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini, kolaylaştıracaktır. BM Antlaşması 56. madde: Üyeler, 55. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, örgütle işbirliği içinde hareket etmeyi yükümlenirler.

¹⁴³ BAŞEREN, s. 191.

İnsani müdahale hükümetlerin devrilmesini haklı çıkarır mı? Eğer askeri müdahalenin bazen insani sebeplerle savunulabileceğini öne sürersek bu bir hükümetin devrilmesini haklı çıkarmasa bile daha düşük ölçekli müdahaleler insani suiistimali sonlandırabilir. Irak'ın işgalini tam olarak desteklemeyen birçokları buna rağmen Saddam'ın zorla çıkarılmasını savaşın pozitif bir getirisi olarak karşılamışlardır. Amerika insani müdahale adıyla yardımda bulunmuş ancak zamanla bunu kullanmış ve göz ardı etmiştir. Amerika'nın müdahalesi yapılması gereken zaruri bir insani müdahale değildir. Bu yüzden açıktır ki, Amerika müdahale için başlıca sebep olarak insani müdahaleyi gerekçe göstermemiştir. Düşüşünü kutlarken bu arada gelecekte herhangi bir devletin bir başkasını meşru olarak nasıl ve ne zaman devirip deviremeyeceğini sorgulamalıdır.¹⁴⁴ İnsani müdahalenin etiklerini sunmak için haklı savaş geleneğinin herhangi bir şeye sahip olup olmadığına karar vermede, genelleştirme yapmak bir hata olacaktır.¹⁴⁵

E. Terörizm

İnsan hakları ile arasında mukabeleli bir bağ bulunan terörizm, genel olarak devletlerin yönetimini, hukuku ve insan haklarını hedef almaktadır.¹⁴⁶

1. Tanım Sorunu

Soğuk Savaş'ın bitmesiyle değişime uğrayan uluslararası terörizm, kitlesel imha silahlarıyla, iletişim araçlarıyla ve silahlı kuvvetleriyle boyutlarını genişleterek tüm dünyayı etkilemeye başlamıştır.¹⁴⁷ Terör, terörist ve terörizm kavramlarının bir türlü

¹⁴⁴ HAMMOND, s. 108.

¹⁴⁵ COATES, s. 79-80.

¹⁴⁶ BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 118-119.

¹⁴⁷ TOPAL Ahmet Hamdi, "*Uluslararası Terörizm ve Uluslararası Ceza Mahkemesi*" **Uluslararası Hukuk&Politika**, Cilt: 1, Sayı: 3, 2005, s. 78; YALÇINER Serhan, **Soğuk Savaş Sonrası Uluslararası Terörizmin Dönüşümü ve Terörizmle Mücadele**, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl/Volume: 2, Sayı/Issue: 4, Güz 2006, s. 98-99.

açıklanamamış olması ve her devletin bu kavramları kendi iç hukuklarına¹⁴⁸ göre belirlemesi yüzünden uluslararası hukukta büyük bir sorun teşkil etmektedir. Uluslararası ortak bir tanımı yapılmayan terörizme, devletlerin kendi içlerindeki kurumlarınca bile farklı anlamlar yüklenmiş, aynı şekilde hukukçular arasında da tanımı ile ilgili ortak bir yol bulunamamıştır.¹⁴⁹

Terörizmin tanımının yapılamaması sorunu bir yana uluslararası alanda tek bir anlamının bulunup bulunmaması dahi tartışma konusu olmuştur.¹⁵⁰ Uluslararası alanda tek bir anlam yüklemenin daha iyi olacağını düşünen hukukçular, terörizmle mücadele konusunda da daha başarılı olunabileceğini savunmuşlardır.¹⁵¹ Bende bu görüşe katılıyorum. Ayrıca terörizmin genel bir tanımının yapılmaması her zaman terörizme bırakılan açık bir kapı olarak kalacağına, terörist faaliyetler adına bir artı niteliğinde olacağına ve şimdi ve ileride daha da büyük sorun teşkil edeceğine inanmaktayım. Hükümetlerce uygulanan yanlış politikalar da terörizmin ekmeğine yağ sürmekte ve insan haklarını “çifte ihlal”¹⁵² etmektedir.¹⁵³ Çifte ihlal, bir yandan terörizmle insan hakları ağır bir şekilde ihlal edilirken, diğer yandan devletlerin terörizmi engellemek amacıyla insan haklarını sınırlama yoluna gitmesidir.¹⁵⁴ Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika’ya yapılan terörist saldırılar sonrasındaki güvenlik anlayışı özellikle insan haklarını bitirme noktasına getirmiştir. Bu konuyu Bush Doktrini adı altında daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

¹⁴⁸ BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 118; Türk Ceza Sisteminde terör kavramı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda düzenlenmiştir. Kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html> (Erişim Tarihi. 01. 02. 2010)

¹⁴⁹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 185.

¹⁵⁰ TAŞDEMİR, s. 10.

¹⁵¹ TAŞDEMİR, s. 10.

¹⁵² BOZKURT Enver-KANAT Selin, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, Asil Yayın, 2007, s. 35.

¹⁵³ BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 119.

¹⁵⁴ BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 119-120.

Diğer taraftan, ortak bir tanımın yapılmamasının daha iyi olacağını düşünen hukukçulara göre, terörizmin tanımının yapılması yerine rehin alma, uçak kaçırma ve çocukları öldürme gibi suçların tanımının yapılması uluslararası hukuk açısından daha yerinde ve yararlı olacaktır.¹⁵⁵ TAŞDEMİR'İN de bahsettiği üzere, terörizm terimi devlete, kuruma hatta kişiye göre bile değişen sübjektif bir hal almış ve izlenilen siyasi politikalarla, ekonomik, sosyolojik, ahlaki, hukuki ve felsefi olarak zaman içinde daha karmaşık bir yapıya bürünmüştür.¹⁵⁶ Terörizmle karşı karşıya gelmeyen ülke bunu önemsememiş, ne zamanki karşı karşıya gelinmiş o zaman bu kavram büyük önem taşımıştır.¹⁵⁷ Devletlerin siyasal politikaları, politik görüşleri dolayısıyla terörizm kavramı da değişkenlik göstermiştir. Ayrıca terörizmin medya tarafından kötülenmesi ve aşağılanması, terörist olan bir grup veya devletin kendini bu isim altında adlandırılmak istememektedirler.

Bundan başka tanım sorunu ortaya yapılan terörist faaliyetlerin sonucunda verilecek olan cezanın hangi kurala göre verileceğidir. Yapılan eylem adi bir suç niteliğinde midir, yoksa ağır bir insan hakları ihlali midir? Ağır ihlal olarak saydığımızda, eylem yapan teröristlerin *jus in bello*' dan yararlanması söz konusu olacak, bu da statü kazanarak devlet modeli olarak önümüze çıkabilmeleri anlamını taşıyacaktır. Bu yüzden devletler uygulamada terörist faaliyetlerini adi bir suç niteliğinde sayarak kendi ceza hukuku sistemlerine göre yargılamaktadırlar.¹⁵⁸

Son olarak terörizmin uluslararası alanda tanımının yapılmamış olması terörist grupların kendilerini terörist addetmeyerek özgürlük savaşçısı(Günümüzde bir millet, devlet veya topluluğa göre terörist sayılanlar, diğer bir millet, devlet veya topluluğa göre özgürlük savaşçısı sayılmaktadır.¹⁵⁹), gerilla, zulüm gören halkın koruyucusu gibi

¹⁵⁵ TAŞDEMİR, s. 11.

¹⁵⁶ TAŞDEMİR, s. 11; 1936-81 tarihleri arasında Alex Schmid terörizmin 109 farklı tanımının yapılmış olduğunu belirtmiştir. Bilgi için bkz. TAŞDEMİR, s. 12.

¹⁵⁷ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 186.

¹⁵⁸ TAŞDEMİR, s. 21.

¹⁵⁹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 186.

türlü isimler adı altında Self-Determinasyon Hakkı'ndan yararlanmak istemektedirler. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 3814 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Saldırı Tanımı Kararının 7. maddesinde self-determinasyon hakkını kabul etmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*İşbu Tanımda ve özellikle 3. maddede yer alan hiçbir hüküm, Birleşmiş Milletler Andlaşması'ndan kaynaklanan ve Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği ile ilgili Milletlerarası Hukuk Prensipleri Hakkında Bildiri'de zikredilen self-determinasyon, özgürlük ve bağımsızlık hakkından zorla mahrum edilen halkların, özellikle sömürge idaresi ve ırkçı rejimler veya yabancı tahakkümünün diğer biçimleri altında yaşayan halkların bu hakkına herhangi bir şekilde nakise getirmediği gibi bu halkların o amaçla yaptıkları mücadeleye ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın prensiplerine uygun şekilde ve yukarıda anılan Bildiriye göre yardım arama ve alma hakkına da bir nakise getirmez.*” Günümüzde self-determinasyon hakkının terörizmi yasallaştırıp yasallaştırmadığı ikilemi ve halen uluslararası alanda kabul edilen tanımının yapılamaması sorunu devam etmektedir.¹⁶⁰

Terörizmle ilgili mutlaka bir tanım yapmak gerekirse, kendi siyasi, dini ve etnik politikalarını illegal yoldan gerçekleştirmeye çalışan, bunu planlı, programlı ve kasıtlı bir biçimde gerçekleştiren, daha güçlü ve geniş topluluklara adını, amacını ve ideolojilerini iletmek için doğrudan veya dolaylı yolla kuvvet veya şiddet kullanma veya yıldırma yoluyla masum insanların veya kurumların harcanmasını görmezden gelen topluluk hareketidir.¹⁶¹

2. Özellikleri ve Diğer Şiddet Türleriyle Karşılaştırılması

Terörizm kökenini, “terrere” sözcüğünden almıştır.¹⁶² Latince olan bu sözcüğün Türkçe anlamı yıldırma, korkutma, dehşete düşürme, korkup kaçırmak, caydırma dır. ¹⁶³ Terörizm bu kadar çok anlamı dışında ideolojik, kuvvet ve örgüt

¹⁶⁰ TAŞDEMİR, s. 22.

¹⁶¹ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 186.

¹⁶² BAŞEREN Sertaç Hami, “Terörizm ve Uluslararası İlişkiler”, **Stratejik Araştırmalar Dergisi**, Sayı 1, Yıl 1, 2003, s. 51.

¹⁶³ BAŞEREN, “Terörizm ve Uluslararası İlişkiler,” s. 51.

unsurlarını da içinde barındırmaktadır.¹⁶⁴ Terörizm genellikle siyasi amaçlarla yapılmakta ve kuvvet kullanımı araç olarak tezahür etmektedir.¹⁶⁵ Amacına ulaşma çerçevesinde kuvvet kullanan teröristler halkı etkilemek ve korku yaratmak esas istekleridir. BAŞEREN'İN de belirttiği gibi, terörist faaliyetler halkların siyasi tercihlerini, ideolojilerini değiştirmek adına yapılır ve bir kişi öldürülüp milyonlar etki altında bırakılır.¹⁶⁶ Terörizmi adi suçtan ayıran temel özellikte bu amaçtır. Aynı şekilde, adi suçun işlenmesinde niyetler çok farklı olabilirken, terörist faaliyetlerin yapılmasındaki niyet topluma, hükümete ve uluslararası kamuoyuna mesajını iletmedir.

Günümüzde de sık sık karıştırılan savaş, gerilla savaşı ve terörizm birbirleriyle aynı anlama gelmemektedir. Gerilla savaşçıları ve teröristler benzer yöntemler kullanmaları yönünden birbiriyle aynı tutulmaktadır. Terörizmde eylemler sembolik, savaşta ve gerilla savaşında eylemler sonuca yönelik ve yapılan faaliyetler açısından gerillalar açık bir biçimde teröristler ise kapalı bir biçimde yapmaktadırlar. Savaştan farklı olarak gerilla savaşı düzensiz bir şekilde yapılmaktadır.¹⁶⁷

3. Türlerine göre Terörizm

Terörizm ulusal, devlet, devlet destekli, transnasyonal (ulus-ötesi) ve uluslararası olarak gruplandırılmaktadır. Bunlar içinde en tehlikeli ve en yıkıcı terör biçimi devlet destekli terörizmdir.¹⁶⁸

Devlet terörizmi, devletçe kendi ülkesi sınırları içerisindeki halkına karşı düzenli bir şekilde kuvvet kullanmasıdır.¹⁶⁹ Uluslararası insan hakları hukukunu ihlal eden soykırım (Genocide), işkence, savaş suçu ve insanlığa karşı suç devlet terörizmi

¹⁶⁴ <http://www.ankara.pol.tr/?id=901>. (Erişim Tarihi. 20. 07. 2010)

¹⁶⁵ TAŞDEMİR, s. 29-30.

¹⁶⁶ BAŞEREN, “*Terörizm ve Uluslararası İlişkiler*”, s. 53.

¹⁶⁷ TAŞDEMİR, s. 31.

¹⁶⁸ BOZKURT-KANAT, s. 51.

¹⁶⁹ TAŞDEMİR, s. 34-35.

sayılmaktadır. Devlet destekli terörizm, ülke sınırları içinde veya dışında kendi politikasını gerçekleştirmek ve bunu kabul ettirmek amacıyla terörist gruplara, örgütlere veya devlet dışı aktörlere açık veya örtülü bir şekilde destek vermesidir. Örtülü bir şekilde olması yapılan eylemlere devletin ses çıkarmaması, tepki göstermemesi veya durdurma amaçlı bir faaliyette bulunmamasıdır. Açık bir şekilde yapılması ise, devletin o örgüte mali, siyasi, lojistik, silah temini konularında destek vermesidir.

Ulusal terörizm, ülke sınırları içinde kalan ve o ülkenin halkına yönelik teröristlerce yapılan faaliyetlerdir. Ulusal terörizme yapı itibariyle benzeyen transnasyonal terörizm uluslararası örgütlerin yani devlet haricindeki aktörlerin uluslararası düzeyde yaptığı terörist faaliyetleri kapsar. Transnasyonal terörizm türü 1980'lerden sonra devletlerin uluslararası örgütlere açık veya kapalı destek vermesiyle devlet destekli terörizm halini almış ve fazla kullanılmamıştır.¹⁷⁰

Uluslararası terörizm ise, devlet destekli olsun veya olmasın herhangi bir ülkenin halkına ne zaman, nerede ve nasıl yapılacağı bilinmeyen terörist eylemlerdir.

IV) SOĞUK SAVAŞ (1990) SONRASI

KUVVET KULLANIMINDA YAŞANAN GELİŞMELER

A. Genel Olarak

Kuzey Kore saldırısıyla 1950 yılında başlayan Soğuk Savaş, 1985 yılında Genel Sekreterliğe getirilen Michael Gorbaçov'un izlediği politikalarla, Romanya'da meydana gelen değişikliklerle, Macaristan, Çekoslovakya ve Polonya parlamentolarındaki demokratik gelişmelerle, Doğu-Batı Almanya'nın birleşmesiyle ve Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla beraber kırk yıl sonra Batı kapitalizmi, Sovyetler Birliği tarafından uygulanan Bilimsel Sosyalizm (Marksizm)¹⁷¹ uygulamasını yenmiş ve böylece savaş

¹⁷⁰ TAŞDEMİR, s. 37.

¹⁷¹ Kurucuları Karl Marx ve Friedrich Engel olan Marksizm, 1848-1871 yılları arasında başlamış sosyalist bir harekettir. Feuerbach'ın materyalizmiyle, ters bir şekilde duran Hegel diyalektiğini düzelttiğini belirten Marx, bu iki düşünceyi birleştirerek ortaya diyalektik materyalizmi çıkarmıştır. Marx'a göre, bilgi gerçekliğin, düşünce maddenin bir yansımasıdır. Bu yüzden haklar doğuştan değil, sonradan devlet

1990 yılında sona ermiştir.¹⁷² Bununla beraber, Amerika ve Sovyet ilişkileri verilen sözler neticesinde düzenli bir hal aldı.¹⁷³

Soğuk Savaş sonrasında uluslararası birçok örgütte siyasal, ekonomik ve askeri bakımdan çözümler başlamış,¹⁷⁴ Birleşmiş Milletler de çözümler olmasa da örgütün amacı, işlevi ve yapısı çok fazla eleştiri konusu olmuştur.¹⁷⁵ Bunun sebebi ise ülkelerdeki iç çatışmaların fazlaşması, BM'nin barışı koruma operasyonlarında daha sert önlemler almaması¹⁷⁶ ve Doğu-Batı blokları arasındaki çatışmalardır.¹⁷⁷ Bu dönemde, ön koşul olarak silahlı saldırı şartının beklenilmesi takdirde, meşru savunma hakkının etkisinin olmayacağı düşünülüyordu.¹⁷⁸ Özellikle Amerika'nın Afganistan'a ve Irak'a karşı uyguladığı kuvvet kullanma tehditleri, soğuk savaş sonrasında da kuvvet kullanma yasağı ve meşru savunma hakkı konularının güncelliğini korumasını sağladı.

B. Bush Doktrini

Bush Doktrini olarak da bilinen önleyici savaş doktrini (doctrine of preventive war), 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika'nın New York şehrindeki Dünya Ticaret Merkezi'ne (ikiz kuleler) ve Washington şehrindeki Pentagon'a yapılan terörist (El-Kaide) saldırıları sonucunda ortaya çıkmış ve bunun sonucunda Amerika'nın sert bir güvenlik anlayışı içine girmesini sağlamıştır.¹⁷⁹ Bu saldırı, kuvvet kullanarak yok

aracılığıyla kazanılmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için Bkz. Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, 1987, s. 48-83)

¹⁷² EMİROĞLU Hüseyin, “*Soğuk Savaş Sonrası Birleşmiş Milletler: İşlevi-Sorunları*”, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s. 59-60.

¹⁷³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 73.

¹⁷⁴ EMİROĞLU, s. 59.

¹⁷⁵ EMİROĞLU, s. 59.

¹⁷⁶ DEMİRDÖĞEN DEMİRTÜRK Ülkü, “*Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları ve Güç Kullanma Olgusu (1946-1996)*”, Akdeniz İ. İ. B. F. Dergisi (11), 2006, s. 237.

¹⁷⁷ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 72.

¹⁷⁸ TARHANLI, s. 8.

¹⁷⁹ BOZKURT-KANAT, s. 105.

etmenin hayatımızın bir parçası olduğunu göstermektedir.¹⁸⁰ Amerika en son 1941 yılından bu yana kendi bölgesine dışarıdan yapılmış bir saldırıyla karşı karşıya kalmıştır.¹⁸¹ Yapılan saldırının amacı bazılarına göre uluslararası düzeyde din savaşı başlatmak,¹⁸² bazılarına göre ise Amerika'nın vahşice bir plan yaparak dünya çapında tükenmekte olan petrolün önleyici meşru savunma hakkını bahane ederek Irak'dan elde etmesidir. Nitekim CIA Başkanı George Tenet'in böyle bir saldırı olabileceği şeklindeki konuşmaları,¹⁸³ olayı daha da karmaşıklaştırarak Amerika'nın böyle bir plan yapabileceği sorusunu akla getirdiğini düşünmekteyim.

Bu saldırı Amerika'ya devletin temel görevinin kendi vatandaşlarını korumak olduğunu hatırlatmıştır.¹⁸⁴ Bush'un dış politika yönetimi, seçtikleri dünya ilişkilerinin gidişatını takip etmek için Amerika'nın gücü ve hakkı olduğunu açıkça iddia etmesi bakımından önceki birçok Amerikan yönetiminden önemli ölçüde farklıdır.¹⁸⁵ Amerika'ya karşı herhangi bir ülkenin tehdit veya düşman olarak algılanması durumunda Amerika'nın devirme ve askeri olarak saldırabileceğinin iddia edildiği önleyici savaşı kapsadığı çok açıktır.¹⁸⁶ Siyasi bir otorite olduğunu düşünen Amerika, bilhassa "*Büyük balık, küçük balığı yutar.*" atasözüyle eşleşerek kendine bir yol çizmekte ve bu üstünlüğüne gölge düşürmemek adına her türlü güç kullanımı yoluna gitmektedir. Amerika ve belli başlı bazı güçler, gelecekte diğer milletlere karşı devam edecek olan liderliklerini tehlikeye atmamak ve ünlerini sarsmamak için uluslararası hukuk kurallarını kabul etmemişlerdir.¹⁸⁷ Bugün yargı denetimi olan liberal demokrasilerdeki belli başlı bazı güçler, politikaya yön veren ve güvence altına alan ve

¹⁸⁰ KU Charlotte–Harold K. JACOBSON, **Democratic Accountability and The Use of Force in International Law**, Cambridge University Press, 2003, s. 3.

¹⁸¹ KU–JACOBSON, s. 3.

¹⁸² BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 184.

¹⁸³ BOZKURT, **Kuvvet Kullanımı**, s. 193.

¹⁸⁴ KU–JACOBSON, s. 3.

¹⁸⁵ HAMMOND, s. 97.

¹⁸⁶ HAMMOND, s. 97.

¹⁸⁷ YASUAKI, s. 119.

bunların kanuniliklerini ve anayasallıklarını denetleyen bir yargı kolu oluşturmuştur.¹⁸⁸ Nitekim Amerika'nın geleneksel müttefiklerimizi hiçe sayarak tek taraflı bir şekilde geliştirmekte olması ve uluslararası hukukla sınırlanamaması da üstün otorite kavramının altını çizmektedir.¹⁸⁹

Eylül 2002'de yayınlanan ulusal güvenlik strateji demecinde Amerika'nın genişleme süreci yeni doktrini ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Söz konusu demeç şu şekildedir:

“Amerika'yı tehlikeye atmak için geçmişteki düşmanlar büyük ordu ve büyük endüstriyel yeteneğe ihtiyaç duydular. Şimdi, bireylerin gizli ağırları bir tek tankı satın almak için büyük bir karmaşa yaratıp sahillerimize zarar verebilir. Bize karşı modern teknolojinin gücünü geri çevirmek ve açık topluma nüfuz etmek için teröristler örgütlenmişlerdir. [. .]

Radikalizmin kavşağı ve teknolojide milletimizin yüzleştiği en ağır tehlike yatmaktadır. Düşmanlarımız açık açık şunu ilan ettiler, kütle yıkım silahlarını arıyorlar ve bunu büyük bir kararlılıkla ayrıca kanıt göstererek yapıyorlar. Amerika, harcadıkları çabalara rağmen başarımlarına izin vermeyecektir. [. .]

Onlardan önce terörist yandaşlarını tehdit edip, Amerika, müttefiklerimiz ve dostlarımıza karşı kütle yıkım silahlarını kullanmaları ihtimaline karşı hazır olmalıyız.

- *İnisiyatif ele alan kontrpuan güçler yayılmadan tehlikeye karşı kendimizi korumalıyız. [. .]*
- *Soğuk savaşta, kütle imha silahları çok fazla yıkıma sebep olacağı için en son çare olarak düşünüldü. Bugün, düşmanlarımız kütle imha silahlarını bütün silahlar içinde tek bir seçenek olarak görmüşlerdir.*
- *Caydırmanın geleneksel görüşü masumları hedef alan ve nedensiz yıkımlara sebep olan teröristlere karşı işlemeyecektir; çünkü vatansızlıkla güçlü bir koruma elde eden teröristler kendilerince şehit olma uğruna ölüme gidiyorlardır. Teröre destek veren devletler arasındaki üst üste gelmeler WMD'yi bir şeyler yapmaya mecbur bırakmıştır. Yüzyıllardır milletlerarası hukuk, yakın tehlike arz eden*

¹⁸⁸ YASUAKI, s. 119.

¹⁸⁹ HAMMOND, s. 97.

kuvvetlere karşı milletlerin acı çekmesi yerine kendisini savunmak için yasal bir harekete geçebileceğini farketmiştir. [. .]

Hukuk bilginleri ve uluslararası hukuk uzmanları sık sık beklenilmeyen yakın bir tehdidin mevcudiyetindeki yasaya uygunluğunu özellikle görülebilir askeri seferberlikler, donanmalar ve saldırıya hazır bulunan hava kuvvetleri birçok şarta bağladılar. [. .]

Yakın bir tehdidin her zaman gücü ve günümüz ortamında bulunacağına kendimizi alıştırmalıyız. Çünkü suçlu devletler geleneksel anlamda saldırmaya çalışmayacaklardır. Çünkü bu tür saldırıların sonuçsuz kalacağını bilmektedirler. Bunun yerine, kendi terör kanunlarına güvenmekte ve potansiyel olarak kolayca gizlenebilen, gizlice transfer edilebilen ve uyarmadan kitle imha silahları kullanmaktadırlar. [. .]

Amerika, uzunca bir süre olası beklenen saldırı hareketlerine karşı ulusal güvenliği sürdürmüştür. Erken davranıp düşman hareketlerini engellemek ya da önlemek için Amerika, eğer gerekiyorsa karşı tarafın muhtemel saldırısını beklemeden önceden saldıracaktır.

Ortaya çıkan beklenmedik tehditlere karşı milletler saldırganlık bahanesi göstererek harekete geçmedikçe Amerika hemen kuvvet uygulamayacaktır. Düşman medeniyetlerin bu zamanda açık açık ve aktif olarak dünyanın en tahripkar silahlarını bulmaya çabalamakta iken Amerika bu tehlikeye karşı kayıtsız kalmaz”.

Bush yönetiminin köktendincilerine bir fırsat sunan 11 Eylül saldırısı uzun zamandan beri savundukları fakat birçok dış politika kuruluşlarının aşırı buldukları politikalarını uygulayabilmelerini sağladı. Bush doktrini ve önceki yönetimlerin politikalarıyla geçmişle arasında bir devamlılık görebiliriz; bundan mevcut politikanın nezaket bakımından ve hatta politikadan uzak köktendinci komplo önerilerinden farklılığı tartışılabilir.¹⁹⁰ Bush yönetimi Amerika'nın süper güç statüsüne vurgu yapan eşi görülmemiş bir düzen sergilemiş ve bu onun birçok geleneksel müttefiklerini inciterek ve onlarla koalisyon yapmayı reddederek Amerika'yı yalnızlaştırmıştır. Bu

¹⁹⁰ HAMMOND, s. 109.

doktrinle, Bush yönetimi soğuk savaşın 40 yıldan fazla bir süre boyunca Amerika'nın uluslararası ilişkilerini yöneten stratejik tavrını reddetmiştir.¹⁹¹

Bu saldırı, terörizmle baş etme açısından devletlerin alabileceği tedbirlerin ve BM Antlaşması'nın 2/4. ve 51. maddelerinin yeniden sorgulanmasına neden olmuştur. Devletlerin dışındaki grup, örgüt veya toplulukların silahlı saldırılarının antlaşma çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmemesi sorunu farklı bir boyuta ulaşmıştır. 11 Eylül saldırısında eylemin silahlı saldırı olup olmadığı ve bu saldırı doğrultusunda Amerika'nın uyguladığı kuvvet kullanımının 51. madde kapsamı altında tutulup tutulmadığı BM Güvenlik Konseyi'nce bir karara bağlanmasa da, Amerika'nın meşru savunma hakkı adı altında uyguladığı kuvvet kullanımı uluslararası hukuka aykırı olmadığı gözlemlenmiştir.¹⁹²

¹⁹¹ HAMMOND, s. 101.

¹⁹² TAŞDEMİR, s. 266.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

D) GENEL OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Uluslararası insancıl hukukta (IHL), ‘ölçülülük’ adı altında bu kadar çok tartışılan başka bir terim daha var olmayabilir.¹⁹³ Ölçülülük bu tartışmalar içinde değerlendirilirken toplumun amaç belirleme yüzünden, ‘herhangi bir silahlı mücadelede insanların yaralandığını veya öldürüldüğünü ve mülkiyetinin zarar gördüğünü veya tahrip edildiğini’ gerçeklikle yüzleşmesi gerektiğini kısmen ortaya koymuştur.¹⁹⁴ Gerçekte, çağdaş tartışma derecesi hukukla hedeflenen ‘ölçülülük’ testinin altında yatan karmaşık ahlaki konuları geleneksel hukukun terim olarak kullanmadığı gerçeğini gözler önüne sürmektedir.¹⁹⁵ Günümüzde temel haklar ya da insan haklarının korunması, insan onurunun ve adaletin sağlanmasında hukuk devleti ilkesinin esas temelini oluşturmaktadır.¹⁹⁶ Fakat bu hakların sınırsız bir şekilde korunması ya da tam tersi bir şekilde korunmaması, anarşiye yol açar ve devletin devlet olma fonksiyonunu yitirmesine yol açar.¹⁹⁷

“Amaç yöntemi asla meşru kılmaz” sözünden yola çıkarak ölçülülük ilkesinin Liberal demokrasilerin olmazsa olmazı olduğunu söyleyebiliriz. Prusya Yüksek İdare Mahkemesince 19. yüzyılda ilk defa kullanılan ölçülülük ilkesi, bireylerin ve devletlerin hukuki münasebetlerinde dengeli, ölçülü ve adaletli olmasını amaçlayan bir kavram

¹⁹³ WATKIN Kenneth, “Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 8, 2005, s. 4.

¹⁹⁴ WATKIN, s. 4.

¹⁹⁵ WATKIN, s. 4.

¹⁹⁶ RUMPF Christian, “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, s. 26.

¹⁹⁷ RUMPF, s. 26.

olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁸ Ölçülülük ilkesi bütün unsurlarıyla birlikte özellikle Almanya'da yasama, yürütme ve yargı organlarınca etkin bir şekilde uygulanmaktadır.¹⁹⁹ Türk hukuk sisteminde de bu ilkeye en çok idare ve anayasa hukukunda başvurulmaktadır.²⁰⁰

IHL, böyle meselelere geleneksel olarak, insanlar tarafından alınan en zalim kararlara hizmet eden ordunun, askeri gelenek göreneklerine veya onların ahlaki düşüncelerine derhal olay yerinde başvurabileceğine dair herhangi bir açıklamada bulunmamış, bununla beraber, farklılığın ilkesini yeniden kurmak için 2.Dünya Savaşından sonraki üstünlük ilkesini tekrar inşa etme çabaları, sadece hedef belirleme önlemlerinin gelişimini değil, aynı zamanda, 'ölçülülüğü' göz önüne alarak, yasal sınırlamaların idarece ihlal edildiğini belirtmiştir.²⁰¹

Devlet, toplumun düzenini, sağlığını, güvenliğini, toprak bütünlüğünü sağlamada ve iç ve dış tehlikelerden korumada araç, toplum huzurunu sağlamada amaçtır. Kişisel menfaatler ne kadar önemliyse, toplumun menfaatleri de bir o kadar önemlidir ve devletin araç olarak da görevi aradaki uyumu sağlamaktır.²⁰²

A. İlkenin Felsefi ve Tarihi Gelişimi Açısından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Hukuktaki birçok terim gibi ölçülülük ilkesinin de geçmişten gelen izleri mevcuttur.²⁰³ İlk zamanlarda ölçülü olma durumu, kişinin fiziksel ihtiyaçlarının ve

¹⁹⁸ METİN Yüksel, **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 19.

¹⁹⁹ METİN, s. 19-20.

²⁰⁰ METİN, s. 19.

²⁰¹ WATKIN, s. 5.

²⁰² RUMPF, s. 26.

²⁰³ OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 19.

psikolojik açıdan gelişiminin karşılanmasında bir sınır olarak görülmüştür.²⁰⁴ Daha sonra toplumların bir arada yaşamasının bir gereği olmuş ve hukuk düzeninde incelenmiştir.

İlkçağ düşünürlerinden Aristo'ya göre, aşırılık çıkmaz bir sokak gibidir ve bir uçtan girdiğiniz zaman öbür tarafından çıkmamız mümkün değildir. Ayrıca ona göre, cesaret, korku, acıma, arzu ve haz gibi her türlü duygulardaki aşırılık ve tam tersi eksiklik kötü birer huydur ve kaçınılmak zorundadır. Eylemler ve faaliyetler yapılması gerektiği anda ve yerine göre yapılmalıdır.²⁰⁵ Aşırılık ve eksiklik arasında orta yolun (proper mean) bulunması yani orantılı dağılan bir eşitliğin bulunması gerekir.²⁰⁶

Pythagoras'a göre, bireylerin mutlu olabilmesi aşırılıktan kaçınmaya ve ölçülü bir şekilde davranmaya bağlıdır.²⁰⁷ Sokrates'a göre, hayatın temel amacı mutluluktur ve bu mutluluğa ancak orantılı olma, kendi nefesine hakim olabilme ve akıl yoluyla ulaşılabilir.²⁰⁸ Epiküros'a göre ise, ölçülülük, "insanlığın en büyük zenginliğidir" ve cahil olan ve olmayanlar arasındaki farkı ortaya koyar.²⁰⁹ Aristo'nun mantığıyla uyuşan Farabi'ye göre, "ifrat ve tefrit" denilen iki aşırı uçtan uzak durulmalı, dengeli bir şekilde yaşanmalıdır. Savurganlık ve cimrilik (nekeslik) arasında cömertlik, saldırganlık ve korkaklık arasında kalender olma, Farabi'ye göre ölçülü bir davranıştır.

XVII. yüzyıllara baktığımızda Montesquieu, aristokrasinin olmazsa olmazı olan ölçülü olmaya değinmiş, kanunlara saygı göstermenin de ölçülü, asil (noble) bir davranış olduğunu belirtmiştir.²¹⁰ Montesquieu'ya göre, halklar yaşadıkları bölgenin iklimine ve konumuna göre şekillenmektedir ve bu yüzden de her toplum kendi yapısı

²⁰⁴ OĞURLU, s. 19.

²⁰⁵ OĞURLU, s. 19.

²⁰⁶ GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, İstanbul, 1989, s. 52.

²⁰⁷ GÖZE, s. 52.

²⁰⁸ OĞURLU, s. 20.

²⁰⁹ GÖZE, s. 55.

²¹⁰ OĞURLU, s. 20.

doğrultusunda devlet kurar.²¹¹ Bu cümleden yola çıkarak ilkenin de her ulusa göre farklılık gösterebileceğini söyleyebiliriz.

Gene aristokrasiyi anlatan ve düşünce tarihinin en çok konuşulan ismi ‘Toplum Sözleşmesi’ni yazan²¹² Rousseau’ya göre fakirlerin azla geçinmelerini, zenginlerin ise kesinlikle ölçülü olması gerektiğini savunmuştur.²¹³ Ayrıca Rousseau eşitlik, özgürlük ve ortak bir yaşam için toplumun ve devletin karşılıklı anlayış içerisinde bulunması gerektiğini düşünmektedir. Şimdiki anayasalarımıza baktığımızda Rousseau’nun insan haklarına önem verdiği toplum sözleşmesi adlı eserinin ilham kaynağı olduğunu söyleyebiliriz.²¹⁴

1794 tarihinde Prusya Medeni Kanununun yaratıcısı olarak görülen Carl Gottlieb Svarez, polis hukukunda kamu otoritesinin amaçlarına ulaşmada hangi yöntemleri seçebileceğine dair düşüncelerini belirtmiştir. Ona göre, kolluk kuvvetlerinin aldığı tedbirler bir yandan bireyin hak ve özgürlüğünü sınırlarken, diğer yandan başka bireylerin haklarını korumayı amaçlamaktaysa, devlet toplumun güvenliğini sağlamaktaysa, polis kanunuyla yapılan sınırlamanın kendisine de bir yararı olmaktaysa ve hakkın kısıtlanmasıyla katlanılması gereken yükümlülük ulaşılan amacın zararı önlemedeki yükümlülüğünün altındaysa alınan tedbir hukuka uygun ve geçerlidir.²¹⁵

William Fenrick, niceliklerin ölçülmesi açısından, sivil kayıplar ve askeri menfaatin benzer olmadığını, bu yüzden aralarında herhangi makul bir şekilde tam ölçülülük denklemi kurmak mümkün olmadığını belirtmiştir.²¹⁶ Kanunen ve fiilen böyle

²¹¹ MUMCU Ahmet-Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Yayın no: 1590, Açıköğretim Fakültesi Yayını no: 842, 2. Baskı, Eskişehir, Ağustos 2005, s. 34.

²¹² MUMCU-KÜZECİ, s. 35.

²¹³ GÖZE, s. 211.

²¹⁴ MUMCU-KÜZECİ, s. 36.

²¹⁵ METİN, s. 43-44.

²¹⁶ WATKIN, s. 5.

farklı olan kavramların değerini tartmanın zorluğu, bu ikilemin ahlaki kökleri içinde yansıtılması gerekmektedir.²¹⁷

Antik Yunan'dan, yakın tarihe ve günümüze düşünürlerin genel olarak ölçülü olmanın doğru bir davranış biçimi olarak savduklarını ve ilkenin bugünkü halini alana dek, değişik fikirler öne sürüldüğünü görmekteyiz. Ölçülü olmanın Hedonizm ile çeliştiğini söyleyebiliriz.²¹⁸ Çünkü hedonist düşünceye göre haz veren, mutluluk veren her şey iyidir ve yapılması gerekir. Fakat ölçülülük ilkesinde adı itibariyle bir sınırlılık, ölçülü olma durumu söz konusudur ve bilmekteyiz ki, sınırlar genel olarak bireylere haz vermez.

2. 1215 Tarihli Magna Charta Libertatum

İlke somut görünümü ilk olarak, İngiltere'de ilan edilen Magna Charta Libertatum'dan (Büyük Özgürlükler Sözleşmesi) aldığı düşünülmektedir.²¹⁹ İngiltere Kralına karşı, İngiliz vatandaşlarının mallarını ve kişi güvenliğini güvence altına alan bu sözleşmeyle kralın keyfi davranışları sınırlandırılmıştır. Yargı gücü kraldan bağımsız bir şekilde kullanılmaya başlanmış²²⁰, bağımsız ve özgür bir insanın işlediği suçun niteliğine göre ceza verilmesi gerektiği bu sözleşmeyle getirilmiştir.²²¹

B. İlkenin Tanımı

Ölçülülük ilkesinin uygulamasına karşı çıkan otoriteleri anlamak ve onları sorumlu tutabilmek için, önce terimin bir tanımını düzenlemek ve ondan sonra, hedef belirlemeye yol gösteren daha geniş yasal çerçeve içinde ilkeyi yerleştirmek ve 'iki

²¹⁷ WATKIN, s. 5.

²¹⁸ OĞURLU, s. 20.

²¹⁹ METİN, s. 41.

²²⁰ MUMCU-KÜZECİ, s. 36.

²²¹ METİN, s. 41.

nitelikli anlam' doktrininin ana hatlarını belirleyerek, ahlaki, politik ve yasal açıdan ortaya çıkan sorunları ortadan kaldırmak gerekmektedir.²²²

Dar anlamda orantılılık ilkesi veya ölçüsüzlük yasağı anlamına da gelen ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenen amacı yerine getirebilmek için, temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, orantılılık, elverişlilik ve gereklilik açısından denetlenmesini öngören ilkedir. İlke, bazı ülkelerde terim, içtihat veya kanun olarak geçmese bile, denetleme aracı olarak kullanıldığı saptanabilmektedir.²²³

Genel olarak ölçülülüğün tanımı Ek Protokol I'nin 51/5. ve 57/2(a)(III) maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu 57/2(a)(III) maddesi şu şekildedir: “(2) Bir saldırı planlayan veya kararlaştıranlar (iii) somut ve doğrudan, beklenen askeri menfaatlere göre aşırı olacak olan, sivil hayatın, sivillerin yaralanması, sivil nesnelere zarar görmesi veya bu yüzden, bir birleşimi, tesadüfî kaybına neden olması beklenilebilen bir saldırı başlatmaya karar vermekten kaçınacaktır.” 51/5. madde, “üstünlük sağlamayan bir saldırının neyin meydana getireceği” 57/2(a)(III)'de yapılan tanımın bir parçasıdır. Buna rağmen ‘ölçüsüzlük’ terimi öznel olması yüzünden reddedilmiş, onun yerine ‘aşırı’ terimi kullanılmıştır. Aşırı, gereğinden fazla, normal veya arzu edilebilirin üstünde anlamı taşımakta, ölçüsüzlük teriminin tam karşılığı olmamaktadır.²²⁴

İlkenin hukuki dayanağı tartışmalı olsa da, genel anlamda hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıktığı görüşü hâkimdir. Felsefi dayanağını ise, adaletli olma ve dürüstlük terimlerinden aldığını söyleyebiliriz. Ayrıca dayanağının olmaması, hukukun genel ilkesi olarak görülen bu ilkenin uygulanmasını engellememektedir.²²⁵

²²² WATKIN, s. 7.

²²³ OĞURLU, s. 22.

²²⁴ WATKIN, s. 8.

²²⁵ OĞURLU, s. 25.

C. İlkenin Alt Unsurları

1. Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, söz konusu olması istenen ve beklenen amaca yönelik olan aracın, o amaç için olup olmadığını belirler. Araç amaca yönelik değilse, amacı gerçekleştirmede bir etkisi yoksa veya amaca ulaşmayı zorlaştırıyorsa elverişsizdir ve böylelikle hukuka aykırıdır.²²⁶ Alınan önlemin amaca uygunluğu elverişlilikle aynı anlamdadır. Örnek olarak, kümes veya çiftlik bulunmayan X şehrinde oturan bir kişinin, Y şehrine giderek oradaki kümeslerden yumurta çalmasını ve sonra yakalanarak hakkında oturduğu X şehrinde kümes ve çiftliklere girmesinden men edilmesi kararı verilmesi kamu düzenini sağlama amacını gütmeyeceğinden ve amaca etki etmeyeceğinden elverişsizdir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre araç sayesinde olması beklenen amaç gerçekleşiyorsa, o zaman alınan tedbir yani araç, elverişlidir. Mahkemeye göre alınan tedbir öyle elverişli olmalıdır ki, amaca istenilen bir şekilde ve amacın tamamına ulaşılabilin.²²⁷ Uygulamada elverişlilik ilkesinin tam olması aranmamakta, az da olsa bulunması yeterli görülmektedir.

2. Gereklilik İlkesi

Sınırlamanın sınırı, ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan gereklilik ilkesini ifade etmektedir.²²⁸ Gereklilik ilkesi, amacı gerçekleştirmek doğrultusunda kullanılan aracın daha hafif ve daha uygun ve temel hak ve özgürlükleri en az sarsacak derecede olmasını denetlemektedir.²²⁹ Amaca ulaşmak için kullanılan yöntem, o amaç için kesinlikle zorunlu veya gerekli olmalıdır. Aracın elverişli olmasının yanında gerekli olması da

²²⁶ OĞURLU, s. 36.

²²⁷ METİN, s. 27.

²²⁸ RUMPF, s. 30.

²²⁹ SAGLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s. 115; OĞURLU, s. 37.

şarttır.²³⁰ Kamuya ve bireylere en az zarar vermesi düşünülen araç hem elverişli olmalı, hem de amaç için vazgeçilmez yani, başka bir tedbir çeşidi veya imkânı bulunmamalıdır.²³¹ Amaç için daha uygun bir yöntem var ise, yani kamu düzenini sağlamak açısından temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması daha az bir sırıyla atlatılabiliyor ise, o yöntem kullanılmalı, öngörülen araç terk edilmelidir. Aksi takdirde gereklilik ilkesi açısından hukuka aykırı olmaması olası değildir.²³²

Federal Alman Anayasa Mahkemesi gereklilik unsurunu, amaca ulaşmada alınan tedbirin temel hakkı hiç veya daha az hissedilir bir şekilde olmasını ve başka hiçbir tedbirin alınan tedbirin yerine olmayacağını kesin olmasını ya da birden fazla tedbir var ise, aralarında en yumuşak olanın seçilmesinin uygun olacağını açıklamak suretiyle denetim ölçütü olarak kullanmaktadır.²³³

3. Orantılılık İlkesi

Ölçülülük ilkesinin denetiminin tamamlanması, üçüncü unsur niteliğindeki orantılılık ilkesine bağlıdır.²³⁴ Dar anlamda ölçülülük kavramıyla da ifade edilen orantılılık ilkesi, ölçülülük ve eşitlik ilkeleri arasında bir köprü görevini üstlenmektedir.²³⁵ Amaca ulaşmada araç orantısız olmamalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre orantılılık, alınan tedbir sonucunda ulaşılmak istenen kamu yararı amacı ile yapılan müdahale arasında makul bir oranın bulunmasını sağlayan unsurdur.²³⁶

²³⁰ OĞURLU, s. 37.

²³¹ METİN, s. 30.

²³² OĞURLU, s. 38.

²³³ METİN, s. 31.

²³⁴ RUMPF, s. 33.

²³⁵ OĞURLU, s. 38.

²³⁶ METİN, s. 37.

Gerekli ve elverişli olan aracın son denetimi amaçla orantılı olup olmama durumudur. Alınan tedbir ilk iki unsura uygun olsa bile, mahkeme bazı durumlarda orantısızlık unsurunun vuku bulmasından ötürü hukuka aykırı bulmaktadır. Genel görüş, araçla amacın birbirleriyle uyum içinde olmasının sağlanmasıdır.

Orantılılık ilkesi adı altında yapılan denetim üç şekilde olmaktadır;

1. Alınan önlem sonucunda hangi olumsuzlukların meydana gelmesini önlediğine,
2. Alınan önlemin yarattığı olumsuzluklara bakılır ve son olarak,
3. Bu iki olumsuzluk birbirleriyle karşılaştırılır ve ona göre aracın hukuka aykırı olup olmadığı kamunun yararına olup olmadığı belirlenir.²³⁷

Orantılılığın birçok tanımı yapılmış ve bazı anlamlarda ölçülülük ilkesiyle anlam karmaşası içine girmiştir. Ölçülülük ilkesi gereklilik, elverişlilik ve orantılılık unsurlarını içinde barındırırken, orantılılık ilkesi yukarıda da anlattığımız üzere, uygulanan araçla istenilen amacın birbirleriyle eşit pozisyonda bulunmalarını sağlamaktadır. Özellikle ölçülülük ve orantılılık ilkesinin karıştırılması, İngilterede kavram olarak kullanılan ‘proportionality rule’un her iki anlama da gelmesinden ötürü olabilir.

II) ANAYASA HUKUKU’NDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. Türk Anayasa Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Yeri

1. Genel Olarak

Tabii hukuk düşüncesine göre, temel hak ve özgürlükler kullanıldıkları bireye sınırsız ve mutlak bir özgürlük sağlarlar.²³⁸ Bu düşünceye göre, devlet oluşumundan

²³⁷ METİN, s. 38-39.

²³⁸ SAGLAM, s. 129.

öncede özgürlük vardır ve mutlak özgürlüğe sahip olan bireylerce devlet meydana getirilmiştir.²³⁹ Devlet bireyin özgürlüğünü koruduğu sürece var olması düşüncesi özellikle 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde²⁴⁰ ön plana çıkmıştır.

Günümüzde “bir kişinin özgürlüğünün bittiği yerde başka birinin özgürlüğü başlar” sözüyle özdeşleşen bir özgürlük anlayışı vardır. Nasıl ki, insan sosyal bir varlıksa ve toplum içinde yaşabiliyorsa, toplumunda gereklerini yerine getirme yükümlülüğü vardır.²⁴¹ Fakat birey için bu sınırlamaların geçerli olabilmesi Anayasada hangi hakkın, hangi durumlarda ve ne amaçla sınırlandırıldığının belirtilmesine bağlıdır.²⁴²

Bireyin özgürlüğü son derece önemli olmasına karşın, toplumun bir arada tutulması açısından bu özgürlükleri kısıtlama yoluna gidilebilmekte ve bu kısıtlamalar da ölçülülük denetimiyle hukuka aykırı olup olmadığı incelenmektedir. Kamu düzeni ve özgürlük terimleri arasında terazi değil, bir köprü niteliğinde olan ölçülülük ilkesi hangisinin daha ağır basacağına değil, hangi durumlarda eşit olacağını denetlemektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında amaç ve araç arasındaki nedensellik bağı her anayasada önemli olduğu gibi Türk Anayasasında da çok önemli bir yer tutmaktadır. Ölçülülük ilkesi, özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olmasını dayanak olarak almıştır.²⁴³ Özgürlükler, kamu düzeninin ve sağlığının korunması, suçun önlenmesi, devletin bölünmezliği ve bütünlüğü ve milli güvenliğin sağlanması gibi birçok farklı sebeplerle sınırlandırılabilir.²⁴⁴ Anayasamızda hakkın özüne dokunup dokunulmaması denetiminden önce getirilen kısıtlamalar bu ilkeye göre hukuka uygun

²³⁹ HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, A. Ü. **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, 2002, s. 19.

²⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayın, İstanbul, 1986, s. 564-566.

²⁴¹ HAKYEMEZ, s. 19.

²⁴² METİN, s. 187.

²⁴³ TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 152.

²⁴⁴ HAKYEMEZ, s. 20.

olup olmamasına bakılmaktadır.²⁴⁵ Sınırlamanın sınırının belirlenmesi hem kişiler, hem de kamu otoriteleri için önemlidir.²⁴⁶ Fakat özgürlüğe karşı yapılan her sınırlandırmanın sebebinin aynı olmaması istenilen amaca ulaşma yönünde daha doğru bir adım olacaktır.²⁴⁷

GÖZLER'e göre, kamu otoritesi ilkeyi hüküm içinde tanımlama yapılmış şeklinde belirtmelidir. O'na göre, ilke doktrin tarafından konulmuştur ve ölçülülük ilkesi adı altında bir hüküm olmamalıdır.²⁴⁸

2. Türk Anayasası'nın Elverişlilik, Orantılılık ve Gereklik Unsurları Açısından Değerlendirilmesi

Sınırlamanın sınırının belirlenmesinde ölçülülük ilkesinin kademeli olarak üç alt unsurundan bahsetmek gerekmektedir.²⁴⁹ İlk olarak elverişlilik unsuru bakımından incelenerek, alınan önlemin ulaşılmak istenen amaca yönelik yani amaç için araç olup olmadığına bakılır. Elverişliliğin ne kadar olabileceği sorusuna yanıt olarak, amacı gerçekleştirmeye yönelik olmasının yeterli olabileceğini söyleyebiliriz. İkinci olarak, kullanılan aracın, amacı gerçekleştirmede gerekli veya zorunlu bir etken olup olmamasıdır. İstenilen amaca ulaşmada, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması birden çok daha fazla yolla olabiliyorsa, bu yollardan en az tahrip edeni seçmemiz ölçülülük ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi ve Anayasaya aykırı bir işlem olmaması bakımından önemlidir.²⁵⁰ Üçüncü ve son olarak amaç ve araç arasındaki orantıya, makul ölçüye bakılmasıdır. Bu orantıyla maksat, sınırlamada kullanılan yol, yöntem ya da

²⁴⁵ TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 152.

²⁴⁶ METİN, s. 187.

²⁴⁷ HAKYEMEZ, s. 19.

²⁴⁸ GÖZLER Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2001/4, s. 61.

²⁴⁹ SAĞLAM Fazıl, "1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar", **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, s. 441.

²⁵⁰ METİN, s. 188.

aracın makul oranlarda kullanılmasıdır. Temel hak ve özgürlükler üzerinde orantısız olarak belirlenen yöntem, hukukun, Anayasanın ve insan haklarının ihlaline sebep olmaktadır. SAĞLAM'A göre, bir temel hak ve özgürlükle diğer bir temel hak ve özgürlüğün veya anayasaca korunan bir değer birbirleriyle karşı karşıya kaldığı bir durumda, ölçülülük ilkesi hepsinin ortalama bir seviyede kendilerini koruyabilmesini sağlamak zorundadır.²⁵¹

1982 Anayasası kazuistik bir anayasa olması dolayısıyla, yer alan hükümlerde ince ayrıntısına kadar belirlenmiştir. Bu da demektir ki, her özgürlüğün sınırı anayasa maddelerinde belirtilmiştir.²⁵² Bazı özgürlükler vardır ki, bunların sınırlandırılması mümkün değildir. AİHS 3. maddede yer alan işkence yasağı sınırlandırılmazken, 8., 9., 10. ve 11. maddeler ikinci fıkraları doğrultusunda sınırlandırılabilir.²⁵³ Katı Anayasa'nın uygulandığı ülkelerde sınırlamanın sınırları ve uyacakları esaslar ve denetim sistemleri belirli olmalıdır ki, devlet otoritelerine karşı bireylerin hukuki güvencesi olabilsin.²⁵⁴

3. 1961 Anayasası'nda Ölçülülük İlkesinin İşlevi

1961 Anayasası döneminde ki 13. madde şu şekildedir: “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.*” Madde içinde yer alan ‘öngörüldükleri amaç dışında

²⁵¹ SAGLAM, s. 40.

²⁵² HAKYEMEZ, s. 24.

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları**, s. 158-165

²⁵⁴ HAKYEMEZ, s. 20-21.

kullanılmaması' cümlesi ölçülülük ilkesinin değişiklik öncesi de varlığını hissettirmektedir.²⁵⁵ Temel hak ve özgürlükler düzenlenirken ve sınırları belirlenirken yasa koyucu 13. maddede önemli olan dört durumu göz önüne sermiştir.²⁵⁶

Bunlar;

1. Temel hak ve özgürlüklerin belli bir sebeplerle sınırlanabileceği,
2. Yapılan sınırlamanın anayasanın lafzı ve ruhuna aykırı olamayacağı,
3. Bu sınırlamanın sadece kanun yoluyla yapılabileceği ve
4. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağıdır.²⁵⁷

Her ne kadar 1961 Anayasasında açık bir şekilde ifade edilmemişse de, ilkenin dolaylı yollardan 2001 değişikliğinden önce 13/2. maddede yer alan “kısıtlamaların istenilen ve beklenen amaç dışında yapılamaması” ve 15/1. maddedeki “durumun gerektirdiği ölçü” kavramlarıyla Anayasa Mahkemesi’nce kullanılmasını ve mahkemenin bazı kararlarını şekillendirmesini sağlamıştır.²⁵⁸ Sınırlamanın sınırı olan 1961 Anayasası’nın 11/2. maddesinin etkilendiği Federal Alman Anayasası’nın 19/2. Maddesi şu şekildedir: “*Hiçbir durumda temel hakkın özüne dokunulamaz.*”²⁵⁹ “Öz” kelimesi 1961 Anayasası’nda büyük önem arz etse de, hakkın özüne inmeden önce denetim yapıp yapılmayacağı hususuna pek değinmemiştir.²⁶⁰ Mahkeme, kararlarında ölçülülük ilkesinden daha çok 11/2 maddesinden yararlanmışır.²⁶¹

²⁵⁵ OĞURLU, s. 40.

²⁵⁶ METİN, s. 196.

²⁵⁷ GÖZLER, “*Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri*” s. 54.

²⁵⁸ TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 152.

²⁵⁹ Article 19/2: “*In no case may the essence of a basic right be affected.*” <https://www.btg-bestell.de/pdf/80201000.pdf>. 23. (Erişim Tarihi. 31. 04. 2010)

²⁶⁰ METİN, s. 197.

²⁶¹ METİN, s. 197.

4. 1982 Anayasası'nda Ölçülülük İlkesinin İşlevi

Sınırlama kavramını düzenlenen temel hakla, temel hakkın özü arasında kalan her müdahale şeklinde açıklayabiliriz. Sınırlandırma insan onurunu korumaya yönelik olabileceği gibi devletin yararının ve kamu düzeninin korunmasına yönelik olabilir.²⁶² 1961 Anayasası'nda açıkça yer almayan ilke, hukuk devletinin bir gereği olduğu düşüncesiyle bazı yazarlarca kabul edilmiştir.²⁶³ Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 döneminde verdiği bazı kararlarında açıkça bahsetmese de, ölçülülük ilkesinden yararlanmıştır.²⁶⁴

İlke, yürürlükteki 1982 Anayasası'nın 2001 tarihli değişikliğiyle açıkça anayasa güvencesi altına alınmıştır.²⁶⁵ Getirilen bu değişiklikle, genel olan sınırlama sebepleri daha spesifikleşmiştir. Daha özel olan bu sınırlamalarda hangi hakkın, hangi şartlarda, nasıl yapılabileceğinin belirli olması toplum açısından daha anlaşılır olmasını sağlamıştır.²⁶⁶ Özellikle bu konuda 13. ve 15/1. madde ilke açısından önemli bir yer arz etmektedir.²⁶⁷

Söz konusu 03.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle ortaya çıkan yeni 13. madde şu şekildedir: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Bu madde ile ilke açık bir şekilde anayasada yer almış ve ilke koruma altına alınmıştır. Değişikle genel sınırlama nedenleri ve öngörülen amaç doğrultusunda olma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Fakat GÖZLER, ölçülülük ilkesi olarak terimin

²⁶² OĞURLU, s. 44.

²⁶³ TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 151.

²⁶⁴ SAGLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 110. -118.

²⁶⁵ TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 152.

²⁶⁶ HAKYEMEZ, s. 22.

²⁶⁷ OĞURLU, s. 39-40.

anayasada geçmesini yanlış bulmakta, İsviçre Anayasası'nın 36. maddesinde geçen "ölçülü" ibaresini daha yerinde bulmaktadır.²⁶⁸ Bu madde ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı kesin bir şekilde çizilmesi²⁶⁹ özel sınırlama sebeplerinin artmasına neden olmuştur.²⁷⁰ Bunlar maddeden de anlaşılacağı gibi, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyet gerekleri ve hakların özüne dokunma yasağıdır. 2001 değişikliği öncesindeki 13. maddede yer alan 'Öngörülen amacın dışında kullanılamaması' cümlesi yapısı itibariyle AİHS'e daha uygunken, değişiklikle birlikte cümlenin kaldırılması durumu biraz daha karmaşıklaştırmış ve sözleşmeden biraz uzaklaşmıştır.

Anayasanın 15. maddesi özellikle durumun gerektirdiği ölçüde kelimesiyle ölçülülük ilkesinin haklar bakımından önemini vurgulamıştır. Madde ilkenin alt unsuru niteliğinde olmasına rağmen, ilkenin kabulünde büyük bir etkisi vardır.²⁷¹ 15/1. madde hükmüne göre, temel hak ve özgürlükler kullanılması, "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, uluslararası hukukun getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" şeklinde öngörülmüştür. ÖZBUDUN'A göre, olağanüstü durumlarda bile geçerli olan bu ilkenin, olağan durumlarda geçerli olmaması söz konusu değilken,²⁷² GÖZLER'E göre ilke maddi varlığını bile kabul ettirememiş durumdayken, olağan dönemlerde de ilkeyle denetim yapılması kabul edilemez niteliktedir. 2001 değişikliğinin beraberinde getirdiği tartışma konuları arka plana atılmıştır.²⁷³

²⁶⁸ GÖZLER, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri" s. 57-58.

²⁶⁹ METİN, s. 210.

²⁷⁰ GÖZLER, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri" s. 57.

²⁷¹ OĞURLU, s. 42.

²⁷² ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1998, s. 81.

²⁷³ OĞURLU, s. 43.

5. Ölçülülük İlkesi Kapsamında Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi bu dönemlerde temel hakların yorumlanması ve uygulanması konusunda başka ülkelerin içtihatlarına ve uluslararası antlaşmalara başvuruyordu.²⁷⁴ Bu düşünce 1982 Anayasasında da kendini göstermiş ve mahkeme özellikle AIHS'e başvurmuştur. Mahkeme, yapılan sınırlandırmanın zorunlu olup olmamasını, kamu düzenini bozup bozmadığına ve sınırlamayla korunmak istenen menfaat arasında bir orantı olup olmamasını incelemede bu ilkeye başvurmuştur.²⁷⁵ Özellikle mahkemenin 1988/27 sayılı kararında ilke açık ve net olarak şu şekilde incelemiştir: *"İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır."*²⁷⁶

Gerek 1961 Anayasası'nda, gerekse 1982 Anayasası'nda ölçülülük ilkesine yer veren²⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, ilkenin üç alt unsurundan faydalanmış, bazı kararlarında bu unsurlara yer vermiştir. AYM kararlarında, sınırlamanın sınırını belirleyen bir ilke olarak yer vermektedir.²⁷⁸ GÖZLER, genel görüşün ve Anayasa Mahkemesi'nin aksine, 61 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinden yararlanmadığı düşüncesinde olup, maddede yer almadığını, 2001değişikliğiyle bu iddiasının gerçekleştiğini belirtmiştir.²⁷⁹

²⁷⁴ RUMPF, s. 36.

²⁷⁵ OĞURLU, s. 33.

²⁷⁶ E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 04. 10. 1989, s. 11.

²⁷⁷ GÖZLER, *"Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri"* s. 60.

²⁷⁸ OĞURLU, s. 55.

²⁷⁹ GÖZLER, *"Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri"* s. 60.

Elverişlilik ilkesi açısından baktığımızda, mahkemenin bu unsura dayalı pek fazla kararına rastlamasak da, bazı iptal kararlarında istenilen amaca ulaşmada uygulanan aracın elverişsiz olduğu tespitleri bulunmaktadır.²⁸⁰ Örnek olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 1993/55 sayılı kararını²⁸¹ ve 1991/33 sayılı kararını²⁸² örnek gösterebiliriz. Mahkeme burada elverişlilik yönünden denetlemiş ve aracın amacı gerçekleştirmede elverişli olduğu kararına varmıştır.²⁸³

İlke hangi andan itibaren devreye girer? Sorusuna yanıt olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarını örnek gösterebiliriz. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, temel hak ve özgürlüğün sınırlanması öngörüldüğü andan itibaren yani, hakkın özüne dokunulması düşünüldüğü andan itibaren ilke devreye girmeli ve bu sayede denetim yapılmalıdır.²⁸⁴ Fakat AYM bu denetimi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasından sonra yapmaktadır.²⁸⁵

B. Avrupa Birliği Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Yeri

Ekonomik topluluk olarak meydana gelen Avrupa Birliği (AB), ekonomik girişimlerle ilgili olarak insan haklarını kurumlarınca koruma altına almıştır.²⁸⁶ ATAD'ın yargı yetki alanı Roma antlaşmalarıyla düzenlenmiş, Avrupa Birliği bütünleşme sürecinde bu yetki daha da genişletilmiştir.²⁸⁷ 1950'lerden 1977 yılına kadar AB'yi kuran antlaşmalarda temel haklara yer verilmemiş, Nisan 1977'de Konsey,

²⁸⁰ METİN, s. 223.

²⁸¹ E. 1993/23, K. 1993/55, K. T. 02. 12. 1993, **AMKD**, Sayı 35, Cilt 1, s. 82-88.

²⁸² E. 1990/40, K. 1991/33, K. T. 01. 10. 1991, **AMKD**, Sayı 27, Cilt 2, s. 559-570.

²⁸³ METİN, s. 225.

²⁸⁴ OĞURLU, s. 60.

²⁸⁵ SAĞLAM, s. 110-111.

²⁸⁶ DOEBBLER F. J. Curtis, **International Human Rights Law, Cases and Materials Volume I**, 2004, s. 243.

²⁸⁷ RUMPF, s. 27.

komisyon ve parlamento ortak bir bildiri düzenleyerek temel hakları tanımlamışlardır.²⁸⁸ 1990’larda topluluğun yargı alanı yapılan Avrupa Tek Senedi, Amsterdam ve Maastricht Antlaşmalarıyla genişletilmiştir.²⁸⁹ Avrupa Birliği hukukunda genel hukuk ilkelerinin önemli unsurlarından biri olan ölçülülük ilkesi niteliği itibariyle tamamlayıcı özelliğe sahiptir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın (ATAD) verdiği kararlarda ölçülülük ilkesinden geniş ölçüde faydalanmıştır. Nitekim ATAD’ın içtihatlarında, temel hakkın özüne dokunulmadığı sürece birliğe öncülük eden amaçların yasal olarak gördüğü kısıtlamalar konulabilir. Temel hakkın özüne dokunmama, AB hukukunda sınırlamanın ilk sınırı, ölçülülük ilkesi ise ikinci sınır olarak yerleşmiştir.²⁹⁰

1. Ölçülülük İlkesinin Temeli

Avrupa Birliği hukukunda yazılı olmayıp, ATAD içtihatlarında bulunan ilke, bireyi korumaya yönelik bir genel hukuk ilkesidir.²⁹¹ İlke, Adalet Divanı’nın kararlarında kullanılmasına rağmen, Maastricht Antlaşması’na kadar AB hukukunda açık bir şekilde yer almamaktaydı. Bu ilkenin temelini ATAD antlaşmalara bağlamış ve antlaşma metinleri içinde geçen gereklilik, zorunluluk, adaletlilik ve haklılık gibi terimlerin ilkenin esasını oluşturduğunu belirtmiştir.²⁹² Bazı durumlarda bu ilke, kişisel, ulusal ve toplum çıkarlarını sınırlandırabilmektedir. Yani ilke, bir yandan temel hakların sınırlandırılmasında negatif bir etki yaratmakta, diğer yandan hakkın özüne dokunulmaması konusunda pozitif bir etki yaratmaktadır.²⁹³

²⁸⁸ TAŞDEMİR Hakan-GÜNGÖR AKKAN Fatma, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 53. Maddesi’nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, Sayı 1-2, s. 1077.

²⁸⁹ DOEBBLER, s. 243.

²⁹⁰ METİN, s. 93.

²⁹¹ RUMPF, s. 28.

²⁹² METİN, s. 95.

²⁹³ RUMPF, s. 29.

Ölçülülük ilkesinin dönüm noktası olarak kabul edilen 17.12.1970 tarihli Internationale Handelsgesellschaft²⁹⁴ kararına atıf yaparak, birlik hukukunun bir parçası olmasını sağlamıştır.²⁹⁵ Davanın konusu Alman Anayasası'ndaki temel hakların ihlali üzerinedir. ATAD, bu davada Alman Anayasası'nın temel haklar konusunda Avrupa Birliği'nin temel haklar şartıyla çatışması durumunda temel haklar şartının uygulanmamasını tartışmıştır.²⁹⁶ İlke, ATAD'ın Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması ile ilgili verdiği kararlarda bile kendini göstermiş ve topluluk hukukunun genel ilkesi olarak tanınmıştır. Antlaşma maddeleriyle aynı nitelikte olan bu ilke, aynı zamanda topluluk hukukunun ikincil kaynaklarından önce gelmektedir.²⁹⁷

Avrupa Birliği Antlaşması²⁹⁸ (ABA) eski 3. maddesinin b hükmüne ve yeni 5. maddesinde (subsidiarite prensibi) açıkça ölçülülük ilkesi düzenlenmiştir.²⁹⁹ İlk kez Maastricht Antlaşması'nda yer alan Subsidiarite prensibi Türkçede yetki devri olarak da nitelendirilebilen ikincillik, yerellik anlamı taşımaktadır.³⁰⁰ Söz konusu madde şu şekildedir: *“Topluluk bu Antlaşma ile kendisine tanınan yetki ve hedeflerle sınırlı olarak faaliyet gösterir. Kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda ise Topluluk, yetki ikamesi ilkesine uygun olarak ve söz konusu faaliyetin hedefleri Üye Devletler tarafından tatminkâr bir ölçüde gerçekleştirilemeyeceği ve dolayısıyla öngörülen faaliyetin boyutları ile etkileri Topluluk seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebileceği ölçüde müdahalede bulunur. Topluluk faaliyeti, bu Antlaşma hedeflerine erişmek için gerekli olan sınırı aşamaz.”* Bu madde ile ulaşılmak istenen amaca üye devletlerin

²⁹⁴ METİN, s. 94-97.

²⁹⁵ ARSAVA Füsün, *“Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar”*, A. Ü. **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 118.

²⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. DOEBBLER, s. 245-248.

²⁹⁷ METİN, s. 99-100.

²⁹⁸ 07. 02. 1992 tarihinde Maastricht'de imzalanan ve 01. 11. 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması yerine de kullanılmaktadır.

²⁹⁹ METİN, s. 98.

³⁰⁰ BOZKURT Enver-Mehmet ÖZCAN-Arif KÖKTAŞ, **Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın, 4. Baskı, 2008, s. 33.

kendi tasarruflarıyla değil de, birlik tasarrufları yoluyla ulaşılmasının daha yerinde olacağı öngörülmüştür.

ATAD'a göre ölçülülük ilkesi, idare hukukunda ulaşılmak istenen amaçla kullanılan araç arasındaki uyumun belirlenmesinde kullanılan ama aynı zamanda birliğin yasa koyucusu için de önem arz eden bir terimdir. Yapılan idari işlem veya eylem hukuka uygun, amaca yönelik ve meşru olmak zorundadır.³⁰¹ Yine, ATA 30. maddesinde belirtilen *“28 ve 29. maddelerin hükümleri, kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, kişi ve hayvan sağlığının ve yaşamının korunması ya da bitkilerle, sanat, tarih ve arkeolojik değeri olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınaî mülkiyetin korunması nedenlerinin haklı kıldığı ithalat, ihracat ya da transit yasaklamalarına veya kısıtlamalarına engel olmaz. Bununla beraber, bu yasaklamalar ya da kısıtlamalar, Üye Devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayırmacılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmaz.”* sınırlamalarının hangi oran, hal ve şartlarda yapılacağına da kamu otoritelerince belirlenmesi gerekir.

2. Ölçülülük İlkesinin İşlevi

AB hukukunda ilkenin başlı başına 3 işlevi vardır. Bunlar, anayasal norm niteliğinde olma, temel hakların sınırlandırılması sınırı ve yorumsal işlevidir. İlk olarak anayasal norm niteliğinde olması, ATAD'ın ilkeyi sübjektif haklardan ayırarak genel hukuk ilkeleri arasında tanınmasıyla oluşmuştur. Bu yüzden ilkenin devreye girmesi için, bir hakka müdahale edilmesi gerekmemektedir. İkinci olarak, ilkenin temel haklara yapılan sınırlandırmadaki sınırı çizme işlevine bakacak olursak, ATAD yapılan sınırlamanın hukuka uygun olup olmadığını aşamalı şekilde denetlemektedir.³⁰² Birinci aşamada, sözü edilen temel hakkın topluluk hukukunda korunup korunmadığını, ikinci aşamada topluluk hukukunda bahsedilen temel hakkın koruma alanının çemberini yorum ve araştırma yoluyla çizerek, yapılan müdahalenin bu çemberin içine girerek ihlal edip etmediğini ve son olarak üçüncü aşamada ilkeye başvurarak müdahalenin

³⁰¹ BOZKURT, *Avrupa Birliği Hukuku*, s. 172.

³⁰² METİN, s. 103.

sınırı belirlemektedir.³⁰³ RUMPF'A göre, ilkenin yorum işlevi vardır. Yorum ölçütü olarak kullanılan bu ilke, karar verme sürecini kesin bir sonuca bağlamaktadır. Elverişlilik ve gereklilik ilkesi kamu otoritesine karşısına çıkan somut olayı geniş bir şekilde yorumlama yetkisi vermektedir.³⁰⁴

Yorum ilkesi niteliğinde işlevi olan bu ilke, topluluk hukukundaki maddelerin, aynı zamanda birincil kaynakların ve bundan başka ikincil kaynakların yorumlanmasında etkin bir şekilde kullanılmaktadır.³⁰⁵

C. Diğer Anayasalarda Ölçülülük İlkesinin Yeri

1. Alman ve Fransız Anayasası

İlke, ATAD kararları sayesinde Avrupa'nın birçok ülkesinde başta Almanya olmak üzere kullanılmaya başlanmıştır. İlkenin İrlanda ve İngiliz hukuklarında yer alması 1972 tarihinden sonra olmuştur.³⁰⁶

Daha önce de belirttiğimiz gibi, ölçülülük ilkesi en kapsamlı bir şekilde Alman hukukunda uygulanmaktadır. 19.yy.'de polis hukuku çerçevesinde kullanılan bu ilke ilk başlarda alt unsuru olan gereklilik ilkesi (Erforderlichkeitsprinzip) doğrultusunda dar anlamda kullanılmış, daha sonra 1950'li yıllarda diğer elverişlilik (Geeignetheitprinzip) ve orantılılık (Proportionalitätsprinzip) unsurlarıyla birlikte idare ve anayasa hukuku alanlarında özellikle Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da kullanılarak çok daha geniş bir alana yayılmıştır.³⁰⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi ölçülülük

³⁰³ METİN, s. 103.

³⁰⁴ RUMPF, s. 46.

³⁰⁵ METİN, s. 107.

³⁰⁶ OĞURLU, s. 194.

³⁰⁷ TANÖR Bülent-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, Mart 2002, İstanbul, s. 152; ŞENOCAK Kemal-Mustafa KILIÇOĞLU, "*İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu*", **Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan**, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 184-185.

ilkesini, karşılıklı etkileşim kuramıyla (Wechselwirkungstheorie) yani, temel hakkın sınırının yine temel hakkın kendisiyle sınırlanabileceği düşüncesiyle kullanmaktadır.³⁰⁸

Alman Anayasası'nda söz konusu ilkenin denetimi üç alt unsura bakılmak suretiyle gerçekleşmektedir. Bunlar, beklenen amaca ulaşma yolundaki aracın elverişli olması, elverişli bulunan aracın amacı gerçekleştirmede ne kadar gerekli olduğuna bakılması ve amaç ve araç arasında orantı olmasıdır. Amaca ulaşmada kullanılan yöntem daha az önem verildiği dönemlerde, ölçülülük ilkesine dayanılarak pek denetim yapılmamakla birlikte, kullanılan yöntemin daha soft (yumuşak) olmasına önem veriliyordu.³⁰⁹ Günümüzde bu ilke, Almanya'da anayasa hükümleri niteliğindedir.

Almanya'da bu ilkenin çok geniş bir şekilde kullanılması bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. İlkenin bu kadar aşırı derecede uygulanmasının, hâkimin takdir yetkisini çok geniş bir şekilde kullanarak yasa koyucu yerine geçmesinin tehlikeli olacağı düşüncesine katılmıyoruz.³¹⁰

Fransız hukukunda ölçülülük ilkesi, Alman hukuku ve AB hukuku sayesinde tanınmış ve kabul edilmiştir. İlke, takdir yetkisinin kötüye kullanılması başlığı altında incelenmiştir. Fransız Anayasa Konseyi kanunun anayasaya uygunluğunu, kanun yürürlüğe girene kadar denetleyebilme yetkisi bu yönüyle Türk ve Alman denetim sisteminden farklıdır.³¹¹ İlk başlarda polis hukukunda alt unsuru olan gereklilik ilkesi (Le principe de necessite) doğrultusunda dar anlamda kullanılmış, AB hukuk kurallarının yürürlüğe girmesiyle birlikte diğer elverişlilik (Le principe d'adequation) ve orantılılık (Le principe de proportionnalite) unsurlarıyla birlikte³¹² geniş bir şekilde denetim yapılmaya başlanmıştır.

³⁰⁸ RUMPF, s. 31.

³⁰⁹ METİN, s. 122.

³¹⁰ RUMPF, s. 32.

³¹¹ METİN, s. 161.

³¹² ŞENOCAK, s. 184-185.

2. İsviçre Anayasası

Daha İsviçre Anayasası taslağının hazırlanmasında etkin bir rol oynayan ölçülülük ilkesi, bu anayasanın yürürlüğe girmesine kadar yazılı olmayan bir hukuk kuralı olarak görülmüştür. Federal mahkeme bu ilkeye ilk defa 19. yüzyılın son dönemlerinde ticaret ve sanayi özgürlüğünün kullanılmasıyla ilgili bir davaya itiraz sonucunda önüne gelen 52 1 222 ff. kararında başvurmuş ve alınan tedbirlerin yasal olmadığını ve istenilen amaç doğrultusunda farklı bir yöntem denenebileceğini bu kararında belirtmiştir. İlke söz konusu anayasal dayanağını, İsviçre anayasasının 5/2. ve 36/3-4. maddelerinden almaktadır.³¹³ Anayasanın 5/2. maddesine göre, *devlet faaliyetleri kamu yararı ile bağlantılı ve ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmalıdır.*” şeklinde açıklanmaktadır.³¹⁴ Gene anayasanın 36/3-4. maddesi şu şekildedir: “3- *Temel Haklar üzerinde yapılan herhangi bir kısıtlama, orantılı olmak zorundadır. 4- Temel Hakların özüne saygısızlık edilemez.*”³¹⁵ İsviçre de “Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit” anlamında kullanılan bu ilke, İsviçre devletinin yetkilerinin genişlemesiyle her alana girmiş ve uygulanmıştır.

İlke, İsviçre uygulamasında, alt unsuru olan gereklilik, elverişlilik ve orantılılık kavramlarının ayrı kategorilerde ve birbirinden bağımsız bir şekilde uygulanmıştır. Daha çok elverişlilik unsuru kullanılmaktadır. Bu unsurun kullanılmasının temel sebebi, hakkın kötüye kullanılmasıyla doğru orantılı olmasıdır. Hak kötüye kullanıldığı zaman, amaca ulaşma doğrultusundaki elverişlilik ortadan kalkmakta ve hukuka aykırı olmaktadır.³¹⁶

III) İDARE HUKUKU’NDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

³¹³ METİN, s. 150.

³¹⁴ Article 5/3: “State activities must be conducted in the public interest and be proportionate to the ends sought. ” <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>, s. 2. (Erişim Tarihi. 31. 04. 2010)

³¹⁵ Article 36/3-4: “3- Any restrictions on fundamental rights must be proportionate. 4- The essence of fundamental rights is sacrosanct. ” <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>, s. 7. (Erişim Tarihi. 31. 04. 2010)

³¹⁶ METİN, s. 151.

A. Ölçülülük İlkesinin Kapsamı

İlke, ilk olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarında oluşmaya başlamış ve Anayasa Yargısı sayesinde de Türk İdare Hukuku sistemine girmiştir. İdare hukukuna göre ölçülülük ilkesini tanımlayacak olursak, idarenin eylem, işlem ve faaliyetlerinde öngördüğü vasıta, ölçü ve olanakların, elde etmek istediği sonuçlara uygulanmasıdır.

İdare hukuku alanında genellikle orantılılık ilkesinden faydalanmaktadır. Kamu otoritesi kişinin çıkarıyla kamunun çıkarı arasında çıkar çatışmasını engellemek amacıyla dengeli bir karar vermek bunu uygulamak zorundadır. İdare hukukunda amaç ve araç dengesini sağlayan ilkeye, idare işlem veya eylemini yaparken kanuna ve yaptığı işlemin şartlarına uygun davranıp davranmadığını belirlemek amacıyla başvurulmaktadır. Kısıtlayıcı karar veren idareyle, temel hak ve özgürlükler arasında dengeyi amaç-araç ilişkisi doğrultusunda ölçülülük ilkesi sağlamaktadır.³¹⁷

İdare hukukunda amaç, kamu otoritesinin idari işlem sayesinde ulaşmak istediği ve beklediği kesin sonuçtur.³¹⁸ Başka bir deyişle, idare hukukunda amaç, idari işlemi yerine getiren merciinin istediği amaca ulaşma konusundaki aklından geçen fikir ve düşüncelerdir.³¹⁹ Bütün idari işlem, eylem ve kararların amacı toplumun ihtiyaçlarının karşılanması ve dolayısıyla kamu yararadır.³²⁰ İdare hukukunda amaç ve araç ilişkisi göz önüne alındığında, idare dışında bireysel ve siyasal amaç güdülmesi ve idari kararlar için kanunlarda öngörülen özel bir amacı aşan bir işlemin gerçekleşmesi kullanılan araç açısından amaca ulaşmada hukuka aykırılık teşkil edecektir.³²¹ İlke özellikle kolluk faaliyetleri ve özel idari yaptırımlarda kendini göstermektedir.³²² Özel bir amacı aşan bir

³¹⁷ OĞURLU, s. 35.

³¹⁸ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Aynı Bası, Ankara 2002, s. 146.

³¹⁹ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 299.

³²⁰ GÜNDAY, s. 146.

³²¹ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 301.

³²² OĞURLU, s. 35.

işleme örnek verecek olursak, kolluk kuvvetlerinin kamu düzenini korumak ve sağlamak dışında başka eylemler ve işlemler gerçekleştirmesini söyleyebiliriz.³²³

Sınırlamanın istisna olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu yüzden, sınırlamanın sınırı aşılırsa hakkın artık kullanılamaz bir hale gelmesini sağlamak, egemenlik ve demokrasilerin bulunduğu ülkelerde olması düşünülemez.

B. İdarenin Ölçülülük İlkesi Kapsamında Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırması

1. Genel Olarak

Sınırlamanın ancak demokratik bir toplumun gereği olan kanunla yapılabileceğini ve kanunun belirttiği sınırlar dışına çıkamayacağını daha önceki konularımızda belirtmiştik. Bu yüzden yapılan yasa, bireyler ve kurumlar için karşılarına çıkan somut olaylarda uygulanmak üzere, açık ve anlaşılır bir şekilde yapılmalıdır.³²⁴ Kanun ne kadar açık ve anlaşılırsa, önümüze çıkan olaylardaki çözüm arayışı o kadar kolay olacaktır.

Ölçülülük ilkesinin idare hukukunda da uygulanması gerektiğini ilk düşünenlerden olan F.F. Mayer'e göre, devletin, kişinin özgürlük alanına uyguladığı tedbir eğer ölçülüyse, o zaman o araç meşru olacaktır. Ona göre, olması beklenen amaç, uygulanan araç yüzünden aşılyorsa, araç gereksiz ve oransız olacaktır.³²⁵

İdare, sınırlamak istediği temel hak ve özgürlüğü, anayasamızın 13. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerine dayanarak yapmak zorunluluğu bulunmaktadır. İdareni almak istediği tedbirler kanunda belirli olmasından dolayı, idareye dar bir düzenleme alanı sağlamaktadır.

³²³ GÜNDAY, s. 147.

³²⁴ OĞURLU, s. 61.

³²⁵ METİN, s. 46.

2. Olağan ve Olağanüstü Hallerde İdarenin Sınırlandırma Yetkisi

İdarenin temel hak ve özgürlükler üzerindeki sınırlandırma yetkisi olağan ve olağanüstü hallerde birbirinden ayrılmaktadır. Silah kullanma zorunda kalarak adam öldürme, yayınları izne bağlama, yakalama ve gözaltı halleri, grevleri erteleme gibi kanunda belirtilen hallerin idare tarafından müdahale edilmesine olanak tanımaktadır.³²⁶ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU'NA göre, silahlı kullanma zorunda kalarak adam öldürmenin, yaşama hakkı gibi temel bir hakkı ihlal etmesi bakımından aşırı derecede ölçüsüz olduğunu savunmuştur.³²⁷ OĞURLU'YA göre, özel hayatın gizliliği, bilim ve sanat özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi birçok temel hakkın idarece sınırlandırma yoluna gidildiği zaman 'özüne dokunulmuş' sayılması gerekmekte ve bu tür temel hak ve özgürlüklerin sınırları kanunla yargı yetkisi verildiği takdirde veya anayasa tarafından çizilebilmektedir.

Olağan dönemlerde sınırlamaları belirten kanunlar sadece yasama ve yargı organlarınca uygulanabilmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda idare, Anayasanın verdiği yetkiye bağlı olarak müdahalede bulunabilir. İdarenin, özellikle kamulaştırma, vergilendirme, idari yaptırımlar gibi idari eylem, işlem ve faaliyetlerinde müdahale etme yetkisine haiz olduğu belirtilmiştir.³²⁸ Olağan hallerde yetkili mercii Anayasa 91/1. maddede³²⁹ belirtilen Bakanlar Kuruluyken, olağanüstü hallerde yetkili mercii Anayasa'nın 121/3. maddesinde³³⁰ Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruludur.

³²⁶ OĞURLU, s. 64-65.

³²⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 152.

³²⁸ OĞURLU, s. 65.

³²⁹ Anayasa 91/1. Madde: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. "

³³⁰ Anayasa 121/3. Madde: "Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir.

Olağanüstü dönemlerde Anayasa ve kanunlarca öngörülmüş olup, idarenin sınırlandırma yetkisinin biraz daha genişlemekte olduğu gözler önüne serilmiştir.³³¹ Olağan dönemlerde, Anayasa'nın 91/2. maddesi³³² uyarınca Bakanlar Kurulunun Kanun Hükmünde Kararname çıkarabilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılması gereken yetki kanununa ihtiyaç varken, 91/5. maddede³³³ belirtilen olağanüstü dönemlerde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler için bu yetki kanununa ihtiyaç yoktur.³³⁴ Olağanüstü dönemlerde bile, idare temel hak ve özgürlüğü sınırlandırırken ölçülülük ilkesine ve bu ilkenin alt unsurlarına uygun davranma yükümlülüğü vardır. Bu yüzden idarenin sınırlama yetkisinin sonsuz olduğu düşünülmemelidir.³³⁵ Anayasa'nın 15/1. maddesinde yer alan 'durumun gerektirdiği ölçüde' kelimesi ile gene anayasanın 15/2. maddesinde yer alan 'dokunulmaz haklar' kelimesi idarenin olağanüstü dönemlerde sınırlandırma yaparken bile uymak zorunda olduğu ölçüleri belirtmektedir.³³⁶

C. İdarenin Takdir Yetkisini Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Kullanması

1. Takdir Yetkisinin Tanımı ve İçeriği

Yetki, idari merciinin belirli bir işlemi, eylemi ve faaliyeti yapabilme kudreti, ehliyetidir.³³⁷ İdari işlemin kimin tarafından yapılacağı yetki unsuru tarafından

Bu kararname, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir. ”

³³¹ OĞURLU, s. 65.

³³² Anayasa 91/2. Madde: “Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir. ”

³³³ Anayasa 91/5. Madde: “Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır. ”

³³⁴ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 360.

³³⁵ GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4, 1990, s. 71.

³³⁶ OĞURLU, s. 66-67.

³³⁷ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Bursa, Ekim 2005, s. 240.

belirlenmektedir.³³⁸ İdarenin takdir yetkisi ise, kanun tarafından verilen bir yetkiyi idarenin uygulayıp uygulamamakta serbest olması durumunda ortaya çıkmaktadır. İdareye takdir yetkisinin verilmesinin nedeni, karşısına çıkan somut bir olayda adaletli ve her iki taraf açısından uygun bir karar verebilmesini sağlamaktır.³³⁹ Bu yetki sınırsız değildir.

İdarenin amacının kamu yararı olduğunu belirtmiştik. Amaç yönünden değil, konu ve sebep unsurları yönünden idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Yetkinin kim tarafından kullanılacağı anayasada ve kanunlarda belirtilmişken, takdir yetkisinin sınırlarının belirtilmemesi idare adına büyük bir hukuk boşluğu olduğu kanaatindeyim.

2. Ölçülülük İlkesi Işığında Takdir Yetkisinin Kullanılması

Günümüzde dahi idarenin işlem veya eylemlerini yerine getirirken keyfi davrandığını, amacı gerçekleştirmede orantısız araç kullandığını görmekteyiz. İlke, özellikle idarenin takdir yetkisini kullanırken kendini göstermesi gerekirken, ilkeye çok da fazla önem verilmemekte ve denetim dışında bırakılmaktadır. Bu sebeple, keyfilikten idarenin kaçınması için takdir yetkisinin sınırlarının zorunluluk, elverişlilik ve orantılılık ilkelerince belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin Fransız idare hukuku doktrininde idarenin takdir yetkisi olduğu somut olaylarda bile, alınan tedbir veya yapılan idari işlemin konusu ve sebebi yönünden arada açık bir orantısızlık var ise, bu durumda ilkeye aykırı olması gerektiği iddia edilmiştir.³⁴⁰

Hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamak zorunda olan idare, takdir yetkisini bu yönde kullanamaz. İdare takdir yetkisini amacı dışında kullanmış ise, buna öğretide ‘takdir isabetsizliği’ denmektedir.³⁴¹ Takdir isabetsizliği olarak görülen bu olgunun

³³⁸ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 240.

³³⁹ OĞURLU, s. 99.

³⁴⁰ GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 298.

³⁴¹ OĞURLU, s. 103.

aslında takdir yetkisini kullanan idarenin ölçülülük ilkesi uymadığını göstermektedir.³⁴² OĞURLU'YA göre öngörülen aracın amaca uygunluğu yargı denetimini kapsamı dışındadır ve takdir yetkisinin yerindeliğinin denetlenmesiyle hukuka uygunluğunun denetlenmesi farklıdır.

IV) İNSAN HAKLARI ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. AİHS'te ve AİHM'nde Ölçülülük İlkesinin Yeri

1. Genel Olarak

İnsan hakları ve insancıl hukuk, ortak etik ve din köklerinden gelirken, büyük ölçüde tarihi ve felsefesi bakımından birbirinden bağımsız olarak geliştirilmiştir. Bu bağımsızlık, 1948 İnsan Haklarının Evrensel Beyannamesi ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin eşzamanlı taslaklandırma süreci boyunca muhtemelen grafiksel olarak gösterilmiştir.³⁴³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) ve ek protokollerde ölçülülük teriminden herhangi bir şekilde bahsetmemesiyle beraber, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarında ölçülülük ilkesinden faydalandığı açıkça görülmektedir. Özellikle temel hak ve hürriyetlerin kamu eliyle sınırlandırılması ve 14. madde hususunda ölçülülük ilkesine etkin bir şekilde başvurmakta, söz konusu sınırlamayla kamu düzeninin sağlanması amacı arasındaki uyum ve orantıyı denetlemektedir. Bazı kararlarında takdir yetkisini geniş bir şekilde kullandığı da gözden kaçmamalıdır.³⁴⁴ Aşağıda bahsedeceğimiz sözleşmenin 5., 8.-11., 14. ve 15. maddelerinde ve ek 1.Protokol'ün 1. maddesinde ölçülülük ilkesinden açıkça olmasa da örtülü bir şekilde bahsedilmiştir.

³⁴² GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 298.

³⁴³ WATKIN, s. 34.

³⁴⁴ METİN, s. 92.

2. AİHS 5., 8.-11., 14., 15. Maddelerinin ve Ek 1. Protokol'ün Ölçülülük İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS 5. madde)

Tutuklama ve gözaltına alma sürelerini kısıtlama yoluna giderek devletin keyfi davranmasını ve su istimalini önlemek olan maddenin ilk fıkrası, bir bireyin sayılı haller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını belirtmektedir.³⁴⁵

AİHS 5/1'e göre; “a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; dışında kimsenin özgürlük hakkından yoksun bırakılamayacağıdır.

³⁴⁵ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 170.

Bu madde ile bireyin özgürlük hakkının hangi hallerde sınırlanabileceği düzenlenmiş ve böylece hakkın kısıtlanmasındaki amaç belirlenmiştir. Yine bu maddede tutuklama ve yakalamanın meşru sayıldığı haller belirtilmiş, tutuklama ya da yakalama şeklinde alınan güvenlik tedbirinin sözleşmenin 5. maddesinde sayılan durumlara uygun olması gerekliliği ve zorunluluğu getirilmiştir.³⁴⁶

AİHM'nin 2614/65 sayılı Ringeisen-Avusturya kararında³⁴⁷ 5. maddesinin 1.fikrasının 'makul kuşku' sayılabilecek durumların madde kapsamına gireceği için özellikle tutuklama ve yakalama faaliyetlerinin devletlerin kendi iç hukuklarına göre belirlenmesi gerektiği için mahkemenin karar verme gibi bir durumunun olmadığını belirtmiştir. Fakat mahkeme bu davada kişinin tutukluluğunun makul sürenin dışına çıkılıp çıkmadığına dair bir denetleme yapma yetkisini kendisinde görmüş, bu durumu değerlendirirken amaç-araç ilişkisini göz önünde tutmuştur. Burada amaç-araç ilişkisinden maksat, verilen cezayla öngörülen tutuklamanın orantılı olup olmamasıdır.³⁴⁸ Gene AİHM'in 9300/81 sayılı Can-Avusturya kararında³⁴⁹ 5. maddenin 3.fikrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

b. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması, Düşünce, Vicdan, İfade ve Din Özgürlüğü ve Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü (AİHS 8.-11. Madde)

Sözleşmede yer alan 8., 9., 10., ve 11. maddelerin 2. fıkrasına göre, sözü edilen maddelerdeki hakların kullanılabilmesinin sınırı ancak kamu düzeninin, kamu güvenliğinin, kamusal sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından demokratik bir toplumda zorunlu önlemlerle ve yasayla çizilebilir. AİHS'te yer alan bu 4 maddenin ortak yanları her birinin ikinci fıkrasıyla ilk fıkrasının kısıtlanmış olmasıdır.

³⁴⁶ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 170.

³⁴⁷ DOĞRU Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I*, Ağustos 2003, Ankara, s. 84-99.

³⁴⁸ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 173.

³⁴⁹ DOĞRU, s. 901-905.

Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrasında haklar tanınmış, ikinci fıkrasıyla bu haklara sınırlar getirmiştir.³⁵⁰ AİHM, 8978/80 sayılı X ve Y-Hollanda kararında³⁵¹, baba Y'nin yaptığı başvuruyu 8. maddenin aile hayatının korunmasında aile bireylerinin yükümlülükleri olması dolayısıyla uygun bulmuş, söz konusu alınan yükümlülüklerle kamu düzenin sağlanması amaçlandığını düşünerek üst mahkemenin vermiş olduğu kararı 8. maddeye aykırı bulmuştur.

Yapılan sınırlandırmaların amacının geçerli, yasal, gerekli ve zorunlu olma unsurlarının yanında aynı zamanda yapılan sınırlandırmayla ulaşılmak istenilen amaçla aralarında bir orantı bulunması şarttır.³⁵² Yani ölçülülük ilkesi karşımıza, yapılan sınırlandırmanın ne ölçüde gerekli olduğu hususunda anılan maddelerle birlikte belirtilmekte ve AİHM'ce bu durum incelenebilmektedir.³⁵³ Nedenlerin hak ve özgürlükleri kısıtlamada yeterli, orantılı ve gerekli olup olmadığı mahkemece incelenmektedir.³⁵⁴

AİHS 9. madde, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemiştir. Bu maddeye göre, *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”* ve AİHS 10. madde, *“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.”* şeklinde ifade edilmektedir. 9. ve 10. madde kişilerin iç

³⁵⁰ ÇOLAKER Mustafa, *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”*, **Adalet Dergisi**, Sayı 36, Ocak 2010, s. 142.

³⁵¹ DOĞRU, s. 853-861.

³⁵² METİN, s. 82.

³⁵³ METİN, s. 82.

³⁵⁴ ÇOLAKER, s. 157.

dünyalarıyla ilgili olup, insanı insan yapan düşünme ve ifade yetisini ve ayrıca ruhani tercihlerini korumaktadır. Hukuk alanında din, düşünce, vicdan ve ifade özgürlüğünün tezahür edebilmesi için maddelerin 2.fikrasında belirtilen durumların varlığı yetmez. Bu aykırılığın oluşabilmesi için önce dış dünyaya bu yetilerin yansıtılması gerekir.³⁵⁵ Bu yetilerin yansıtılmasından sonra söz konusu maddenin 2.fikrası devreye girer ve bu şekilde kısıtlanan özgürlüğün, ölçülülük ilkesinin unsurlarına uygun olup olmadığı mahkemece tespit edilir.

Mahkemenin 7367/76 sayılı Guzzardi-İtalya kararında başvurusunun mecburen kaldığı yerde ibadet edememesini bir ihlal olarak görmemiş, bunun yanında başvurusunun ibadet konusunda kiliseye karşı bir talebinin olmadığını da belirtmiştir.³⁵⁶

c. Ayrımcılık Yasağı (AİHS 14. Madde)

Mahkemeye göre, farklı her uygulama ayrımcılık teşkile etmeyeceği fakat yasal olması istenen ve beklenen amaçla, bu amacı gerçekleştirmede uygulanan araç arasında ölçülülük ilkesinin var olmaması halinde böyle bir ayrımcılığın gerçekleşeceği yönünde yerleşik içtihatları bulunmaktadır. Toplumun her kesiminde ve her kurumunda uygulanabilen bu madde titizlikle uygulanmalıdır.³⁵⁷

AİHM'in 6833/74 sayılı Marckx-Belçika kararında³⁵⁸ 8. maddeyle ilgili olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*” Belçika hükümeti, evli anneye evli olmayan annenin çocuğuna bakma yükümlülüğü açısından birbirinden farklı olduğunu, evli annenin böyle bir

³⁵⁵ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 200-204.

³⁵⁶ DOĞRU, s. 372-391.

³⁵⁷ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 221.

³⁵⁸ DOĞRU, s. 308-318.

yükümlülüğü kanunda yazılıyken, evli olmayan annenin böyle bir yükümlülüğünün olmadığı kanısındadır. Mahkeme, böyle bir durumun varsayıldığı bir durumda çocuğun annesiz kalacağını ve soy bağının belirsiz olacağını, bu sebeple kutsal olan aile yaşamından mahrum kalacağını, bununda dolaylı olarak 8. madde de dahil olmak üzere 14. maddeyi ihlal edeceğini belirtmiş, korunmak istenen aile kavramıyla annelik ilişkisini tanıma hakkının birbirleriyle çatıştığına, bu durumda amaçla araç arasında bir bağlantı olamayacağına karar vermiştir.

Yine AİHM'in 5029/71 sayılı Klass ve Diğerleri-Almanya kararında³⁵⁹ telefon görüşmelerinin sözleşmede açıkça öngörülme de özel yaşamın korunması kapsamında değerlendirileceğini ve bu görüşmelerin zorunlu olduğu hallerde kanunla dinlenebileceğini belirterek söz konusu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre hak, olabildiğince az sınırlandırılmalı ve amaca yönelik olmalıdır.³⁶⁰

d. Olağanüstü Hallerde Askıya Alma (AİHS 15. madde)

Açık bir şekilde belirtilen söz konusu maddenin 1.fıkrası şu şekildedir: “*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.*” Durumun gerektirdiği ölçü ile kastedilen tehlikeyle alınacak olan önlemin birbirleriyle orantılı, ölçülü olması durumudur. Alınan önlem, tehlikenin ulaştığı noktadan daha üst bir sınırdan, aşırı ve gereksiz olmamalıdır.³⁶¹ Örnek verecek olursak, Amerika Hükümetinin 11 Eylül Saldırılarından sonra uygulamaya başladığı sert Güvenlik Tedbirleri durumun gerektirdiği ölçüden fazlasıyla uzak, aşırı ve ölçsüz olmaktadır.

³⁵⁹ DOĞRU, s. 246-267.

³⁶⁰ ÇOLAKER, s. 157.

³⁶¹ METİN, s. 81.

Alınması gereken tedbirler, 15. madde ışığında ölçülünün alt unsuru olan zorunluluk, gereklilik ve orantılılık esaslarıyla belirlenebilecek ve bu esaslar belirleyen merciinin takdir yetkisi kısıtlanacaktır. Ölçülülük ilkesi ancak tehlike karşısında alınan tedbirlerin ulaşılması beklenen amaca hizmet edip etmediğine ve tehlikeyle alınan tedbirin ölçülülüğüne bakılması hususunda devreye girecektir. Her ne kadar takdir yetkisi bu yönden kısıtlansa da AİHM bu konuda ulusal mercilere geniş takdir yetkisi vermektedir.³⁶² Nitekim AİHM'İN 332/57 sayılı Lawless-İrlanda kararında olağanüstü hallerde aykırı önlemler alınabileceğine ilişkin olarak kendi yetkili sayarak 15. madde çerçevesinde karara bağlamıştır.³⁶³

e. Mülkiyet Hakkı (Ek 1. Protokol'ün 1. Maddesi)

Mülkiyet, eğitim ve serbest seçim hakkının yer aldığı ek 1 No.lu Protokol 18.05.1954 yılında yürürlüğe girmiştir. Ölçülülük ilkesi özellikle mülkiyet hakkının belirlenmesinde rol almıştır. Sözü edilen ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine göre; *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.”* İlk cümleyle söz konusu hak ifade edilmiş olup, sonrasında devam eden cümleler hakkın hangi hallerde sınırlanacağını belirtmiştir. Kamu otoritelerince kullanılan “kamu yararı” şartı ölçülülük ilkesinin bir gereği olup, amacı dışında ve makul olmayan müdahaleler hukuka, sözleşmeye ve ilkeye aykırı olacaktır.³⁶⁴

³⁶² METİN, s. 82.

³⁶³ DOĞRU, s. 1-27.

³⁶⁴ BOZKURT, *Uluslararası İnsan Hakları*, s. 221.

AİHM'in 7151/75 sayılı Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararında mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶⁵ Kararda kamulaştırmanın gecikmesi sonucunda kişilerin mülkiyet haklarının ihlal edilmesi, kararın orantılılık kuralına göre belirlendiği izlenimleri yaratmaktadır.

³⁶⁵ DOĞRU, s. 481-500.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KUVVET KULLANIMINDA UYGULANABİLİRLİĞİ

D) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DOĞUŞU

A. Genel Olarak

Ölçülülük fikri 'Haklı Savaş'ın Hıristiyan teorisinin bir parçası olduğu düşünülmektedir.³⁶⁶ İslam hukukunda savaşın haklı ya da meşru sayılabilmesi için, dünyevi(ün ve para) istekler için değil, Allah adına yapılması kuralı hâkimdir. Meşru amacı olmadan yapılan bir savaş ise günahdır.³⁶⁷ Bunun istisnası ise Kuran-ı Kerim'in Hacc 22/39 suresinde belirtilmiştir: “*Kendileriyle savaşılanlara, zulme uğramış olmaları yüzünden (savaş) izni verildi. Şüphesiz Allah onlara yardım etmeye elbette kâdirdir.*”³⁶⁸ İslam'da savaş yapılmasındaki amaç, temel hak ve özgürlüklerine zarar verilen kişilerin haklarını savunmak yani meşru savunmada bulunmak³⁶⁹, kişilerin güvenliğini ve şimdiki AIHS'te 9. maddenin belki de temeli olan din ve vicdan hürriyetini korumaktır. Buradaki din hürriyeti yamak, zorla kabule ettirmek değil, koruma amaçlıdır. Çünkü dinde zorlama yoktur.

Hıristiyan teorisine göre, bir devlet, bir savaş başlatmadan önce, savaşın sebep olacağı toplam kötülüğün, iyilikle dengelenerek başarılabileceğini değerlendirmek zorundadır. Buna rağmen, teorisinin vurgulamak istediği savaşın

³⁶⁶ NEUMAN Noam, “*Applying The Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 7, 2004, s. 83.

³⁶⁷ HAMİDULLAH Muhammed, **İslam Peygamberi**, İrfan Yayınevi, İstanbul 1993, Cilt II, s. 998.

³⁶⁸ ÇETİN Mustafa, “*İslam ve Milletler Arası Barış, Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları*”, Sempozyum Paneller: 14, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996, s. 91-92.

³⁶⁹ ATEŞ Süleyman, **Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri**, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, Cilt I, s. 332.

yürütülmesindeki biçimden ziyade, adil bir nedenin varlığı isteğidir.³⁷⁰ Üstelik bugün uluslararası hukukta *jus in bello*'nun (savaş içindeki savaşa ilişkin kurallar ve savaşta uygulanacak insani esaslar bütünü) var olan bağımsız doktrinin bir tipi yoktur.³⁷¹

CARL VON, savaşı sanat veya bilim olarak değil, insanların menfaatlerinin bir çatışması söz konusu olduğu için bu yönüyle ticarete benzetmiş ve diğer çatışmalardan tek farkının da başından sonuna kadar kan içermesi olduğunu ve bunun yanında, batılı komutanların bir devletle savaş halindeyken mümkün olduğunca karşı tarafa zarar verme halini esas aldıklarını belirtmiştir.³⁷² Bir kere, bir savaşın nedeni düşünüldüğü andan itibaren, nerdeyse herhangi bir metot veya yol, izin verilebilir olduğu düşüncesin hâkim olmaktaydı.³⁷³ İslam savaş hukukunda ise, Müslüman topluluklara karşıdan gelen bir saldırıya maruz kalmadıkları sürece ve haksız yere savaş açmaları yasaklanmıştır.³⁷⁴ Uluslararası alanda da Müslüman devletlerin temel görüşü barışın sürekli, savaşın ise geçici olduğudur. Bu nedenle, savaş öncesinde veya savaş sırasında barışçı çözüm yollarına başvurmada özen gösterilmiş ve savaşın her anında karşı taraftan gelebilecek bir barış teklifi veya antlaşmasını kabul etme konusunda tereddüt etmeden barışı seçme yoluna gitmişlerdir.³⁷⁵ Arapçada barış kavramı üç anlamı içinde barındırmaktadır. Bunlar barış, güven ve teslimiyettir. Taraflar arasında barış sağlanması için teslim olma şartı yani teslimiyet vardır. Teslimiyetin gerçekleşmesiyle de taraflar arasında bir güven oluşmalıdır. İşte barış kavramı bu üç unsuru da kapsayarak barışın sürekli olmasını sağlamaya çalışmıştır.³⁷⁶

Thomas Hobbes, Hugo Grotius ve Immanuel Kant, felsefeye, doğa bilimlerine, hukukun gelişimine, aynı zamanda tarih ve sanata bilimsel katkıları olan evrensel bilim

³⁷⁰ NEUMAN, s. 83.

³⁷¹ NEUMAN, s. 83.

³⁷² CLAUSEWITZ Carl Von, Savaş Üzerine, (Çeviren: Şiar YALÇIN), Eriş Yayınları, 2003, s. 108.

³⁷³ NEUMAN, s. 83.

³⁷⁴ ATEŞ, s. 332.

³⁷⁵ ÖZEL Ahmed, **İslam Hukukunda Ülke Kavramı**, İz Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 143.

³⁷⁶ ATEŞ, s. 352.

adamlarıydı. Galilei ve Kepler, Bacon ve Descartes'in yeni bilimsel ufuklar keşfettiği Avrupa'nın bilimsel ve entelektüel tarihinin önemli bir dönüm noktasında yaşadılar. Hobbes İngiltere de olan iç savaşın, Grotius da 30 yıl savaşlarının kurbanıydı. Kant (1724-1804), Fransız Devriminin tetiklediği ve aydınlanma döneminde ek olarak Prusya ve Napolyon savaşları değişikliklerini gördü.

Hobbes, anarşiyi kontrol etme görevi olan hükümdarın barışı kuvvet kullanma yoluyla sürdürdüğü bir toplumun devletiyle üstün gelme gücü çabası ve herkese karşı herkesin bir savaşının olduğu "Tabii Devlet'in(Anarşi)ikili zıtlığını önerdi. 'Tabii Devlet'te, uygar bir hayat imkânsızdır ve her hayat risk altındadır. Bu, "herkesin, aynı zamanda kendi tabii haklarından vazgeçmesiyle yapılmış uygun bir kanun, bir anlaşma veya sözleşme" ki bununla hükümdarın vazifesinin, kendi vatandaşlarına güvenliği sağlamak ve herkese karşı herkesin savaşını engellemek olduğunu gerektirmiştir. İkinci bölümde Hobbes, sözleşmeye, egemenliğe ve temsile dayalı işbirliği teorisinin ana hatlarını çizer. Kendini koruma için tek sebep, bu yaşamların milletler topluluğunda ayakta kalabilme isteğidir. Bu yüzden bütün vatandaşların gücü, isteklerini ortak bir noktada birleştiren tek bir hükümdara veya kollektif bir vücuda transfer edilmek zorundaydı. Hükümdar ve kendi insanları arasında olan iyi bir ilişki, diğerlerine kendi gücünü göstermek için zorunluydu. Hobbes, bir toplumu birleştiren dış bir düşmanın, sağlam ve kararlı toplum için bir önkoşul olduğuna inandı. Hobbesçi devletin ana özellikleri: Kuvvetli merkezi bir otoritenin mutlak egemenliği ve dış dünyaya keskin bir ayırma oldu.

Hobbes'in aksine, Grotius arenadaki gladyatörler gibi devletlerin basit bir savaşla meşgul olmadığını, fakat kendi anlaşmazlıklarında ortak kurallar ve kurumlarla sınırlı olduğunu savunmuştur. Ama o, "egemen devletlerin, bireylerden ziyade, uluslararası politikada başlıca aktörleri olduğu" Hobbesçi önermesini kabul etti. Grotius, "Ulusların, Tanrı'ya bağımlı olmadan düşünen ve insanın kendi doğasına dayanan doğal hukukla bağlandığı konusunda ısrarcıydı. Tabii hukukta toplum kurumunu temel aldı, ama savaşın hukukla bağdaştırılamayacağı düşüncesindeki Makyavel'le uyuşmamış oldu. Her devletin savaş hakkı olurken, (ius ad bellum) kuvvet kullanımı, orantılılık

ilkesine (ius in bello) sıkı sıkıya bağımlı olmalıydı. Egemenlik, eşitlik ve devletlerin ortaklığına dayalı kanun emri olarak modern uluslararası hukuku kurdu.³⁷⁷

Kant bir "güvenlik ikilemi" ne neden olan orduya ilişkin tehdidi gördü ve silahsızlanma yoluyla üstesinden gelmeye çalıştı. Fakat Kant, savunma için silahlı kuvvetlere karşı barışsever olmadı. Vatan savunması için bir halk ordusu sistemi için çağrıda bulundu. Bu da '13. maddede 'barış zamanında ordular özgürlüğü tehlikeye atmaktan kaçınmalıdır' ifadesi '1776 Haklar Beyannamesi'ne referans oldu. Halk ordusu sistemi tehdit olarak görülmez. Kant'a göre: "*Mevcut barışın kurulmuş olması gerekiyor, düşmanlıkların durdurulması için barış güvenliğini sağlamaz, bu güvenlik bir komşudan diğerine taahhüt etmezse, sonraki kime bu güvenlik talep edilmişse öncekine düşman olarak muamele yapabilir.*"³⁷⁸

B. Ölçülülük İlkesi Doğrultusunda Haklı Savaş (Just War/Just Bellum) ve Savaş Sırasında Uyulması Gereken Kurallar (Jus in Bello)

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi rejimi altında, zorunluluk (gereksinim) ve ölçülülüğün pratik ilişkisi, gerçekten, şu ana kadar özetlenenden oldukça daha kapsamlıdır.³⁷⁹ Bilhassa, bir silahlı saldırı tehdidini ortadan kaldırmak veya engellemek için önleyici faaliyetin yasallığına göre hatırı sayılır derecede farklar meydana geldi ve zaman zaman, devletler, kuvvet kullanmak için daha kapsamlı haklar ileri sürdü.³⁸⁰ Haklı savaş ve *jus in bello* konularına girmeden önce savaş kavramına değinmemizde fayda vardır. Savaş (War), Türkçede terim anlamı itibariyle, "*Devletlerin diplomatik ilişkilerini keserek giriştikleri silahlı mücadele, harp, cenk; Uğraşma, kavga, mücadele; Bir şeyi ortadan kaldırmak, yok etmek amacıyla girişilen mücadele*" anlamına

³⁷⁷ BRAUCH Günter Hans, "*The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant Foundations of modern thinking on peace and security Contextual Change and Reconceptualisation of Security*", http://hexagon-series.org/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf, s. 3-5. (Erişim Tarihi. 14. 09. 2009)

³⁷⁸ BRAUCH, s. 9.

³⁷⁹ GARDAM Judith, *Necessity, Proportionality and The Use of Force by States*, Cambridge University Press, 2004, s. 139.

³⁸⁰ GARDAM, s. 139.

gelmektedir.³⁸¹ Başka bir deyişle izah edersek, “*Bir toplumun başka bir topluma, isteğini benimsetme amacıyla tüm olanakları ve güçleriyle yaptıkları düzenli saldırı*” veya “*İki ya da daha çok devletlerin, istediklerini kabul ettirmek ya da başkasının isteklerine boyun eğmemek amacıyla, birbiriyle diplomatik ilişkilerini keserek silâhlı güçlerle vuruşmaları*”³⁸² şeklinde tanımlayabiliriz. CARL VON’A göre savaş terimi, siyasetin veya otoritelerin kendi görüşlerini kabul ettirmesi açısından başka bir türde devamlılığını sağlama yoludur.³⁸³ Hugo GROTIUS’A göre savaş, devletlerin güç kullanma yoluyla aralarındaki anlaşmazlığı gidermesi şeklindedir. Savaş, sonuçları dolayısıyla toplumların ekonomik ve psikolojik açıdan düzenlerini altüst etmesinin yanı sıra, kişilerin yaşamlarını sona erdirdiği için geri dönülmesi imkansız ve tarih içinde unutulmaz yaralara neden olmaktadır. Grotius, savaşın hukukunun kavramsal temeller yaratmak ve uluslar ve bireyler için kuralları geliştirmek istedi. O’na göre, “Şiddete başvurma mantıksız yaratıkların bir özelliğiydi” ve “insanların girişkenliğini reddeden kaçınılmaz şeytani sonucu olarak yapılan sert uygulamalardı.”³⁸⁴

Roma İmparatorluğu’nun yıkılmasından sonra Hıristiyan kilisesince kabul edilen haklı savaş doktrininin, Saint Augustine tarafından ortaya atıldığı düşünülmektedir.³⁸⁵ Otuz yıl savaşları (1618-1648) zamanında, uluslararası hukukun kurucu bilginlerinden Hugo Grotius, pozitif uluslararası hukuka ahlaki kuralların bir bölümünden haklı savaş ilkelerini dönüştürmeyi denemiştir.³⁸⁶ *Grotius* tabii hukuk felsefesinin kurucularından olup, *De Juri belli ad pacis* (Savaş ve Barış Hukuku Üzerine) adlı eseriyle haklı savaş öğretisinde önemi büyüktür diyebiliriz.³⁸⁷ *Jus in bello*’ya ilişkin Grotius’un temel

³⁸¹ Türk Dil Kurumu, Genel Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sava%FE&ayn=tam> (Erişim Tarihi: 16.06.2009)

³⁸² Türk Dil Kurumu, Genel Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sava%FE&ayn=tam> (Erişim Tarihi: 16.06.2009)

³⁸³ CLAUSEWITZ, s. 30.

³⁸⁴ BRAUCH, s. 6.

³⁸⁵ TAŞDEMİR, s. 96.

³⁸⁶ NEUMAN, s. 84.

³⁸⁷ DAVER Bülent, “Savaş ve Barış Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 10, 1992, s. 183.

katkısı, savaşçılar ve savaşçı olmayanlar ve verilen zarar sonucunda hiçbir açıklama olmadığı zaman savaşçı olmayanlara karşı verilen zararın yasaklanması ayrımını geliştirmektedir.³⁸⁸ Buna rağmen, Grotius *jus in bello* sözcüğü düşüncesinde açıkça ölçülülük kuralını tanımamış, *jus ad bellum*(haklı savaş) hissinde yasal açıklamanın ana bir bileşeni olarak kalmıştır.³⁸⁹ Savaşta kuvvet kullanımı hakkını uygulamaya yönelik olan *jus in bello* ilkesi iki önemli şartı da beraberinde getirmiştir; ölçülülük ve sivil dokunulmazlığı.³⁹⁰ Ölçülülük ilkesi, savaşın daha çok şiddetlenmesini önlenmesi ve savaşın verdiği tahribatı azaltmaya yöneliktir. Sivil dokunulmazlığında ise savaş sırasında kimlerin hedef olarak belirleneceğine yöneliktir.³⁹¹

Haklı savaş doktrinin parçaları olan *jus in bello* ve *jus ad bellum* dışında üçüncü olarak *jus post bellum* kavramı ortaya atılmıştır.³⁹² *Jus post bellum* savaştan sonraki barış döneminde savaştan sonraki devletlerin hakkını ifade etmektedir. Bu kavram, savaşın sonrasında oluşan savaş suçlarının yargılanmasında etkili olmakla beraber, uluslararası insancıl hukuk kapsamına alınmamış ve üstünde tartışmalar yapılmamıştır.³⁹³

İslam savaş hukukunda, savaş sırasında dahi ölçülü olma prensibi fikri yatmaktadır. Savaş esnasında Müslümanlar, savaştığı taraf Müslüman olsun veya olmasın, nefret ve kin duygularıyla makul sınırları aşmamak, mümkün olduğunca temel ve insan hayatının önemli olduğu yaşama hakkını ihlal etmemek zorundadırlar.³⁹⁴ Başka bir deyişle, karşı tarafın saldırgan tutumunu bertaraf ederken, savaşın getirdiği zorunlulukların ve yükümlülüklerin sınırının aşılması gerekmektedir. Savaş

³⁸⁸ NEUMAN, s. 84.

³⁸⁹ NEUMAN, s. 84.

³⁹⁰ REÇBER Sercan, “*Irak’a Yönelik Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği*”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 4, No: 3, s. 57.

³⁹¹ REÇBER, s. 57.

³⁹² BELLAMY Alex J. , “*The responsibilities of victory: Jus Post Bellum and the Just War*”, **Review of International Studies**, Cambridge University Press, 2008, 34:601-625, s. 602.

³⁹³ BELLAMY, s. 612.

³⁹⁴ ATEŞ, Cilt II, s. 348.

sırasında, kadınların, çocukların, yaşlıların, engellilerin, akıl sağlığı olmayanların ve savaşa katılmayanların öldürülmesi veya zulmedilmesi Kur'an da yasaklanmış, sadece kendileriyle savaşan kişileri öldürme yetkisi verilmiştir.³⁹⁵

Yaşlılar için bir öldürme sınırı belirlenmiştir. Buna göre bir yaşlı savaş sırasında müttefiklerine akıl yoluyla tavsiyelerde, maddi destekte bulunuyorsa veya savaştan dolayı maddi olarak bir şeyler kazanıyor ve herkesçe itaat ediliyorsa (kral), o zaman öldürülebilir. Savaş esnasında bir Müslüman, akıl sağlığı bozulmuş biri veya bir çocuk tarafından öldürülse dahi, Müslüman hiç kimse tarafından bu insanlara dokunulmamalı, öldürülmemelidir. Kadınları öldürmenin yasak olması kural, karşı tarafın komutasını elinde bulundurması sebebiyle öldürülmesi ise istisnadır. Bu durumda karşı tarafın dağılmasını sağlamak ve savaşı ortadan kaldırmak adına kadını (kraliçe) öldürme yetkisi verilmiştir.

Din ve bilim adamları açısından da bir öldürme sınırı getirilmiştir. Kendini dine ve bilime adanmış kimselerin öldürülmemesi gene bir kural, bu kişilerin savaşı alevlendirmek, şiddetin sınırını arttırmak için savaşan tarafa yardım etmeleri sonucunda öldürülmeleri ise istisnadır.³⁹⁶ Nitekim, savaş sırasında teslim olan kişilerinde öldürülmesi yasaklanmış ve bu konuda da ölçülülük ilkesi uyarınca bir sınırlama getirilmiştir.³⁹⁷ Uluslararası hukukta hukuk temeli üstüne oturtulan haklı savaş doktrini, modern çağın en önemli katkısı olmuştur.³⁹⁸

XIX. yüzyılda, Haklı Savaş teorisi yerini ulusal politikanın bir aleti olarak savaş düşüncesini vurgulayan yeni teorilere bırakmıştır.³⁹⁹ Bu teoriler, 1899 ve 1907 Lahey anlaşmasının benimsemesinde doruğa ulaşmak için ve daha sonra 1949 Cenevre

³⁹⁵ AKINCI Ahmet, *İslam Hukukuna Göre Savaşta Uyulacak Kurallar*, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2007, s. 48-49.

³⁹⁶ AKINCI, s. 54.

³⁹⁷ ATEŞ, s. 347-348.

³⁹⁸ REÇBER, s. 58.

³⁹⁹ NEUMAN, s. 84.

Sözleşmesine silahlı çatışma modern yasasına uyarlandı.⁴⁰⁰ Kuvvet kullanılmasını yasallaştırmaya yönelik olan *jus in bello*, terörizme karşı olsun veya olmasın, bir devletin savaş sırasında yaptığı askeri operasyonlarda kullanılması gerekmektedir. Barış zamanında kuvvet kullanılması durumunda silahlı çatışmalar hukukunun pek çok hükmü uygulanabilirken, *jus in bello* sadece savaş sırasında uygulanabilir.⁴⁰¹ Silahlı çatışma yasasının gelişmesi, üç ana ilke ile desteklendi. Bunlar;

1. Kavgacıların, tam anlamıyla zafer kazanması için sınırsız bir seçeneği yoktur; Devletlerin sadece, savaş esnasında başarmayı denemesi gerektiği meşru nesne, düşmanın askeri kuvvetini zayıflatmaktır.
2. Uluslararası hukuk, sivil nüfusu ve sivil nesnelere korur; Askerlerin, savaşçılar ve savaşçı olmayanlar ve askeriye ve sivil nesnelere arasında ayırım yaptırılması sağlandı.
3. Savaşçılara gereksiz acıya sebep olması yasaklanmıştır.⁴⁰²

XIX. boyunca savaş, sivil nüfus büyük bir alana karıştırılmayarak çoğunlukla profesyonel ordular arasında yapılmıştır. Bu yüzden, hiçbir genel ve tutarlı resmi uygulama, ölçülülük ilkesiyle ilişkili olmamış ve sonuç olarak, ölçülülük, geleneksel uluslararası yasanın bir normu olarak o çağda kendini göstermemiştir.⁴⁰³ İslam savaş hukukunda da, sivil halkın hedef olmaması ve saldırılmaması öngörülmüştür.⁴⁰⁴ Aynı şekilde, 1.Dünya Savaşındaki Devlet uygulaması, bazı girişimleri hava ekipleri tarafından doğrudan sivilleri hedeflemekten kaçınmasına rağmen, birçok olayda yapılan bombardıman gelişigüzel olmuş ve askeri hedefler üzerine yapılan saldırılar paralel

⁴⁰⁰ NEUMAN, s. 85.

⁴⁰¹ TAŞDEMİR, s. 73.

⁴⁰² GARDAM, s. 168.

⁴⁰³ NEUMAN, s. 86.

⁴⁰⁴ AKINCI, s. 66.

kayıpları hesaba alınmamış ve bununla beraber, silahlı çatışmaların gittikçe, sivilleri etkilediği gibi, ölçülülük kuralı, önemli ve ciddi bir sorun teşkil etmiştir.⁴⁰⁵ Araçlar ve savaşma yöntemleri ve hedeflerin seçimi ile ilişkili kararların yerine getirilebilmesi için, sivil yaralıların beklenen geniş kapsamlı ölçeği, düşman kuvvetlerinin tahribatının seviyesi, ve nihayet, genel olarak çevre ve hedef Devletin alt yapısına, bölgeye zararın dikkate alınması gerekir. Örneğin, Hava ve Kara kuvvetlerini birleştiren bir askeri operasyonun etkisi, yüksek irtifalı hava bombardımanından daha farklı olacaktır.⁴⁰⁶

XX. yüzyıl, *jus ad bellum* kuralları açısından kuvvet kullanımının sınırlandırıldığı ve daha sonra yasaklandığı bir canlanma dönemidir.⁴⁰⁷ Milletler Cemiyeti Misakı (1920), daha sonra gelen Paris Paktı ve en son kuvvet kullanımını yasaklayan BM Antlaşması (1945) kuvvet kullanımını sınırlayan ve yasaklayan en önemli antlaşmalardır.

C. Savaş Sırasında Kitle İmha Silahlarının Kullanılması

Kitle imha silahının tanımını yapacak olursak, biyolojik, kimyasal veya nükleer bir silah başlığının karşı tarafı hedef belirlemek suretiyle ve zarara yol açmak amacıyla düşman topraklarına gönderilmesidir.⁴⁰⁸ Silahlar bağlamında, belirli bir silahın doğal olarak ölçülü olup olmadığı ve kullanıldığı biçim arasında bir ayırım vardır. Genel anlamda, belirli silahları yasa dışı ilan etme IHL için öncelikli bir meseledir. Uluslararası İnsancıl Hukuk altında yasaklanan bir silah, *ius ad bellum* kapsamında da yasaklanmış sayılmaktadır.⁴⁰⁹

Verdiği tahribatlar nedeniyle insanlığı en çok tehdit eden silah türlerinden olan nükleer silahlar, ölçülülük ilkesinin kullanılmasını tamamıyla durdurmakla kalmamış,

⁴⁰⁵ NEUMAN, s. 86-87.

⁴⁰⁶ GARDAM, s. 168.

⁴⁰⁷ YAPICI Utku, “Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt: 2, No: 7, 2006, s. 21.

⁴⁰⁸ ERDURMAZ A. Serdar, **Orta Doğu’daki Kitle İmha Silahları, Silahların Kontrolü ve Türkiye**, Ümit Yayıncılık, Ankara 2003, s. 28.

⁴⁰⁹ GARDAM, s. 169.

aynı zamanda temel savaş kurallarını da ihlal etmiştir.⁴¹⁰ Konvansiyonel silahlara göre kimyasal, biyolojik ve nükleer silahlar, bir seferde kullanıldığında bile çok fazla tahrip etme olanağı bulunmaktadır.⁴¹¹

Biyolojik silahlar zarar vermesi sebebiyle alanları daha geniş olsa da, engellenmesi nükleer silah açısından bakıldığında daha mümkündür.⁴¹² Kimyasal silahın tanımını yapan 13 Ocak 1993'te Paris'te imzalanan ve 29 Nisan 1997'de yürürlüğe giren Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların imhası ile ilgili Sözleşme'nin (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi) ikinci maddesinin birinci fıkrasında yapılmaktadır. Söz konusu madde şu şekildedir:

- a) *Bu Sözleşmeyle yasaklanmayan amaçlarla kullanıldıkları ve cins ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olduğu durumlar hariç olmak üzere, zehirli kimyasal maddeler ve bunların hammaddeleri,*
- b) *(a) fıkrasında belirlenen zehirli kimyasal maddelerin, bu fıkroda tanımlanan savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya bir başka hasara yol açmak amacıyla özel olarak tasarımı yapılmış savaş gereçleri ve cihazları,*
- c) *(b) fıkrasında sözü edilen savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazdır.*⁴¹³

Mevcut doğada bulunan maddelerin biyolojik silahlar haline getirilmesiyle insanlar, hayvanlar ve ürünler etkilenebilir ve yol açtığı sorunlar engellenmediği

⁴¹⁰ AKINCI, s. 78.

⁴¹¹ ERDURMAZ, s. 27.

⁴¹² AKINCI, s. 78.

⁴¹³ Resmi Gazete, 3 Mayıs 1997, Sayı: 22978, s. 2 vd.

takdirde daha ağır, yıkıcı ve tahrip edici olabilir.⁴¹⁴ Amerika'da 1997 tarihinde düzenlenen '*Transforming Defense, National Security in the 21th Century*' adlı panelin raporunda kitle imha silahlarının tanımı şu şekilde yapılmıştır: "*Kitle imha Silahları, genellikle kimyasal, biyolojik, nükleer silahlar ve bunları taşıma kabiliyeti olan füzeleri ifade eder. Bazı durumlarda radyolojik silahlar da dâhil edilir.*"⁴¹⁵

Orantılık kuralını tanıyan ilk yazılı hükümler, hava savaşı kurallarının kısmi revizyonunu araştırma göreviyle 1922'de Lahey'de toplanan hukukçular komisyonu tarafından taslağı çıkarıldı. Bu kuralları oluşturan ikinci taslağın 24(4) maddesi şöyle belirtmektedir: "*Kara kuvvetleri operasyonlarının yakın çevresinde, askeri yoğunlaşmanın olduğu şehirlerde, kasabalarda ve köylerde, mesken veya binalarda yapılan bombardımanın, yeterince önemli bir makul sebebi var ise, o bölgede bulunan sivil nüfus tehlikeye maruz kalsa bile, bombardıman meşrudur.*" Bu kurallar asla devletler tarafından benimsenmemiştir. Yine de, Lauterpacht, kuralların, otoriter bir deneme olarak savaşta hava aracı kullanımını yöneten hukuk kurallarını aydınlatması ve formüle etmesi açısından önemlidir ve bu yolda atılacak herhangi gelecek adımlarının uygun bir başlangıç noktası olduğunu şüphesiz bir şekilde kanıtlayacak olduklarını belirtmiştir.⁴¹⁶

İkinci Dünya Savaşı sırasında ilk defa, Amerika tarafından iki türde nükleer silah üretilmiştir bunlardan ilki, 1945 yılında Alamagordo, Amerika'da denenen plütonyumlu atom bombası, ikincisi ise daha denemesi bile gerçekleşmeden Japonya'ya karşı kullanılan uranyumlu atom bombasıdır.⁴¹⁷ Amerika bu deneyimlerden sonra daha hafif ve etkisi daha güçlü olan termonükleer silahlar ve hidrojen bombası üzerinde çalışmaya başlamıştır.⁴¹⁸ Amerika'dan sonra 1949 yılında Sovyetler Birliği, 1952

⁴¹⁴ AKINCI, s. 79.

⁴¹⁵ ERDURMAZ, s. 28.

⁴¹⁶ NEUMAN, s. 87.

⁴¹⁷ SÖNMEZOĞLU Faruk, **Uluslararası İlişkiler Sözlüğü**, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s. 65.

⁴¹⁸ ÖZGÜR Salih, **Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları**, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2006, s. 7.

yılında İngiltere, 1960 Fransa ve 1964 yılında da Çin nükleer silahlara sahip olmuş ve denemelere tabi tutmuşlardır.⁴¹⁹ BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden olan bu beş ülke, yasal olarak nükleer silahlara sahip ülkelerdir.⁴²⁰

Sivil nüfusun havadan savaş tehlikesinde bombalamaya karşı korunmasını ilgilendiren 1938 Milletler Cemiyeti Misakı'nın kararı da benzer bir yaklaşımı yansıttığını '*Meşru askeri hedeflerdeki herhangi bir saldırı, çevrede sivil nüfuslarının, ihmalcilik boyutunda bombalanmamasına dikkat edilmelidir*' şeklinde belirtmiştir. Yine de, bu paragrafın tam anlamı karışıktır çünkü ya sivil yaralıları ya da bir yaklaşımda mutlak bir yasağı ölçülülükte köklendirilebilir.

İkinci dünya savaşı esnasında, sivil şehirlerine havadan saldırı, önemli sivil yaralılarına sebep olmuştur. Bu da açıkça devletlerin ölçülülük kuralına neredeyse hiçbir şekilde dikkat etmediğini göstermektedir. Sivil yaralılarının yüksek sayıda olması, sivillere karşı meydana gelebilecek hasara neden olabilecek askeri hedeflere karşı çalışmalarda ölçülülük kuralını uygulama ihtiyacına götürmüştür.⁴²¹ Buna rağmen, 1949 Cenevre Sözleşmesi, ölçülülük kuralını kabul eden hiçbir koşulu içermemektedir.

II) 1977 EK PROTOKOL 1 KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Protokol 1'in Şartları

Sivillerin düzenlenen askeri operasyonlarla yüzleşmesi durumunda, bu operasyonların sebep olduğu tahrip edici ve yıkıcı sonuçların siviller üzerindeki etkisini belirleyen açık ve doğrudan bir hüküm de bulunmamaktadır.⁴²² 1977 tarihli iki ek Protokol ve 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi uluslararası insancıl hukukun

⁴¹⁹ SÖNMEZOĞLU, s. 350.

⁴²⁰ ÖZGÜR, s. 7.

⁴²¹ NEUMAN, s. 88.

⁴²² KURTDARCAN, s. 4.

temelleri sayılmaktadırlar.⁴²³ Çünkü II. Dünya Savaşı'ndan sonra değişen araçlar ve yöntemler, sivillerin korunması ve askeri-sivil ayrımı yapılması açısından ek protokollerin getirilmesinden önceki sözleşmenin yetersiz kalmasına sebep oluyordu.⁴²⁴ Cenevre sözleşmesine 1977'de Protokol 1'in benimsenmesiyle, üç yıl süren müzakerelerden sonra, bütün uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanmak üzere ölçülülük geleneksel bir kural olmuştur.⁴²⁵

Sözleşmenin 35. ve 36. maddelerinde kitle imha silahlarının tanımını yapmasa da bunu ima eden bir anlatım içine girmiş ve bu maddelerde kitle imha silahlarının kullanımına ölçülülük ilkesi aracılığıyla sınırlama getirmiştir. Söz konusu protokolün 35. maddesine göre, “1. Herhangi bir silahlı çatışmada, çatışma taraflarının savaş yöntemleri ve savaş araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir. 2. Haddinden fazla yaralanmaya veya gereksiz acı çekilmesine yol açan niteliğe sahip silahların, mermilerin, malzemenin ve savaş yöntemlerinin kullanılması yasaktır. 3. Doğal çevreye, geniş alana yayılan, uzun vadeli ve ciddi hasar vermesi amaçlanan ya da vereceği tahmin edilen savaş yöntemlerini ve araçlarını kullanmak yasaktır.” Protokolün 36. maddesi ortaya çıkabilecek yeni silahlar hususunda olup, “Bir Akit Devlet, yeni bir silahın, savaş aracının ya da yönteminin üzerinde çalışmalar yapılması, geliştirilmesi, elde edilmesi ya da benimsenmesinde, bunların kullanımının, bazı durumlarda ya da her koşul altında, bu Protokol ile ya da Akit Devlet için geçerli olan başka bir uluslararası hukuk kuralı ile yasaklanabilir olup olmadığını belirlemek yükümlülüğü altındadır.” şeklindedir. Askeri gereklilik ve insancılık temel ilkesi olan⁴²⁶ uluslararası silahlı çatışma hususunda *Jus in Bello'nun* bir bölümü olarak ölçülülük kuralını açıkça tanıyan ve düzenleyen Protokol 1'in dördüncü bölümü, ileri düşmanlıkların etkisinden

⁴²³ TAŞDEMİR Hakan- Ruhsar MÜDERRİSOĞLU-Hicran TÜLÜCE, “12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No2lu Protokol (I. Ek Protokol)”, **Kamu-İş**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 1.

⁴²⁴ KURTDARCAN, s. 4.

⁴²⁵ TAŞDEMİR, s. 205.

⁴²⁶ KURTDARCAN Bleda R. , “*Meskûn Mahalde Muharebe Ve İnsancıl Hukuk: İsrail-Hizbullah Çatışması Kapsamında Kısa Bir Değerlendirme*”, s. 3. <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/Siteyazi/20100125meskunmahalde.pdf> (Erişim Tarihi. 20. 07. 2010)

sivil nüfusun korunması için koyulan kuralları ayrıntılı bir biçimde sergilemektedir. Protokolün bu parçası, üç ana ilkeyi içerir. Bunlar;

1. Askeri operasyonlardan ortaya çıkan tehlikelere karşı sivil nüfusun genel korunması ve savaşçılar ve savaşçı olmayanların arasındaki ayrımın teyididir.
2. Rastgele olacak ve bu yüzden yasaklanacak olan saldırının, eğer saldırı beklenen ve umulan askeri avantaj yüzünden birçok sivil kaybın verilmesine sebep oluyorsa uygulanacak olan ölçülülük kuralıdır.
3. Bir seçeneğin, benzer askeri bir avantajı elde etmek için birkaç askeri hedefin arasında mümkün olduğu bir duruma işaret etmektedir.

Bu durumda, askeri hedef, sivillerin hayatlarına en az tehlikeye sebep olarak saldırması beklenebilir.⁴²⁷ Ek protokol I ile 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi arasındaki fark, ek protokolün tüm sivil halkın korunmasını desteklemesidir.⁴²⁸ Protokol 1’de yer alan ayırım gözetmeyen saldırılar (indiscriminate attack) başlığı altında yer alan hükümler sivil olan ve olmayan savaşçı olan (combatants) ve olmayanlar (non-combatants) arasında yapılması gereken ayırım söz konusu ölçülülük ilkesinin yerine getirilmesi açısından önemlidir.⁴²⁹ 1997 tarihinde kabul edilen bu protokol savaşlarda mağdur olanları koruma açısından etkili olmuş ve savaş kuralları açısından da bir dönüm noktası olmuştur.⁴³⁰ Bu ilkeleri belirten Protokol 1’deki maddeler, pek çok yorumlayıcı soruyu meydana getirmektedir. 1-57/2(a)iii maddesinin amacı doğrultusunda ‘Yakın Askeri Avantaj’ nedir? 2-57/2 ve 51/5(b) maddesindeki beklenen somut ve doğrudan askeri avantaj için standart ölçü nedir? Bu iki yorumlayıcı soru 1969

⁴²⁷ NEUMAN, s. 89.

⁴²⁸ TAŞDEMİR H. -MÜDERRİSOĞLU-TÜLÜCE, s. 9.

⁴²⁹ TAŞDEMİR, s. 205-206.

⁴³⁰ TAŞDEMİR H. -MÜDERRİSOĞLU-TÜLÜCE, s. 3.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca açıklanmalıdır. Bu anlaşmaya göre, ‘bir sözleşme, kendi konusu ve amacı ışığında maddelerin gerçek anlamalarına göre iyiniyetle yorumlanmalıdır.’ Bundan başka, Viyana Anlaşmasında bir sözleşmenin gerçek yorumu hakkında şüpheye düşüldüğü zaman, ‘travaux preparatoires’ gibi tamamlayıcı yorumun kullanılabileceği belirtilmiştir.⁴³¹

B. Yakın Askeri Avantaj

Sivil halkın uluslararası silahlı çatışmalarda korunması, 1907 Lahey Sözleşmeleri başında olmak üzere, birçok sözleşmede yer almıştır. Fakat sivil halkın korunması 1949 tarihli Sivillerin Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesiyle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve 1977 tarihli ek protokol 1 ile birlikte koruma alanının kapsamı genişletilmiştir.⁴³²

Ek Protokol 1 57/2(a)iii. maddesi: “*Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, insanların yaralanmasına, sivil karakterdeki objelere zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların bir kombinasyonuna arızı (ikincil) şekilde sebep olması beklenen saldırılardan kaçınmayı;*” öngörmüştür. Bu maddeyle açıkça insancılık ve askeri gereklilik (military necessity) arasındaki ölçülülüğün var olması gerektiği belirtilmiştir.⁴³³ Yani, ‘Yakın askeri Avantaj’ sağlamak için birçok askeri hedef arasında seçim mümkün olduğu zaman saldırıda seçilebilecek hedefin sivillere en az zarar vermesi beklenebilir. Sorun, komutanın düşman hususunda aynı askeri değere sahip iki askeri hedefi olan, biri askerleri için daha riskli, siviller için daha az tehlikeli ve diğeri askerler için daha az riskli fakat siviller için çok fazla tehlikeli olması durumunda ne yapacağı ve bu kanun hükmünün nasıl uygulanacağıdır.⁴³⁴ Silahlı çatışmada

⁴³¹ NEUMAN, s. 90.

⁴³² TAŞDEMİR H. -MÜDERRİSOĞLU-TÜLÜCE, s. 8.

⁴³³ KURTDARCAN, s. 6.

⁴³⁴ NEUMAN, s. 90-91.

belirlenmesi gereken hedefler askerler⁴³⁵ ve askeri nitelikteki üsler, kurumlar, depolar, mühimmatlar olması gerekirken, ‘Yakın askeri Avantaj’ gereğince sivil hayatlarını korumak için askerlerini riske atma gibi kanun yükümlülüğü olabilir mi? 57/2(a)iii maddesi gereğince ikisi de hesaba katılmalı mıdır? Ya da operasyon göz önünde bulundurularak, askerlerini daha mı yüksek riske atarak, daha mı az askeri avantaj sağlamalıdır?

‘Yakın askeri Avantaj’ teriminin tam anlamı 57/2(a)iii maddesinin müzakere tarihinde tartışılmamıştır. Ek Protokol 1’e yapılan eleştiri de tam anlamını karşılamamaktadır. Eleştiri, ‘iki kötülükten daha az olanı’ diyerek yapılmış ve askere karşı olası başlatılabilecek saldırının yol veya ray trafiğinde olabileceği örneğini vermiştir. Bu örnekte, iki saldırıda aynı askeri avantajı sağlamaktadır. Dolayısıyla, komutan sivil kaybını en aza indirmek için ray trafiğine karşı değil, yol trafiğine karşı saldırı başlatmalıdır. Yine de, yola saldırma, ray trafiğine saldırmadan daha ağır bir kuvvettir ve bu durumu anlatmamaktadır.

Bununla birlikte, savaşın amacını gerçekleştirilmesinin önemine göre, hukukça yasaklanılmayan düşmana karşı yapılan her türlü güç ve zorlamayı haklı gösteren ‘Askeri Avantaj’ terimi askeri gereklilik kuralı ile ilgilidir. Savaşın amacı, en uygun zamanda askerin teslim olmasını sağlamak ve mümkün olduğu kadar az adam ve kaynak kullanmayı hedeflemektedir.⁴³⁶ Hatta mümkünse, hiç kayıp vermeden karşı tarafı ele geçirmek, belki de her iki tarafın (yenilen tarafın yenildiği zararını göz önünde bulundurmazsak) askeri açıdan zarar görmemesine sebep olacaktır.⁴³⁷ Dolayısıyla, askeri avantaj terimi bu bağlamda yorumlanmalı – avantaj olarak komutana düşmanın en uygun sürede teslim olmasına ve mümkün olduğu kadar az adam ve kaynak kullanımına yardımcı olacaktır.⁴³⁸ ‘Yakın askeri Avantaj’ terimi bu bağlamda yorumlanırken, askerlerin hayatlarının da hesaba katılması gerektiği aşikârdır. Çünkü

⁴³⁵ KURTDARCAN, s. 4.

⁴³⁶ NEUMAN, s. 91.

⁴³⁷ KURTDARCAN, s. 3.

⁴³⁸ NEUMAN, s. 91.

sonraki operasyonlar için daha az asker kalmış olacak ve birçok askerin öleceği bir operasyonda bu da komutana daha az askeri avantaj sağlayacaktır.

Bilimsel eserlerde neredeyse bu soruna hiç değinilmemesine rağmen, Körfez Savaşı, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne karşı yapılan NATO hava saldırıları ve 2001'de Afganistan'a karşı başlatılan Daimi Özgürlük Operasyonu gibi yakın zamanda olan silahlı çatışmalarla ilgili ölçülülük kuralı uygulamasından bahseden birçok makale mevcuttur.⁴³⁹ Savaş esnasında uygulanan yöntemlerin uygulanması, düşmanın etkisiz kılınması ve gereksiz acıya maruz bırakılması ve sivillerin korunması yine bu ilke aracılığıyla gerçekleşmektedir.⁴⁴⁰ Ama neredeyse bir askeri komutanın, sivil zayıatı sınırlamak için kendi askerlerinin riskini arttırmaya maruz bırakmayla mükellef olduğu hususunda herhangi bir tartışma alanı bulunmamaktadır. Aşağıda da belirtileceği gibi, bazı bilginler gerçektende bu soruna değinmişlerdir, fakat sadece yüzeysel, kendi iddialarını destekleyici veya genişletici bir tartışma ortamı yaratmamışlardır.

Profesör Judith Gardam kısaca bu konuya eğilerek, 'bugünkü Uluslararası İnsancıl Hukukta bulunan ölçülülük dengesi, komutanın karşı tarafın sivil toplumunu korumak için kendi savaşçıları çok büyük derecede riske atarak bunu üstlenmesine geniş bir şekilde değinilmemiştir' demiştir. Yine de, böyle bir 'yasal boşluğun' nesnel olarak dolaylı anlatımını ne tartışmış ne de bunu anlatmıştır.

William J.Fenrick'te komutanın kendi kuvvetlerini tehlikeye maruz bırakması konusunda aldığı yükümlülüğün zorluğunu vurgulayarak bu soruna değinmiştir. İncelemesine göre, bir komutanın böyle bir yükümlülüğü varsa, bunu belirlemek için ölçülülük kuralını kullanmasını ve sivilleri korumak için askerlerini riske atmadaki iyiniyetin ölçülülük kuralına uygun olarak davranma arzusunu gerektirebileceğidir.⁴⁴¹ Örnek olarak, Amerikan ordusu, Usama Bin Ladin'in önemli bir bölgede olduğuna dair bir bilgi edindiğini varsayalım. Ayrıca, Amerikan ordusu Usama Bin Ladin'in

⁴³⁹ NEUMAN, s. 92.

⁴⁴⁰ KURTDARCAN, s. 4.

⁴⁴¹ NEUMAN, s. 93.

bulunduğu bölgeyi bombalayacak veya öldürecek veya esir alabilecek askeri birliklerini gönderecek diyelim. Komutan, her iki durumu değerlendirecek ve Bin Ladin'in kaçmasını engelleyecektir. Ayrıca olası bir bombardımanda yüzlerce sivilin öldürüleceğini de değerlendirecektir. Hedef değer o kadar yüksek ki ölçülülük kuralı bombalamaya izin verecektir, çünkü karşılıklı zarar beklenen askeri avantaja uygun olacak, aşırı olamayacaktır. Bu durumda ölçülülük kuralı, iki askeri seçenekte uygun olduğu için hangisinin daha alternatifli bir seçenek olduğunu belirlemede yardımcı olmayacaktır. UKHK bombardıman ile ilgili 52. maddeye şu yorumu yapmıştır; 52/1. madde: *“Liman, kasabalar, köyler, konut veya [...] savunmasız binalara karşı deniz kuvvetlerinin bombardıman yapması yasaklanmıştır.”* 52/2. madde: *“Ancak, bu yasağa düşmanın amaçları için kullanılmak üzere askeri işleri, askeri ve deniz tesisleri, silah ve savaş malzemesi, atölye ve ekipman ile [...]depo filo sağlayanlar dahil değildir.”*⁴⁴² Bu maddenin ilk fıkrasıyla önce sivil nesnelere neler olabileceği belirtilmiş, ikinci fıkrasıyla da kullanım amaçlarının önemi belirtilerek askeri-sivil nesne ayrımı yapılmıştır.

İngiliz El Kitabı Silahlı Çatışma Yasası şunları belirterek aynı yaklaşımı sergilemiştir: *“Ölçülülük kuralının uygulanması her zaman basit değildir. Bazen saldırının metodu, sivillere karşı riski azaltırken saldırgan kuvvetlere karşı riski çoğaltabilir. Saldırganın riski kabul etmesinin derecesi kanunda açık değildir. Ölçülülük kuralının kendi saldırganının çoğalan riski kabul etmesini sağlamamaktadır. Aksine, aşırı derecede çok taraflı hasara sebep olabilecek saldırılardan kaçınmasını sağlamaktadır.”*

Kaynağın bütünü burada fikri paylaşmakta, silahlı çatışma yasası geneli, Protokol I özeli, yani sivil kaybı sınırlamak için askeri komutanların kendi kuvvetlerini tehlikeye atmak zorunda olmadıklarını belirtmektedir.⁴⁴³ Bu kaynağa rağmen, yükümlülükten, önemli durumlardan, kanunlardan ve silahlı çatışma yasasından kaynaklanan bir tartışma çıkarmak mümkündür. Bu şekilde bir tartışma *Martens*

⁴⁴² (UKHK) Ek Protokol I'in yorumu md. 52. <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750067?OpenDocument>. (Erişim Tarihi. 24. 05. 2010)

⁴⁴³ NEUMAN, s. 95.

Clause'a dayandırılabilir. *Martens Clause*, olayların, antlaşmalar ve Uluslararası örf ve adet hukukuyla korunmadığını, 'siviller ve savaşçıların koruma altında olduğunu ve uluslararası yasanın ilkelerinin otoritesi, kurulan gelenekten, insanlığın ve umumi vicdanın uyulması gereken sözlerinden ilkelerinden meydana geldiğini' belirtmiştir.⁴⁴⁴ *Martens Clause* maddeleri, Silahlı çatışma yasasında oturmuş bir ahlak kuralı haline gelmiştir, çünkü uluslararası hukukta doğal hukukun varlığını tam anlamıyla belirlemeyi sağlamaktadır.⁴⁴⁵ Bununla birlikte, herhangi bir zamanda savaş hukukundaki var olan boşluğu dolduracak yerleşik bir mekanizma olduğu için önemi büyüktür.⁴⁴⁶

C. Beklenen Somut ve Doğrudan Askeri Avantaj

Ek Protokol 1'in Sivil Halkın Korunması başlığı altındaki 51/5. maddesini Uluslararası Kıızıl Haç Komitesi (UKHK) yorumlarken, şehirlerde yapılan savaşlar açısından büyük öneminin olduğunu belirtmiştir.⁴⁴⁷ Özellikle 51/5(b) maddesi, üstünlük sağlamayı gözetmeyen bir saldırının nasıl yapılacağı da ölçülülük ilkesinin tanımının bir parçası şeklindedir.⁴⁴⁸

51. maddeye ve fıkralarına bakacak olursak;

1. 51/2. madde: *“Ne sivil kişiler genel olarak ne de sivil halk saldırıların hedefi olamazlar. Asıl amacı sivil halk arasında terör yaratmak olan eylem ve tehditler yasaktır.”*
2. 51/4. madde: *“Ayırım gözetmeyen saldırılar yasaktır. Ayırım gözetmeyen saldırı deyiminden belli bir askeri hedefe yönelmeyen saldırılar; icrası sırasında belli bir askeri hedefe yöneltilemeyen*

⁴⁴⁴ NEUMAN, s. 95.

⁴⁴⁵ NEUMAN, s. 95.

⁴⁴⁶ NEUMAN, s. 95-96.

⁴⁴⁷ (UKHK) Ek Protokol 1'in yorumu md. 51. <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750065?OpenDocu-ment>. (Erişim Tarihi. 24. 05. 2010)

⁴⁴⁸ WATKIN, s. 8.

muharebe yöntemleri ya da araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da icrası sırasında, etkileri Protokol tarafından belirtildiği şekilde sınırlandırılmayan ve binnetice askeri hedefleri sivil kişi ve objelerden ayırmadan vurmaya uygun muharebe yön-tem ya da araçlarının kullanıldığı saldırılar anlaşılmaktadır.”

3. 51/5. madde: *“Diğerleriyle beraber, aşağıdaki saldırılar da ayırım gözetmeden icra edilmiş sayılacaktır: Bir şehir, kasaba ya da benzer şekilde sivil kişilerin ya da sivil karakterli objelerin yoğun bulunduğu bir alanda bulunan ancak, birbirlerinden net bir şekilde ayrı bulunan ve bağımsız bir miktar askeri hedefi tek bir askeri hedef gibi kabul eden, yöntem ya da kullanılan araç fark etmeksizin bombardıman şeklinde yapılan saldırılar; Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, insanların yaralanmasına, sivil karakter-deki objelere zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların bir kombinasyonuna arızı (ikincil) şekilde sebep olması beklenen saldırılar.”*
4. 51/7. madde: *“Sivil halkın ya da sivil kişilerin mevcudiyeti ya da hareketleri, bazı nokta ya da alanları askeri operasyonlardan korumak için, özellikle askeri hedefleri saldırılardan korumak ya da askeri operasyonları kolaylaştırmaya, örtmeye ya da zorlaştırmaya çalışmak amacıyla kullanılamaz. Çatışmanın tarafları sivil halkın ya da sivil kişilerin hareketlerini askeri harekâtları örtmek ya da askeri hedefleri saldırılara karşı korumak amacıyla yönlendiremez.”* biçiminde düzenleme yapılmıştır.

Üstünlük ilkesinin orantılılık ilkesi üzerinde esaslı bir etkiye sahiptir. Bu etkiyi özellikle askeri üstünlüğün sağlanmasında meydana gelebilecek zarar ve hayat kaybının değerlendirilmesi açısından belirlenen askeri amacın belirlenmesinde hissedebiliriz. Ek protokol 1’in de belirttiği gibi, askeri hedefler, sivil nesnelere ve sivil nüfusa karşı olamaz.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Galic kararında, hedefin belirlenmesinde o hedefin askeri olup olmamasına, komutanların ölçülülük ilkesi çerçevesinde karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır.

Michael Schmitt, ‘şimdiki teknolojiler doğrudan savaş alanını, sık sık aynı anda karada ve açık denizlerde, havada ve uzayda ve sanal gerçeklik yoluyla meydana gelen savaşa operasyonlarıyla bir savaş uzayına dönüştürdü.’⁴⁴⁹ şeklindeki anlatımıyla, yapılan savaşlarda savaşılanların yerlerini belirleme konusunda daha da ileri bir teknolojinin gündeme geldiğini ve bu sayede sivillerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasının daha da kolaylaştığını belirtmiştir.

Şehirlerde yapılan savaşlar, askeri operasyonların sivil halka zarar vermemeyi sağlaması açısından en zor savaş alanıdır.⁴⁵⁰ Fakat uygulamada genellikle karşı tarafın, şehirler içine çekilmesiyle, stratejilerini ve teknolojilerini uygulamaları engellenmeye çalışılır. Savaşçılar, saldırı durumunda veya saldırıya hazırlık işlemleri sırasında kendilerini sivil nüfustan soyutlamak durumundadırlar.⁴⁵¹ Bu şekilde, askerlerin sivil halkın arasına karışarak, karşı tarafın hedefi belirlemesini zorlaştırdığını düşünse de, sonuç olarak sivil halk bu savaş şekli yüzünden maddi ve manevi büyük kayıplar vermektedir.⁴⁵² Bununla beraber, ölçülülük ilkesinde anlaşmazlığa sebep olan sivillere doğrudan yapılan bir saldırı olmamasına rağmen, sivillerin yaralanması durumunda ortaya çıkan sonucun hukuka aykırı olmadığını, insancıl hukuk bu bakış açısından kabul etmiştir.⁴⁵³

Saldırıdan beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja ilişkin olası karşılıklı sivil zararın orantısız olması bekleniyorsa, ölçülülük kuralı saldırıyı yasaklamaktadır. Soru, beklenen somut ve doğrudan askeri avantaj için standart ölçü nedir? Askeri

⁴⁴⁹ WATKIN, s. 10.

⁴⁵⁰ KURTDARCAN, s. 8.

⁴⁵¹ WATKIN, s. 9.

⁴⁵² KURTDARCAN, s. 9.

⁴⁵³ WATKIN, s. 9.

avantaj, ('Durum çerçevesinde' ana prensip) özel bir hareketin özel taktik amacına dayanan bir ölçü mü olmalıydı yoksa saldırganın toplam stratejik amaçlarına saldırının katkısını hesaba alarak bir 'Toplam' esasında mı ölçülmeliydi?

Modern savaşta bu ikilemin en ünlü örneği, 1945'te Birleşik Devletlerce Hiroşima'nın ve Nagasaki'nin nükleer bombalamasıdır. Amerikalılar, toplam yaklaşımı benimseyerek ve bombalamadan elde ettiği askeri avantaj, sadece Japon savaş sanayisinin yok olması değil aynı zamanda Japonya'nın teslimiyeti olduğunu kanıtlamış, Japon teslimiyetiyle her iki tarafta da yaralıların önemli şekilde sayısını arttırmasına sebep olacak müttefik Japonya'nın istilasının gerekliliğini ortadan kaldırmıştır. Japonlar, 'atom bombasıyla yapılan hava saldırısı askeri hedefleri vurmayı amaçlasa bile, bombanın gücünün fazlasıyla tahrip edici olması sebebiyle aynı sonuç elde edileceğini' bu yüzden saldırının oransız olduğu yaklaşımını benimsemiştir.⁴⁵⁴ Fakat insancıl hukuk savaşta doğrudan yer alan kimselerin askeri hedef olabileceğini belirtmiştir.⁴⁵⁵ Kanımızca, atılan nükleer bombasının etkisi canlı/cansız her türlü varlığı etkilemiştir.

Yoruma göre, 'somut ve doğrudan', , 'zorlukla algılanma' ve 'sadece uzun vadede kendini göstermenin' tersine, avantajın aradığının, 'önemli' ve 'yakından ilgili' olması gerektiğini göstermek için tasarlanmıştır. Bundan dolayı, askeri avantajın toplam yaklaşımı en azından birçok olayda 'zorlukla algılanabilir' ve 'sadece uzun vadede kendini gösterebilir' olsa da 'Askeri avantaj', özel bir hareketin özel taktik amacında temel alınarak ölçülmeliydi.⁴⁵⁶

Rogers'in işaret ettiği gibi yine de, 'somut ve doğrudan' sözcüklerinin yorum açıklaması, sıradan İngilizce anlamıyla uyuşmaz. 'Somut' sözcüğünün anlamı, 'tahmin edilen' değil, ama (genelden ziyade) 'belirli' veya 'algılanabilir' dir ve 'doğrudan' sözcüğünün anlamı, 'yakından ilgili' değil, 'vasıtasız' dır.

⁴⁵⁴ NEUMAN, s. 96.

⁴⁵⁵ WATKIN, s. 10.

⁴⁵⁶ NEUMAN, s. 97.

Brown tarafından da benimsenen 'somut ve doğrudan askeri avantaj' yaklaşımının korumayı güçlendirerek bunu sivillere uygulamanın, görüşmenin emeliyle daha da tutarlı olacağını belirtmiştir. Bu yüzden, 'Konferansın makalelerinin her iki politika faktörü ve lisanı, "Askeri avantaj"ın bir "Durum çerçevesine" yorumunu desteklediği kanaatine varmıştır.' Brown, görünüşe göre bütün 'Durum çerçevesinde' yaklaşımı benimsemenin sivillere muhakkak korumayı kuvvetlendireceğini düşünerek ve diplomatik görüşmenin, bu yaklaşımı onaylamış gözüktüğünü belirterek yanılmaktadır.⁴⁵⁷ II. Dünya Savaşı sırasında 'sözde-savaşçı' (quasi-combatants) sayılan işçiler, yardımcılar gibi bireylerin sivil olarak sayılmaması ek protokol 1 ile reddedilmiştir. Günümüzde de özellikle petrol üretim tesislerinin yakınlarına işçi ve işçi aileleri oturarak o tesisin düşman tarafından bombalanması önlenmek istenmektedir.⁴⁵⁸

İlk olarak, 'durum çerçevesinde' esası yaklaşımını benimsemek, sivillere uygulanan korumayı güçlendirmesini gerektirmemektedir. Örneğin, bir komutan güç istasyonu gibi çift yönlü bir tesisi düşman kuvvetlerine yardım edebileceği düşüncesiyle yok edebilir. Bu durumda, hedefi ayrı ayrı değerlendirirse, askeri avantajın karşılıklı zararı mazur göstereceğine karar verebilir. Bununla birlikte, toplam yaklaşımı benimserse, düşmanın enerjisini başka bir istasyondan da alabileceğini düşünebilir ve bunun sonucunda büyük çerçeveden bakıldığında, saldırı önemli güç istasyonlarına karşı yapılmadıkça, askeri avantaj sivil kayıplara orantılı bir şekilde olmayabilir. İkinci olarak, 'durum çerçevesinde' esası yaklaşımını benimseyen, sivillere uygulanan korumayı güçlendirdiği tartışmasını kabul etsek bile, kısa vadede doğru olmayacak, uzun vadede bu yaklaşımı benimsemekte, her iki tarafta da sivil kayıpların önemli bir şekilde artmasını sağlayabilecektir. Üçüncü olarak, Protokol 1'in müzakere tarihi, diplomatik görüşmenin 'durum çerçevesinde' temelinde 'Toplam' yaklaşımı onayladığı sonucuna yol göstermiştir.⁴⁵⁹ Ölçülülük kuralıyla ilgili olarak protokol 1 maddelerinin görüşmelerindeki bazı noktalarda, birkaç devletin, bir saldırıdan 'beklenen doğrudan

⁴⁵⁷ NEUMAN, s. 97.

⁴⁵⁸ WATKIN, s. 14.

⁴⁵⁹ NEUMAN, s. 98.

askeri avantaj'a başvurmayı düşündüğünü ifade etti. Bu beyanlara yönelik itiraz olmamıştır.

III) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN AHLAKİ YÖNÜ

A. Genel Olarak

Bugünkü Ölçülülük Kuralını anlamak için tarihe ve felsefeye de bakılmalıdır. Kabul edilmelidir ki, ihtilafın, savaşta üstlenilen yargılanabilir hareketlerin, ahlaki ya da dini inançlarla ilişkisinin, silahlı çatışma yasasına bağlantısı vardır. Yine de, pozitif silahlı çatışma yasası ve geleneksel ahlak ve dini kurallar arasındaki yakın bağ kaçınılmazdır ve ölçülülük ilkesi ancak ahlaki ve dini öğretilerin kökeni doğrultusunda anlaşılabilir.⁴⁶⁰

Klasik dönemde Platon, ölçüyü, arzu ve isteklere vurulan dizgin olarak belirtmiştir.⁴⁶¹ Ölçülülük, iyi yaradılışla iyi eğitimin bir araya gelerek akıl doğrultusunda makul ve sade yaşamayı belirler.⁴⁶² Adaleti, doğruluğu ve ölçülülüğü erdem olarak gören Platon'a göre, ölçülülük tüm halka yayılır ve bu sayede tam bir düzen kurulur ve hangi tabakadan (zayıf, güçlü, zengin, fakir, hasta, sağlıklı) olursa olsun bu düzene uyar.⁴⁶³ Platon *Devlet*'in iki kavramını birbirine bağlamıştır: “Ölçülülük, buradan bize görüldüğüne göre, öbür erdemlerde olduğundan çok, bir ses birliğine, bir uyuma (*harmoniai*) benzer. (...) Ölçülülük (*sôphrosunê*), bir çeşit düzendir (*kosmos*), bazı zevkler ve tutkulara hakim olmaktır, 'kendine hakim olmak' gibi bana ters gelen bir deyimi kullananlar böyle derler; yine buna benzer, bu yönde anlamlar taşıyan başka sözler de vardır dilde.”⁴⁶⁴ Bir açıdan bakıldığında bu ima şöyle yorumlanabilir: Devletin kendisi hazlardan daha fazla korunmaktadır. Bununla beraber,

⁴⁶⁰ NEUMAN, s. 100.

⁴⁶¹ PLATON, **Devlet**, Çeviren: Hüseyin DEMİRHAN, İstanbul, 2002, Sosyal Yayınlar, IV. Kitap, s. 120.

⁴⁶² YARAN Cafer Sadık, “Erdem ve Ekonomi: Dinî ve Felsefî Açından İş Ahlakı”, **İĞİAD İş Ahlakı Sempozyumu**, İgiad Yayınları: 11, Sempozyum: 1, İstanbul 2008, s. 23.

⁴⁶³ PLATON, s. 121.

⁴⁶⁴ PLATON, s. 150.

kanun ve düzen sözleri bu yoruma yöneliktir. Düzenin, ölçü ve oran sayesinde belirlenebileceğini belirtmektedir.⁴⁶⁵

Modern dönemde ise Kant, “Genel bir yasa olmasını isteyebileceğin biçimde eylemde bulun, İnsanlara sadece bir araç değil aynı zamanda bir amaç olacak biçimde davran ve Özerklik ilkesine göre eylemde bulun.” Şeklinde üç ilkeye uyulmasının zorunluluğundan bahsetmiştir.⁴⁶⁶ Ayrıca Kur-an’ı Kerim’in Şuara/26 suresinde de yazılı olan “*Ölçüyü tam yapın, eksiltenlerden olmayın. Doğru terazi ile tartın. İnsanların hakkını azaltmayın...*” kelimesi ölçülülüğün ahlaki boyutunun önemini vurgulamıştır.⁴⁶⁷

Ölçülülük kuralıyla ilgili ahlaki ilkeyi araştırmak, hiç olmazsa iki farklı yönde yardımcı olabilir. İlk olarak, ölçülülük kuralının müzakere tarihi, kuralın subjektif içeriği hakkında bir yanlışlık olduğunu belirtmiştir. Neticede, bu kural objektif olmayan bir tanımla sistemleştirilmiştir. Bu yüzden, kuralı destekleyen ahlaki tartışmaları araştırmak, bize bu kuralı yorumlamada ve gerçekleştirmede yardımcı olabilir ve bunu destekleyen ahlaki ilkelere dayanan özü bize verebilir.

İkinci olarak, ahlaki şart Martens Clause yoluyla silahlı çatışma yasasının içine gömülmüş olabilir. Bu yüzden, ilerde oluşacak şartların ihtiyacını belirlemek için bu meseleleri destekleyen ahlaki yolları araştırmak oldukça önemlidir. Sonuç olarak, ülkeler bu tarz ahlaki ihtiyaçların farkında olursa ve silahlı çatışma yasasına uyum sağlaması inancı altında takip ederlerse, bu ahlaki şartlar, uluslararası örf ve adet hukukunun bir bölümü haline alma ümidi doğabilir.⁴⁶⁸

Ölçülülük kuralına ilişkin ahlaki sorun, hangi şartlar altında masum insanların askeri amaçların elde edilmesi için öldürülebileneceği ya da yaralanabileceğidir. Bu

⁴⁶⁵ ARICI Oğuz, “*Antik Yunan Tragedyasında Ölçülülük ve Uyum Düşüncesi*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 44.

⁴⁶⁶ KANT Immanuel, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Çeviren: Ioanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2002, s. 38-55.

⁴⁶⁷ YARAN, s. 31.

⁴⁶⁸ NEUMAN, s. 101.

soruyu sorarak, masum insanlara bilerek zarar vermemek için insanoğlunun *prima facie* (karşıtı ispatlanıncaya kadar geçerli olma) yükümlülüğü vardır. Bu yüzden, sorun, askeri gereklilik bu yükümlülüğü çiğnediğinde baş göstermektedir.

Bir faaliyet olarak savaşın, düzenli sivil toplumda karşılığı yoktur ve statüsünden dolayı (mesela savaşçı) birini öldürmek gelişmiş bir toplumda asla kabul edilemez. Keza, ceza hukukunda kişi, davranışları sonucunda beklenen normal ve olası sonuçları, bu niyetle yaptığını önceden düşünebilir. Yine de, sivil çatışma yasası içeriğinde, askeri hedefleri amaç edinen komutanın, küçük ve önemsiz kayıplarda sivilleri öldürme amacı güttüğü düşünülmemelidir. Buna rağmen, sivil ölümleri onun hareketinin olası sonucunda meydana gelmiştir.⁴⁶⁹

Bir ahlaki doktrini yasal bir kurala dönüştürmede, yasal kural olarak değerlendirildiği zaman, hayatın nispi değeri ve nesnelere belirleme, farklı bir anlam ifade edip etmediği sorununu oluşturmaktadır.⁴⁷⁰ Ahlaki inceleme her zaman savaşçılar ve kasten hedeflenmesinden ötürü ahlaki dokunulmazlığı olan toplumun savaşçı olmayan bölümü arasındaki sivil çatışma yasasındaki temel içgüdülerle başlamalıdır.⁴⁷¹ Bu içgüdü için yapılan açıklama bilginler arasında ihtilaf yaratmasına rağmen, ahlaki incelemenin amacı için adilce nitelendirilen ‘masum’ olarak düşünülen sivillerin gerçek çarpışmalara katmama gerektiği çoğunluk düşüncesini benimsemekteyiz. Bu yüzden savaşçılar yerine bilerek sivilleri hedeflemek yasaklanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi, silahlı çatışma yasası, karşılıklı zarar aşırı olmadığı sürece, beklenen askeri avantaja ilişkin olarak karşılıklı zarara sebebiyet veren olayların yasal olduğuna değinmiştir. Bu tespiti yapmakla, komutan arasından seçmek zorunda olduğu iki ahlaki görevle yüzleşmektedir:

⁴⁶⁹ NEUMAN, s. 101-102.

⁴⁷⁰ WATKIN, s. 28.

⁴⁷¹ NEUMAN, s. 102.

1) Ahlaki Görev I (Md1): masum insanlara bilerek zarar vermek yanlıştır (bir asker, düşmanın savaşı olmayanına karşı bilerek zarar vermekten kaçınmalıdır); ve

2) Ahlaki Görev II (Md2): komutanın mümkünse geniş ölçüde kendi askerlerini koruma görevi vardır.(komutanların kendilerini ve kendi yoldaşlarını görevin tamamlanmasını geniş ölçüde sağlaması koşuluyla tehlikeye atma yükümlülüğü vardır.)

Ölçülülük tespiti yapmakla, komutan ahlaki yükümlülüğünden birine aykırı ahlaki bir ikilemeyle yüzleşmektedir. Usama Bin Ladin örneğinde, komutan Usama Bin Ladin'in o anda bulunduğu yeri mi bombalayıp bombalamayacağına ya da onu esir alacak ya da öldürecek olan askeri birliklerini gönderip göndermeyeceğine karar vermelidir. Komutan hedefi bombalamaya karar verirse, sivil popülasyonun barışı bireylerine acı verici bir zarara sebep olacak ve bunun sonucunda da Md2'yi ihlal edecektir.⁴⁷²

Geniş bir biçimde kabul edilen etik örnekler, Immanuel Kant'ın göreve dayalı teorisidir.⁴⁷³ Kant, yukarıda bahsedilen ikilemin halledilemez olduğunu, çünkü her insanın eşit değerde olduğunu ve her insana kendi değeri çerçevesinde davranılması gerektiğini belirten bir ahlaki zorunluluk olduğunu düşünmüştür.⁴⁷⁴ Yine de, Kant'ın düşüncesi gibi, görev dayalı yaklaşımlar ahlaki yükümlülüklerin kesin olması fikrine dayandığından ve birçok tespit davranışın neticesine göre meydana gelmiş olduğundan orantılılığı tartışmada sorunlulardır. Burada masumları öldürmede bir yasaklama varsa da, barışçıl olmayanlar için ve savaşın modern gerçekliğini bilenler için, önemli bir görevde masumları öldürme yasağını kabul etmeleri çok zor olabilir.⁴⁷⁵ Komutanın, askerlerini komuta etme ve koruma yükümlülüğü vardır fakat çocukları tehlikede olduğunda, ahlaken haklı bir çıkarım yaparak askeri yükümlülüklerini göz ardı edecek, kendi vatandaşlarının ve askerlerinin zarar görmesine sebep olsa bile, gidip ve çocuklarını koruyacaktır. Bu yüzden, ahlaki yükümlülüklerin kesin olmadığı kanısına

⁴⁷² NEUMAN, s. 103

⁴⁷³ OREND Brian, “*Kant on International Law and Armed Conflict*”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume XI, No 2, July 1998, s. 329. 381

⁴⁷⁴ OREND, s. 330.

⁴⁷⁵ NEUMAN, s. 103-104.

varırsak, ahlaki şartın hakim olduğu hangi yaklaşımın kullanılmasına karar verileceğini tespit etmek zorundayız.

B. Çifte Etki Doktrini

İnsancıl hukuk, bir din veya ahlak kuralıyla bağlantılı olmamasına rağmen, ölçülülük ilkesi ‘çifte etki’nin ortaçağ Hıristiyan doktrinin köklerine sahiptir.⁴⁷⁶ Ahlak felsefesine ait ‘çifte etki kuralı’ ölçülülük kuralının ahlaki kaynağı olarak açıkça hesaba katılan bu ikileme hareketlerimizin istediğimiz sonuçlardan az ya da daha çok olası sonuçları olabileceği varsayımlarını üretme yoluyla bir yanıt vermektedir.⁴⁷⁷ Bununla beraber, ölçülülük ilkesinin ahlaki kökleri, yasal denemelerin sınırları ve kapsamı açısından büyük önem arz etmektedir. Bu ilkeye göre, aynı sonuçları meydana getiren hareketler -savaşçı olmayı öldürmek gibi- tam anlamıyla kastedilip kastedilmemesine veya amaçlanıp amaçlanmamasına ya da öngörülebilir olup olmamasına göre, elde edilmek istenen sonuçlar farklı olarak yargılanabilir.

Bu doktrin ortaçağlarda Katolik kazuistler tarafından geliştirilmiştir. Genel anlamda doktrin, iyi birini korumak adına saldırgan öldürüldüğünde bireyin kendini savunmak için kuvvet kullanmaktan başka bir yolunun olmamasının, hukuka uygun şekilde getirmesi amacıyla oluşmuştur.⁴⁷⁸ Çifte etki kuralının klasik açık ve kesin ifadeleri söz konusu davranış ahlaken geçerli ise 4 şart altında toplanabilir:

1. Tasarlanan hareket kendi içinde her biri ahlakça iyi veya ahlakça kötü olmalı bu da demektir ki, amaçlarımız için geçerli bir savaş nedenidir.
2. Doğrudan etkisi ahlaken kabul edilebilir – mesela askeri kaynakların yok edilmesi ya da düşman askerlerini öldürme

⁴⁷⁶ WATKIN, s. 26.

⁴⁷⁷ NEUMAN, s. 104.

⁴⁷⁸ WATKIN, s. 26.

3. Katılımcının niyeti iyiye, kabul edilebilir etkisinde sınırlı olarak amaçlanmaktadır; kötülük ne amaçlarından biridir ne de amacına ulaşmak için bir yoldur.
4. İyi etki, kötü etkiye izin vermeyi telafi etmek için yeterince iyidir.

Bu koşulların hepsi bir araya geldiğinde, dikkat altındaki davranış, kötü sonuca rağmen ahlakça izin verilebilir.⁴⁷⁹ Bu doktrinin uygulanmasında Silahlı çatışma yasasına ilişkin, komutan sivillerin muhtemelen saldırı esnasında öleceğini tahmin etse bile, askeri bir nesneyi hedeflemek için ahlakça açıklayıcı olacak, sadece ve sadece:

1. Hareketin kendisi ahlaken iyidir, örneğin, geçerli bir savaş nedeni.
2. Doğrudan etki – askeri bir hedefin yok edilmesi veya düşman askerleri öldürmek – ahlaken iyidir.
3. Katılımcının niyeti iyidir. Sadece kabul edilebilir etkisini hedeflemektedir. Karşılıklı zarar ne onun amaçlarından biridir ne de ne de amacına ulaşmak için bir yoldur ve,
4. İyi etki – askeri hedefi yok etmek - dikkat altındaki davranış, kötü sonuca rağmen ahlakça izin verilebilir – karşılıklı zarara sebep olmaktadır.⁴⁸⁰

Bu şekilde yorumlayınca, çifte etki ilkesi, ölçülülük doktrini için ahlaki bir yapıyı sağlamaktadır. Aşırı beklenen askeri avantaja ilişkin karşılıklı sivil zarar oluşturan operasyonları silahlı çatışma yasası ve aynı zamanda çifte etki ilkesi de yasaklamıştır.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ NEUMAN, s. 105.

⁴⁸⁰ WATKIN, s. 26; NEUMAN, s. 105.

⁴⁸¹ NEUMAN, s. 105.

SONUÇ

Savaş, yapısı itibariyle ortaya koyduğu sonuçların taraflardan biri veya her ikisi açısından ekonomik, siyasi ve askeri bakımdan kötü, kanlı ve zararlı bitmesine yol açar.

İlk soruna ilişkin – askeri komutanın sivil kaybı azaltmak için kendi askerlerini riske atmak orunda olması – mevcut silahlı çatıma yasası genel olarak ve Protokol I özel olarak, komutanın askerlerini riske atıp sivil kaybı azaltmasını açıkça sağlamamaktadır. Yine de, önemli durumlarda meydana gelen bu tarzdaki yükümlülüklerini kabul etmek için ahlaki sebepler mevcuttur. Bundan dolayı, devletler, sivillere karşı ‘due care(gereken ihtimam) hakkının bulunduğu Walzer’n yaklaşımını kabul etmelidirler. Bu nedenle, çeşitli askeri hedeflerden birini seçmek mümkün ise, bunlardan bazılarının da yani diğerlerinden daha fazla karşılıklı zarara sebep olan seçeneklerde komutanın iyiniyet çerçevesinde değerlendirmek zorunda olacak ve askerlerini tehlikeye atıp sivil kaybı azalttığına kazancının ne olduğuna bakacaktır. Bu incelemeye dayanarak, artan sivil riskinin miktarı ile azalan askeri riskin miktarının orantılı olup olmadığına karar vermek zorunda olacaklardır. Bu gereklilik, Martens Clause yoluyla veya şimdiki koşulların yorumlanmasıyla silahlı çatışma yasasının içine gömülmüş olabilir.

İkinci soruna ilişkin – askeri değerlendirmenin nasıl ölçülmesi gerekliliğidir – bütün uluslararası hukuk ve ahlak, değerlendirmenin bütünsel kombinasyonuna ve durumuna göre inceleme yapılmasını sağlamaktadır. Bundan dolayı, komutan orantılılığı dengeleme testini, operasyonun taktiksel yönlerini ve savaş stratejisinin tüm stratejik yönlerini yürütürken bunları hesaba katmalıdır.

Modern savaş gerçek rakamlarını siviller üzerine devam ettirirken, ulusların silahlı çatışma süresince insanların çektikleri acıları hafifletmek için silahlı çatışma yasasının buradaki rolünü güçlendirme yollarını aramaları çok önemlidir. Bu çalışmada yapılan tartışmanın insanların çektikleri acıları en aza indirmek için silahlı çatışma yasasının rolünü güçlendirme ve aydınlatması yoluyla bu görevi kolaylaştırmayı sağlaması umulmaktadır.

11 Eylül'de 2001'de yapılan terörist saldırıları Bush Doktrini ile birlikte Amerikan politik konumunu kökten değiştirdi. Bu saldırıları analiz etmek ve değerlendirmek için çeşitli yollar vardır. Bazıları ölü sayılarının ve başka yerlerdeki terörist saldırılarıyla yaralananların önemini azaltmak için kıyaslama yapacak, sivillere karşı yapılan usulsüz askeri seferberliğini uzatmak isteyecektir. Fakat bu kişiler Amerikalıların görüşünü tamamen değiştirmiştir. Bu Amerikan topraklarına yapılan ilk saldırıydı ve hedef olarak da Amerika'nın politik ve dünyadaki ekonomik üstünlüğü olan iki temel sembolünü seçmişlerdir. Bu tepki vatansever iddiacılık ve korkunun bir birleşimi olmuş ve bu birleşim tahmin edilen düşmanlara karşı Amerikan ordu gücünü kullanması için yönetime bir imtiyaz vermiştir.

Terörist saldırılarını fırsat bilip ele geçirmeye çalışan sadece Bush'un politikası değildi. Bazı yerel politikalar da sadece korku üzerine spekülasyon yapmadı, ayrıca geliştirmek için de planlar yaptı. Havaalanlarındaki güvenlik tedbirlerini artırma; ara sıra ortaya çıkan çeşitli şekillerdeki uyarılar; göçmenler üzerindeki kontroller ve usulsüz belgelerle cezalandırıcı tedbirler almaya kadar varması özellikle bu kişiler Müslüman ya da Arap ülkelerinden olması yanı sıra, turistler, işadamları ve Amerika'yı ziyaret etmek isten herkes için sıkı şartların olması gibi tedbirler ön plana çıktı. Amerikan bürokratları, özellikle Pentagon'un kesin olan politikası yeni tek taraflı iddiacılığı politik olarak mümkün kılması bu korkuyu yaratmıştır.

Amerika'nın bu doktrini uygulamasında harici ve dâhili iki temel sebebi vardır. Harici olarak, müdahalenin mantıklı sonucu imparatorluktur. Bir hükümeti devirdiğimiz zaman onun yönettiği devletin sorumluluğunu miras alırız. Fakat imparatorluğun bazı bedelleri vardır. İmparatorluğa ait kuralın külfetinin kolay olmadığını Afganistan'dan ve Irak'taki gün geçtikçe daha da beliren olaylardan öğrenmemiz gerekirdi. Bundan daha önemlisi, karmaşık olan dünyada Amerika'nın tek başına hareket etme imkânı yoktur. Tek taraflı hareket, kararlı bir şekilde yapılan birçok meydan okumaya karşı etkili bir biçimde göğüs geremez.

11 Eylül'den sonra dünyadaki ülkelerin birçoğunda ve özellikle hükümetlerinden gelen muazzam iyiniyetten Amerika pek hoşnuttu. Fakat bu iyi niyet tek taraflı olarak

Saddam'a ve Irak'a karşı savaş takibi yapmada direnmesi sebebiyle israf edilmiştir. Müttefiklerimizin kendi isteğiyle bizle işbirliği yapmasına ihtiyaç duymaktayız. Birleşik devletler yıldırıcı bir misillemeyle iki taraflı imtiyazlar çıkararak kısa bir süre için başarılı olacaklar, fakat diğer ülkelerin süresiz olarak uyacağına inanmak zordur.

Dâhili olarak, içte krallığı sürdürmenin ve dünyanın dört bir yanındaki hukuk kuralını hiçe saymanın Amerikan halkı üzerinde yıkıcı bir etkisi olacaktır. Yurt dışındaki açık uygulama evdeki demokrasiyle uyuşmamaktadır. Amerika'daki bireysel özgürlüklere karşı büyüyen saldırının, zorlama yoluyla veya kastedilen sıkı denetimle ve göçmenlere yapılan baskıyla oluştuğuna şahit olduk. Askerle kendimizi gösterişli kılmak, yurt dışında ve bozulmalarla pozisyonumuzu haklı çıkarmak ve Amerikan halkına tamamen yalan söylemek demokrasiyi yok edebilir.

Terör üzerine savaşlar niteliği gereği sonsuzdur, bu yüzden ki sürekli olarak direnmeler olacak ve çarpışma ihtiyacı duyulacaktır. Amerikan halkı ülkenin askeri çarpışmalarına karşı pasif durumda olsalar bile, sürekli bir savaş durumunu, ülkenin zaferi şansa bağlı gibi görünmese de kabul etmeyeceklerdir. Yönetim için Bush politikalarını sürdürmek daha sonradan demokratik ayrılık üzerinde bir kısıtlama politikası gerektirecektir.

Uluslararası hukuk korumak adına yapılan yıldırma ve II. Dünya savaşı periyodundaki müttefiklerin politikasını biraz biçimsiz olduğunu düşünüyoruz. Çünkü bu devir, self-determinasyon ve dünya insanların arasındaki karşılıklı saygının bir altın çağı değildir. Amerika son yarım yüzyılda güçlü ülkelerin saldırılarını haklı çıkarmak için sık sık uluslararası hukuka başvurması uğruna ve özellikle Latin Amerika'da çok büyük zararlara sebep olmuştur. Hala, Amerika bazı baskılar altında kaldığını düşünmekte ve diğer milletlerle işbirliği ilişkilerini sağlama çalışmaları yapmaktadır. Büyük güçler milletlerarası hukuku yönetimin bir aleti olarak kullanabilmelerine rağmen uluslararası hukuk açıklamayı içine alan bir standardı da sağlamaktadır. İşbirliği ve baskı, Amerika ve diğer ülkeler sınırları içinde milletler ve insanlar arasındaki yasal düzeni sağlamak ve politik olarak çalışmayı sağlayan önemli bir ana ilkedir.

21. Yüzyılda, zorunluluk ve ölçülülük, devletler tarafından, tek yönlü kuvvete başvurma bakımından hukukun ayrılmaz kavramlarından olduğunu belirtmiştik. Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin benimsenmesinden bu yana, uluslararası topluluğu karakterize eden çatışmaların çoğunun iki anlamlı yasal temeline rağmen, devlet uygulaması ve *opinio juris* (davranışın bir hukuki zorunluluk tescil ettiğinin kanaati), uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımı, iddia edilen yasal temelini hesaba katmadan, hem zorunlu hem de ölçülü olması gerektiği düşüncesiyle bağdaşmaktadır. Tüm diğer barışçı yolların, teorik olarak sağlanabilir olmadığı bir son başvurma yeri olarak kuvvet fikri, birkaç problemi ortaya çıkarır. Öncelikli olarak, kuvvet kullanımının uygulanabilmesi için, tüm barışçı yollar gerçekten tükenmiş olması gereklidir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi, yasal bir norm içinde gerekli hassaslıktan yoksundur. Bu yoksunluk, silahlı kuvvetin etkisini sınırlama için, bir mekanizma olarak, işlevini yerine getirmesini engeller. Herhangi bir kuvvet kullanımının amacına odaklanırken, aynı zamanda daha sonraki kuvvet kullanımının dar kapsamının yan etkisine sahip olabilir.

Gereksiz ve aşırı kuvveti kısıtlamak için zorunluluk ve ölçülülüğün potansiyelini, bilhassa, kuvvete başvurma içinde durumlarını düzenleyebilen yasal rejim, gerginlik altında olduğu zamanlar süresince, artırmak daha da gereklidir. Bununla beraber, bir dereceye kadar, ölçülülük, ya kendi zorlu faaliyetlerini haklı göstermek ya da diğer devletlerin faaliyetlerini suçlu çıkarmak için onların güvendiği devletlerin ellerinde etkileyici bir biçimde söylenen bir araç olmaktadır. Sonuç olarak, tüm kurbanlar için silahlı çatışmanın yıkıcı etkisini sınırlamaya doğru anlamlı bir şekilde katkıda bulunması açısından ölçülülük ilkesinin kabul edilmesi geç olmuştur ve devletlerin uygulamasında hala haklı savaş doktrinine yatkınlık vardır. Bu yüzden ölçülülük ilkesi, günümüz ve daha ilerisi açısından, bireyler ve devletler tarafından geliştirilmeyi beklemektedir.

KAYNAKÇA

ADDLCOTT Jeffrey F., **Terrorism Law, The Rule of War and The War on Terror**, Second Edition, Lawyers & Judges Publishing Company Inc., 2004.

AKINCI Ahmet, **İslam Hukukuna Göre Savaşta Uyulacak Kurallar**, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2007.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 35, Cilt 1.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 27, Cilt 2.

ARSAVA Füsün, “*Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar*”, **A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s.117-124.

ATEŞ Süleyman, **Yüce Kur’an’ın Çağdaş Tefsiri**, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, Cilt I-II.

BAŞEREN Sertaç Hami, “*Terörizm ve Uluslararası İlişkiler*”, **Stratejik Araştırmalar Dergisi**, Sayı 1, Yıl 1, 2003, s.51-58.

BAŞEREN Sertaç Hami, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Birinci Baskı, Ankara 2003.

BELLAMY Alex J., “*The responsibilities of victory: Jus Post Bellum and the Just War*”, **Review of International Studies**, Cambridge University Press, 2008, s.601-625.

BOZKURT Enver-Mehmet ÖZCAN-Arif KÖKTAŞ, **Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın, 4.Baskı, 2008.

BOZKURT Enver-Mehmet ÖZCAN-Arif KÖKTAŞ, **Avrupa Birliği Mevzuatı**, Asil Yayın, 2.Baskı, 2008.

BOZKURT Enver, **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Asil Yayın, 4.Baskı, 2007.

BOZKURT Enver, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 3.Baskı, Ankara 2007.

BOZKURT Enver, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Asil Yayın, 2.Baskı, 2006.

BOZKURT Enver-KANAT Selin, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, Asil Yayın, 2007.

BOZKURT Enver-M. A. KÜTÜKÇÜ-Y. POYRAZ, **İnsan Hakları Mevzuatı**, Ankara, Asil Yayın, 2004.

BOZKURT Enver-M.Akif KÜTÜKÇÜ-Yasin POYRAZ, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 5.Baskı, Ankara 2009.

BOZKURT Enver-Mehmet ÖZCAN-Arif KÖKTAŞ, **Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın, 4.Baskı, 2008.

CLAUSEWITZ Carl Von, Savaş Üzerine, (Çeviren: Şiar YALÇIN), Eriş Yayınları, 2003.

COATES Anthony, **Humanitarian Intervention: A Conflict of Traditions**, *Humanitarian Intervention: Nomos XLVII*, Terry Nardin and Melissa S. Williams eds., New York University Press, 2006, s.58-83.

ÇETİN Mustafa, “İslam ve Milletler Arası Barış, Doğu’da ve Batı’da İnsan Hakları”, Sempozyum Paneller: 14, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996.

ÇOLAKER Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Sayı 36, Ocak 2010.

DAVER Bülent, “Savaş ve Barış Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 10, 1992.

DEMİRDÖĞEN DEMİRTÜRK Ülkü, “Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları ve Güç Kullanma Olgusu (1946-1996)”, **Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi** (11), 2006, s.236-257.

DERYAL Yahya, **Hukukun Temel Kavramları**, 6.Baskı, Trabzon, 2008 .

DOEBBLER F.J. Curtis, **International Human Rights Law, Cases and Materials Volume I**, 2004.

DOĞRU Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I**, Ağustos 2003, Ankara.

ELEFTHERIADIS Pavlos, “Cosmopolitan Law”, **European Law Journal**, Vol. 9, No. 2, April 2003, s.241-263.

ELLIS-HOWARD Charles, **The Origin, Structure & Working of The League of Nations**, New Jersey 2003.

EMİROĞLU Hüseyin, “Soğuk Savaş Sonrası Birleşmiş Milletler: İşlevi-Sorunları”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s.59-81.

ERDURMAZ A. Serdar, **Orta Doğu’daki Kitle İmha Silahları, Silahların Kontrolü ve Türkiye**, Ümit Yayıncılık, Ankara 2003.

GARDAM Judith, **Necessity, Proportionality and The Use of Force by States**, Cambridge University Press, 2004.

GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, İstanbul,1989.

GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayın, İstanbul, 1986.

GÖZLER Kemal, “*Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2001/4, s.53-67.

GÖZLER Kemal, “*Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4, 1990. s.561-590.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Bursa, Ekim 2005.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6.Aynı Bası, Ankara 2002.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Ankara 2008.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, 2002, s.17-40.

HAMİDULLAH Muhammed, **İslam Peygamberi**, İrfan Yayınevi, İstanbul 1993, Cilt II

HAMMOND John L., “*The Bush Doctrine, Preventive War and International Law*”, **The Philosophical Forum**, Volume XXXVI, No. 1, Spring 2005, s.97-111.

KANT Immanuel, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Çeviren: Ioanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2002.

KESKİN Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: SAVAŞ, KARIŞMA VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, Ankara, Mayıs 1998.

KIRAN Abdullah, **Milletler Cemiyeti ve Önlenebilir Savaş**, GAU J. Soc. & Appl. Sci., 3(6), 2008, s.19-36.

KU Charlotte–Harold K. JACOBSON, **Democratic Accountability and The Use of Force in International Law**, Cambridge University Press, 2003.

KURTDARCAN Bleda R., “*Meskûn Mahalde Muharebe Ve İnsancıl Hukuk: İsrail-Hizbullah Çatışması Kapsamında Kısa Bir Değerlendirme*”, http://www.turkhukuk.kurumu.org.tr/Siteyazi/20100125_meskunmahalde.pdf

KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif, **Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri**, (<http://www.sosyabil.selcuk.edu.tr/sosmak/makaleler/M.Akif%20K%C3%9CT%C3%9CK%C3%87%C3%9C/259-276.pdf>)

METİN Yüksel, **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

MUMCU Ahmet-Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Yayın no: 1590, Açıköğretim Fakültesi Yayını no: 842, 2.Baskı, Eskişehir, Ağustos 2005.

NEUMAN Noam, “*Applying The Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 7, 2004, s.79-112.

OĞURLU Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

OREND Brian, “*Kant on International Law and Armed Conflict*”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume XI, No 2, July 1998, s.329-381.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1998.

ÖZEL Ahmed, **İslam Hukukunda Ülke Kavramı**, İz Yayıncılık, İstanbul 1998.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2.Bası, Ankara 2007.

ÖZGÜR Salih, **Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları**, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2006.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, (IV. Kitap), Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Güncelleştirilmiş 4.Bası, Ankara 2006.

REÇBER Sercan, “*Irak’a Yönelik Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği*”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 4, No: 3, s.57.

RUMPF Christian, “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, s.25-48.

SAGLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara 1982.

SAĞLAM Fazıl, “*1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar*”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, s.433-442.

Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, 1987.

SÖNMEZOĞLU Faruk, **Uluslararası İlişkiler Sözlüğü**, Der Yayınları, İstanbul, 2000.

STÜRCHLER Nikolas, **The Threat of Force in International Law**, Cambridge University Press, 2007.

ŞENOCAK Kemal-Mustafa KILIÇOĞLU, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan**, Kamu-İş, Ankara 2010, s.181-211.

TANÖR Bülent-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları**, 3. Baskı, İstanbul, Mart 2002.

TARHANLI Turgut, **Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk**, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf

TAŞDEMİR Fatma, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 2, No: 5, 2006, s.75-89.

TAŞDEMİR Fatma, **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 1.Baskı, Ankara, Nisan 2006.

TAŞDEMİR Hakan-Fatma GÜNGÖ RAKKAN, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi'nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Y. 2008, Sayı 1-2, s.1073-1090.

TAŞDEMİR Hakan- Ruhsar MÜDERRİSOĞLU-Hicran TÜLÜCE, “12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No2lu Protokol (I. Ek Protokol)”, **Kamu-İş**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s.1-35.

TOPAL Ahmet Hamdi, “Uluslararası Terörizm ve Uluslararası Ceza Mahkemesi” **Uluslararası Hukuk&Politika**, Cilt: 1, Sayı: 3, 2005, s.77-92.

TOPAL Ahmet Hamdi, **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, 1.Bası, Ocak 2005, İstanbul.

Türk Dil Kurumu Genel Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sava%FE&ayn=tam>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Mayıs 2009.

Usak Yearbook of international Politics and Law, Volume 3, 2010.

ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2005.

WALTZ Kenneth N., **İnsan, Devlet ve Savaş Teorik Bir Analiz** (Çevirenler: Enver BOZKURT, Selim KANAT, Serhan YALÇINER), 1.Baskı, Nisan 2009.

WATKIN Kenneth, “Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 8, 2005, s.3-53.

WILLIAM, E. Butler, **The Non-Use of Force in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

YALÇINER Serhan, **Soğuk Savaş Sonrası Uluslararası Terörizmin Dönüşümü ve Terörizmle Mücadele**, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl/Volume: 2, Sayı/Issue: 4, Güz 2006, s.98-119.

YAPICI Utku, “*Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu*”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt: 2, No: 7, 2006, s.21-40.

YARAN Cafer Sadık, “*Erdem ve Ekonomi: Dinî ve Felsefî Açından İş Ahlâkı*”, **İĞİAD İş Ahlakı Sempozyumu**, İgiad Yayınları: 11, Sempozyum: 1, İstanbul 2008, s.19-35.

YASUAKI Onuma, “*International Law in and with International Politics*”, <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/14/1/105?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=%28international+AND+law+AND+in+AND+and+AND+with+AND+international+AND+politics+AND+onuma+AND+yasuaki%29&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetype=HWCIT>

İnternet Kaynakları

<http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>

<http://books.google.com/>

<https://www.btg-bestell-service.de/pdf/80201000.pdf>

<http://www.icrc.org/dih.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com>

<http://jcsf.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/81.pdf>

<http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>

<http://www.ankara.pol.tr/?id=901>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html>

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/3814.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin_ant1.pdf

<http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/JigOrGLAzhif6qVnP2ZPOe8s6hF7AF.pdf>