

ÇEVRENİN SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA KORUNMASI

Gökhan GÜNEYSU

DOKTORA TEZİ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak 2011

DOKTORA TEZ ÖZÜ

ÇEVRENİN SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA KORUNMASI

Gökhan GÜNEYSU
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2010

Danışman: Prof. Dr. Sertaç Hami Başeren

Uluslararası kamuoyunun çevre sorunları ile ilgilenmeye başlaması oldukça yeni bir gelişme olarak görülmelidir. Bu ilgi genellikle barış zamanında ortaya çıkabilecek kirlenmelere yönelik olmakla beraber, Vietnam ve diğer çatışmalar sırasında yaşanan olumsuzlukların da etkisi ile silahlı çatışmalar sırasında da çevresel unsurların korunmasının gerekliliğine ve bu amacı gerçekleştirecek hukuki altyapının eksikliğine ilişkin bir bilinç oluşmuştur.

Bu fark edilen ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk'un bünyesine eklenen düzenlemeler mevcuttur. Bu, dolaysız olarak çevresel korumayı amaçlayan insancıl hukuk hükümlerinin incelenmesi çalışmanın önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ayrıca, insancıl hukukun diğer konularda öngörülmüş ve fakat dolaylı olarak çevresel korumaya da katkısı bulunan hükümleriyle genel ilkeleri de bu incelemede ele alınacaktır. İkinci bölümdeki bu incelemenin bünyesine Uluslararası Ceza Hukuku'nun konu hakkındaki hükümleri de ele alınacaktır.

Son olarak da silahlı çatışmalar sırasında, aslında barış zamanı için öngörülmüş olan Uluslararası Çevre Hukuku hükümlerinin uygulamasının mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Eğer bu şekilde bir uygulama mümkün ise bunun nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği de 3. bölümde ele alınacaktır.

Yapılan inceleme neticesinde sayıca hiç azımsanmayacak olan hukuki düzenlemelerin yine de tatmin edici seviyede bir çevresel koruma rejimi getirmekten uzak olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Ph. D. DISSERTATION ABSTRACT**Protection of Environment in Times of Armed Conflict****Gökhan GÜNEYSU****Public Law****Anadolu University Social Sciences Institute, December 2010****Supervisor: Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN**

That the international community is paying attention to the problems of environmental degradation and safeguarding the environment is still an actual development. This attention first occurred in relation to the protection of environment in peace time. However, recent armed conflicts like Vietnam contributed immensely to the highlighting of this till then neglected aspect of warfare.

Today there are some environment-related regulations embedded in that body of rules, we call International Humanitarian Law. These regulations, which aim directly to safeguard environmental values, shall form the main body of this dissertation. In addition to them, those humanitarian rules which protect other values than environment shall also be probed into, for these too have an indirect protective effect as regards the environment. Along with these inquiries within the second chapter, we shall undertake an investigation in the realm of International Criminal Law, which too comprises some rules, which directly or indirectly may have a bearing on the fate of environmental consideration during armed conflicts.

Lastly, in the third chapter, we will tackle the question of the implementation of the rules of the International Environmental Law in times of armed conflict. If such an implementation shall be deemed to be possible, we shall try to establish a model regarding how that implementation shall be realized.

In the light of the dissertation at hand, we have established that the number of those International Law regulations can not be said to be low. However, these rules and regulations fail to generate a coherent and effective legal regime for the protection of the environment during armed conflicts.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Gökhan Güneysu'nun "**Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması**" başlıklı tezi tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, ... Anabilim / Anasanat dalında Yüksek Lisans-Doktora / Sanatta Yeterlik tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Sertaç Hami Başeren	:	
Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü	:	
Yrd. Doç Dr. Neval Okan	:	
Üye	:	
Üye	:	

Prof. Dr. Ramazan Geylan
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

GÖKHAN GÜNEYSU

**DOKTORA
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Eğitim

Y.Ls. 2005 Georg August Universitaet Göttingen, Hukuk Fakültesi

Lisans 2001 Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Lise 1995 Ankara Atatürk Anadolu Lisesi, Fen Bölümü

İş

2006- Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mesleki Birlik/Dernek/Kuruluş Üyelikleri

2000- Willem Vis Moot Court Alumni Association

Alınan Burs ve Ödüller

2003- MEB Yüksek Lisans Bursu

2008- ERASMUS Değişim Programı Bursu

Yayın

"Kafkasları Sarsan Çatışma ve Uluslararası Hukukta Tanıma", Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2009.

"Devletlerin Şahıs ya da Şahıs Gruplarının Terör Faaliyetlerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2008.

"Hasta Direktifinin (Patientenverfügung) Tabi Kılınabileceği Geçerlilik Şartları Üzerine Bir Araştırma", 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Antalya.

"Nükleer Terör Eylemlerinin Önlenmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme", Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2007.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Eskişehir, 01 Mart 1977 **Cinsiyet:** Erkek. **Yabancı Dil:** İngilizce, Almanca

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	:	adı geçen eser.
a.g.m.	:	adı geçen makale.
bkz.	:	bakınız.
B.M.D.H.S.	:	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.
EYUCM	:	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
I.C.J.	:	International Court of Justice
I.C.R.C.	:	International Committee of the Red Cross.
I.L.M.	:	International Legal Materials
I.L.R.	:	International Law Reports
I.R.R.C.	:	International Review of the Red Cross.
M.	:	Madde.
M.S.B.	:	Milli Savunma Bakanlığı.
Para.	:	Paragraf.
RECIEL	:	Review of European Community and International Environmental Law.
R.I.A.A.	:	Reports of International Arbitral Awards
RUCM	:	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
S.B.F.D.	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
SIPRI	:	Stockholm International Peace Research Institute
S.	:	sayfa.
SSRN	:	Social Science Research Network.
UAD	:	Uluslararası Adalet Divanı.
UÇH	:	Uluslararası Çevre Hukuku.

UİH	:	Uluslararası İnsancıl Hukuk.
U.N.E.P	:	United Nations Environment Programme.
U.N.T.S.	:	United Nations Treaty Series.
U.N.Y.B.	:	United Nations Yearbook.
Vol.	:	Volume.

ÖZ	
ABSTRACT	
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	
ÖZGEÇMİŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

ÇALIŞMANIN KONUSUNUN TANIMLANMASI-TAKİP EDİLEN METOT KONUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. ÇALIŞMANIN KONUSU ve SINIRLANDIRILMASI	3
1.1. Tarihsel Bir Süreklilik Olarak Savaş	3
1.2. Tezin Konusu ve Temel Kabullenimleri	7
1.3. Takip Edilen Metot	8
1.4. Çalışmanın Sınırlandırılması	8
1.4.1. Uluslararası Silahlı Çatışma Kavramı	9
1.4.2. Uluslararası Hukukta Çevre Kavramı	15
1.5. İnsancıl Hukukun Temel Özellikleri ve Çevre Sorunsalına Yaklaşımı ...	19
1.5.1. İnsancıl Hukukun Yürütülmesi Sorunu	21
1.5.2. Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayetın Sağlanması	22
2. SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA ÇEVRE SORUNU-KONUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	26
2.1. Silahlı Çatışmalarda Çevre Konusunun Tarihsel Gelişimi	26
2.1.1. Vietnam Savaşı Sırasındaki Çevresel Tahribat	28
2.1.2. Körfez Savaşı 1991	33
2.1.3. Kosova Müdahalesi	35
2.1.4. Jiyeh, Lübnan	37
2.2. Silahlı Çatışmalar Sırasında Çevresel Koruma Fikrinin Öncüleri	39
2.3. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması	45
2.3.1. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi	47
2.3.2. II. Ek Protokol	49
2.3.3. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalara İlişkin Yapılageliş Hukuku	53

II. BÖLÜM

SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA ÇEVRENİN KORUNMASI KONUSUNDAKİ İNSANCIL HUKUK VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKU HÜKÜMLERİ

1. ÇEVREYİ KORUMAYI AMAÇLAYAN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK METİNLERİ	56
1.1. “Çevresel Modifikasyon Tekniklerinin Askeri veya Diğer Saldırgan Amaçlarla Kullanılmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşme”.....	56
1.1.1. ÇEVMOD Tarafından Sağlanan Koruma ve Kapsamı	61
1.1.2. ÇEVMOD’un Uygulamadaki Önemi	63
1.2. “1977 Tarihli Uluslararası Nitelikli Silahlı Çatışma Kurbanlarının Korunmasına İlişkin ve 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Protokol (I. Ek Protokol)”	65
1.2.1. I. ve II. Ek Protokollerin Hazırlanması	65
1.2.1.1. 1971/1972 Hükümet Uzmanları Konferansları	70
1.2.1.2. 1974–1977 Cenevre Diplomatik Konferansı	71
1.2.2. I. Ek Protokol’ün Uygulama Alanı	74
1.2.3. 35. madde, Çevrenin Korunması Temel Kuralı?	77
1.2.4. 55. Madde, İnsan-Merkezcil Koruma?	80
1.2.5. Madde 36, Çevresel Zarar Verecek Silahların Kontrolü Yükümü	83
1.2.6. ÇEVMOD ve I. Ek Protokol Hükümlerinin Ortak Değerlendirilmesi	87
1.3. 1980 Tarihli Fark Gözetmeyen Etkileri Olan ve Aşırı İzdıraba Yol Açan Silahların Kullanılmasına Dair Sözleşme ve Protokolleri.....	93
2. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU TARAFINDAN SAĞLANAN ÇEVRESEL KORUMA	97
2.1. Uluslararası Ceza Hukuku ve Mahkemesi, Tarihi Bir Gelişme	97
2.2. Kuruluş	98
2.3. 8(2)(b)(iv): Savaş Suçu Olarak Çevresel Zarar Verme Eylemi	100
2.3.1. Eylem (Actus Reus)	102
2.3.2. Manevi Unsur: Kast (Mens Rea)	103
2.3.3. Bir Hukuka Uygunluk Nedeni olarak “Askeri Fayda”	104
2.4. Savaş Suçu Dışındaki Hükümler Vasıtasıyla Çevresel Suçların Cezalandırılması	107
2.4.1. Soykırım Olarak Çevresel Suç	107
2.4.1.1. Soykırım Suçunun Tarihi Gelişimi	107
2.4.1.2. Roma Statüsünde Soykırım Suçu	109
2.4.1.3. Çevresel Suç Yoluyla Soykırım	110
2.4.2. İnsanlığa Karşı Suç Olarak Çevresel Suç	111
2.4.2.1. İnsanlığa Karşı Suç Kavramının Tarihi Gelişimi	111
2.4.2.2. Roma Statüsü’nde İnsanlığa Karşı Suçlar	113

3. ÇEVREYİ DOLAYLI OLARAK KORUYAN DİĞER İNSANCIL HUKUK HÜKÜMLERİ	116
3.1. Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması	119
3.1.1. 1954 Lahey Sözleşmesi	120
3.1.2. 1999 Tarihli II. Lahey Protokolü	124
3.1.3. I. Ek Protokol'ün 53. Maddesi; Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması	126
3.2. Sivil Halkın Yaşamaları İçin Vazgeçilmez Olan Hedeflerin Korunması	129
3.3. Tehlikeli Kuvvet İçeren Yapı ve Tesislerin Korunması	131
3.4. Özel Korumaya Tabi Bölgeler: Savunulmayan Yerler ve Askerden Arındırılmış Bölgeler	137
3.4.1. Savunulmayan Yerler (m. 59)	138
3.4.2. Askerden Arındırılmış Bölgeler (m. 60)	140
4. NÜKLEER, KİMYASAL ve BİYOLOJİK SİLAHLAR HAKKINDAKİ ULUSLARARASI HUKUK HÜKÜMLERİ	144
4.1. Kimyasal ve Biyolojik Silahlar	144
4.1.1. 1899 tarihli Lahey Deklarasyonu	145
4.1.2. Lahey Kara Savaşı Yönetmeliği	146
4.1.3. 1925 Protokolü	148
4.1.4. 10 Nisan 1972 tarihli Biyolojik Silahlar Konvansiyonu	150
4.1.5. 1993 Kimyasal Silahlar Konvansiyonu	152
4.2. Nükleer Silahlar	153
4.2.1. Atmosferde, Dış Uzayda ve Sualtında Nükleer Silahların Test Edilmesini Yasaklayan Andlaşma	159
4.2.2. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması	160
4.2.3. Kapsamlı Nükleer Test Yasağı Andlaşması	161
5. GELENEKSEL İNSANCIL HUKUK İLKELERİ ve ÇEVRENİN KORUNMASI	161
5.1. İnsancıl Hukukun Esas Dayanak Noktası Olarak Sınırlama İlkesi	163
5.2. Askeri Gerekliklik İlkesi	164
5.3. İnsanlık İlkesi (Humanity)	172
5.4. Martens Maddesi	175
5.5. Ayrımında Bulunma Yükümlülüğü (Distinction)	180

III. BÖLÜM

BİR ALTERNATİF OLARAK ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU'NUN SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA UYGULANMASI

1. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU ANDLAŞMALARININ SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA UYGULANMASI	185
1.1. Geleneksel Yaklaşım	188
1.2. Devam Etme Kuramı	190
1.3. Ayrım Kuramı	190
1.4. Konu Hakkındaki Mahkeme Kararları	191
1.5. Doktrin'in Konu Hakkındaki Görüşlerinden Bazı Örnekler	195

1.6. Uygulama Bulamayacak Andlaşmalar	198
1.7. Uygulanacak Andlaşmalar	198
1.8. Uygulamanın Nasıl Gerçekleşeceğine Dair	200
1.9. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Konu Hakkındaki Taslak Maddeleri	202
1.10 Bölümün Değerlendirilmesi	205
SONUÇ	207
KAYNAKÇA	212

ÇEVRENİN SİLAHLI ÇATIŞMALAR ESNASINDA KORUNMASI

Giriş

İnsanın yeryüzündeki varlığının önemli devamlılıklarından biri de savaş olmuştur. İnsanlık tarihi, yıkımda birbirleriyle yarışan çok sayıda savaşı bünyesinde barındırmaktadır. Bu savaşların ciddi sayıda insan kaybına neden olduğu bilinen bir gerçektir. Buna ilaveten, çevre de silahlı çatışmalar sırasında kaçınılmaz olarak zarar görecektir. Bu zarar, hukuka uygun olan askeri eylem ve tedbirlerin de sonucu olabileceği gibi, hukuka aykırı yani insancıl hukukun kural veya ilkelerini ihlal eden eylemlerin sonucu da ortaya çıkmış olabilir. Bunlara ilaveten çevrenin silahlı çatışma anında bir “silah” olarak dahi kullanılması ve bu şekilde tahribata maruz kalması mümkündür.

İnsanlık tarihi savaşların çevreye ciddi seviyede zarar verme potansiyeli olduğunu gösteren örneklerle doludur. Buna rağmen silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasını amaçlayan hukuki kuralların oldukça yeni tarihli olduğundan bahsetmek mümkündür. Buna paralel olarak da bu sorunu hukuki açıdan ele alan akademik çalışmalar da göreceli olarak oldukça yeni tarihlidir. Bu çalışma, nisbeten az sayıda olan diğer çalışmalara ilaveten yapılmakta ve bizce nispeten ihmal edilmiş bir meseleyi incelemektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde çalışmada ele alınan konu tespit edilmekte ve de sınırlandırılmaktadır. Bunu takiben çalışmada izlenen metot ortaya konulmaktadır. Daha sonra konunun tarihi arka planı incelenmekte ve bu tarihi akış içinde meseleye dair ortaya konulmuş fikirler ele alınmaktadır. Tezin konusu esas olarak uluslararası silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması olacağından birinci bölümde kısaca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla konusuna girilmiş, bu silahlı çatışma kavramının tarihi gelişimi ortaya özet olarak konulduktan sonra, çevresel koruma sağlaması mümkün hukuk kuralları incelenmiştir.

Çalışmamızın II. Bölümü'nde ilk olarak çevreyi direkt olarak korumayı amaç edinen hukuk kuralları ele alınmıştır. ÇEVMOD ve de I. Ek Protokol hükümleri kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Daha sonra Uluslararası Ceza Hukuku bünyesinde mevcut olan ve çevrenin korunmasına katkısı olması muhtemel hükümler ele alınmıştır.

Bu başlıkların ardından çevreyi dolaylı yoldan koruması beklenen bazı insancıl hukuk hükümlerinin değerlendirilmesine geçilmiştir. Bu incelemenin ardından nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlara ilişkin uluslararası hukuk hükümleri kısaca gözden geçirilmiştir. II. Bölüm'de son olarak, çeşitli andlaşma hükümlerinin incelenmesini takiben insancıl hukukun temel ilkelerinin çevresel korumaya katkısı sorunu ele alınmıştır.

Tezimizin ana gövdesini oluşturan II. Bölüm'ün ardından silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasına, özü itibariyle barış hukuku dalı olan Uluslararası Çevre Hukuku'nun olası katkısının incelenmesiyle devam edilmiştir. Bu inceleme ise tezin III. Bölümünü oluşturmaktadır.

Çalışmanın Sonuç bölümünde tüm bu hukuki incelemelerin ışığında ulaşılmış olunan sonuçlar dile getirilmektedir

I. BÖLÜM

ÇALIŞMANIN KONUSUNUN TANIMLANMASI-TAKİP EDİLEN METOT- KONUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. ÇALIŞMANIN KONUSU ve SINIRLANDIRILMASI

1.1. Tarihsel Bir Süreklilik Olarak Savaş

Savaş, insanlığın ilgiyle takip ettiği ve incelediği bir konudur. Hatta bazısı için bir büyülenme vesilesidir. Tarih boyunca şairler, düşünürler, tarihçiler bu kanlı ve insanı aşan fenomeni incelemiş¹ ve onun hakkında ciddi bir literatür yaratmışlardır. Savaş, tarihimiz için ciddi bir sabite olarak kabul edilmiştir. *Oral Sander*'in belirttiğine göre 7000 yıllık bilinen insanlık tarihinin her yüzyılının 87'si savaş yılları olmuş, sadece geri kalan 13 yıl için barıştan bahsedebilmek mümkün olabilmıştır².

İnsanoğlunun kendisine özgü ve de doğuştan getirdiği kötülükten, dinlere ve ekonomik nedenlere kadar birçok şey, basitçe savaş olarak adlandırdığımız görüngünün bu devamlılığının gerekçesi olarak gösterilmiştir³.

Eski Çin'de savaşın nedenleri ile insanın karakteri ve doğuştan getirdiği farklar üzerine bir takım tartışmalar olmuştur. Mo-Ti'nin evrensel sevgi öğretisine göre; savaş, herkese iyilikle davranması gereken insanın, yapısına ters düşen bir harekettir. Hâlbuki *The Book of Lord Shang* adlı Çin kitabında makyavelist yaklaşımı anımsatan öğeler de bulunmaktadır⁴. Görüldüğü üzere Çin kültüründe aynı konuya oldukça farklı açılardan yaklaşılmıştır. Aynı şekilde Hint kültüründe de birbirine zıt görüşlerin ileri sürüldüğüne

¹ David Kennedy, *Of War and Law*, (Oxford: Princeton University Press, 2006), s. 1.

² Oral Sander, *Siyasi Tarih 1918–1994*, (Dördüncü basım. Ankara: İmge Kitabevi, 1995) s. 508.

³ Savaşın nedenleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Haldun Yalçınkaya, *Savaş: Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2008), s. 17–106.

⁴ James E. Dougherty ve Robert L. Pfaltzgraff, *Contending Theories of International Relations*, (Third Edition. New York: Harper Collins Publishers, 1990), s. 193.

işaret edilmiştir. Budist *ahimsa* öğretisi örneğin tüm yaşayan varlıklara zarar vermeden yaşanmasını salıklamaktadır⁵.

Musevilik ise savaş nedeni olarak iki meşru sebep görüştür. Kural olarak da barış halini övdüğü belirtilen Museviliğe göre; birinci haklı savaş nedeni “Kutsal Kitap’ta geçen kutsal toprakların fethi için girilen çatışmadır”⁶. Musevilikteki ikinci haklı savaş nedeni “Musevi Kral’ın kararı” olmaktadır. Buna göre Musevi hükümrân belli bir konuyu savaş açma nedeni olarak görmekteyse, bu savaş da Musevi teolojisine göre meşru bir çatışma olarak görülmektedir. *Yalçinkaya* bu karar verme yetkisinin sonsuz olduğunu bizlere hatırlatmaktadır⁷. Görüldüğü üzere bu ikili ayrım aslında çok da bir mana ifade etmemekte, ikinci meşru sebep ile savaş için yönetici elite açık bir çek verilmektedir. Savaşın nasıl yürütülmesi gerektiği hususunda ise Eski Ahit şunu söylemektedir⁸;

“ Tanrınız Rab mülk edinmek üzere gideceğiniz ülkeye sizi götürdüğünde, önünüzden birçok ulusu -Hititler'i, Girgaşlılar'ı, Amorlular'ı, Kenanlılar'ı, Perizliler'i, Hivliler'i, Yevuslular'ı, sizden daha büyük ve daha güçlü yedi ulusu- kovacak. Tanrınız Rab bu ulusları elinize teslim ettiğinde, onları bozguna uğrattığınızda, *tümünü yok etmelisiniz*. Bu uluslarla antlaşma yapmayacaksınız, onlara acımayacaksınız. Kız alıp vermeyeceksiniz. Kızlarınızı oğullarına vermeyeceksiniz; oğullarınıza da onlardan kız almayacaksınız. Çünkü onlar oğullarınızı beni izlemekten saptıracak, başka ilahlara tapmalarına neden olacaklardır. O zaman Rab size öfkelenecek ve sizi çabucak yok edecek. Onlara şöyle yapacaksınız: *Sunaklarını yıkacak, dikili taşlarını parçalayacak, Aşer putlarını devirecek, öbür putlarını yakacaksınız.*”

⁵ Dougherty/Pfaltzgraff, **a.g.e.**, s. 193.

⁶ Yalçinkaya, **a.g.e.**, s. 116.

⁷ **Aynı**, s. 118.

⁸ Eski Ahit, Tesniye Bap 7: 1-5'ten aktaran Yalçinkaya, **a.g.e.**, s. 117-118.

Hristiyanlık savaşa bakış noktasında değişken bir yapı sergilemiştir. İlk başlarda toplumda daha çok zayıfların bağlandığı bir inanç olan Hristiyanlık, daha sonraları önemli devletlerin resmi dini olacak kadar benimsenmiştir. Toplumsal yapıdaki bu değişiklikler bu dinin savaşa olan tavrını da bir ölçüde belirlemiştir diyebiliriz. Dinin kutsal metinleri incelendiğinde şiddet karşıtı bazı emirlere rastlamak mümkündür. Gerçekten de Hz. İsa'ya göre “Sağ yanağınıza tokat atana öbür yanağınızı da” çevirmeniz gerekmektedir⁹. Yine İncil’e göre bir Hristiyan “kendisine vurana yanağını dönüp utanca doymalı”dır¹⁰. Bu çağrıya, bu dinin ilk 300 yıllık bölümünde uyulduğu, hususan Hristiyan kanaat önderlerinin barışçıl bir hayatı tercih ettikleri söylenebilir¹¹. Bunda, bu dini yıkıcı ve tehlikeli addeden Roma İmparatorluğu’nun uygulamış olduğu baskı kadar, bu dine mensup fikri önderlerin barışçıl tavır sergilemeleri de rol oynamıştır. Ancak tamamen barışçıl bir tavır kilisenin resmi öğretisi olarak kabul edilmemiştir. Savaş konusunda “güç kullanımının haklı olması prensibi”, kilise tarafından benimsenmiş, diğer yanağın dönülmesi tavsiyesi devlet işlerinde reddedilmiştir. Çünkü bireysel olarak amaçlanan diğer tarafta kurutuluş dahi olsa, devlet söz konusu olduğunda konu toplumsal faydanın korunmasına dönüşecektir¹². Bu nedenle gerektiğinde kuvvet kullanılabilmelidir.

İlerleyen yıllarda kilisenin siyasal bir özellik kazanması söz konusu olacaktır. Bu nedenle artık savaş ilgilenilmesi gereken bir konu haline doğal olarak gelmiştir¹³. Kilise babalarının da etkisi altında şekillenmiş olan haklı savaş kavramı bir öğreti olarak artık kabul edilmiştir. Özellikle 1095 yılında Papa tarafından Hristiyan amaçları için savaş yapma çağrısında bulunduktan sonra, savaşın iman ile uyumu konusunda, ahlaki yönleri güçlü Hristiyan bireylerin dahi herhangi bir endişesi kalmamış, haklı savaş kavramı böylelikle kendini iyiden iyiye kabul ettirebilmiştir¹⁴.

⁹ Matta 5:39’dan aktaran Yalçinkaya, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁰ Ağıtlar 3:30’dan aktaran Yalçinkaya, **a.g.e.**, s. 111.

¹¹ Dougherty/Pfaltzgraff, **a.g.e.**, s. 194.

¹² **Aynı**, s. 194.

¹³ Yalçinkaya, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁴ **Aynı**, s. 115–116.

İslamiyet'e göre Dünya; Dar-ül İslam ve Dar-ül Harp olarak ikili bir ayrıma tabidir. İnananların kontrolü altında bulunan bölgeler Dar-ül İslam olarak adlandırılmaktayken, Dar-ül Harp İslam hükmünün götürülemediği yerleri ifade etmektedir. Bu iki bölge, en azından teoride ve *ultima ratio* olarak, sürekli bir savaş halinde bulunmaktadır¹⁵. Bu sürekli savaş durumu şarkiyatçı yazım geleneğinde yanlış anlaşılmış ve aksettirilmiş bir durum olarak eleştirilmektedir¹⁶. Teologların yazılarında belirttikleri üzere, cihat her ne kadar insanın kendi nefesine yönelik kişisel bir çabayı ifade etse de, batı yazımında daha sıklıkla tanıtılan diğer anlamında, Dar-ül Harp'in Dar-ül İslam'a katılması için güç kullanma anlamına da gelmektedir. Bu anlamıyla cihad, Hristiyanlık'taki haklı savaş kuramından ziyade Hristiyanlık tarihindeki haçlı seferlerine benzetilmektedir¹⁷.

Yukarıda sayılanlar veya diğerleri, nedeni ne olursa olsun, savaş yahut silahlı çatışmalar, geçirdiği değişim ve dönüşümlerle birlikte, tarihimizin bir değişmezi olarak görülebilir¹⁸. Bu nedenle, savaşın hukuk eliyle tamamen yasaklanmasını ve bu hukuki yasak sayesinde yeryüzünden tamamıyla silineceğinin beklenmesini gerçekçi bir hedef olarak göremeyiz. *Immanuel Kant*'a göre, hiçbir devlete-hükümrana, savaş sonrası yapılacak bir potansiyel barışı tamamen engelleyecek, onu artık fikren dahi imkânsız hale getirecek mahiyet ve şiddetteki savaş eylemlerinde bulunma yetkisi tanınmamalıdır¹⁹. Yani her ne kadar savaş istenmez ve arzulanmaz bir durumsa da, bir kere başlamış savaşta en azından gelecekte kurulması olası bir barış düzenini, bir olasılık olarak dahi imkânsız hale getirecek mahiyette şiddet kullanılmasını engellemek gereklidir.

Bu çalışmamızda işlenecek konu da benzeri şekilde, savaş/çatışma sonrası bir barış ve güven ortamının ve buna ilaveten gelecek insan nesillerinin varlığının, en azından bir olasılık olarak mümkün kalmasına hizmet edecek bir meseledir. Bu

¹⁵ Dougherty/Pfaltzgraff, *a.g.e.*, s. 193.

¹⁶ Konu hakkında kapsamlı bilgi için; Ahmet Yaman, **İslam Devletler Hukukunda Savaş**, (İstanbul: Beyan Yayınları, 1998).

¹⁷ Dougherty/Pfaltzgraff, *a.g.e.*, s. 193.

¹⁸ Gerhard Werle, **Völkerstrafrecht**, (Zweite Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2007), s. 378.

¹⁹ Immanuel Kant, **To Perpetual Peace: A Philosophical Sketch**, çeviren: Ted Humphrey, (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003), s. 5.

çalışmada, uluslararası gündemde oldukça yakın sayılacak bir tarihte tartışma konusu haline getirilen bir husus olan çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunması sorunu incelenmeye çalışılacaktır.

Dünya kamuoyunun çevresel sorunlar ile ilgilenmesi çok yeni tarihli bir gelişmedir. Bu hususun silahlı çatışmalar kapsamında incelenmesi ise daha da yeni tarihli bir gelişme olup²⁰, dolaysız olarak bu konu hakkında düzenleme öngören uluslararası hukuk belgelerinin hazırlanması ancak Vietnam Savaşı'nın yarattığı korkunç çevresel zararın, televizyon ve diğer iletişim imkânları yoluyla oturma odalarımıza kadar sokulması neticesinde gerçekleşebilmiştir.

1.2. Tezin Konusu ve Temel Kabullenimleri

Tezin amacı, esas olarak uluslararası mahiyette bir silahlı çatışma esnasında uygulanması olası görülen hukuki hükümlerin incelenmesidir. Sayıca hiç de azımsanmayacak olan çevresel koruma ile az veya çok ilgisi bulunan bu hükümlerin, tüm bu sayısal büyüklüğe rağmen, etkin ve gerçekçi bir hukuki örgü ve yeterli seviyede çevresel koruma sağlamaktan uzak oldukları, bu çalışmamızın ana tezini oluşturmaktadır. Bu yetersizliğin birincil nedeni, düzenlemelerin kendi içinde çelişkili ve/veya uygulamanın önünü kapatacak şekilde tasarlanmış yapısıdır. Yani, diğer unsurların yanı sıra düzenlemelerin kendisine içkin bir yetersizlik durumundan bahsetmek mümkündür. Çelişki veya yetersizlik ile kastedilen, düzenlemelerin uygulanmasının önüne hukuki, sözde-hukuki veya söylemsel engellerin çıkartılması için uygun bir durumun var olduğudur. Hangi düzenlemelerin inceleme konusu edileceğinin de tespiti önemlidir. Burada silahlı çatışmalar esnasında uygulanması mümkün görünen her türlü düzenleme kastedilmektedir. Doğal olarak bu mahiyetteki düzenlemeler arasında ilk olarak spesifik olarak çevreyi korumayı hedef edinen insancıl hukuk hükümleri sayılmalıdır. Ayrıca, dolaylı çevresel koruma sağlayan insancıl hukuk hükümleri de incelemenin konusuna dahildir. Uluslararası ceza hukukunun bu konudaki düzenlemeleri de çalışmanın kapsamı içindedir. Nihayet, barış hukukunun parçası olan uluslararası çevre hukuku sözleşmelerinin hükümleri de incelenecektir.

²⁰ Karen Hulme, "Taking Care to Protect the Environment Against Damage: A Meaningless Obligation?", *International Review of the Red Cross*, Volume 92, Number 879 (2010), s. 1–2.

Yine, hukuki metinlerin eksiksiz uygulanması için gerekli olan irade devletler camiasında mevcut değildir. Konuyu detaylıca incelerken ele alınması planlanan hükümlerin hazırlık çalışmaları bu konularda bize belli bir fikir verecektir. Uluslararası silahlı çatışmalar, çalışmanın birincil olarak incelemek istediği konu olmakla beraber, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında söz konusu olabilecek çevresel koruma hususu da incelmenin kapsamına dâhil edilmiştir ve çalışmanın birinci bölümünde kısaca incelenecektir.

1.3. Takip Edilen Metot

Bu çalışma vasıtasıyla; tarihi olaylar, mahkeme kararları, sözleşme hazırlık çalışmaları ve günümüzde geçerli hukuki hükümlerin incelenmesi neticesinde çalışmanın üstte zikredilen temel yaklaşımını teyid eden mahiyette bir tablonun çıkıp çıkmadığı kontrol edilecektir. Bir *uluslararası hukuk çalışması* olmasını planladığımız bu çalışmada kullanılacak olan temel parametreler, uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul edilen uluslararası sözleşmeler, örf ve adet hukuku ile hukukun genel ilkeleri olacaktır. Yine doktrin ve içtihadattan da bu incelemede, hukuku tespit eden kaynaklar olarak istifade edilecektir. Amaçlanan, sadece uluslararası hukukun kendisi tarafından kabul edilmiş kaynakların kullanımı ile bu incelemenin tamamlanmasıdır. Hukuki olmayan, kişisel veya siyasi değerlendirmeler yahut olması gerekene işaret eden yorumlar, her ne kadar fikri çaba olarak her türlü saygıyı hak etse dahi, bunlara ancak hukuk politikası bağlamında atıfta bulunulacaktır. Bu özellikleri haiz değerlendirmeler sadece ve sadece olması gereken hukuka dair kestirimler veya hukukun epistemolojik bir tartışması olarak değerlendirilmelidir. Bu satırların yazarının amacı, spekülatif olmayan ve hukuk metodolojisi açısından itiraz edilemez mahiyette bir hukuk çalışması yapmaktır²¹.

1.4. Çalışmanın Sınırlandırılması

Yukarıda da bahsedildiği üzere, *uluslararası* mahiyette olan *silahlı çatışmalar* sırasında *çevrenin* korunması incelememizin *ana* konusunu oluşturmaktadır. Bu

²¹ Elbette bu itiraz edilemezlik, metodolojik alanın kendi içinde tutarlılığı ile sınırlıdır ve sırf bu metodoloji takip edildiğinden dolayı ulaşılan sonuçların da yanlışlanamaz olduğunun iddia edildiği şeklinde anlaşılmamalıdır.

kavramların anlamlarının açığa kavuşturulması tezimizin de doğal sınırlarını oluşturacaktır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması konusuna bu çalışmada ayrı bir başlık altında kısaca yer verilecektir. Yine, tezimizin kapsamına, kendisi başlı başına ayrı bir çalışma konusu olabilecek nükleer silahlar konusunu oldukça sınırlı bir kapsamda dâhil etmeyi planlamaktayız. Tezin, silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması konusunu incelemek gibi bir amacı olduğundan, *jus ad bellum*'un²² çevreyi koruyucu dolaylı etkisine de değinilmeyecektir. Bu giriş bölümünde incelenmesi gerektiğine inandığımız bir önemli bir husus ise, tezimizin ana çatısını oluşturacak olan insancıl hukukun, çevre etiği tartışmalarının da yardımıyla, *çevre sorunsalına olan yaklaşımının* değerlendirmesi olacaktır. Hemen sonrasında ise silahlı çatışmalarda çevrenin korunması meselesinin tarihi gelişimi incelenecektir.

1.4.1. Uluslararası Silahlı Çatışma Kavramı

Uluslararası ilişkilerinde hükümrânın silahlı çözümü tercih etmesi ve şiddete başvurusu tamamen onun karar verme yetkisinin içinde telakki edilegelmiştir. Hatta savaşın, tıpkı deprem gibi doğal bir felaketmişçesine, insanlığın *kaçınılmaz* olarak yaşaması, tecrübe etmesi gereken kötü deneyimlerden olduğu inancının kırılması ancak 20. yüzyılda gerçekleşebilmiştir²³.

Bugün sahip olduğumuz ve silahlı çatışmaları kural olarak hukuka aykırı kılan Birleşmiş Milletler rejiminden farklı olarak Milletler Cemiyeti (MC) döneminde *bir politika opsiyonu olarak savaş* ulus devletlerin elinden alınmış değildi²⁴. MC Misakında²⁵ mevcut düzenlemeye göre, devletler sorunlarını çözmek amacıyla öncelikle barışçı yöntemlere başvurmak yükümü altındaydılar. Bu saldırgan olmayan çabaların başarısızlığa uğraması durumunda ise devletlerin savaşa başvurma hakkı muhafaza

²² Günümüz uygulanan hukukuna bakıldığında belki de *jus contra bellum* olarak adlandırmak daha doğru olacaktır.

²³ Yücel Acer, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, (Ankara: Roma Yayınları, 2004), s. 47-48.

²⁴ Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş Karışma ve Birleşmiş Milletler*, (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1998), s. 29.

²⁵ Misakın metni için bkz. The Covenant of The League of Nations, The Avalon Project, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>.

edilmişti²⁶. Böylesi bir düzenlemenin, sorunlarını saldırgan tutumlar ile çözme niyet ve yeteneğinde olan devletleri barışçı davranmaya teşvik etmeyeceği, en fazla bu devletlerin savaş seçeneğini tercih etmelerini geciktireceği aşikârdır. Bu düzenlemenin bir başka eksikliği de “savaş” tabirini ihtiva etmesidir. Bu, kuvvet yoluna başvurarak uluslararası sorunlarını çözmeyi amaçlayan devletlerin kendi silah kullanmalarını savaş dışında bir terimle açıklamalarına veya resmi savaş ilan edilmesinden kaçınmalarına yol açmıştır. Böylelikle Misakın ilgili maddelerinin kendilerine uygulanmasını reddetmek ve önlemek istenmiştir ve bu devletler birçok defa da başarılı olmuşlardır.

Savaşa başvurma hakkının kullanımının düzenlenmesi ve savaşın yasaklanması konusunda bahsedilmesi gereken bir diğer uluslararası metin, 27 Ağustos 1928’de imzalanan Briand-Kellogg Paktı’dır²⁷. Pakt, tarafı olan devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde savaşın bir ulusal politika aracı olarak kullanılmasını yasaklamaktadır²⁸. Oldukça iyi niyetli ve zamanının da oldukça ilerisinde bir metin olan bu pakt, maalesef zamana hakim olan militarist ruha galip gelememiş ve imzasını takip eden çatışmaları (ve bu arada bir dünya savaşını da) engelleyememiştir²⁹. Oldukça küçük hacimli olan paktın herhangi bir icra mekanizması öngörmemiş olması da onun uygulama bulamamış olmasına sebep olmuştur. Ayrıca, paktın kendisi meşru müdafaaya izin verdiğinden, gerçeklikte saldırgan bir tavır ile diğer bazı ülkeleri işgal etmiş devletler dahi bu eylemlerini meşru müdafa olarak sunmaktan çekinmemiştir³⁰.

Görüldüğü üzere, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasının sınırlandırılması konusunda belli bazı adımlar atılmıştır. Ancak bu adımlardan umulan sonuçların elde edilemediği de bilinmektedir.

²⁶ Keskin, **a.g.e.**, s. 30.

²⁷ Briand-Kellogg Pact (Pact of Paris), **League of Nations Treaty Series**, Volume 94, s. 58–64; Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, **Völkerrecht**, (München: Verlag C.H. Beck 2007), s. 231.

²⁸ Seha Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977), s. 233.

²⁹ **The Kellogg-Briand Pact**, <<http://www.state.gov/r/pa/ho/time/id/88736.htm>> (10. 05. 2010).

³⁰ Örneğin Japonya’nın Mançurya’yı işgali için bkz. **The Mukden Incident of 1931 and Stimson Doctrine**, <<http://www.state.gov/r/pa/ho/time/id/88739.htm>> (10. 05. 2010).

Günümüzde hüküm süren Birleşmiş Milletler rejiminde ise, bu teşkilata üye devletlerin *tüm*³¹ uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanmalarını ve hatta kuvvet kullanma tehdidinde bulunmalarını önlemek isteyen genel bir yasaktan söz etmek mümkündür. Geçmiş tecrübelerin de ışığında, burada savaş gibi kısıtlayıcı yorumlara yol verebilecek bir terimden uzak durulmuş ve daha geniş bir kapsamı haiz “kuvvet kullanma” tabirine yer verilmiştir. Kuvvet kullanılmasından kastedilen, devletin silahlı kuvvetlerinin rol aldığı eylem olmaktadır. Bugünün BM rejiminde tarafların silahlı çatışmaları betimleme biçimlerinin de önemi kalmamıştır. Kapsamı oldukça geniş olan kuvvet kullanma yasağına, savaşa varmayan kuvvet kullanmalar da kural olarak dâhil olmaktadır.

Çalışmamız öncelikli olarak bir *jus in bello* çalışmasıdır. Dolayısıyla *jus in bello*’nun kullanım bulacağı uluslararası silahlı çatışmalar, tezimizin esas inceleme konusunu oluşturmaktadır. Her şeyden önce ifade edelim ki insancıl hukukun uygulama bulması konusunda, sahadaki çatışmanın nasıl bir insancıl hukuk sınıflandırılmasına tabi olacağı büyük bir önemi haizdir. Yapılacak sınıflandırmaya göre bir çatışma uluslararası silahlı çatışma olarak görülmekteyse o zaman belli bir takım hükümler ve bunların öngördüğü korumalar uygulamaya geçirilecektir. Eğer başka tarz bir çatışmanın varlığı söz konusu ise o zaman başka bir insancıl koruma geçerli olacaktır. Günümüz uygulanan uluslararası hukukunda bu konuda yol belirleyici olacak olan ise insancıl hukuk sözleşmeleridir³².

Silahlı çatışma tabiri *jus in bello* için de yeni bir kavramdır. İnsancıl hukukun önceki önemli düzenlemeleri incelendiğinde bu terimin değil, “savaş” ibaresinin kullanıldığını görmekteyiz. 1925 Cenevre Protokolü³³ kimyasal maddelerin “savaşta kullanımı”ndan bahseder³⁴. 1899 Lahey Sözleşmesine göre bahsi geçen sözleşmenin eki

³¹ Sadece diğer üye ülkeler değil üye olmayan ülkelere karşı da bu yasağa riayet edilmesi gerekmektedir. Hüzeyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap**, (Birinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), s. 113.

³² Sylvain Vité, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”, **International Review of the Red Cross**, Vol.91 Number 873, (2009), s. 70.

³³ 1925 Geneva Protocol (Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare), **League of Nations Treaty Series**, Volume 94, s. 66–74.

³⁴ Frits Kalshoven, **Constraints On The Waging Of War**, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), s. 26.

olan Yönetmelik'te mevcut hükümler, “iki veya daha fazla taraf devlet arasında *savaş* çıkması halinde” bu devletleri bağlayacaktır³⁵.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine³⁶ gelindiğinde ise durum farklılaşmaktadır. Sözleşmelere ortak 2. madde, artık “savaş”a atıfta bulunmamakta, sözleşmelerin

“iki veya daha fazla yüksek âkit devletin arasında çıkan tüm ilan edilmiş savaş veya herhangi diğer silahlı çatışma hallerinde”

uygulama bulacağını tespit etmektedir³⁷.

Tezimizde bu tür uluslararası silahlı çatışmaları incelemeyi planlamaktayız. Dolayısıyla bu kavramın içeriğinin tespiti çalışmamız açısından önemlidir. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 2. maddesine göre uluslararası insancıl hukukun devreye girebilmesi için bir savaş ilanı zorunluluk olarak görülmemekte; savaş ilanında bulunulmaması artık insancıl hukuk hükümlerinin uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmemektedir. Aynı şekilde, tarafların kendi silah kullanmalarını nasıl vasıflandırdıklarına bakmadan insancıl hukuk hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Bununla kastedilen, savaş teriminin kullanılmadığı çatışma durumlarında da insancıl hukuk hükümlerinin uygulama bulacağıdır. Aynı şekilde taraflardan birinin savaş durumunu tanımadığı durumlarda dahi Cenevre Sözleşmeleri uygulanacaktır. Yani taraflardan en az birinin savaş amacına (*animus belligerandi*) sahibi olduğu çarpışmalar insancıl hukuku tetikleyecektir. Cenevre Sözleşmelerinin önemli ve yol gösterici şerhine göre³⁸

“iki devlet arasında ortaya çıkan ve silahlı kuvvetlerin müdahalesine neden olan *her türlü* anlaşmazlık m.2 anlamında

³⁵ Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899. <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/150?OpenDocument>>, (04. 01. 2011); Kalshoven, **a.g.e.** , s. 26.

³⁶ I. Cenevre Sözleşmesi için **United Nations Treaty Series**, Volume 75, s. 31; II. Sözleşme için **United Nations Treaty Series**, Volume 75, s. 85; III. Sözleşme için **United Nations Treaty Series**, Volume 75, s. 135; IV. Sözleşme için ise **United Nations Treaty Series**, Volume 75, s. 287'ye müracaat edilmelidir.

³⁷ Melike Batur Yamaner, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**, (İstanbul: Arıkan Yayıncılık 2007), s. 24; Kalshoven, **a.g.e.** , s. 27.

³⁸ Jean S. Pictet, **Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and in Armed Forces in the Field**, (Geneva: ICRC 1952), s. 28.

bir silahlı çatışmadır. Çatışmanın uzunluğu veya neden olunan can kaybı sayısının önemi bulunmamaktadır”.

Görüldüğü üzere, silahlı çatışmanın varlığı sahadaki gerçekliğe nazaran tespit edilmektedir ve taraf devletlerin vasıflandırmasından bağımsız bir haldedir. Cenevre Sözleşmeleri ile daha önceki şekilci ve dar savaş kavramına bağlı anlayış terk edilmiş, tarafların iradesine bağlı olmayan ve objektif unsurlara göre çalışan bir sistem getirilmiş olmaktadır. Bundan böyle devletlerin iradesine bağlı olmaksızın insancıl hukuk hükümlerinin uygulama bulmasının önü böylelikle açılmıştır³⁹. Ancak Cenevre Sözleşmelerine içkin önemli bir sınırlama ise bu sözleşmelerin, belli bazı hükümleri müstesna⁴⁰ olmak kaydıyla, sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacak olmasıdır.

Bu anlayışa dayanan benzer bir tespit, daha yakın bir tarihte, Tadic davasında verdiği kararında Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da yapılmıştır. Mahkemeye göre⁴¹

“Devletler arasında güce başvurulduğu *her durumda* bir silahlı çatışma mevcuttur.”

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar incelememiz kapsamına sadece kısmen dâhildir. Uluslararası silahlı çatışmalara yukarıda da incelediğimiz üzere her şeyden önce iki devlet arasında gerçekleşen çatışmalar dâhildir. Bu uluslararası özelliği şüphe götürmez olan bir çatışma türüdür ve kelimenin klasik olarak karşılayageldiği bir görüngüdür. Yine I. Ek Protokol⁴² hükümleri gereği, uygulamada o ana dek uluslararası sayılmayan çatışmaların da uluslararası çatışma olarak sayıldığını, yani uluslararası silahlı çatışma kavramının içeriğinin genişletildiğini de bilmekteyiz. I. Ek Protokol,

³⁹ Vité, **a.g.m.**, s. 72.

⁴⁰ Sözleşmelerin ortak 3. maddesi bu şekilde istisnai bir maddedir. Ortak 3. madde sözleşmeler içinde ayrı bir mini-sözleşme olarak da nitelendirilmektedir.

⁴¹ ICTY, **The Prosecutor vs. Dusko Tadic, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**, IT-94-1-A 2 Ekim 1995, para. 70.

⁴² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). Adopted at Geneva on 8 June 1977, **United Nations Treaty Series**, Volume 1125, s. 3, (No. 17512).

uygulama bulacağı uluslararası silahlı çatışma hallerine, Cenevre Sözleşmeleri tarafından öngörülenlerin yanı sıra halkların sömürgeci baskıya, yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı, *self-determinasyon* haklarından istifade ederek sürdürdüğü silahlı çatışmaları da eklemiştir⁴³. En azından bu sözleşmeye taraf ülkeler için uluslararası çatışma ibaresinden artık bu genişletilmiş uluslararası çatışma terimini anlamak gerekecektir. Bu tanımlama zamanı için uluslararası hukuk açısından bir yenilik teşkil etmektedir. Protokollerin bazı hükümleri o güne kadar oluşmuş olan yapılageliş hukukunun yeniden ifadesinden başka bir şey değilken, bazı hükümleri de ilk defa bu belge ile öngörülmüştür. I. Protokol bu iki farklı tip düzenlemeyi eşzamanlı olarak bünyesinde barındırır. Bu düzenlemelerden, önceden yapılageliş hukuku özelliğini kazanmış olanlar herhangi bir devletin bu Protokol'e taraf olup olmamasına bağlı olmadan bu devleti bağlamaktadır. Ancak, I. Ek Protokol'e eklenen ve gerçeklikte hukukta bir yenilik olarak nitelendirilebilecek hükümler böylesi bir etkiden mahrumdurlar. Bu tip düzenlemelerin belli bir devlet tarafından riayetinin hukuki bir gereklilik olduğunu iddia edenlerin bu devletin Protokol'e taraf olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Eğer söz konusu devletin Protokol'ün tarafı olduğu gösterilemiyorsa, o zaman o devletten bu hükümlere riayetinin istenmesinin hiçbir hukuki gerekçesi de olamaz. Ancak zaman içinde, ilk başlarda yenilik olarak kabul edilmesi gereken düzenleme yapılageliş hükmünü kazanmış olabilir. Fakat bu durumda şimdiye kadar hiçbir şekilde Protokol'e taraf olmamış, ona katılma iradesi göstermemiş devletlerin dahi bu yeni yapılageliş hukuku ile bağlanmış olması mümkündür. Dolayısıyla I. Ek Protokol hakkında yapılacak incelemelerde söz konusu hükmün bunlardan hangisi kapsamına girdiğinin araştırılması elzemdir.

Bu genişletilmiş uluslararası çatışma tanımlamasının yanı sıra, çevreyi korumayı amaçlayan I. Protokol hükümleri de uluslararası hukuk açısından birer yeniliktir ve yapılageliş hukukunun yeniden ifadesi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla Protokol'e taraf olmayan devletlerin bu hüküm ile bağlanıp bağlanmadıklarının ayrıca araştırılması gereklidir. Bunun mümkün olabilmesi ancak ilgili hükümlerin, 1977'yi takip eden yıllar içerisinde yapılageliş hukuk haline gelmeleri durumunda mümkün olacaktır. Bu durumda bile yeni bir yapılageliş kuralının ortaya

⁴³ Kalshoven, **a.g.e.** , s. 73.

çıkmiş olmasına rağmen ilgili devlet, bu kurala istikrarlı ve sürekli bir şekilde itirazda bulunmuşsa (*persistent objector* kuralı) yine bu düzenleme ile bağlanmayacaktır. Protokol görüşmelerine katılmış; ancak çeşitli nedenlerle taraf olmayı reddetmiş bir devlet için, *persistent objector* kuralının uygulanabilir olduğunun kabulü akla yakın gelmektedir. Yine açık bir şekilde bu düzenlemelere itiraz eden veya gerçekleştirdiği uygulama ışığında, bu düzenlemeleri hukuk olarak kabul etmediği sonucuna somut olarak varılabilen devletlerin de *persistent objector* olarak görülmeleri mümkündür.

Bizim çalışmamızda, yukarıda incelendiği üzere hem *jus ad bellum* hem de *jus in bello* ile dönüştürülmüş bulunan, bu kapsayıcı uluslararası silahlı çatışma kavramı kullanılacaktır.

1.4.2. Uluslararası Hukukta Çevre Kavramı

Günümüz uluslararası hukukunda herkes ve her yer için bağlayıcılığı haiz, genel bir çevre tanımının varlığından söz etmek mümkün görünmemektedir⁴⁴. Bu yüzden çalışmamızda korunması söz konusu olan çevrenin de ayrıca tanımlanması gerekir. Bu tanımlama, tezin çevre konusunda sahip olmak istediği felsefi yaklaşıma göre şekil alacaktır. Eğer insan-merkezli bir yaklaşıma sahip olunursa, sadece beşeri çevrenin veya insanların etkilenmesine neden olacak çevresel etki ve zararların incelemeye konu edilmesi gerekecektir. Böylesi bir durumda sadece insanın çevresini oluşturan veya insana belli faydası olan unsurların korunmasını kendine konu edinen hükümlere odaklanmak gerekmektedir. Çevreye insan-merkezli yaklaşım olarak da adlandırabileceğimiz bu yaklaşımın, günümüz için kabul edilen bir yaklaşım olduğu konusunda şüphelere sahibiz. Bu geride kalmış felsefi duruşa göre, çevrenin bizim için değeri, insanın refahına ve iyiliğine katkıda bulunduğu ölçüde söz konusu olacak, çevre ise ancak insanların da faydasının gerektirdiği hal ve şartlarda ve ancak bu faydanın devamını sağlama amacının gerektirdiği kadar bir korumayı hak edecektir⁴⁵.

Başka bir yaklaşım ise insanı doğanın merkezine değil ve fakat içine koymak ve onu doğal çevrenin bir *parçası* olarak algılamaktır. Bu yaklaşımda çevresel etkisi

⁴⁴ Andree Kirchner, **Umweltschutz während bewaffneter Konflikte**, Basılmamış Doktora Tezi, Hamburg, s. 4.

⁴⁵ Kirchner, **a.g.e.**, s. 5.

şüphesiz olabilecek ancak tamamen insani dünyaya ait olan bazı unsurların da çevresel koruma kapsamına alınması mümkün olacağı gibi, insan topluluklarını ilk bakışta hiç ilgilendirmeyen ancak doğal süreçler neticesinde belki de uzun bir süre sonra etkisini hissettirecek çevresel zararların da incelemeye dâhil edilmesi mümkün olabilecektir. Böylelikle daha geniş bir kapsamı haiz çevresel koruma kavramının incelenmesi gerçekleşecektir. Uygulanan uluslararası hukukta da bu yaklaşımın benimsendiğine dair birtakım işaretler mevcuttur. Birleşmiş Milletler Dünya Çevre Şartı'na göre⁴⁶;

“insan doğanın bir *parçasıdır* ve doğal sistemlerin kesintiye uğramadan çalışmasına muhtaç konumdadır.”

Yine, Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği “Nükleer Silahlar” danışma görüşünde şu tespiti yer verilmiştir⁴⁷;

“Çevre bir soyutlama değildir, *doğacak nesilleri de kapsayacak şekilde*, insanların hayat alanı, hayat kalitesi ve sağlığını temsil eder ”

Çevreye Zararlı Faaliyetlerden Doğan Zarardan Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'ne göre⁴⁸;

“ “Çevre” hava, su, toprak, hayvan varlığı (fauna) ve bitki varlığı (flora) gibi biyotik ve abiyotik doğal kaynaklar ile aynı faktörler arasındaki etkileşimler ile kültürel mirası oluşturan mallar ve manzaranın (landscape) karakteristik unsurlarını kapsamaktadır. ”

Lohbeck'e göre de “çevre”den bahsedildiğinde tüm canlı varlıklar, diğer doğal unsurlar ve bunların karşılıklı ilişkilerinin tümünün anlaşılması gerekmektedir⁴⁹. Bu

⁴⁶ World Charter for Nature, Stockholm 1982, BM Genel Kurulu Kararı 37/7, 28.10.1982; aktaran Lohbeck, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁷ Dinah Shelton “Environmental Rights”, (in) Philip Alston (Ed.), **People's Rights**, (Oxford, New York: Oxford University Pres. 2005), s. 256.

⁴⁸ “Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment”, Philippe Sands/Paolo Galizzi, **Documents in International Environmental Law**, (Second Edition. Cambridge: Cambridge University Pres. 2004), s. 1240 vd.

bağlamda, *Lohbeck*'e katılamadığımız bir husus kültürel önemi haiz malların ve kültürel mirasın uluslararası hukuktaki konumu ve silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması konusundaki yeri olmaktadır. Yukarıda işaret edildiği üzere, bütüncül bir yaklaşımı savunan *Lohbeck*, kültürel mirasın çevresel korumanın kapsamı içine alınmaması gerektiği görüşündedir. İnsanın çevrenin bir parçası olarak kabul edilmesinden sonra, insanın kültürel yönüne ait olan ve onun için büyük önem taşıyan kültürel unsurların çevre tanımı haricinde tutulmasını kendi içinde çelişik bir hareket olarak algılamaktayız. Böyle bir kabullenim neticesi insan, en azından belli bir kısım olarak, çevrenin kapsamı dışına alınmakta, böylelikle insanı doğanın veya çevrenin bir parçası olarak görme yaklaşımımıza zıt bir sonuç hâsıl olmaktadır. Sonuç olarak, kültürel miras, doğanın parçası olarak gördüğümüz insanın önemli bulduğu, kendi doğal yaşantısında değer atfettiği bir unsurdur ve çevrenin korunması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Uluslararası Çevre Hukuku'nda gözlenen bir başka önemli eğilim de çevresel unsurların tekil ve ayrı ayrı korunmasından bir kaçış olduğu ve daha ziyade bütüncül bir yaklaşımın güncel düzenlemeler tarafından benimsendiğidir⁵⁰. Bu da günümüzde kabul edilen yaklaşımın, bütüncül yaklaşım olduğunu göstermektedir.

Uygulanan uluslararası hukukun da bu gibi geniş kapsamlı bir çevre kavramını benimsemekte olduğu öğretide kabul edilmektedir⁵¹. Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) tarafından *Montevideo II* Programı çerçevesinde kurulmuş çalışma grubunun da bu görüşte olduğu ve bu grubun çevre kavramının absürd ve mantıksız sonuçlara ulaşmamak kaydıyla, *olabildiğince geniş yorumlanması gerektiğini ifade ettiği doktrinde* hatırlatılmaktadır⁵².

⁴⁹ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 11.

⁵⁰ Karen Hulme, **War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold**, (Leiden: NLD, Brill Academic Publishers, 2004), s. 6.

⁵¹ Stephan Witteler, **Die Regelungen der neuen Verträge des humanitären Völkerrechts und des Rechts der Rüstungsbegrenzung mit direktem Umweltbezug**, (Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 1993), s. 13.

⁵² Kirchner, **a.g.e.**, s. 6.

Bu şekilde geniş bir yorumlamanın uygulamada da benimsenmesi elbetteki esas ve birincil amacı insanı korumak olan⁵³ uluslararası insancıl hukukun doğasına da uygun olacaktır. Hem insanın kendisine ait ve kendisinin kurduğu çevre, çevresel koruma kapsamında yerini alacak, hem de an itibarıyla hiçbir insana zarar vermez gibi görünen ancak gerçek etkileri belki de ileride ortaya çıkacak bazı çevresel zararların da koruma kapsamına alınması yoluyla önlenmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla çalışmamızda kastedilen çevre teriminden anlaşılması gereken hem beşeri çevre hem de doğal çevreyi kapsayacak şekilde geniş bir çevre kavramı olacaktır. Çevreye bu şekilde mantık ölçülerinde olabildiğince geniş bir şekilde yaklaşmak, günümüz çevre hareketlerinin ve de uluslararası çevre hukukunun da uygulamasına uygunluk göstermektedir.

Bilindiği üzere çevre hukukunda kendisini kabul ettirmiş bir başka prensip de ihtiyat ilkesidir. Bu ilkeye göre, bilimsel bilgiye tamamen güvenmek yeterli değildir. Çünkü bilinmektedir ki bilimsel bilgi ilerleyen ve yığılan bir bilgi dalıdır ve her geçen gün yeni keşifler ve verilerle bizleri buluşturmaktadır. Dün doğru kabul edilen önermeler, bugün bilim tarafından dışlanabilmekte; dün bihaber olunan bazı gerçekler bugün bilim tarafından veri olarak kabul edilebilmektedir. Çevrenin korunması söz konusu olunca, bilinen ve bilinmesi gereken gerçekler arasındaki bu zaman farkı, önü alınamaz çevresel zararların insanoğlunun başına gelmesine neden olabilir. Bu nedenle, çevreyi etkilemesi muhtemel proje ve teknolojilerde ihtiyatlı davranılması gereklidir. Bilimsel bilginin şu an için bu projeler ve teknolojiler hakkında çevresel zarar işareti vermemesi, bunların gerçekten de zararsız olduğu şeklinde anlaşılmalı ve ancak zararsız olduğu ispat ve tespit edilen proje ve teknolojilerin devamına izin verilmelidir. Çevresel unsurların, etkisi şu an için önemsiz görünenler de dâhil olmak üzere hemen hepsinin belli seviyede hukuki korumaya kavuşturulması ile belli bir ihtiyatlılığa kavuşmuş olunacaktır.

⁵³ Jean Pictet, **The Principles of International Humanitarian Law**, International Committee of the Red Cross, (Geneva: ICRC, tarihsiz), s. 9.

1.5. İnsancıl Hukukun Temel Özellikleri ve Çevre Sorunsalına Yaklaşımı

Ana kuralı basit bir şekilde yinelemek gerekirse, iki veya daha fazla devlet arasında silahların kullanılmasını içeren çatışma eylemlerinin başlamasıyla insancıl hukukun uygulamasına geçilecektir⁵⁴. Bu uygulama için günümüzde tarafların savaş ilanında bulunmaları da gerekmemektedir. Yine tarafların kendi eylemlerini düşük yoğunluklu çatışma vb. şeklinde isimlendirmeleri de herhangi bir rol oynamayacaktır. Önemli olan, bir devletin uluslararası hukuk tarafından korunan ülkesine karşı bir zarar verici eylemde bulunulmasıdır⁵⁵. Yani artık belirleyici olan devletlerin söylemleri ve yaptıkları sözde-hukuki tespitler değildir. Objektif olarak gerçeklikte saldırgan eylemlerin vuku bulup bulmaması önemli olmayabilir, bazı durumlarda sadece devletlerin askeri birlik ve birimlerinin devreye sokulmuş olması dahi yeterlidir.

İnsancıl hukuk özellikle 19. yüzyılın ortalarından itibaren, şaşırtıcı bir hızla kodifiye edilmiş ve geliştirilmiş bir hukuk dalıdır. Temel olarak iki amacı olduğundan bahsetmek mümkündür. Savaşan ve savaşımayan ayrımı yaparak bu ikinci kategoriye giren kişilerin, olabildiğince, savaşın veya çatışmaların etkisinden korunmalarını sağlamak birinci amacıdır. İkinci amacı ise çatışma sırasında sadece gerekli olan seviye ve oranda şiddet kullanılmasını sağlamaktır.

İnsancıl hukukun geliştirilmesinde en önemli rollerden birini savaş veya çatışmalardan elde edilen tecrübeler oynamıştır. Birçok savaş veya çalkantı dolu süreç sonrası insancıl hukukta da önemli değişiklikler veya yenilikler cihetine gidildiğini görmekteyiz. Hatta günümüzde kullandığımız manada bir savaş hukuku/insancıl hukuk varlığını da böylesi bir “tecrübeyle öğrenme” sürecine borçluyuz. Kalvenist bir aileden gelen ve bu asketik ve dini hayat tarzını benimsemiş olan⁵⁶ *Jean Henri Dunant*’ın “Bir Solferino Anısı” (*Un Souvenir de Solferino*) adlı eserinin yarattığı infial ve devamında giriştiği hummalı çabalar sonucunda Kızıl Haç Örgütü’nün kurulduğunu görmekteyiz⁵⁷.

⁵⁴ Ipsen, **a.g.e.**, s. 1076.

⁵⁵ **Aynı**, s. 1076–1077.

⁵⁶ Arthur Nussbaum, **A Concise History of the Law of Nations**, (New York: Macmillan Company, 1954), s. 224.

⁵⁷ Daniel-Erasmus Khan, “Eine Erinnerung an Solferino (24 Juni 1859): 150 Jahre Rotkreuzbewegung und Modernes Humanitäres Völkerrecht”, **JuristenZeitung**, Vol. 64, No.12 (2009), 621-623. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Werle, **a.g.e.**, s. 380-381.

Dunant ve arkadaşlarının önyak olması ile 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin akdedilmesi mümkün olabilmiştir⁵⁸.

İkinci Dünya Savaşı'nın acı hatıralarının henüz taze olduğu 1949 yılında akdedilen Cenevre Sözleşmelerinin de bu acı olay ve içinde barındırdığı insancıl trajediler tarafından şekillendirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bütün bu acıların ve edinilen tecrübelerin ışığında hazırlanmış olan bu sözleşmelere şu an 192 ülkenin taraf olduğunu bilmekteyiz⁵⁹. Bu sözleşmelerin, çok büyük bir kısmı ile en azından, yapılageliş hukuku haline geldiğinden bahsetmek mümkün görünmektedir.

Aynı şey *dekolonizasyon* sürecinin tanıkları olan diplomat ve hukukçuların şekil verdikleri 1977 Ek Protokolleri için de kısmen geçerlidir. Bu Protokoller, yapılageliş hukuku hükümlerine ihtiva ettikleri gibi; gününün tecrübeleri ışığında, değişen şartlara hukukun uyum sağlaması amacıyla⁶⁰ bir takım yenilik olarak addedilebilecek hükümleri de içermektedir. Birçok yeni hükmün yanında çalışmamızda incelediğimiz 1977 tarihli I. Ek Protokol'ün 35. ve 55. maddeleri de bu yenilik olarak nitelenebilecek düzenlemelerdendir.

Bütün bu yenileme ve geliştirme çabalarının altında insancıl hukukun klasik hedeflerinin değişen zamanlarda da elde edilmesi amacı yatmaktadır. Yani, bu amaç değişmiş değildir; İnsancıl Hukuk hala insanları ve mülkiyetlerinde olan şeyleri *mümkün olduğunca* savaşın kötü etkilerinden korumayı hedeflemektedir⁶¹. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukuk, çevreye ve diğer insancıl meselelere ilişkin olarak insanı merkeze alan bir yaklaşıma sahiptir. Burada bu yaklaşımın hala insancıl hukuk tarafından benimsendiğinin önemli bir göstergesi de, U.A.D.'ın "Nükleer Silahlar" Danışma Görüşünde sergilediği güncel sayılabilecek tutumdur. Bu danışma görüşüne göre, bir devletin varlığının tehlikeye düştüğü istisnai durumlarda çevreye tahribi çok fazla olan nükleer silahların kullanılmasını yasaklayan her hangi bir hükmün varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Demek oluyor ki, şartların çok ama

⁵⁸ A. Emre Öktem, **Terörizm. İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, (İstanbul: Derin Yayınları, 2007), s. 69.

⁵⁹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 262.

⁶⁰ Öktem, **a.g.e.**, s. 70-71.

⁶¹ International Humanitarian Law , <http://www.hrea.org/index.php?base_id=151> (04. 01. 2011)

çok zorlandığı ve insanlar tarafından kurulmuş siyasal organizasyonların yıkılma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı anlarda diğer kaygıların geri planda bırakılması ve *ultima ratio* olarak nükleer silahların kullanılması, en azından bir olasılık olarak Divan'ı rahatsız etmemektedir. Bu da bize günümüz uluslararası hukuku referans noktası alan Divan'ın da insan-merkezli (hatta devlet-merkezli) bir yaklaşımı tercih ettiğini göstermektedir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu Kupresckic kararı da benzeri bir yaklaşımı benimsemektedir. Karara göre⁶²;

“insancıl hukuk hükümleri tarafından tespit edilen yükümlülüklerin çoğunun mutlak karakteri uluslararası yükümlülüklerin “insanileştirilmesi” amacını yansıtmaktadır.

...

(A)şikardır ki bu kurallar *esas olarak* bireylerin yani insanların yararlanmasına yöneliktir.”

1.5.1. İnsancıl Hukukun Yürütülmesi Sorunu

Genel olarak uluslararası hukuktan bahsedildiğinde, bu hukuk dalının uygulama sorunlarına değinmeyen çalışma hemen hemen yok gibidir. Gerçekten de, hem doktrinde hem de uygulamada her zaman için bu hukuk dalının kurallarıyla bağlı olan hukuk kişileri tarafından her zaman gerektiği ölçüde uygulanmadığı, hükümlerine riayetin yetersiz seviyede kaldığına işaret edilmiştir. Bu durum ne yazık ki insancıl hukuk için de geçerlidir.

Burada kısaca uluslararası insancıl hukukun yürütülmesi meselesine değinmek gereklidir. Konunun uzmanları tarafından, yaklaşık 150 yıllık bir dönemde uluslararası insancıl hukukun önemli gelişmeler kaydettiği ifade edilmiştir. Bir tarafta bu önemli ve kapsamlı gelişmeler yaşanır, yeni sözleşmeler hazırlanırken; uygulamada bu gelişme ve *genişlemeye* rağmen paralel bir iyileşmenin görülmediği, gerçek kişilerin çatışmalardan

⁶² Prosecutor v. Kupresckic Case No. IT-95-16-T, Yargılama Mahkemesi, Karar, 14 Haziran 2000'den aktaran; Th. A. Van Baarda, “Moral Ambiguities Underlying The Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Volume 11 (2008), s. 13.

kaynaklanan önemli acıların kurbanı olmaya devam ettikleri de gözlemlenmektedir⁶³. Özellikle uluslararası olmayan çatışmaların sayısında gözlenen artış nedeniyle, belli bir kontrole tabi tutulamayan, genellikle de devletin resmi askeri güçlerinin sahip olduğu disiplinden mahrum kadroların bu çatışmaların tarafı olmasıyla daha da artan bir şiddet döngüsünden bahsetmek mümkün hale gelmiştir. Tüm bu vakıalar insancıl hukukun yürütülmesi konusunu daha da önemli kılmıştır.

Bu konu incelendiğinde kendisine ait bazı özellikler göze çarpmaktadır. Bir kere savaş hukuku kurallarına belli bir zamanda ve yerde uyulmaması durumunda elde edilmesi olası görünen bazı avantajların varlığı, bu kuralların ihlalini daha çekici bir fikir haline getirebilmektedir⁶⁴. Dolayısıyla özellikle insancıl hukuk için ciddi bir yerine getirilmeme riski bulunmaktadır. Bu riski bertaraf etmek için uluslararası camianın elinde bazı enstrümanlar mevcuttur. Bunlar sayesinde insancıl hukuk hükümlerine riayetin sağlanması daha olası bir hale gelmektedir.

1.5.2. Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayetin Sağlanması

İnsancıl hukuka riayetin sağlanmasında etkisi olduğu bilinen unsurlar arasında karşılıklılık ilkesini, koruyucu ülke kurumunu, araştırma komisyonu ve de nihayet Uluslararası Ceza Hukuku'nu saymak mümkündür. Burada bu kurumları kısaca incelemeyi planlamaktayız⁶⁵.

Karşılıklılık ilkesine göre, bir çatışmanın tarafı olan devletler ele geçirdikleri savaşan veya sivil kişilere belli bir şekilde davranmaya kendilerini zorunlu hissetmekte, bu kişileri koruyucu mahiyetteki insancıl hukuk hükümlerine riayet etmeye çalışmaktadır. Bunun nedeni karşı taraftaki devletin kontrolünde de kendi vatandaşlarının bulunmasıdır. Dolayısıyla kendisinin esirlere veya sivil halka karşı takındığı tavır kendi vatandaşlarının da akıbetini belirleyebilmektedir. Bir taraf

⁶³ Dietrich Schindler, "International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation", **Journal of the History of International Law** Vol.5, Number 2 (2003), s. 165.

⁶⁴ Otto Kimminich/Stefan Hobe, **Einführung in das Völkerrecht**, (Achte Auflage. Tübingen und Basel: A. Francke Verlag 2004), s. 540.

⁶⁵ İnsancıl Hukuk'a riayetin arttırılması ve de bu riayetin gözlenmesi hakkında yararlı bir çalışma için bkz. Knut Dörmann, "Dissemination and Monitoring Compliance of International Humanitarian Law", (in) Wolff von Heinegg, Volker Epping (Eds.), **International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipsen**, (Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2007).

kurallara riayet ettiği sürece diğer tarafın da bu kurallara uyması için daha yüksek bir olasılık söz konusu olacaktır⁶⁶. Bu önemli ve de uygulamada rastlanılan bir kaygıdır. Bununla beraber eğer savaşan taraflar arasında ciddi bir kapasite ve güç farkı var ise ve bir tarafın uygulamalarına diğeri tarafından benzeri yollarla cevap vermesi mümkün değil ise, daha kuvvetli konumda bulunan ülkenin, bu yasaklanmış teknolojileri veya silahları kullanmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır⁶⁷. Napalm teknolojisine sahip olmayan veya uçağı dahi olmayan bir düşmana karşı, diğer ülkenin herhangi bir kaygı sahibi olmadan napalm kullanması mümkündür. Doğal olarak bunun tersi de geçerlidir. Savaş sırasında düşmanın yeterliliklerine sahip olmayan bir taraf bu dezavantajını ortadan kaldırmak için, silahlı çatışma kurallarını göz ardı ederek kendisine avantaj sağlama yoluna gidebilir. Bunun en güncel örneğı asimetrik çatışmalardır. Bu tip çatışmalarda belli bir güç simetrisinden bahsetmek mümkün olmadığından, insancıl hukukun sivil-savaşan ayrımı gibi en temel kuralları dahi çiğnenerek savaş yürütülmesi mümkündür. Bunun önemli örneğı yakın zamanda Irak'ta yaşanmıştır. Orada Irak Ordusu'nun eski personeli ve sivil halk, savaşçı olduklarını gösterir hiçbir işaret kullanmadan çatışma eylemlerinde bulunmuşlardır. Değişen koşullar ve günümüzde artan sayıda uluslararası olmayan silahlı çatışma gözlenmesi, çatışan devletler arasında da önemli güç farklılıkları nedeniyle bu ilkenin tek başına riyeti sağlamakta yetersiz kalacağı açıktır.

İnsancıl hukukta riyeti arttırıcı bir başka kurum ise *Koruyucu Güç* (*Schutzmacht*) kurumudur. Koruyucu güç kurumu 1949 tarihli I. II. ve III. Cenevre Sözleşmeleri'nin. 8. maddelerinde; IV. Cenevre Sözleşmesinin ise 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bu sözleşmeler, çatışmalara taraf olan devletlerin menfaatlerini temsil etme ve koruma göreviyle görevlendirilmiş bir koruyucu gücün denetim ve işbirliğı altında uygulama bulacaktır. Koruyucu gücün-devletin görevleri gerekirse tarafsız özelliğı haiz bir uluslararası teşkilata da aktarılabilir⁶⁸. Uygulamada hemen hiç karşılaşılmayan bir kurum olan⁶⁹ koruyucu güç'e yakın zamanda sadece Falkland Savaşı esnasında başvurulduğunu görüyoruz. Bu çatışma esnasında İsviçre

⁶⁶ Kimminich/Hobe, **a.g.e.**, s. 541.

⁶⁷ Aynı, s. 542.

⁶⁸ Ipsen, **a.g.e.**, s. 1102.

⁶⁹ Kimminich/Hobe, **a.g.e.**, s. 541.

Büyük Britanya için, Brezilya ise Arjantin için koruyucu güç görevi ifa etmişlerdir⁷⁰. Uygulamada koruyucu güce başvurulmasına hemen hiç rastlanmaması nedeniyle bu kurumun da insancıl hukuka riyeti arttırıcı etkisinin sınırlı kalacağı şüphesizdir. Bu konuda tek ümit verici husus, Kızıl Haç Örgütü'nün bu vazifeyi layıkıyla yerine getirecek birikime sahip oluşu ve bundan da daha önemlisi uluslararası bağlamda ciddi bir güvene mazhar olmasıdır. Bu nedenle ulus devletlerden değilse de bu teşkilattan koruyucu güç olarak istifade edilmesinin önü açıktır.

I. Ek Protokol'ün 90. maddesiyle “*Uluslararası Araştırma Komisyonu*”nun kurulması hususu düzenlenmiştir. Buna göre, bu komisyonun görevi Cenevre Sözleşmeleri ve I. Ek Protokol'e göre ağır ihlal olarak nitelendirilebilecek veya bu bahsi geçen metinlerin ciddi ihlali olarak görülebilecek vakıaların araştırılmasıdır. Taraf devletler Komisyon'un yetkisini otomatik olarak tanımaktadırlar. Bunun için gerekli olan tek şart iddia sahibi olan devletin de aynı yükümlülük altında olmasıdır. Bu durumda herhangi bir bildirim şartı da aranmamaktadır⁷¹. *Hobe ve Kimminich* 2003 yılı sonuna gelindiğinde, o ana dek sadece 65 ülkenin 90. madde gereği, gerekli beyanda bulunarak kendilerini Komisyon'un araştırma yetkisi altına sokmuş olduklarını ifade etmektedir⁷². Bu görece yüksek sayıya rağmen uygulamada bu komisyondan yeterince istifade edildiğini söylemek mümkün değildir.

Uluslararası insancıl hukuka riyeti kuvvetlendirecek, bu hukuk dalının ihlalini caydırıcı bir etkiyi haiz olabilecek bir başka husus da *Uluslararası Ceza Hukuku*'nun artan önemidir. İnsancıl hukuk hükümlerini ihlal etmiş bireylerin cezai olarak takip edilmeleri son günlerde uluslararası camianın gündemini işgal eden ve de tartışılan en önemli hukuki gelişmelerdendir. Genellikle devletlerarası ilişkilere yoğunlaşmış uluslararası hukuk disiplininde genel geçer akçe olan devletlerin sorumluluğu ilkesinden, kişilerin cezai sorumluluğu ve takibine geçilmesi doğal olarak ciddi bir yapısal değişim olarak görülmelidir. Aslında günümüzde de devam eden bu eski anlayış uluslararası suçların sorumlularını gerçekten cezalandıran bir yaklaşım değildir. Cezalandırılan aslında yine o devletin sıradan vatandaşları olmuştur. Ülke-içi iktidarı

⁷⁰ Ipsen, *a.g.e.*, s. 1102.

⁷¹ Aynı, s. 1102.

⁷² Kimminich/Hobe, *a.g.e.*, s. 542.

ellerinde bulunduranlar, işledikleri suçlardan dolayı gerçekten sorumlu tutulmamış, imtiyazlı siyasi konum ve güçlerini devam ettirmişlerdir.

Bu gerçek kişilerin cezai olarak takibi yaklaşımı, Cenevre Sözleşmeleri ve bunlara ek I. Ek Protokol ile başlamıştır. I. Cenevre Sözleşmesinin 49. ve 50., II. Cenevre Sözleşmesinin 50 ve 51., III. Cenevre Sözleşmesinin 129 ve 130., IV. Cenevre Sözleşmesinin 146 ve 147. maddeleri ile I. Ek Protokol'ün 85. maddesi devletlere insancıl hukuka karşı ağır ihlallerde (*grave breaches*) bulunmuş olmalarından şüphelendikleri kişileri yargılama veya yargılamaya istekli diğer taraf devletlere gönderme görevini yüklemiştir⁷³. Yine daha sonra kurulan ad-hoc mahkemelerin başarısı ve nihayet kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi de bu konuda daha da olumlu gelişmelerin önünü açacak bir olgu gibi görünmektedir. Ancak uluslararası ceza hukukundan kaynaklanan yaptırımların daha ziyade dünya siyaset sisteminin periferisinde olan devletlere karşı işlediğini söylemek yanlış bir gözlem olmayacaktır. Bu kurumun kendisinden beklenen yararı tam manasıyla gösterebilmesi için devletler arasında ayırım yapmadan, her türlü suç ve suçlu için ilgili cezai mekanizmaların işletilebilmesi gerekmektedir.

Kısaca insancıl hukukun icra edilme durumunu incelediğimizde, bu hukuk dalının, tıpkı genel olarak uluslararası hukuk için geçerli olduğu üzere, ciddi bir yürütülme ve riayet sorunu yaşadığını, hatta genellikle ulusal savunma ve benzeri değerler devrede olduğundan, riayet yoksunluğu riskinin bu dal için daha da fazla olduğunu görmekteyiz. Bu ise incelemeyi planladığımız mevzuatın tümünü menfi yönde etkileyecek bir tespittir. Şu da var ki, Uluslararası Ceza Hukuku alanında, insancıl hukuka riayetın sağlanmasına dair ciddi bir umut doğuracak bazı gelişmeler de kaydedilmiştir. Bu dalın içinde de çevrenin korunmasına hizmet eden düzenlemeler mevcuttur. Bu hükümlerin aktif kullanılması halinde çevresel korumanın daha iyi bir şekilde sağlanması mümkün olabilecektir.

⁷³ Kimminich/Hobe, **a.g.e.**, s. 542.

2. SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA ÇEVRE SORUNU–KONUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

2.1. Silahlı Çatışmalarda Çevre Konusunun Tarihsel Gelişimi

Savaşın çevreye vereceği zararlara engel olmak, savaş ve sonuçlarını çevreden soyutlamak imkânsız görünmektedir. Günümüzde modern savaşın, gelişen teknolojinin de yardımıyla, oldukça büyük bir tahribat potansiyeline kavuştuğu aşikârdır. Ancak savaşın en basitinden en karmaşığına, hatta kitle imha silahlarının kullanılmasının dahi düşünülebileceği formlarına kadar her türlüşünün insan ve çevresi üzerinde kaçınılmaz zararlı etkileri olacaktır. Başka bir ifadeyle çevre, her zaman ve kaçınılmaz olarak savaşın kurbanları arasında olmuştur⁷⁴. İncil, Hakimler 15'te anlattığı Samson ve Filistinler hikayesinde, Samson'un düşmanlarının ekinlerini, üzüm bağlarını ve zeytin ağaçlarını harap etmesini okuyucularına aktarmaktadır⁷⁵. Peloponez savaşı esnasında, Spartalıların odun parçalarını kükürt ve zift ile doldurup bunları düşmanlarının surları önünde yaktıkları ve böylece zehir dolu duman elde etmek istedikleri bilinmektedir⁷⁶. M.Ö. 512 yılında Pers istilasını durdurmak isteyen İskitler kendi topraklarını tahrip etmişlerdir⁷⁷. Tarihten başka bir örnek de Roma'nın M.Ö. 150 yıllarında Kartaca'yı fethetmesi ve bu fethi takiben Kartaca'nın topraklarını tuzlayarak verimsiz hale getirmesidir⁷⁸.

674 yılında Bizanslılar, İstanbul'u kuşatan Arap ordusuna karşı sülfür, güherçile ve nef t yağ t karışımı yanıcı bir sıvı kullanarak kenti işgal olmaktan korumuştur⁷⁹. Bizde bu kullanılan kimyasal karışım "Rum ateşi" adıyla bilinmektedir.

⁷⁴ Susan D. Lanier-Graham, **The Ecology of War, Environmental Impacts of Weaponry and Warfare**, (New York: Walker and Co, 1993), s. 3.

⁷⁵ Aynı, s. 3.

⁷⁶ Laurent R. Hourcle, "Environmental Law of War", **Vermont Law Review**, Vol. 25, Number 3, (2000-2001) s. 654.

⁷⁷ Roscini, **a.g.m.**, s. 1.

⁷⁸ Ahmet Hamdi Topal, "Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl:29, Sayı 1–2, (2009), s. 213; Keith P. McManus, "Civil Liability for Wartime Environmental Damage: Adapting the United Nations Compensation for the Iraq War", **Boston College Environmental Affairs Law Review**, Volume 3, Issue 2 (2006), s. 418.

⁷⁹ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. .

Alman asıllı Amerikalı hukukçu *Francis Lieber* tarafından, Amerikan İç Savaşında uygulanmak üzere hazırlanan ve 1863'te yürürlüğe giren⁸⁰ *Lieber Code* şu düzenlemeleri içermektedir⁸¹;

“Madde 16. (Askeri Gereklilik) ne herhangi bir tarzda zehir kullanımını ne de bir bölgenin gelişigüzel (*wanton*) tahribata uğratılmasını tecviz etmektedir

....

Madde 70. Zehir kullanımı ... yasaklanmıştır. Bunu kullanan savaş gelenek ve hukukunun koruması dışına çıkmıştır.”

Daha yakın zamanlardan örnek vermek gerekirse, 1938 yılında ilerleyen Japon istilasına yavaşlatmak isteyen Çinliler, Sarı Nehir üzerinde bulunan Huayuankow barajını imha etmişlerdir⁸². Bu eylem üzerine oluşan su taşkınları birçok şehir ve köyü ağır hasara uğratmış, binlerce can kaybına sebep olmuştur⁸³. Bunlar ve benzeri birçok örnek bize çevre konusunda (silahlı çatışmalar sırasında dahi) hassas olunmasının elzem olduğunu hatırlatmaktadır.

Bilindiği üzere, gelişen teknoloji neticesinde insanlığın, içinde bulunduğu çevreye, dolaylı veya dolaysız olarak zarar verme risk ve potansiyeli artmış bulunmaktadır⁸⁴. Soğuk savaş esnasında her iki süper gücün de nükleer olanaklarını sonuna kadar kullanacakları bir savaş sonunda, içinde yaşadığımız dünyayı dahi yok edebileceklerini öğrenmek tüm insanlık üzerinde şok edici bir etki yaratmış; bu konuda ulaşılmış “tahribat potansiyeli” hususunda hepimizi kaygılandırmıştır. Bahsi geçen

⁸⁰ Kirchner, **a.g.e.**, s. 22.

⁸¹ Lieber Code'un tam metni için; Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (The Lieber Code), 24 April 1863, < <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument> >, (03. 02. 2010)

⁸² Peter J. Richards, Michael N. Schmitt, “Mars Meets Mother Nature: Protecting the Environment During Armed Conflict”, **Stetson Law Review**, Vol. 28, (1999), s.1052; Topal, **a.g.m.**, s. 213.

⁸³ Aaron Schwabach, “Environmental Damage Resulting from the NATO Military Action Against Yugoslavia”, **Columbia Journal of Environmental Law**, Volume 25, Number 1 (2000), s. 117.

⁸⁴ Shelton, **a.g.m.**, s. 245; Topal, **a.g.m.**, s. 212.

etkinin bir benzerini insanlığa yaşatan önemli bir başka olay da Vietnam Savaşı'dır⁸⁵. Vietnam savaşına içkin tahribat uluslararası ve ulusal düzlemlerde çevre bilincinin oluşmasına veya kuvvetlenmesine, çevresel değerlerin öneminin insanoğlu tarafından idrak edilmesine sebep olmuştur. Bu trajik gelişmeler öylesi önem kazanmıştır ki bu savaş, daha sonraları çevrenin korunması hususunda uluslararası hukuk hükümlerinin getirilmesinin de ana güdüleyici etkenlerinden olmuştur.

2.1.1. Vietnam Savaşı Sırasındaki Çevresel Tahribat

Soğuk savaşın yarattığı gerilimin zirvede olduğu yıllarda başlayan Vietnam anlaşmazlığı Amerika Birleşik Devletleri için oldukça önemli olan konuların başında gelmekteydi. Amerikan algısına göre, Vietnam'ın komünizme kaptırılması bir domino etkisi yaratacak ve Güneydoğu Asya'daki diğer özgürlük-sever devletlerin de komünizmin acımasız (?) pençesine düşmesi sonucunu yaratacaktır. Bu nedenle bu konuda sert bir direniş sergilenmeli ve Vietnam üzerinden esas düşman olan komünizm ile mücadele edilmelidir⁸⁶. Özellikle de 1964 sonrası Başkan Johnson'a verilen o ana dek eşi benzeri görülmemiş askeri harcamalarda bulunabilme yetkisi durumun daha da karmaşık hale gelmesine⁸⁷, sahadaki Amerikan askeri gücünün de danışmanlık görevlerinden uygulayıcı-muharip rollerine daha fazla kaymalarına neden olmuştur. İlk başlarda uluslararası olmayan çatışma özellikleri gösterirken⁸⁸ hususan 1965 sonrası artık tamamen uluslararası özellik kazanmış olan çatışmalarda, ABD kuvvetleri bir takım yeni askeri teknikleri uygulamak zorunda kalmışlardır⁸⁹. Bu uygulanan askeri teknik ve taktiklerin de neticesi olarak, Vietnam Savaşı'nı yıllarca süren ve büyük alanlarda gerçekleştirilen kasıtlı bir çevreye zarar verme taktığının genel strateji ve savaş yürütme tekniği olarak kullanıldığı ilk savaş olarak kabul edebiliriz⁹⁰.

⁸⁵ McManus, **a.g.m.**, s. 418-419.

⁸⁶ Hulme, **a.g.e.**, s. 4.

⁸⁷ 1961–1968 Entangling Alliances, US State Department, Timeline of US Diplomatic History, <http://www.state.gov/r/pa/ho/time/ea/index.htm> (14.02.2010).

⁸⁸ Kirchner, **a.g.e.**, s. 24.

⁸⁹ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁰ Kirchner, **a.g.e.**, s. 24; Topal **a.g.m.**, s. 213–214.

Kuzey Vietnam Silahlı Kuvvetleri ve Vietkong adındaki yerel gerilla grupları, Güney Vietnam'a yardıma gelen Amerikan silahlı kuvvetlerinin teknolojik üstünlüğü karşısında, bölgenin kendine has özelliklerinde yararlanmak zorunda kalmıştır. Özellikle sık ormanlık alanlar, personel intikalinde bir koruyucu kalkan olarak kullanılmıştır. Doğal bitki örtüsü sayesinde düşmanlarının üstün teknolojisi daha az fayda göstermiş ve gerçekleştirilen ani baskınlar neticesinde Güney Vietnam ve Amerikan askeri personeline önemli zararlar verilmiştir. Bu yüzden, Amerikan planlayıcıları için bu ani baskınların yahut da fark edilmeden gerçekleştirilen personel intikallerinin önlenmesi büyük önem kazanmıştır. Bu intikallerin ve harekâtın engellenmesi için daha alışılmadık, daha radikal tedbirlerin alınması gerekli görülmüştür⁹¹. Bu sonuca ulaşabilmek için sık orman ve bitki örtüsünün tahrip edilmesine, önemli intikal yolları çevresinde de, görünürlüğü arttırmak amacıyla güvenlik alanları yaratılmasına karar verilmiştir. Güvenlik alanıyla kastedilen, geçiş yollarının yakınına kadar gelen ve saklanmayı çok kolaylaştıran bitki ve orman örtüsünden kurtulmak ve böylelikle bahsi geçen yolların çevresinde metrelerce uzunlukta düzlükler yaratmaktır. Böylelikle düşman askerinin görülmeden nakil yollarına yaklaşmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Bu hedefler için konvansiyonel silahlar ve diğer teçhizat kullanıldığı gibi, böcek öldürücüler vb. kimyasal özellikli silahlar ile yanıcı bombalar da kullanılmıştır. Yukarıda bahsedilen düzlüklerin yaratılması için traktöre veya benzeri motorlu araçlara takılan *Rome-Plough* adındaki büyük ezme sütunları kullanılmıştır. *Rome- Plough* kullanan askerler kendilerine “orman-yiyenler” adını takmışlardır. Gerçekten de bu alet ile mühim ormansal arazi, kelimenin gerçek anlamında, *yenilmiştir*. Tahminlere göre günde 1000 dönüme kadar ormanlık arazi bu tip traktörler ile temizlenebilmektedir⁹². Bunların yanı sıra yapay yağmur yağdırma yoluyla Kuzey Vietnam ve Vietkong'un patikalar vasıtasıyla personel naklinin önüne geçilmek istenmiştir. Bununla amaçlanan, ağır yağmurlar neticesi bu patikaların ya kaybolması yahut da balçık haline gelmesi nedeniyle ulaşımın zor ve hatta imkânsız hale gelmesidir⁹³. Bu kapsamlı ve kasti

⁹¹ Hulme, **a.g.e.**, s. 5.

⁹² Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 32–33.

⁹³ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 19.

tahribat eylemleri sonucu ortaya çıkan zararların tamamen hesaplanması ve tespit edilmesi mümkün değildir⁹⁴. Ancak belli bazı konularda gerçekleştirilmiş çalışmalar, Vietnam’da tecrübe edilen çevresel tahribatın korkunç boyutlarda olduğunu, dahası kalıcı olarak bazı çevresel unsurların yok olduğunu veya yok olma seviyesine yaklaştığını ortaya koymaktadır. Belli bazı bölgelerde bir takım hayvan türleri tamamen yok olmuş, mantarlar ile ciddi bitkisel hastalıklar ve bozukluklar yayılmıştır⁹⁵. Vietnam nehirlerinin çevresinde bulunan ve kamuflaj sağladığından, savaş sırasında bu nehirleri kullanan Güney Vietnam ve Amerikan teknelerinin saldırıya uğramasını kolaylaştıran bitki örtüsü kimyasal usullerle yok edilmiştir. Yok edilen bu bitki örtüsünün, yakın zamana kadar kendisini hala rejenere edemediği, savaşın kötü etkilerinden kurtaramadığı tespit edilmiştir. Buna ilaveten bitki örtüsünün kaybı, diğerlerinin kaybının da etkisiyle, erozyon oluşumunu tetiklemiştir⁹⁶.

Yukarıda da bahsedildiği üzere yapraksızlaştırma (*defoliation*) Amerikan karar alıcıların önemli hedeflerinden biri olmuştur. Bu sayede düşmanın elindeki önemli bitki örtüsü kozunun bertaraf edileceği umulmuştur. Yapraksızlaştırmanın en önemli aracı kimyasal ilaçların kullanımıdır. Bu amaçla böcek öldürücüler kullanılmıştır⁹⁷. Bu kullanım 60’lı yılların başlarında başlamış, 1967 1969 tarihleri arasında en yüksek noktaya ve dozaja ulaşmış, daha sonra ise inişe geçmiştir. Böcek öldürücülerin kullanımına ancak 1971 yılında son verilmiştir⁹⁸. Uluslararası Stockholm Barış Araştırma Enstitüsü’nün (Stockholm International Peace Research Institute, SIPRI) bir araştırmasına göre yapraksızlaştırma amacı ile kullanılmış kimyasal maddelerin toplam ağırlığı 55.000 tonu bulmuştur⁹⁹.

Bu kullanılan kimyasallar ve de napalm bombalarının etkisiyle Vietnam ekosisteminde çok önemli rol oynayan mangrov bitki örtüsü ciddi şekilde zarar görmüştür. Bu küçük ağaçlar, tropikal özellikleri olan Vietnam ortamında ciddi

⁹⁴ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 20.

⁹⁵ Witteler, **a.g.e.**, s. 67–71.

⁹⁶ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 21.

⁹⁷ Hakan Altıntaş, “Savaşların Çevresel Boyutu ve Ekosistem Üzerindeki Geri Dönüşü Olmayan Etkileri”, **Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, No.8, (2003), s. 131.

⁹⁸ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 30.

⁹⁹ Hulme, **a.g.e.**, s. 5.

görevleri ifa eden bir bitki çeşittir. Yumuşak ve de nemli ortamda büyüyen orman ağaçları, ancak bu sert kökleri toprağın üstünde kalan ağaçlara dayanarak büyüebilmektedir. Yine nehir kenarlarında toprağı bir arada tutarak verimli arazinin suya karışmasına engel olmaktadır. Fakat bir başka kullanım fırsatını da bu ağaçlar nehir kenarında saklanıp, geçen ABD ve Güney Vietnam personeline saldıran keskin nişancılara sağlamıştır; saklanmak ve tespit edilmeden saldırabilmek¹⁰⁰. Bu nedenle mangrovların nehir kenarlarından silinmesi ABD’li karar alıcılar tarafından gerekli görülmüştür. Mangrovların tahrip edilmesi ile her ne kadar belli bir seviyeye kadar düşmanın keskin nişancıları tehlikesi azaltılmış ise de ciddi bir erozyon sorunu baş göstermiş ve kıyı hattının adım adım bozulması ve suya karışması gibi ciddi sorunlar ortaya çıkmıştır. Bugünkü hesaplamalara göre 300.000 dönüm mangrov alanı yok edilmiş ve bunların önemli bir miktarı savaştan sonra geçen on yıllara rağmen yeniden canlanma belirtisi dahi gösterememiştir¹⁰¹.

Napalm bombası yanıcı özellikler gösteren bir bomba türüdür. İlk olarak İkinci Dünya Savaşı’nda kullanılmak üzere geliştirilmiş olan bu bomba türünde bombanın atılmasıyla petrol ürünü bir sıvı madde çevreye yayılmakta, bu sıvı daha sonra ateşlenerek ciddi ve kuvvetli bir yanma elde edilmektedir. Bu bomba ABD kuvvetleri tarafından Vietnam’da sıklıkla kullanılmıştır¹⁰². Bu kullanım ile sadece düşman savaşanların bertaraf edilmesi değil, ayrıca ve daha ziyade, kamuflaj için kullanılan doğal bitki örtüsünün tahrip edilmesi de dolaysız olarak amaçlanmıştır.

Vietnam savaşı esnasında orman yangınlarından da bir silah olarak istifade edilmiştir. Bu aracın daha iyi ve de daha verimli kullanımı için önemli bilimsel çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda böcek öldürücüler ve diğer yapraksızlaştırıcı ilaçlar ile kirletilmiş olan yeşil alanların temiz kalmış olanlara göre çok daha iyi yandığı tespit edilmiştir¹⁰³. Bu tespit nedeniyle bu kimyasal maddelerin çevreye salınması işlemi daha da büyük bir ivme kazanmıştır.

¹⁰⁰ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 31.

¹⁰¹ **Aynı**, s. 32.

¹⁰² Hulme, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁰³ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 33–34.

Savaş sırasında gerçekleştirilen bombalama ve topçu atışı eylemleri nedeniyle Vietnam ülkesinin yüzeyi kraterlerle dolu bir hale gelmiştir. *Arthur Westing*'in yaptığı araştırmaya göre bölgede yaklaşık 30 milyon patlama olmuş, bunların her birisi de kendi büyüklüğü oranında bir krater oluşturmuştur. Bu kraterleşme neticesi verimli arazinin bu özelliğini kaybettiği, kraterlerde biriken sular nedeniyle drenaj ve hijyen sorunlarının ortaya çıktığı gözlenmiştir¹⁰⁴. Yine tarımsal faaliyetlerin bu topraklarda çok zor hatta imkânsız hale geldiği de tespit edilmiştir. Bu da çevre halkının önemli besin kaynağı pirinçten ve ilaveten pirinçten elde edilen gelirden mahrum kalmasına neden olmuştur.

Güney Doğu Asya'daki vahşi yaşam bu savaştan çok ciddi bir şekilde etkilenmiştir. Bombalamalar, yapraksızlaştırıcı kimyasalların acımasızca kullanımı, ormanlık arazilerin düzleştirilmesi (*Rome-Plough*), orman yangını gibi usullerle önemli habitat kaybının yanı sıra dolaysız canlı ölümleri de söz konusu olmuştur. Bu bölgede yaşadığı bildirilen ve az bulunur mahiyette olan 11 memeli türünden şimdi 4'ü yok olma tehdidi ile karşı karşıyadır. Benzeri şekilde, bu kategorilerde olmayan hayvanların da ciddi şekilde popülasyon kaybı yaşadıkları tespit edilmiştir¹⁰⁵.

Vietnam Savaşı, 27 Haziran 1973 tarihinde imzalanan Paris Antlaşması ile sona ermiştir. Vietnam Savaşını yarattığı çevresel zararın vahametini anlamak için burada son olarak verilmesi gereken örnek, savaşın kendisinin değil, savaşı konu alan filmlerin dahi inanılmaz büyüklükte çevresel zarara neden olduğudur. Vietnam Savaşını takiben Hollywood tarafından keşfedilen verimli konulardan birinin de bu savaş olduğu tespit edilmiş ve dolayısıyla oldukça yüksek sayıda film çekilmiştir. Bu filmlerin önemli bir çoğunluğu da, coğrafi özelliklerin benzemesi nedeniyle Filipinlerde çekilmiştir. Bu film platoları, kendi sanal-Vietnam sorunlarını yaratmayı başarmıştır, uyuşturucu ve hayat kadınlığı gibi sorunları tıpkı gerçeği gibi yaratmıştır. Gerçeği ile olan bir başka benzerliği de bu çekimlerin, yarattıkları büyük çevresel zarar olmuştur¹⁰⁶. Gerçekten de filmlerin çekimi sırasında bile, sırf Vietnam'a benzer eylemlerin, üstelik daha da sınırlı

¹⁰⁴ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁰⁵ Örnekler için bkz: Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁰⁶ Tom Holert/ Mark Terkessidis, **Entsichert, Krieg als Massenkultur**, (Cologne: KiWi Verlag 2002), s. 61.

ölçekte yeniden canlandırılması ile dahi önemli bir çevresel zarar Filipinlerde hâsıl olmuştur¹⁰⁷.

2.1.2. Körfez Savaşı 1991

Vietnam Savaşı gibi, 1991 yılında gerçekleşen Körfez Savaşı'nın da bir özelliği basın tarafından evlerimize getirilmiş, dolayısıyla yarattığı tahribatın herkes tarafından canlı olarak izlenmiş olmasıdır. Belki Vietnam'dan farklı olarak bu savaş canlı yayınla odalarımıza taşınmış, tüm insanlık da savaşa ve yarattığı tahribata daha dolaysız olarak şahit olmak durumunda kalmıştır¹⁰⁸. Savaş ve askerlik hakkında en ilgisiz olan şahıslar dahi bu olanak sayesinde askeri teknoloji ve *Patriot* gibi savaş sistemleri hakkında bilgi sahibi olmuştur. Bilgi sahibi olduğumuz başka bir konu da savaşın bölge coğrafyasında yarattığı ve etkileri de hala devam eden çevresel tahribat olmuştur¹⁰⁹. Denizdeki petrol kirlenmesi sonucu petrole bulanık ve ölmek üzere olan kuşların görüntüleri tüm insanlığın hafızasında yer edinmiştir¹¹⁰. Bu “uyanma” sadece halkta gerçekleşmemiştir. Uluslararası hukuk uzmanlarının da 17–28 Şubat 1991 günleri arasında gerçekleşen bu çatışmayı takiben, silahlı çatışmalar ve çevre sorunsalı hakkında daha çok yazdıkları ve bu konu hakkında daha fazla çalıştıkları bilinmektedir. Gerçekten de 1991 yılı sorası bu konuda yazılmış yüksek sayıda akademik makaleye ve çalışmaya rastlamak mümkündür.

Savaşın tahribatı korkunç olmuştur. Bölgede bulunan bir gazeteci gördüklerini “insan yapımı cehennem” olarak tasvir etmiştir¹¹¹;

“Dante kendisini Kuveyt’te evinde hissedirdi, çevresel bir cehenneme ansızın dönüşmüş bir çöl cenneti. Ülke boyunca

¹⁰⁷ Holert/Terkessidis, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁰⁸ Leibler, **a.g.m.**, s. 67.

¹⁰⁹ Hüda S. Ammaş, “Zehirli Kirlenme, Körfez Savaşı ve Yaptırımların Irak’ta Çevre ve Sağlığa Olan Etkisi”, Anthony Arno (Ed.), **Kuşatma Altında Irak, Yaptırımların ve Savaşın Ölümcül Etkileri**, (İstanbul: Everest Yayıncılık, 2006), s. 213.

¹¹⁰ Çevrede yaratılan tahribat ve de kirlilik hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Öykü Didem Aydın, “Yakın Geçmişte Yaşanan Önemli bir Çevre Sorunu: Körfez Savaşı ve Çevresel Etkileri”, **Edebiyat ve Hukuk**, www.edebiyatvehukuk.org, (27.04.2010).

¹¹¹ Philipp Elmer-Dewitt, “A Man-made Hell on Earth”, **TIME**, March 18, (1991), s. 36’dan aktaran Leibler, **a.g.m.**, s. 67.

ejderhalar gibi sülfürden bulutları gökyüzüne üfüren yüzlerce turuncu ateş topu. Kartopu gibi düşen is. Gökyüzünden damlayan yağlı kara bir yağmur, bu esnada kirlenmiş kıyıya vuran yapış yapış petrol çarşafı.”

Savaş sırasında Irak, petrol vanalarını açarak kasıtlı olarak Körfez’e ciddi tonajda petrol sızmasını-dökülmesini sağlamıştır. Milyonlarca galon petrol, sığ körfez sularına dökülmüştür. Irak Silahlı Kuvvetleri’nin, Khafji petrol deposuna gerçekleştirdiği saldırı sonucu ciddi bir petrol kirlenmesi oluşmuştur. Yine Körfez’de demirli Irak tankerlerinin, taşımış oldukları petrolü kasıtlı bir şekilde körfeze boşalttıktan sonra *Mina Al Ahmadi* limanına döndükleri tespit edilmiştir¹¹². Bu sızıntı o zamana kadarki en büyük petrol kirlenmesi olarak değerlendirilmektedir.

Irak Yönetimi’nin petrol kuyularını kasten patlatmasından da bahsetmek gerekir. Gerçekten de Saddam yönetimi, çok daha önceden patlayıcı yerleştirdiği 1250 civarı petrol kuyusunu tahrip etmiş ve bunlardan 600 kadarını yanmaya terk etmiştir. Bu yanan petrol kuyularının en sonuncusun söndürüldüğü tarih yangının başlangıcından tam 9 ay sonradır¹¹³. Yapılan incelemeler hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır ki, Iraklı yöneticiler, bu eylemlerinde bilinçli bir politika gütmüşlerdir. Petrol kuyuları, en fazla çevresel zararı yaratacak şekilde havaya uçurulmuş, söndürme faaliyetlerini yavaşlatmak veya durdurmak için de yanan bazı kuyuların çevresine mayın dahi döşenmiştir¹¹⁴. Tüm bu olguların ışığında Irak yönetiminin çevresel unsurlara zarar vermesi şüphesiz olan bazı eylemleri kasten gerçekleştirdikleri ortaya çıkmaktadır. Irak yönetiminin kasıtlı yaptığı bilinen bir başka eylemi de, yukarıda zikredildiği üzere, körfez sularına petrol sızdırmaktır. Uluslararası Kuş Koruma Konseyi’nden *Burr Heneman*’ın ifadesine göre, petrolün akıtıldığı

¹¹² Adam Roberts, “Environmental Issues in International Armed Conflict: The Experience of the 1991 Gulf War”, (in) Richard J. Grunawalt/John E. King/Ronald S. McClain (eds.), **Protection of the Environment During Armed Conflict**, (Newport, Rhode Island: International Law Studies, Naval War College, 1996), s. 247.

¹¹³ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 43.

¹¹⁴ **Aynı**, s. 44.

tesislerde hortum ve vanalar dahi sırf petrolün daha verimli şekilde deniz sularına dökülmesini kolaylaştıracak en uygun şekilde konumlandırılmıştır¹¹⁵.

Görüldüğü üzere Irak yönetiminin çevresel unsurların kirlenmesine kasıtlı olarak neden olması, her türlü şüpheden beri bir vakıadır. Ancak savaşın hemen sonrasında yapılan tartışmalarda dahi bu eylemlerin, ne kadar kötü ve zararlı olurlarsa olsunlar, askeri bir takım faydaları da olabileceği; dolayısıyla bunların hemen hukuka aykırılığının iddia edilmesinin zor olduğu ve hatta hukuken yanlış da olabileceği bazı uzmanlarca ifade edilmiştir¹¹⁶. Körfez’e yapılan petrol sızıntısının olası bazı çıkartmalara karşı bir önlem olarak düşünüldüğü; kuyuların yakılmasının ise, geri çekilmekte olan Irak birliklerinin Amerikan Hava Kuvvetleri’ne yem olmasını engellemeye hizmet ettiği iddia edilmiştir. Bu yaklaşıma göre, burada belli bir askeri gereklilikten ve askeri fayda düşüncesinden söz etmek mümkün olabilir. Bu askeri fayda düşüncesi ise, klasik “*Kriegsräson geht vor Kriegsmanier*”¹¹⁷ anlayışı gereği, bazı hukuk ihlallerini tecviz etmiş olabilir denilmiştir. Görüldüğü üzere, ülkemizde bile bazı çevresel unsurlarda kirlilik yaratan¹¹⁸ bu eylemlerin dahi hukuka aykırılığını iddia etmek, günümüz insan merkezli (hatta devlet-merkezli) uluslararası hukuku hükümleri ışığında, maalesef müşkül bir görev olarak ortaya çıkmaktadır.

Körfez’e ilaveten, silahlı çatışma ve çevrenin korunması konusuyla ilgili zamansal olarak en yakın örnek olarak 1999’da Kosova’ya gerçekleştirilen askeri müdahale ile 2006 yılında gerçekleşen İsrail-Lübnan çatışmasını gösterebiliriz. Bu çatışmaları incelenmesi çatışmalar sırasında çevresel tehdidin ne boyutlarda olduğu konusunda daha güncel bilgi sahibi olmamızı sağlayacaktır.

2.1.3. Kosova Müdahalesi

24 Mart ve 9 Temmuz 1999 tarihleri arasında NATO güçleri Yugoslavya’ya karşı bir bombalama harekâtı gerçekleştirmiştir. 38000 sortinin gerçekleştirildiği bu

¹¹⁵ Lanier-Graham, **a.g.e.**, s. 44.

¹¹⁶ Savaş sonrasındaki hukuki gelişme ve tartışmalar için; bkz. Shelton, **a.g.m.**, s. 247–249.

¹¹⁷ 19 yüzyıl Prusya Genelkurmayı tarafından geliştirilmiş, savaşın gerekliliklerinin savaş kurallarından öncelikli bir önemi haiz olduğunu ifade eden bir savaş doktrini.

¹¹⁸ Irak’ın eylemleri nedeniyle Türkiye’de kül ve is yağmurlarının yağması söz konusu olmuştur.

bombala eyleminde, ilk olarak hava üstünlüğünün sağlanması ve yüksek değeri haiz askeri hedeflerin yok edilmesi hedeflenmiştir. Daha sonra NATO tarafından harekâtın kapsamı genişletilmiş ve hedeflenenler arasına askeri ve sınaî altyapısı, basın-yayın kuruluşları ve diğer stratejik hedefler de eklenmiştir. Bu saldırılar neticesinde, Yugoslav petrol rafineri endüstrisi tamamen, silah üretim tesisleri ise %65 oranında tahrip edilmiştir. Ayrıca televizyon yayın ve dağıtım yeteneği de yarı yarıya azaltılmıştır¹¹⁹.

Bu oldukça kapsamlı sayılabilecek askeri eylemlerin ve saldırıların neticesinde, hem Yugoslavya'da hem de ona komşu ülkelerde ciddi bir çevresel tehdit farkındalığı oluşmuştur. Hem Yugoslavya hem de bölge ülkeleri gerçekleştirilen bu operasyonların neticesinde oluşabilecek çevresel zararlardan çekinmiştir. Bu ülkelerden Romanya örneğin, Tuna Nehri'nde oluşacak bir kirlilik hakkında, Yunanistan ise endüstriyel hedeflerin yok edilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek hava kirlenmesi hakkındaki kaygılarını dile getirmişlerdir¹²⁰.

Çatışmalar sonrası, Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) ve BM İnsan Yerleşimleri Merkezi (UNCHS) tarafından oluşturulan Balkan Görev Gücü (Balkans Task Force, BTF) çatışmaların neden olduğu çevresel zararın tespitine çalışmıştır. Elde ettiği sonuçları raporunda sunan BTF'ye göre, Kosova'da gerçekleştirilen saldırılar, bir bütün olarak Balkanları etkileyecek mahiyette çevresel kirlilik ve tahribat yaratmamıştır; ancak belli bazı yerlerde tespit edilen kirlenme ciddi bir seviyede ve insan sağlığına tehdit teşkil edecek mahiyettedir¹²¹. Raporda özellikle endüstriyel tesislerin ve altyapı tesislerinin bombalanması ile operasyonlarda seyretilmiş uranyum içeren mühimmatın (*depleted uranium munitions*) kullanılmasının ciddi çevresel tahribata sebep olduğu hatırlatılmıştır. 2000 yılında Birleşmiş Milletler Çevre Programı, BTF raporunda tespit edilen çevresel kirlenmenin temizlenmesi amacıyla bir proje başlatmıştır¹²².

¹¹⁹ Daniel Bodansky, **Effects of Military Activity on the Environment, Final Report**, (Erste Auflage. Berlin: Erich Schmidt Verlag, Mayıs 2003), s. 15.

¹²⁰ Anthony Cordesmann, **The Lessons and Non-Lessons of the Air and Missile Campaign in Kosovo**, s. 97'den aktaran Bodansky, **a.g.e.**, s. 15.

¹²¹ UNEP/UNCHS, Balkans Task Force Final Report, **The Kosovo Conflict, Consequences for the Environment and Human Settlements**, s. 12. <<http://www.grid.unep.ch/btf/final/finalreport.pdf>>, (18.12.2009).

¹²² Bodansky, **a.g.e.**, s. 17.

Kosova'daki çevresel kirlenme ile ilgilenen ve bu konuyu araştıran sadece BTF olmamıştır. Evvela, hem *Human Rights Watch* hem de Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) Kosova operasyonunu ve bu operasyon kapsamında gerçekleştirilen askeri eylemleri insancıl hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir¹²³. Fakat bu çabalarda çevresel değerlere atıf yapılmadığı, çevresel değerlerin zarar görmesinin araştırma konusu edilmediği dikkat çekici bir eksiklik olarak görülmelidir. Yine de çalışmamızın konusu olan çevresel değerlerin Kosova müdahalesi sırasında korunması konusunda 2002 yılında gerçekleştirilen bir başka çalışma bu konuda önemli bir eksikliği giderir görünmektedir. Amerikan *Institute for Energy and Environmental Research* (IEER) tarafından gerçekleştirilen bir araştırmaya göre¹²⁴ Kosova müdahalesi sonucu uzun süreli çevresel kirlenmeye neden olunmuş ve uluslararası insancıl hukuk ihlal edilmiştir¹²⁵.

2.1.4. Jiyeh, Lübnan

12 Temmuz 2006 tarihinde gerçekleştirilen bir saldırı neticesinde üç İsrail askerinin hayatını kaybetmesi, ikisinin de Hizbullah tarafından kaçırılması üzerine İsrail ve Lübnan devletleri arasında kısa süreli sayılabilecek bir silahlı çatışma patlak vermiştir. 13 Temmuz 2006 günü İsrail hava kuvvetleri Beyrut'a 20 kilometre mesafede bir şehir olan Jiyeh'te bulunan akaryakıt depolarını bombalamıştır¹²⁶. Bu saldırıların ilk aşaması neticesinde yaklaşık 12000 ton benzin denize sızmış ve bu nedenle depoların bulunduğu sahilde ve çevresinde ciddi bir çevresel hasar meydana gelmiştir. İki gün sonra gerçekleştirilen bir başka İsrail hava saldırısı sebebiyle 3000 tonluk bir sızıntı daha gerçekleşmiş ayrıca toksik özellikleri olan bulutlar Lübnan'ın güneyini kaplamıştır¹²⁷. Bu sızıntılardan neticede yaklaşık 100 kilometre uzunluğundaki bir

¹²³ Bodansky, **a.g.e.**, s. 17.

¹²⁴ Araştırma sonucu raporu için; IEER, **Precision Bombing, Widespread Harm, Two Case Studies of Industrial Facilities at Pancevo and Kragujevac During Operation Allied Force, Yugoslavia 1999**, <http://www.ieer.org/reports/bombing/pbwh.pdf>, (19. 12. 2009).

¹²⁵ Tony Robson, "Long-term Environmental Damage due to NATO Bombing in Yugoslavia", <http://www.wsws.org/articles/2002/dec2002/yugo-d10.shtml>, (19. 12. 2009)

¹²⁶ Ling-Yee Huang, "The 2006 Israeli-Lebanese Conflict: A Case Study For Protection of The Environment in Times of Armed Conflict", **Florida Journal of International Law**, Volume 20, Number 1, (2008), s. 104.

¹²⁷ Huang, **a.g.m.**, s. 104-105. Roscini ise toplam sızıntı miktarını 10000 ile 15000 arası olarak vermektedir. Roscini, **a.g.m.**, s. 3.

Lübnan kıyı şeridi etkilenmiştir. *Marco Roscini*'ye göre etkilenen Lübnan kıyı şeridinin uzunluğu 150 kilometreyi bulmuştur¹²⁸. Bu çevresel kirlenmenin bahsedilen devasa boyutlara ulaşmasında bombalamaları takip eden İsrail deniz ablukası da önemli bir rol oynamış ve belki de çevresel etkileri daha katlanabilir seviyede tutabilecek birtakım önlemler bu abluka nedeniyle 3 hafta kadar daha alınamamıştır¹²⁹.

Akademik ve siyasi çevrelerde gerçekleştirilen bu saldırının insancıl hukuk hükümlerine göre meşru olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Çevre halkının iddiaları, saldırıya uğrayan Jiyeh tesisinin Hizbullah'a petrol sağlayan bir tesis olmadığı ve bölgenin de Hizbullah ile çok az ilişkisi olduğu yönündendir. Bu iddiaların karşısında İsrail Dışişleri Bakanlığı saldırının "stratejik önemine" dikkat çekmiş; bu saldırılar neticesinde önemli "askeri faydaların" elde edildiğini iddia etmiştir¹³⁰. İsrail Dışişleri Bakanlığı'nın hazırladığı açıklamada, harekatta insancıl hukukun kabul edilmiş kural ve ilkelerine uyulduğu vurgulanmış, benzin depolarına saldırıların da insancıl hukuk hükümleri ışığında meşru olduğu ifade edilmiştir. Açıklamaya göre¹³¹;

"Terörist faaliyet, diğer unsurların yanı sıra, akaryakıtta da bağımlıdır ve düzenli akaryakıt tedariki olmadan gerçekleştirilemez. Bu yüzden teröristlere destek sağlayan bazı depolar saldırıya uğramıştır. İsrail istihbaratı tarafından elde edilen bilgiye göre bu, terörist örgütlerin yeteneklerini kısıtlamıştır. "

İsrail'in yardım çalışmalarını geciktirmiş olmasına rağmen, gerçekleştirilen uluslararası acil durum operasyonları sayesinde, çevresel zararın daha da yayılmasının önü alınabilmiştir¹³².

¹²⁸ Roscini, *a.g.m.*, s. 3.

¹²⁹ Huang, *a.g.m.*, s. 108.

¹³⁰ *Aynı*, s. 108.

¹³¹ Israel Ministry of Foreign Affairs, **Responding to Hizbollah Attacks from Lebanon; Issues of Proportionality**. Legal Background 25 June 2006. <<http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding%20to%20Hizbullah%20attacks%20from%20Lebanon-%20Issues%20of%20proportionality%20July%202006>>, (20. 12. 2009).

¹³² Roscini, *a.g.m.*, s. 3.

Jiyeh bombardımanı örneğinin de bizlere gösterdiği üzere, gelişen silah teknolojisi her ne kadar silahları kullananlara daha hassas hedefleme gibi belli bazı yetenekler bahsetse dahi, eğer insancıl konular bastıran askeri gerekliliklerin de zorlamasıyla göz ardı edilebiliyorsa, daha önce hiçbir devirde ulaşılmamış bir tahrip etme yeteneğini de taraflara kazandırmaktadır. Bu tahrip gücündeki artış, hem sivillerin korunumu gibi olağan kabul edilebilecek insancıl hukuk alanlarında zararlı sonuçlar yaratmakta, hem de çalışmamızın konusunu teşkil eden çevresel koruma ile ilgili olarak da daha büyük riskleri ortaya çıkarmaktadır.

2.2. Silahlı Çatışmalar Sırasında Çevresel Koruma Fikrinin Öncüleri

İnsanoğlunun tarihi yıkıcılık örneklerinin binlercesine şahitlik yaparken çevrenin korunmasının gerekliliğine işaret eden, insanoğlunu bu konuda uyaran şahıs ve müesseseler de hiç varolmamış değildir. Gerçekten de çevrenin korunmasına önem verildiğini yahut verilmesinin salıklandığını aslında bütün insanlık tarihi boyunca görmekteyiz. Semavi kitaplarda, inananlara bu konularda açık emirler verilmiştir. İncil’de ve Kuran’da savaş esnasında aşırıya kaçılmamasını öğütleyen ve sadece bazı ihtiyaçların gerektirdiği şart ve zamanlarda ağaçların zarar görmesine cevaz veren hükümler bulunmaktadır¹³³. İncil’de Mısırdan Çıkış babında (The Book of Exodus) Tanrı İsrailoğullarına şöyle bir ikazda bulunmaktadır; “Onları (Kenanlıları) bir yıl için illerinden sürmeyeceğim ki böylece torakları harap düşmesin ve toprağın canavarları sizin aleyhinize bir şekilde çoğalsın.”

Kuran’ı incelediğimiz zaman, hayvanların da sadece yemek ihtiyacının giderilmesi amacıyla öldürülebileceği ifade edilmektedir¹³⁴. Benzeri ifadeler Budist ve Hindu dinlerinde (veya felsefelerinde) de mevcuttur. İslam’ın birinci halifesi Ebu Bekir yazdığı mektubunda, askerlerinin savaş sırasında palmiye ağaçlarına ve meyve bahçelerine zarar vermeden savaşmalarını tavsiye etmiştir¹³⁵.

¹³³ Hourcle, **a.g.m.**, s. 660.

¹³⁴ Aynı, s. 660.

¹³⁵ Nussbaum, **a.g.e.**, s. 52; Werle, **a.g.e.**, s. 379.

Uluslararası Hukuk disiplinin kurucusu sayılan ve bu disiplini dini bir karakterden arındırıp seküler bir yapıya dönüştürdüğü kabul edilen *Hugo Grotius* da çevrenin savaş esnasında korunması hususuna değinmiştir. *Grotius*, “De Jure Belli ac Pacis” adlı başyapıtının “Bir Ülkeyi Harap Etmede İtidal ve Benzeri Konular” başlığı altında, eski otoritelerin de çalışmalarına atıfta bulunur ve onların bu gibi eylemlere karşı olan eleştirilerine ve bunlara bir sınırlandırma getirme düşüncelerine katılır¹³⁶. *Grotius*’a göre, meyve veren ağaçlar bir ihtiyaç veya gereklilik olmadıkça tahrip edilmemelidir; çünkü ağaçlar savaşın bir tarafı değildir¹³⁷. Silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması meselesine dikkat çeken ilk düşünürlerden biri de *Emmerich de Vattel* olmuştur. *Vattel*’e göre, meyve veren ağaçların veya bağların tahrip edilmesi gibi uzun süreli çevresel zarara neden olacak eylemler *hususan* yasaklanmış kabul edilmelidir. Yazar’a göre bu bir askerden beklenebilecek bir davranış olarak değerlendirilemez; çünkü bu eylemlerin amacı gelecek hasatların ve ürün alınımının engellenmesi bu şekilde de bir ülkenin atıl bir vaziyette bırakılmasına hizmet eder¹³⁸. *Vattel* gibi, sırf çevresel tahribatı amaçlayan ve bunun üzerine kurulu askeri taktiklerin gerekli olmadığına ve orantısız zararlara neden olacağına işaret eden başka bir düşünür de *John Locke* olmuştur. *Locke*, dolaysız olarak çevrenin değil ve fakat insanoğlunun, aslen de sivillerin korunmasını amaçlayarak çevresel koruma konusuna eğilmiştir¹³⁹.

Uluslararası platformda ise çevre sorununa genel olarak, dikkat çekilmesi aslında oldukça yeni ve yakın tarihli bir gelişmedir. 1972 yılında imzalanan Stockholm Deklarasyonu, Uluslararası Çevre Hukuku’nun (UÇH) gelişiminin başlangıcı ve bu disiplinin temel ilkelerini belirleyen bir belge olarak görülmektedir¹⁴⁰. Stockholm Deklarasyonu’nun 26. maddesine göre, insan ve çevre kitle imha silahlarının etkisinden korunmalı ve devletler bu mahiyetteki silahları yok etme konusunda çaba

¹³⁶ Richards/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1052.

¹³⁷ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku, Seçmeler**, çeviren Seha Meray (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967), s. 237.

¹³⁸ Hulme, **a.g.e.**, s. 3.

¹³⁹ Aynı, s. 3.

¹⁴⁰ Alice Louise Bunker, “Protection of the Environment During Armed Conflict: One Gulf, Two Wars”, **RECIEL** Volume 13, Number 2 (2004), s. 201; Hüseyin Pazarcı, “Uluslararası Hukuka Göre Çevrenin Savaş Sırasında Korunması”, **Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan, S.B.F.D.**, Cilt 47, Sayı 1-2, (1992), s. 103.

göstermelidir¹⁴¹. Yine 1992 Rio Zirvesi, bu gelişimin önemli ayaklarından birinin oluşturmaktadır. Bu zirvede hazırlanan belgenin 24. Prensibinde çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunması hakkında önemli hükümler mevcuttur. Buna göre;

“Savaş, doğası gereği, sürdürülebilir kalkınmayı yok edecek bir özelliktir. Devletler bu yüzden, çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunmasına yönelik uluslararası hukuk kurallarına saygı gösterecek ve (bu hukukun) geliştirilmesi için işbirliği yoluna gideceklerdir¹⁴².”

Ancak bu iki belgenin de bağlayıcı özellik taşımaktan uzak olduğunu göz ardı edilmemelidir. Yine de “soft law” olarak¹⁴³ dahi bu iki belgenin en azından yol gösterici değeri olduğu ve oluşmakta olan bir *opinio juris* delil teşkil edebileceğini de hatırd tutulmalıdır.

Bu iki önemli belgenin yanı sıra, UÇH’de bağlayıcılığı olan 900 civarında andlaşmanın varlığından doktrinde söz edilmektedir. Bunlar kural olarak, savaş zamanı uygulama için öngörülmemiş sözleşmeler olup “Barış Hukuku” kapsamında değerlendirilmesi gereken hukuk belgeleridir¹⁴⁴. Doğaldır ki, bu belgelerden bazılarının bünyesinde savaş zamanı uygulamalarına yönelik hüküm bulmak mümkündür. Bu tip, savaş zamanı uygulamanın yolunu açan hükümlere sahip sözleşmelerin, silahlı çatışmalar sırasında uygulama bulacağı şüphesizdir. Ancak böylesi hükümlerin uygulanmasını kural olarak, söz konusu andlaşmanın düzenlemek istediği kapsam dahilinde ve yine sadece tarafları arasında değerlendirilmek gerekecektir. Dolayısıyla bu istisnai şartın yerine getirilmesi durumunda bile kısıtlı bir çevresel korunmanın sağlanması mümkün olabilecektir.

¹⁴¹ Bildirgenin tam metni için: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503> (20.09.2009).

¹⁴² Bunker, **a.g.m.**, s. 204.

¹⁴³ “Soft Law” hakkında bilgi için; Stephan Hobe/Otto Kimminich, **Einführung in das Völkerrecht**, (Stuttgart: UTB Verlag, 2004), s. 198–201.

¹⁴⁴ Bunker, **a.g.m.**, s. 201.

Bir silahlı çatışmanın varlığı, genel UÇH andlaşma ve sözleşmelerinin uygulanmasının üzerinde kısıtlayıcı veya engelleyici bir etkiyi haiz olabilecektir. Geleneksel bakış açısına göre, iki devlet arasında savaş çıkması durumunda bu devletlerin arasında geçerliği olan tüm sözleşmeler sona erecektir, çünkü bu eski kavrayışa göre savaşın varlığı, iki devlet arasındaki tüm barışçıl ilişkilerin ortadan kalkması manasına gelecektir¹⁴⁵. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesine göre ise savaş, ilgili sözleşmenin 73. Maddesinde tahdidi olarak sayılan ve andlaşmaların uygulanmasını durduran sebepler arasında gösterilmemiştir¹⁴⁶. Günümüz uygulanan uluslararası hukuka göre söz konusu uluslararası hukuk sözleşmesinin mahiyeti göz önüne alınacak ve eğer bu sözleşmenin uygulanmasının savaş ile uyuşması imkânsız görünmekte ise ancak o zaman sözleşme uygulama bulamayacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı'nın "Nükleer Silahlar Davası"nda vermiş olduğu danışma görüşünde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin uygulanmasına silahlı çatışmalar esnasında da devam edileceğine işaret edilmiştir. Ancak, bu çatışma esnasında bile devam eden uygulama sırasında, söz konusu sözleşmenin hükümlerinin yorumunun *lex specialis* olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk (UİH) prensipleri ışığında gerçekleştirilmesi gerektiğine de dikkat çekilmiştir¹⁴⁷. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, birçok insan hakları belgesi ile yasaklanmış bulunan "can kaybına sebep olma" fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini UİH hükümleri ve de ilkeleri ışığında araştırmak gerekmektedir. UİH hükümleri *husususan* ve *önceden* silahlı çatışma şartları için yaratılmıştır. Doğaldır ki, silahlı çatışma esnasında aranan ölçüt, barış zamanı şartlarına göre daha esnek bir mahiyette olacaktır. Bu yüzden insancıl hukukta insan hakları belgelerine nazaran daha düşük seviyede bir koruma sağlanıyor olabilir. Normalde, belki de en temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlali olabilecek bir öldürme eylemi savaş şartları altında meşru görülebilir ve çoğu zaman da görülecektir. I. Ek Protokol'ün 51. maddesinin 5. fıkrasının b bendi bu konuda iyi bir örnek olarak sunulabilir. Bu maddede, askeri fayda kavramından istifade edilerek bazı durumlarda sivil hayat kaybının hukuka aykırı kabul edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

¹⁴⁵ Bunker, **a.g.m.**, s. 204

¹⁴⁶ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap**, (Dokuzuncu basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s. 210.

¹⁴⁷ Bunker, **a.g.m.**, s. 204.

Bende göre¹⁴⁸ “Tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaja göre orantısız kalacak şekilde; kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen bir saldırı” hukuka aykırı sayılmalıdır. Bir *yan hasar* olarak sivil hayat kaybı, görüldüğü üzere ancak hedeflenen askeri fayda ile neden olunan kayıpların birbirine orantısız olduğu durumlarda hukuka aykırı kabul edilebilecektir¹⁴⁹.

UİH *lex specialis* olarak incelendiğinde, dolaysız olarak çevreyi korumayı amaçlayan hükümlerin oldukça yeni tarihli olduğu gözlenecektir¹⁵⁰. Bu elbette ki normal kabul edilmesi gereken bir gerçektir; çünkü uluslararası bağlamda çevresel bilinç zaten ancak 1960 sonrası dönemde oluşmaya başlamıştır. Hemen her UİH gelişmesinde olduğu gibi bu konuda da tetikleyici rolü savaşlar ve bu savaşlardan çıkarılan dersler üstlenmiştir. UİH bakımından bu çevresel oluşumu dinamik hale çeviren ve karar alıcıları bu spesifik konuda harekete geçmeye sevk eden ilk gelişme Vietnam Savaşı’dır¹⁵¹. Hâlbuki bir örnek vermek gerekirse, II. Dünya Savaşı bahsi geçen savaştan daha yıkıcı etkileri olan bir savaş olmuştur. Ancak Vietnam savaşını böylesi belirleyici ve önemli kılan şey, kendi büyük yıkıcılığının yanı sıra, az önce bahsettiğimiz artan çevresel bilinç ve bunlardan belki de daha önemlisi basın yayın organlarının ve diğer medya imkânlarının bizlere savaşın gerçek şartlarını hızlı bir şekilde oturma odalarımızda yaşatmış olmasıdır¹⁵². Tüm bu tetikleyici-uyarıcı unsurların neticesinde ortaya iki sözleşme çıkmıştır. Her iki belge de çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunmasına yönelik hükümleri ihtiva etmektedir. Hatta aşağıda inceleyeceğimiz ilk sözleşme olan ÇEVMOD tamamen çevrenin korunmasına hizmet eden bir belgedir. Bu bağlamda incelenmesi planlanan üçüncü belge ise, 1980 yılına aittir ki, o da çevrenin korunması hakkında önemli sayılabilecek hükümleri haizdir.

¹⁴⁸ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>, (04. 04. 2010).

¹⁴⁹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁵⁰ Bu konudaki spesifik hükümler İnsancıl Hukuk bünyesine 1977’de girmiştir. Andronico O. Adede, “Protection of The Environment in Times of Armed Conflict: Reflections on the Existing and Future Treaty Law”, **Annual Survey of International and Comparative Law**, Vol. 1, (1994), s. 161.

¹⁵¹ Richards/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1053.

¹⁵² **Aynı**, s. 1052.

Tüm bu sayılan düzenlemelere ilaveten UİH kapsamında mevcut ve çevreyi dolaysız koruma amacı olmayan ancak yine de çevresel korunmaya dolaylı katkısı bulunacak mahiyette bir takım hükümler UİH dokusunun çeşitli sözleşmelerine serpiştirilmiş durumda varlığını sürdürmektedir. Bu hükümlerin güttüğü esas amaç, çevrenin korunması olmadığı ve fakat mallar veya ekin ve zirai ürünler gibi başka unsurları korumak olduğu halde, söz konusu düzenlemelerin titiz uygulanması durumunda çevrenin silahlı çatışmalar müddetince korunmasına katkıda bulunulacağını düşünmekteyiz. 1977 tarihli I. Ek Protokolün 56. maddesi¹⁵³ bu mahiyetteki hükümlere iyi bir örnektir. Bu düzenlemeye göre; (tahrip edilmeleri) tehlikeli güçlerin ortaya çıkmasına sebep olacak barajları, su kanallarını ve nükleer elektrik üretim tesislerini bir saldırı hedefi haline getirmek yasaklanmıştır. Bu maddenin birincil amacı, daha ziyade sivilin korunması olmakla beraber, madde dolaylı dahi olsa çevrenin korunmasına da ciddi bir katkı sağlamaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu madde kapsamına girmeyen ancak potansiyel olarak çevreye önemli zararlar verebilme yetisini haiz bir başka tesis türü de petrol rafinerileri ve depoları olmaktadır. Bunların da bir silahlı çatışmada hasara uğramaları durumunda çevreye önemli ve geri döndürülemez zararların verilmesi maalesef oldukça muhtemeldir.

Çalışmamızda şimdi yukarıda bahsettiğimiz *insancıl* hukuk hükümlerini incelemeyi planlamaktayız. İlk olarak, silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasını kendine amaç edinen hükümleri değerlendirmeye çalışacağız. Daha sonra ise yukarıda zikredilen, çevreyi değil ancak diğer başka unsurları korumayı birincil olarak amaçlayan ve fakat böylelikle genel olarak çevrenin korunmasına da hizmet eden hükümleri inceleyeceğiz. Ancak tüm bunlardan önce çalışmamızın ana eksenini oluşturmayan, fakat önemi nedeniyle de tamamen değinilmeden bırakılamayacak bir konuyu kısaca incelemek gerekir düşüncesindeyiz; bu konu da uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması meselesidir. Bu mühim konuyu kısaca ele aldıktan sonra uluslararası çatışmalara ilişkin hukuki düzenlemeleri çok daha kapsamlı bir şekilde gözden geçireceğiz.

¹⁵³ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>, (05. 04. 2010).

2.3. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması

Günümüz uluslararası hukukunun genel olarak, devletlerarası ilişkileri düzenlemeye yönelik bir karakterinin olduğundan söz etmek mümkündür. Bu durum, kabaca ifade edersek uluslararası insancıl hukuk açısından da çok farklı değildir¹⁵⁴.

Daha ziyade iki veya daha fazla devletin silahlı kuvvetleri arasında çıkacak çatışmalara uygulanma kabiliyeti olan insancıl hukukun karşı karşıya kaldığı bir sorun da günümüz çatışmalarının değişen mahiyeti olmaktadır. Devletlerarası klasik savaş tipi giderek daha nadir gözlenen bir olay haline dönüşürken¹⁵⁵, devlet-dışı toplulukların taraf olduğu çatışmalar sayıca artmaktadır. Bu artış nedeniyle uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olarak adlandırılan bu olaylar sırasında çevrenin korunması daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Ancak, bizim düşüncemize göre, uluslararası hukuk metinleri incelendiğinde bu gerçekliğe yeterince önemin en azından şimdilik atfedilmediğini görmek mümkündür. *Schindler* bize yakın zamanda gerçekleşen iç çatışma hallerinden bazılarını saymaktadır¹⁵⁶;

“Kongo (1960–63), Vietnam (1964–75), Nijerya-Biafra (1967–70), Angola (1975–2002), Lübnan (1975–76, 1981–1991), Kamboçya (1975–1990) ve Mozambik (1976–1992). Soğuk savaşın sona ermesi de totaliter rejimler yahut da dış güçlerin kontrolü altında tutulan iç çatışmaları yeniden alevlendirmiştir (örneğin; Eski Yugoslavya’da, Somali’de, Ruanda’da, Burundi’de, Liberya’da, Sierra Leone’de ve Haiti’de.)”

Görüldüğü üzere uluslararası olmayan silahlı çatışmaların sayısı oldukça artmıştır¹⁵⁷. Bir diğer dikkat çekici konu da, bu mahiyetteki çatışmaların daha ziyade

¹⁵⁴ Bu noktada ilginç bir hatırlatma da, insancıl hukuk kurallarının ilk kodifikasyon çabası olarak nitelendirebileceğimiz Lieber Yasası’nın aslında bir iç savaşı düzenleme gayretiyle meydana getirilmiş olmasıdır. Alman kökenli Amerikalı Hukuk profesörü *Francis Lieber* tarafından hazırlanan yasa başkan *Abraham Lincoln* tarafından da benimsenmiş ve “100 No’lu Emirname” olarak yasalaştırılmıştır. Aktaran *Schindler*, **a.g.m.**, s. 167.

¹⁵⁵ “Eski Savaşlar” hakkında daha fazla bilgi için bkz. Mary Kaldor, **New & Old Wars, Organized Violence in a Global Era** (Second Edition. Cambridge UK: Polity Press, 2006), s. 15–32.

¹⁵⁶ *Schindler*, **a.g.m.**, s. 174.

¹⁵⁷ Michael Bothe, “Violence beyond the State. The International Law Approach”, **Behemoth. A Journal on Civilisation**, Vol. 1 (2009), s. 41.

periferde yer bulmasıdır. Zaten zayıf olan yahut yıkılmak üzere olan devlet kurumlarının da bu yapısı nedeniyle, bu çatışmalarda rastlanılan şiddetin seviyesinin oldukça yüksek olduğunu ifade etmeliyiz. Bu da çatışmaların kurbanlarına daha çok insancıl koruma sağlanmasını önemli ve acil bir konu haline getirmektedir. Ancak bu yüksek insani ve çevresel riski azaltacak bir hukuki yapının varlığının mevcut olup olmadığı oldukça şüpheli bir husustur. Hâlbuki uluslararası olmayan çatışmaların da inanılmaz ciddiyette çevresel zarara sebep olma potansiyeli mevcuttur. Ruanda’da yaşananlara bu tehlike potansiyeli hakkında bizlere bir fikir verebilir. Ülkede vuku bulan kanlı hadiseler sırasında, iki ulusal park mayınlanmış, nesli tükenme tehdidi altında bulunan bazı hayvan türleri acımasızca öldürülmüştür. Yine, kitlesel göçün sağlanması için ekili araziler tahrip edilmiştir¹⁵⁸.

Uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramından bir devletin ülkesi içinde gerçekleşen silahlı çatışmalar anlaşılmalıdır¹⁵⁹. Geleneksel uluslararası hukuk anlayışına göre, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda bu çatışmanın bir tarafını oluşturan devletin iç hukukunu uygulamak gereklidir¹⁶⁰. Bu anlayışa göre, ne zaman ki *tanıma* yoluyla diğer (devlet olmayan) tarafın da bir takım haklara sahip olmasının önü açılır; ancak o zaman bazı uluslararası hukuk kaynaklı hakların kullanımı mümkün olabilecektir. Ancak tanıma yoluyla insancıl hukuk hükümlerinin devreye girmesi yeterli bir hukuki güvence oluşturmaktan uzaktır. Bir kere bu durum uygulamada sıkça rastlanan bir gelişme değildir. Kaldı ki öngörülen korunumun kapsamı da tanımanın içeriğine göre tespit edilmektedir. Bu da kapsamı değişken insancıl korumaların söz konusu olmasına neden olacaktır. Bu güvenilmez değişkenliğe ilaveten, ortaya çıkması kesin olan yorum sorunları da beklenmelidir. Neticede korumanın kapsamı devletlerin yaptıkları açıklamalara bağlıdır ve bu da her zaman için yorum faktörünün devreye girmesi demektir. Dolayısıyla, bir başlangıç noktası olarak olumlu bulunsa da getirilen korumanın içeriğinin tespitinin zorluğu nedeniyle bu

¹⁵⁸ Marco Roscini, “Protection of Natural Environment in Time of Armed Conflict”, L. Doswald-Beck, A. R. Chowdhury, J. H. Bhuiyan (Eds.), **International Humanitarian Law: An Anthology** (First Edition. Nagpur, India: Lexis Nexis Butterworths Press, 2009), s. 2. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1351888, (12. 08. 2010).

¹⁵⁹ Wolfgang Graf Vitzthum (Ed.), **Völkerrecht**, (Vierte Auflage. Berlin: De Gruyter Recht Lehrbuch, 2007), s. 720

¹⁶⁰ Anthony Cullen, “Key Developments Affecting The Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, **Military Law Review**, Volume 183, (2005), s. 66.

konuya klasik yaklaşımın tatmin edici bir çözüm bulduğunu ifade etmek zor görünmektedir¹⁶¹.

2.3.1. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler örgütünün varlığı uluslararası platformda çatışmaların artık daha az bulacağı inancını beslemiştir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışılacak ilk konular arasında, dar anlamda savaş hukukunu görmemiştir. O zamanki baskın anlayışa göre bu konunun çalışılacak dallar arasında gösterilmesi BM'ye ve yeni düzene karşı bir güvensizlik olarak algılanma potansiyelini taşımaktadır¹⁶². Bu yüzden de, insan haklarına verilen önemin artmasına koşut olarak, insanların çatışmalardan korunmasına yönelik düzenlemeler öncelik kazanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir diğer nokta da, insan hakları terminolojisine uygun olarak 1949 Cenevre Sözleşmelerinde “haklar”dan bahsedilmesidir. İnsan haklarına verilen önem sayesinde insancıl hukuk bünyesinde insan hakları yaklaşımına sahip yahut en azından bu yaklaşıma yakın bir duruma ulaşılmıştır. Bu “hak söylemi” daha önceki alışlagelmiş, savaştan devletler için öngörülmüş bulunan “yükümlülük” sistematüğinden daha farklı bir yaklaşımı gözler önüne sermektedir¹⁶³. Ortak 3. madde de bu mahiyette bir düzenlemedir. Bu madde ile devlet ve vatandaşları arasında çıkabilecek çatışma durumlarında bile uygulanması gerekecek bir takım haklar grubu bahşedilmektedir.

Uluslararası insancıl hukukta bu mahiyetteki çatışmalara uygulanacak ilk kural, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesidir¹⁶⁴. Bu madde, uluslararası hukuk tarihinin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hakkında uygulama bulması için getirilmiş ilk hukuk düzenlemesi niteliğindedir. Bugün için ortak 3. maddenin yapılageliş hukuku özelliğini kazanmış olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵. Cenevre

¹⁶¹ Konunun ayrıntılı incelemesi için bkz. Cullen **a.g.m.**, s. 68–78.

¹⁶² Schindler, **a.g.m.**, s. 170.

¹⁶³ Aynı, s. 170.

¹⁶⁴ Madde hakkında kapsamlı bilgi için; David A. Elder, “The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949”, **Case Western Reserve Journal of International Law** Vol. 11 (1979). s. 37-69; Lindsay Moir, **The Law of Internal Armed Conflict**, (First Edition. Cambridge University Press, 2002), s. 133.

¹⁶⁵ Cullen, **a.g.m.**, s. 67.

Sözleşmelerinin yapılageliş hükmü özelliğinde olduğunu düşünenlerden birisi de *Dietrich Schindler*'dir. *Schindler*'e göre Cenevre Sözleşmeleri evrensel kabule mazhar olmuş hukuk metinleridir. Devletlerce, sayıca bu sözleşmelerden daha fazla onaylanmış sadece iki uluslararası hukuk andlaşması söz konusudur; bunlar da Bileşmiş Milletler Şartı ve Çocuk Hakları Konvansiyonu'dur. Bu sözleşmelerin bazı hükümlerinin *jus cogens*¹⁶⁶ olarak kabul edildiği dahi doktrinde tartışılmaktadır¹⁶⁷.

Kendinden önce hüküm süren klasik uluslararası hukuk anlayışından ayrılan 3. madde sonucunda, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hakkında da uygulanması gerekecek kuralların olduğu, bu çatışma tiplerinin hukukun tamamen ilgisiz kaldığı ve her türlü insanlık dışı eyleme göz yumulduğu bir dokunulmazlık alanı olarak görülmesinin artık doğru ve de meşru olmadığı ortaya çıkmıştır. Madde ile kısıtlı dahi olsa bazı kuralların, bu çatışmalarda da uygulanmasının önü açılmıştır. Bu çığır açıcı tavrı ortaya koyan ortak 3. madde, bu önemli gelişmeyi tanımsal kısıtlamalara tabi tutmamıştır. Hukuk uzmanlarına göre bu kasti bir harekettir. Bununla maddenin kısıtlayıcı yorumunun önüne geçilmek ve uygulamaya da belli bir esneklik kazandırılmak istenmiştir¹⁶⁸. Bu belki olumlu bir çaba olarak görülmeli ve alkışlanmalıdır ancak uygulamada, kendisinden önce gözlemlenen belirsizliği ortak 3. madde bu nedenle ortadan kaldıramamıştır. Tanımdaki bu muğlâklık, devletlerin sıklıkla maddenin kendi durumlarına uygulanamaz olduğu savıyla ortaya çıkmalarına ve insancıl hukukun bu temel kurallarını dahi uygulama zorunluluğundan kendilerini kurtarmaya çalışmalarına neden olmuştur¹⁶⁹.

Ortak 3. maddenin yapısından kaynaklanan bir başka önemli eksikliği de kendisinin yürütülmesine dair herhangi bir mekanizma öngörmemiş olmasıdır. Aslında hukukun uygulanması ve icbarı konusunda insancıl hukukun genel bir sorunu ve

¹⁶⁶ Jus Cogens kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarcı, "Uluslararası hukukta jus cogens kavramı", **Prof. Dr. Bülent Nuri Esen Armağanı**, Ankara, (1977), s. 365–379.

¹⁶⁷ Schindler, **a.g.m.**, s. 165.

¹⁶⁸ Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (Eds.), **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, (International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987), s. 1325.

¹⁶⁹ Cullen, **a.g.m.**, s. 84–87.

eksikliği olduğuna işaret edebiliriz ve maalesef bu madde de bu genel tespitin bir istisnası olamamaktadır¹⁷⁰.

Kendisi bir mini-sözleşme olarak kabul edilen¹⁷¹ ortak 3. maddenin çevrenin korunması problemi hakkında hiçbir bir hükmü barındırmadığı aşikârdır. Minimum olarak uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanması öngörülen bu hüküm¹⁷², daha ziyade çatışmalara katılmayan kişiler ile bir şekilde çatışma dışı kalmış kişilerin (*hors de combat*) insancıl korumaya kavuşturulmaları amacına hizmet etmektedir¹⁷³. Ancak bu ana amacına ulaşmada zorluk çektiğine, yetersiz kaldığına doktrinde işaret edilmektedir¹⁷⁴. Bu yüzden bu çalışmamız açısından doğrudan ilgili bir düzenleme olarak görülmemektedir.

2.3.2. II. Ek Protokol

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleme amacını taşıyan ilk uluslararası hukuk maddesidir. Bu önemli maddeden sonra, içinde bulunan dekolonizasyon döneminin de yarattığı bilinçle, bu konunun yeniden düzenlemeye kavuşturulması maksadıyla II. Ek Protokol hazırlanmıştır. Dekolonizasyon süreci aslında tarih boyunca gözlenmiş bir mücadele türü olan iç çatışmayı dünya gündeminin tam ortasına oturtmuştur. *Moir*'in aktardığı üzere bu özellikle iki şekilde gerçekleşmiştir. İlk olarak koloni halkları sömürgeci milletlere karşı ayaklanma eylemlerine girişmişlerdir. İkinci durumda ise kendi eylemleri sonucu yahut sömürgeci güçlerin kasıtlı çabaları sonucu gerçekleşmiş olan dekolonizasyon sürecinin fiili sonuçlarından memnun olamayan halklar, özgürleşmeyi

¹⁷⁰ Lindsay Moir, **a.g.e.**, (2002) s. 232.

¹⁷¹ *Pictet*, ortak 3. maddeyi bütün Cenevre Sözleşmelerinin minyatürize edilmiş, konsantre bir özü olarak nitelirmektedir, bkz. Jean S. Pictet (ed.), **Commentary, Geneva Convention for The Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, International Committee of The Red Cross, 1952, s. 38.

¹⁷² Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua kararında bu maddenin (sadece uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmada değil) *her türlü silahlı çatışmada* uygulanması gereken “minimum bir ölçüt” olduğunu tespit etmiştir, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. Unites States of America) (Merits) **ICJ Reports** 1986, para. 218.

¹⁷³ Bodansky, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁷⁴ Schindler, **a.g.m.**, s. 172.

müteakiben kendi içlerinde çatışma ve şiddet sarmalının içine düşmüşlerdir.¹⁷⁵ 1974–1977 yılları arasında gerçekleştirilen Diplomatik Konferansa katılan *Daniele Louise Bujard*'a göre ortak 3. maddenin eksiklerinin giderilmesi ve yorumlanması noktasında önemli bir ihtiyaç söz konusu olmuştur. *Bujard*'a göre uluslararası olmayan silahlı çatışmaların kurbanlarını korumaya yönelik daha kapsamlı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır¹⁷⁶. Kaldı ki ortak 3. maddenin yukarıda değinilen ciddi muğlaklık sorunları da bu unsurlara eklenince uluslararası olmayan silahlı çatışmaların düzenlenmesi konusunda, uluslararası camiada belli bir ihtiyaç kendisini hissettirmiştir.

Hukuk sorunlarını çözmesi beklenen toplumun değişen ihtiyaçları ışığında gerekli hale gelen değişiklikleri kendi bünyesinde yapmak zorundadır. Eğer toplumun yapısındaki değişime rağmen hukukta gerekli olan ve sahadaki gerçekliğe de uyan değişiklikler meydana gelmezse, hukukun *sorun çözücü* bir görevi ifa edebilmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Madem uluslararası ilişkilerde devletlerarası silahlı çatışma giderek az gözlenen bir hal almıştır, o zaman sayısında artış gözlenen çatışma türünün sorunlarının masaya yatırılması ve çözüme kavuşturulması gerekmektedir¹⁷⁷. Devletler bu sorunsalı II. Ek Protokol ile göğüslemeye çalışmışlardır. Gerçekten de II. Ek Protokol uluslararası olmayan çatışmalarda kullanılacak savaş araç ve metotlarını düzenleyen ilk uluslararası andlaşma olmuştur.

Protokol'ün birinci maddesine göre bu hukuk metni, içeriğini değiştirmeden ortak 3. maddeyi geliştirmek ve onu takviye etmek için hazırlanmıştır. Maddeye göre, I. Ek Protokol'ün kapsamı dışında kalan ve yüksek akit devletlerin ülkesinde gerçekleşen tüm silahlı çatışmalar hakkında II. Ek Protokol uygulama bulacaktır. Birinci maddenin 1. fıkrası ile uluslararası olmayan silahlı çatışmaların pozitif bir tanımı yapılırken, 2. fıkra ile negatif bir tanımı yapılmıştır¹⁷⁸. I. Fıkroda olması gereken şartlar, açıkça sayılmışken, ikinci fıkroda hangi tür anlaşmazlıkların Protokol'ün anladığı manada uluslararası olmayan silahlı çatışma sayılamayacağı tespit edilmiştir. Bu 2. fıkraya göre,

¹⁷⁵ Lindsay Moir, **a.g.e.**, (2002) s. 1.

¹⁷⁶ **Aynı**, s. 89.

¹⁷⁷ Birleşmiş Milletler (eski) Genel Sekreteri *Kofi Annan*, klasik anlamda, iki veya daha fazla devlet arasında gerçekleştirilen silahlı çatışma türünün “hızlı bir düşüş” içinde olduğunu ifade etmiştir. Aktaran Lindsay Moir, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁷⁸ Cullen, **a.g.m.**, s. 94.

yağma, tecrit edilmiş ve münferit (*sporadic*) şiddet eylemleri gibi huzursuzluk ve gerilimler ve benzer mahiyetteki diğer eylemler durumunda II. Ek Protokol uygulama imkânı bulmayacaktır. *Dietrich Schindler*'e göre II. Protokol'ün, ortak 3. maddeden farklı olarak, her türlü iç çatışma için öngörülmemiş olması onun uygulamasını kısıtlayıcı bir etki gösterecektir.

1977 tarihli II. Ek Protokol, uluslararası olmayan ve bu nedenle I. Ek Protokol'ün uygulanamadığı silahlı çatışmalarda uyulması gereken hukuki düzenlemelerden oluşmuştur. Daha önce yer yer uluslararası olmayan çatışma şeklinde görülmesi gerektiği iddia edilen “ulusal kurtuluş mücadeleleri”ni bu tartışmalı durumdan kurtaran II. Ek Protokol'e göre artık bu tip çatışmalar, uluslararası silahlı çatışma olarak görülmelidir. Bu bakımdan II. Ek Protokol'ün iç silahlı çatışmaları tanımsal olarak daralttığı doğrudur. *Dietrich Schindler*'e göre belli mahiyetteki uluslararası silahlı çatışmalar günümüz için gözlenmesi mümkün olmayan çatışma türlerini oluşturmaktadır. Bunlar ile kastedilen, dekolonizasyon sürecinin yarattığı sıkıntılardan kaynaklanan çatışmalardır. Sömürgeciliğin ve apartheid rejimlerinin sona ermesi neticesinde, bu çatışmalara uygulanması öngörülen hükümlerin de gerçekliğe ilgisiz kaldığını düşünmek bizce de yersiz olmayacaktır¹⁷⁹. Dolayısıyla klasik anlamında iç çatışma sayılabilecek ve fakat I. Protokol gereği uluslararası sayılarak, II. Protokol'ün kapsamından alınan ve böylece bir hukuki düzenlemeye kavuşturulan bu tarz çatışmaların günümüzde gözlenmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak *Cullen*'a göre II. Ek Protokol, geleneksel anlayışa göre iç savaş (*civil war*) olarak nitelendirilebilecek mahiyetteki çatışmaları da ekleyerek uluslararası olmayan silahlı çatışma teriminin kapsamını genişletmiştir¹⁸⁰. Ancak ortak 3. madde, mahiyeti ve şiddeti ne olursa olsun tüm iç çatışmaları kapsadığından zaten iç savaşları da kapsamaktadır ve bu nedenle burada II. Protokol vasıtasıyla ulaşılmış gerçek bir kapsam genişlemesinden bahsetmek mümkün değildir.

1977 tarihli II. Ek Protokol'e baktığımızda aslında önemli bir yenilik olarak görülmesi gereken bir metin ile karşılaşmaktayız. Bu Protokol kendi zamanına kadar hüküm sürmüş devlet merkezli insancıl hukuk anlayışından farklı bir anlayışın, en

¹⁷⁹ Schindler, **a.g.m.**, s. 173.

¹⁸⁰ Cullen, **a.g.m.**, s. 67.

azından belli sınırlar içinde kabul edilmesinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. II. Protokol'ün 1. maddesine göre, I. Ek Protokol gereği uluslararası silahlı çatışma sayılmayan ve dolayısıyla bu Protokol'ün uygulama alanı dışında kalan silahlı çatışmalarda II. Protokol uygulama bulacaktır. Bu silahlı çatışmalar akit devlet ülkesinde vuku bulacaktır ve II. Protokol'ün uygulama bulması için, yukarıda da bahsedildiği gibi, bahsi geçen çatışmaların, tecrit edilmiş ve münferit şiddet eylemleri yahut yağma eylemleri gibi önemsiz görülebilecek iç gerginlik ve huzursuzluk olaylarından daha şiddetli olması gerekmektedir¹⁸¹.

II. Ek Protokol incelendiğinde silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasını amaçlayan, bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm, Protokol'ün bünyesinde mevcut değildir. Hâlbuki bu konuyu düzenlemek amacıyla I. Protokol'e, 35(3) ve 55. maddeler eklenmiştir. Bu maddeler, doğrudan çevresel koruma konusunda getirilmiş düzenlemelerdir. Benzeri bir maddeye maalesef II. Protokol'de rastlanmamaktadır. Nihai olarak 47 maddeden oluşması öngörülen II. Protokol, yapılan değişiklikler sonucu 28 maddeden mürekkep bir şekilde kabul edilmiştir. I. Protokol'deki hükümlere benzer bir maddenin II. Protokol'e dâhil edilmesi devletler tarafından tartışılmış ve bu konuda çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Ancak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda çevresel koruma konusunu düzenleyen madde de “*Pakistan teklifi*” neticesi nihai olarak metinden çıkarılan maddelerden biri olmaya maalesef mahkûm edilmiştir¹⁸². Hükmün devlet temsilcileri tarafından Protokol'ün son halinden çıkarılması onun uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında uygulama bulamayacağı ve bu durumun da devlet temsilcileri tarafından onaylanmış olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada bilinçli olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda çevresel koruma sorunun hukuk kapsamından çıkarılmasından söz etmek mümkün görünmektedir.

Daha önceden hazırlanmış düzenlemelerin, potansiyel tartışma konusu olarak görülmesi ve netice itibarıyla de hazırlanan hukuk metninden çıkarılmış olması da bu tekil konu hakkında uluslararası camiada mevcut bir hukuki gereksinim algısı veya

¹⁸¹ Rein Müllerson, **Ordering Anarchy, International Law in International Society**, (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000), s. 332.

¹⁸² Hulme, **a.g.e.**, s. 10.

hukuki yükümlülük algısının (*opinio juris*) oluşmadığı hakkında bir belirti olarak değerlendirilmelidir.

Bu böyle olmakla birlikte, aşağıda da inceleyeceğimiz gibi, birçok insancıl hukuk hükmü doğrudan değilse bile, dolaylı olarak çevresel koruma seviyesini arttırabilir. Kültürel bina ve eserlerin korunmasına hizmet eden hükümlerle, tehlikeli kuvvet içeren ve tahrip edilmeleri halinde bu kuvveti çevreye zarar verecek şekilde ortaya çıkacak olan bazı bina ve tesislerin korunmasına yönelik hükümleri bu mahiyetteki hukuki düzenlemelere örnek olarak göstermek mümkündür. Bu şekilde dolaylı çevresel koruma sağlayan hükümler de II. Protokol'de mevcuttur. II. Protokol'ün 14¹⁸³ 15¹⁸⁴ ve 16.¹⁸⁵ maddeleri dolaylı çevresel koruma sağlayan II. Ek Protokol hükümleridir. Ancak bu konuların her biri çalışmamız kapsamında ve fakat I. Ek Protokol bağlamında ele alınacaktır. Dolayısıyla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ait bu insancıl hukuk hükümleri ayrıca ele alınmayacaktır.

2.3.3. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalara İlişkin Yapılageliş Hukuku

Sözleşme hükümlerinin yanı sıra, uluslararası olmayan çatışmalarda uygulama bulması olası olan başka bir hüküm grubunu da yapılageliş hukuku oluşturmaktadır. Bazı insancıl hukuk hükümlerinin bu mahiyette hukuk hükmü olduklarında hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bu geleneksel kural ve ilkeler de çalışmamızda incelenmesi planlanan kurallardan olduğundan ayrıca uluslararası olmayan çatışma bağlamında yeniden incelenmeyecektir.

Bu başlık altında, ilgili olabilecek başka bir husus da yukarıda incelenmiş olan ortak 3. madde ile II. Ek Protokol hükümlerinin çevreyle ilgili sayılabilecek olanlarının yapılageliş özelliği kazanıp kazanmadıkları meselesidir. Eğer bu hükümlerin yapılageliş hukuku kapsamında görülmeleri mümkün olursa o zaman bu hukuk metinlerine taraf

¹⁸³ “Sivil Halkın Yaşamaları için Vazgeçilmez Olan Hedeflerin Korunması” başlığını taşımaktadır.

¹⁸⁴ “Tehlikeli Kuvvet İçeren Yapı ve Tesislerin Korunması” başlığını taşımaktadır.

¹⁸⁵ “Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması” başlığını taşımaktadır.

olmayan devletler için de bu yükümlülüklerin varlığından söz etmek mümkün hale gelecektir.

Aslında, yukarıda da tartıştığımız ortak 3. maddenin yapılageliş hukuku kazandığı yönünde elimizde ciddi deliller mevcuttur. Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği Nikaragua kararındaki ifadesine göre ortak 3. madde gerçekte sadece “insancıl hukukun genel ilkelerinin” bir yeniden ifadesidir¹⁸⁶. Ancak bu konuda tartışmasız şekilde bir oydaşma olduğunu iddia etmek müşkül görünmektedir. Nikaragua kararındaki karşı oy yazısında Yargıç *Jenkins*, bu ifadenin tamamen doğru olmadığını ifade etmiştir. *Theodor Meron* da benzeri bir görüşü savunmuş ve Divan'ın bu fikrini herhangi bir *opinio juris* veya devlet uygulamasına dayandırmaya çalışmamasını eleştirmiştir¹⁸⁷.

II. Ek Protokol'ün yapılageliş hukuku hükmünde olmadığı konusunda ise önemli bir fikir birliğine ulaşıldığını ifade etmemiz gerekmektedir. Ancak bu belgenin bazı hükümleri zaten daha önceden yapılageliş kuralı olan düzenlemelerin yeniden ifadesi olarak görülmelidir. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi de, Tadić kararında sivil nüfusun korunmasına dair hükümlerin yapılageliş kuralı olduğunu tespit ederek benzer bir yaklaşımda bulunmuştur¹⁸⁸. Önemli devletlerin taraf olmaması yahut yenilik arz eden düzenlemelerin kapsamına ilişkin önemli yorum sorunlarının varlığı gibi bilgilerin ışığında bu protokol, toptan bir şekilde, yapılageliş hukuku olarak kabul edilemez.

San Remo Manual'da uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması konusu kısaca ele alınmıştır¹⁸⁹. Belgede öncelikle uluslararası silahlı çatışmaların düzenlenmesini amaçlayan belgelerde mevcut çevre korunmasına dair

¹⁸⁶ Stephen C. McCaffrey, **Understanding International Law** (First Edition. LexisNexis, 2006), s. 257; Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. Unites States of America) (Merits), **ICJ Reports** 1986, para. 217 vd. , s. 113–114.

¹⁸⁷ Bodansky **a.g.e.**, s. 52, 302.dipnot.

¹⁸⁸ Louis G. Maresca, “The Prosecutor vs. Tadic: the Appellate Decision of the ICTY and Internal Violations of Humanitarian Law as International Crimes”, **Leiden Journal of International Law**, Volume 9, Issue 1 (1996), s. 225.

¹⁸⁹ “Doğal Çevre” başlığını taşıyan madde 4.2.4. için bkz. Michael N. Schmitt/Charles Garraway/Yoram Dinstein (Drafting Committee), **The Manual on The Law of Non-International Armed Conflict (with Commentary)**, (San Remo: International Institute of Humanitarian Law, 2006), s. 59 <<http://www.dur.ac.uk/resources/law/NIACManualIYBHR15th.pdf>>, (22.05.2010).

hükümlere işaret edilmiştir. Daha sonra bu maddelere benzer bir düzenlemenin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için mevcut olmadığının altı çizilmiştir. Fakat yine de doğal çevrenin bu tip çatışmalarda dahi savunmasız kalmadığı, bir sivil hedef olarak nitelendirilmesi gereken çevrenin, insancıl hukukunun yapılageliş hükmünü kazanmış genel ilkelerinden olan ayırımda bulunma (*distinction*) ilkesi gereği korumaya kavuşacağına işaret edilmektedir. Bu tespit birçok açıdan önemlidir. İnsancıl hukukun önemli yazarları tarafından hazırlanan bu belgede herhangi bir dolaysız çevre korunması düzenlemesinden bahsedilmemesi, kodifiye uluslararası hukukun bu spesifik konudaki yetersizliğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu yazılı hukuktaki boşluğun giderilmesi için insancıl hukukun yapılageliş özelliği kazanmış temel ilkelerinden birine müracaat edilmesi de bu yetersizliği ortaya koymuştur. Genel ilkeye yapılan atıf, belgeyi hazırlayan hukukçuların uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda çevre korunması konusunda da genel yapılageliş hukuku hükümlerinin uygulama bulacağını kabul ettiklerini göstermektedir.

II. BÖLÜM

SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA ÇEVRENİN KORUNMASI KONUSUNDAKİ İNSANCIL HUKUK VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKU HÜKÜMLERİ

1. ÇEVREYİ KORUMAYI AMAÇLAYAN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK METİNLERİ

1.1. “Çevresel Modifikasyon Tekniklerinin Askeri veya Diğer Saldırgan Amaçlarla Kullanılmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşme”

Vietnam Savaşını takip eden dönemde hazırlanan “çevreye duyarlı” insancıl hukuk metinlerinden birisi de, kısaca ÇEVMOD olarak isimlendirdiğimiz¹⁹⁰ bir sözleşmedir¹⁹¹. 18 Mayıs 1977’de imzaya açılan Sözleşme, 5 Ekim 1978 tarihinde 20 devlet tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir¹⁹². Sözleşmenin hazırlanması çok da kısa sürmemiş; ancak ilk önerilere getirilen kapsamlı değişiklikler sonucunda sözleşmenin akdedilmesi mümkün olabilmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, ÇEVMOD Vietnam Savaşı’nın bir ürünüdür¹⁹³. Çatışmalar sonrasında Amerikan Silahlı Kuvvetlerinin savaş hedeflerine ulaşabilmek amacıyla ciddi çevresel zararlara sebep olduğu ortaya çıkmıştır. Bu tespitler üzerine

¹⁹⁰ İngiliz ve Alman akademik çalışmalarında bu sözleşmeden kısaca ENMOD olarak bahsedilmektedir. **Environmental** ve **Modification** kelimelerinin kısaltılması yoluyla elde edilen bu isimlendirmeden ziyade bu kelimelerin Türkçe karşılıklarının kısaltılmasının kullanılmasının yerinde olacağını düşünmekteyim. Bu nedenle burada bahsi geçen ÇEVMOD aslında Türk ve yabancı doktrinde ENMOD olarak adlandırılan sözleşme olmaktadır.

¹⁹¹ Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, **International Environmental Law and Naval War, The Effect of Marine Safety Conventions During International Armed Conflict**, (Newport Rhode Island: Center for Naval Warfare Studies, Naval War College, Newport Papers Nr. 15, 2000), s. 58.

¹⁹² Pazarcı, **a.g.m.**, s. 105; Witteler, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁹³ Erik Vincent Koppe, **The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment During International Armed Conflict**, (Oxford: Hart Pub. , 2008), s. 124.

Amerikan Kongresi kendisini tek taraflı olarak harekete geçmeye mecbur hissetmiş¹⁹⁴ ve 11 Temmuz 1973 tarihli kararında Amerikan Hükümeti'ni

“diğer hükümetlerin, bir savaş aracı olarak çevresel veya coğrafi modifikasyon faaliyetlerini ve bu amaca yönelik araştırma ve deneylerin icrasını yasaklayan bir andlaşmaya rızasını elde etmeye ”

davet etmiştir¹⁹⁵.

Yine, Vietnam Savaşı sırasında, Vietnamlıların orman içindeki patikaları kullanarak intikalde bulunmalarını engellemek için ABD kuvvetleri suni yollarla aşırı bir yağmur yağmasını sağlama projesini uygulamaya sokmuştur. *Operation Popeye* olarak adlandırılan bu plan çerçevesinde kullanılan ve bulutların tohumlanması (*cloud-seeding*) olarak da isimlendirilen bu teknik neticesinde elde edilen aşırı yağmur ile gizli ulaşım patikaların kaybolacağı veya en azından, çamurlu arazide ilerlemenin daha zor bir hale geleceği ümit edilmiştir. Bu teknoloji de ÇEVMOD'un hazırlanmasını tetikleyen olaylardan biridir¹⁹⁶.

Bu amaca hizmet etmeyi hedefler görünen önemli bir adım ise, ABD Başkanı Nixon ile SSCB Genel Sekreteri Brejnev'in 1974 Temmuz'undaki ortak açıklamaları olmaktadır. Bu açıklamaya göre “insanlığı yeni savaş araç ve metotlarından korumak” “çevresel modifikasyon gerçekleştirebilen silahların tehlikesinden kurtulmak ” amacıyla ikili görüşmelere başlanacağı duyurulmuş; ancak bu plan çeşitli nedenlerle uygulamaya konulamamıştır¹⁹⁷.

Bu siyasi başarısızlık üzerine, SSCB konuyu tek başına uluslararası platforma taşımaya karar vermiş ve 7 Ağustos 1974 tarihinde BM 29. Genel Konsey toplantısına birer karar ve andlaşma taslağı sunmuştur¹⁹⁸. Bu taslak andlaşma metni kapsamlı ve

¹⁹⁴ Koppe, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁹⁵ US-Senate Resolution 71, **Congressional Record** (1973), s. 23304.

¹⁹⁶ Bodansky, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁹⁷ Kirchner, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁹⁸ Aynı, s. 49.

herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamış bir yasağı öngörmektedir¹⁹⁹. Bu yasak neticesinde zikredilen yeni savaş metotlarının engellenmesi ve silahlanmanın da yavaşlatılmasının mümkün olabileceği Sovyet idarecileri tarafından öngörülmüş ve amaçlanmıştır. SSCB'ye göre böylesi bir hedefin gerçekleşmesi tüm insanlığın lehine bir gelişme olacak ve ayrıca da çevrenin korunmasına da katkıda bulunacaktır²⁰⁰.

Taslak metnin bir başka olumlu yanı da taslak tarafından bahsedilen çevresel manipülasyona sebep olacak silahların kullanılmasının yanı sıra, geliştirilmesi ve araştırılmasının da yasaklanmış olmasıdır. Taslağın sunulmasını takip eden görüşmeler oldukça uzun sürmüştür. Bu müzakerelerin neticesinde iki süper güç, ilk sunulan taslaktan birçok önemli hususta önemli farklılıklar gösteren bir metni kabul etmişlerdir. Kabul edilen bu metinde her şeyden önce, bahsedilen tekniklerin ve savaş metotlarının araştırılması ve geliştirilmesi yasağı artık bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bu yeni metne göre bu mahiyetteki teknoloji ve araçları araştırmak ve geliştirmek mümkündür. Ayrıca yapılan bu değişiklikler neticesinde sadece yaygın, uzun süreli veya şiddetli çevresel zararların sözleşme kapsamında değerlendirilmesi kabul edilmiştir.

Sözleşmenin sadece *inter partes* uygulanması da yine bu süreçte getirilmiş bir değişikliktir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında birçok devlet bu *inter partes* uygulamaya karşı çıkmış ve tüm devletler topluluğuna karşı yerine getirilmesi gerekecek (*erga omnes*) mahiyetteki yükümlülüklerin sözleşmece öngörülmesi fikrini savunmuşlardır. Ancak süper güçlerin ağırlıklarını koymaları sonucunda, sözleşmenin sadece taraflar arası yükümlülükler yaratması kabul edilmiştir. *Erga Omnes* yükümlülük aleyhine bir başka tez de, bu şekildeki bir yükümlük ile sözleşmeye taraf olmayan devletlerin taraf devletlere oranla daha avantajlı bir konuma sokulacağı, bunun ise sözleşmeye katılımın önünü keseceği tezidir²⁰¹.

Bir sözleşme hükmünün zaman içinde yapılageliş özelliği kazanması ve dolayısıyla o sözleşmeye katılmamış veya onu onaylamamış devletleri de bağlayıcı bir özellik kazanması mümkündür. Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanan

¹⁹⁹ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 35.

²⁰⁰ Kirchner, **a.g.e.**, s. 49.

²⁰¹ Aynı, s. 51.

çalışmada ÇEVMOD hakkında bu durumun söz konusu olabileceği şeklinde anlaşılması mümkün ibareler kullanılmıştır. Buna göre, ÇEVMOD'un kendisinin yapılageliş hükmü kazanıp kazanmadığına bakılmaksızın, çevrenin tahrip edilmesi yolu ile savaş yapmanın yapılageliş hukukunca yasaklandığı iddia edilmiştir²⁰². Bu iddiaya katılmak mümkün değildir. Bir kere *bir savaş aracı olarak çevresel tahribatı* yasaklayan tek uluslararası metin ÇEVMOD olmaktadır. Eğer bu metnin kendisinin yapılageliş hukuku hükmünü kazanıp kazanmadığı yeterince araştırılmıyorsa, ikincil olarak aynı yönde ve fakat sözleşmeden bağımsız bir şekilde oluşmuş bir yapılageliş hukukuna bakmak gerekir. Bu şekilde oluşmuş bir hukukun da ilgili çalışmada yeterince araştırılmadığı her türlü şüpheden beridir. Dolayısıyla ne sözleşmeye yeterli ilgi atfedilmiş ne de uygulama ve *opinio juris* yoluyla oluşan bağımsız bir kurallaşma ispat edilmiştir. Yaygın kanıya ters düşen bir sonuca da ancak bu şekilde ulaşılabilirdi. Hâlbuki yaygın kanıyı kuvvetlendiren daha ikna edici vakıalar söz konusudur.

ÇEVMOD'un yapılageliş özelliği kazanmadığı aşikârdır. *Bodansky*, 2002 yılı itibariyle sadece 68 ülkenin sözleşmeye taraf olduğunu ve bunlar arasında ABD, Rusya ve İngiltere gibi önemli devletlerin bulunduğunu ifade ettikten sonra Fransa, Çin, Irak ve İran gibi ülkelerin ise bu sözleşmeye taraf olmadığına dikkat çeker²⁰³. Bunun ışığında sözleşmenin yapılageliş hükmü özelliği kazanmış olduğunun iddia edilmesi imkânsızdır. Kaldı ki ÇEVMOD ile yasaklanan teknoloji günümüz için kullanımına rastlanmayan, askeri açıdan da hiçbir önemi haiz olmayan türdendir. Bu nedenle yanılarak bazı gözlemciler sözleşmenin hiç ihlal edilmediğini de iddia edebilmişlerdir. Hâlbuki bu ihlal edilmemenin sebebi bu teknolojilerin azalan önemidir. Bu da sahada bir *consuetudo*'nun varlığının gözlenmesini engelleyen bir olgudur. Dolayısıyla her hal ve şartta, sözleşmenin yapılageliş hükmü özelliğinden mahrum olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak sözleşmeye konu olan teknik ve metotlar ile çevresel zarara sebebiyet verilmesinin sadece “*düşmanca*” (*hostile*) amaçlarla gerçekleştirilmesi halinde sözleşmenin uygulama bulacağı da bu dönemde yapılan bir değişikliktir. Dolayısıyla bu

²⁰² Jean-Marie Henckaerts/ Louise Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, (Fourth Edition. New York: Cambridge University Pres, 2009), s. 156.

²⁰³ Bodansky, **a.g.e.**, s. 29.

sözleşme ile yasaklanan davranışlar özel bir kast ile işlenen eylemlerdir. Bu eylemler ile en az bir ülkenin zarar görmesi hedeflenmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak ÇEVMOD kazaen ortaya çıkan ve çevresel zararlara neden olan eylemlere uygulanamayacak olan bir koruma rejimi öngörmektedir. Bu gibi kazalarda devletlerin uluslararası sorumluluğuna gidileceği şüphesizdir.

Bu sözleşmenin 1. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre sözleşmeye taraf devletler, diğer sözleşme taraflarına karşı yıkım, zarar ve hasar verme vasıtası olarak, yaygın, uzun süreli ve şiddetli etkileri haiz olacak çevresel modifikasyon tekniklerini, askeri veya diğer düşmanca amaçlarla kullanmamayı yükümlenmektedir²⁰⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre taraf devletler, sözleşmede bahsedilen tekniklerin diğer ülkeler ve uluslararası örgütler tarafından kullanılmasını cesaretlendirmeme, bu kullanımları teşvik etmeme ve böylesi kullanımlara yardım sağlamama yükümlülüğü altındadır²⁰⁵.

Sözleşmenin 2. maddesine göre, 1. maddede bahsedilen “çevresel modifikasyon teknikleri” terimi, doğal süreçlerin her türlü kasıtlı manipülasyonu şeklinde anlaşılacaktır. Bu iki hükmün ortak bir yoruma tabi tutulması sonucu her türlü çevresel etkisi haiz eylemin ÇEVMOD tarafından yasaklanmadığı tespit edilmektedir.

Sözleşmenin 3. maddesine göre bu sözleşme barışçıl amaçlara hizmet eden çevresel modifikasyon tekniklerinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecektir. Maddenin 2. fıkrasına göre barışçıl amaçlara hizmet eden teknolojiler hakkındaki her türlü uluslararası işbirliği caizdir. Görüldüğü üzere bu madde ile barışçıl amaçlara hizmet etmesi beklenen çevresel modifikasyon teknik ve teknolojilerinin sözleşmeden olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. 4. madde ile taraf devletlerden, kendi anayasal düzenlerine uygun olarak, bu sözleşme ile yüklendikleri yükümlülükleri yerine getirmeleri istenmektedir.

²⁰⁴ Michael N Schmitt, “Humanitarian Law and the Environment”, **Denver Journal of International Law and Policy**, Vol. 28, s. 278; Jerry Smith, **Kıyamet Silahı HAARP**, (Birinci basım. İstanbul: Koridor Yayıncılık, 2007), s. 229.

²⁰⁵ Pazarcı, **a.g.m.**, s. 106.

1.1.1. ÇEVMOD Tarafından Sağlanan Koruma ve Kapsamı

Her şeyden önce, sözleşmenin uygulama bulabilmesi için, bahsi geçen eylemin, “çevresel modifikasyon teknikleri”nin askeri ya da diğer düşmanca amaçlarla kullanılması şartını sağlaması gerekmektedir²⁰⁶. Kullanım savunma amaçlı olabileceği gibi saldırı amaçlı da olabilir, önemli olan kullanımın askeri veya düşmanca bir doğaya sahip olmasıdır²⁰⁷. Bir devletin, gerçekten barışçıl amaçlı olan bir “çevresel modifikasyon tekniği”ni iyi niyetle kullanması, bu eylem doğal çevrede çok büyük zararlara yol açmış olsa bile, ÇEVMOD’un uygulama kapsamına dahil edilemeyecektir. Ancak bahsi geçen “düşmanca amaçlı” eylemin her halde bir silahlı çatışma seviyesine ulaşmış olması sözleşmenin uygulanması için bir şart olarak aranmamaktadır.

Burada tartışılması gereken bir başka husus, barışçıl özellikteki teknolojinin askeri amaçla kullanılması durumudur. Bir kere bu kullanımın mümkün olduğu her durum için sözleşmenin sağlamış olduğu önleyici her türlü tedbir anlamsızlaşmaktadır veya en azından böyle bir risk her zaman için mevcuttur. Bilindiği gibi sözleşme barışçıl amaca hizmet eden çevresel modifikasyon teknolojisine izin vermektedir. Dolayısıyla ikili yani hem barışçıl hem de gerektiğinde askeri kullanıma uygun teknolojilerin geliştirilmesinde belirleyici olacak olan ilgili devletin kastı olmaktadır. Eğer bir devlet, aslında düşmanca amaçlarla geliştirmekte olduğu bir çevresel modifikasyon teknolojisini barışçıl sunacak seviyede siyasal zekâyâ sahip ise bu durumda sözleşmenin yasağının hiçbir manası kalmamakta; 3. madde ile kötü niyetli kullanımların yolu açık kalmaktadır. Yani bu hukuksal yapı ile devletlerin ne yapmak istediklerinden ziyade ne yapmak istediklerini *nasıl açıkladıkları* önem kazanmaktadır. Bize göre bu durum, kötüye kullanımın önünü açacak bir vakıa olarak değerlendirilmelidir.

Bir eylemin sözleşme çerçevesinde yasaklanan türde eylemler arasında sayılabilmesi için kesinlikle doğal bir sürecin manipülasyonu olarak görülmesi gerekmektedir. Bu şekilde sözleşme ile çevrenin bir silah haline getirilmesi

²⁰⁶ Yoram Dinstein, “Protection of the Environment in International Armed Conflict”, **Max Planck UNYB**, Volume 5 (2001), s. 526.

²⁰⁷ Dinstein, **a.g.m.**, s. 526; Adede, **a.g.m.**, s. 166.

engellenmek istenilmiştir. Burada söz konusu olan çevresel koruma doğal çevrenin silahlı çatışmaların kurbanı olarak korunmasında bu yüzden daha farklı bir mahiyet arz etmektedir. Sözleşme ile çevresel süreçlerin silah olarak kullanılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Yukarıda değinildiği üzere eylem “kasıtlı” olmak zorundadır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, sözleşmeye taraf devlet istemli bir şekilde doğal süreci manipülasyona uğratmalıdır. İstem-dışı kaza ve olaylar sözleşmenin uygulama alanının dışında kalmaktadır. Bu kasıtlı olarak icra edilmesi gereken eylemin sadece savaşımlara karşı olması şart değildir. Sözleşme ile savaşın yanı sıra sivil kişiler de koruma kapsamına alınmaktadır²⁰⁸.

Sözleşmede bir eylemin uygulama kapsamına sokulmasını sağlayacak eylem boyutları da düzenlenmiştir. Buna göre, eylemin “*yaygın, uzun süreli veya şiddetli*” çevresel etkileri olmalıdır. Takdir edilmelidir ki, bu mahiyetteki sözcükler her zaman için belli bir yorum sorununu da beraberlerinde getireceklerdir. ÇEVMOD’a eklenen bir Anlaşma Ekinde (*Understanding*) bu terimlere verilmesi gereken anlamlar tanımlanmıştır. Tamamen ÇEVMOD’a özgü bir tanımlama olduğunu açıkça ifade eden bu belgeye göre; “uzun süreli” teriminden birkaç ay yahut bir mevsim anlaşılmalıdır. Yaygınlıktan kasıt sayısal olarak ifade edilmiş bir büyüklük olarak sözleşmede tespit edilmiştir. Sözleşmenin ve Ek’in hazırlanması sırasında, bazı küçük devletler yaygın terimine verilecek anlamın devletin sınırlarının büyüklüğü göz önüne alınarak tespit edilmelidir tezini öne sürmüşlerdir. Ancak bu öneri kabul görmemiş ve birkaç yüz kilometrekarelik bir alanın etkilemesi halinde bu şartın sağlandığı kabul edilmiştir²⁰⁹. “Şiddetli” bir eylemden bahsedebilmek için ise, sözleşmeye göre, insan hayatı, doğal ve ekonomik kaynaklar ve diğer zenginliklere ciddi bir zarar verilmesi veya bunlarda önemli veya ciddi bozulma yaratılmış olması gerekmektedir²¹⁰. Yine de hala taraf devletlerin bu terimlerle ilgili olarak, belli seviyede muğlâklığın devam etmesi neticesinde rahatsızlıklarını dile getirmişlerdir. Bu devletlerden bir tanesi de Türkiye

²⁰⁸ Kirchner, **a.g.e.**, s. 52.

²⁰⁹ <http://www.fas.org/nuke/control/enmod/text/environ2.htm>, (16. 07. 2010)

²¹⁰cc “involving serious or significant disruption or harm to human life, natural and economic resources or other assets”.

Cumhuriyeti'dir. Türkiye Cumhuriyeti temsilcisi belgenin imzası esnasında sorunu şu şekilde ifadelendirmiştir²¹¹;

“Türk Hükümeti'nin kanaatine göre, “yaygın”, “uzun süreli” ve “şiddetli” terimlerinin açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir Bu gerçekleşmediği sürece, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti bu terimlerin yorumunu kendisinin gerekli gördüğü şekil ve zamanda yapma hakkını muhafaza etmektedir.”

1.1.2. ÇEVMOD'un Uygulamadaki Önemi

Öğretide ÇEVMOD'un fiili olarak herhangi bir pratik değerden yoksun olduğu iddia edilmiş ve bu belgenin uygulama bulabilmesinin ancak bilim kurgu silahlarının kullanılması durumunda mümkün olacağı iddia edilmiştir. Yine ÇEVMOD sadece *inter partes* uygulama imkânı olan bir belgedir. Çevresel modifikasyon tekniklerinin uygulanması durumunda hâsıl olan zarar halinde uygulama bulan sözleşme, maalesef bu mahiyetteki tekniklerin araştırılması ve geliştirilmesi konusunda sessiz kalmayı yeğlemiştir. Yani düşmanca amaçlarla kullanılması sözleşme ile yasaklanmış bulunan tekniklerin barışçıl amaçlar için geliştirilmelerinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Yine, bu tekniklerin kullanılarak başka ülkelere zarar verilmesi tehdidinin de sözleşmeye eklenmemiş olması başka bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Gerçi bu hususta *jus ad bellum*'un ilgili hükümlerinin uygulama imkânı bulması beklenmelidir; ancak yine de bu hususun sözleşmede tekrarı, belki de daha eksiksiz bir sözleşmenin ortaya çıkması sonucunu doğurmuş olacaktır. Sözleşmedeki yasağın kapsamına öngörülmüş, planlanmış ve başarılı olmuş çevresel manipülasyonlar dâhildir. Dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalmış veya öngörülmemiş ve kontrol dışı ortaya çıkmış sonuçlar, bu yasağın kapsamına girmemiştir. Bu da ciddi bir eksiklik olarak gözümüze çarpmaktadır.

Sözleşmenin bünyesinde barındırdığı bir başka özellik de öngördüğü icra usulünün siyasi bir özellik taşımasıdır²¹². Sözleşme tarafından düzenlenen şikâyet usulü

²¹¹ Kirchner, **a.g.e.**, s. 54; Anthony Leibler, “Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law”, **California Western International Law Journal**, Volume 23, Number 1 (1992–1993), s. 83.

işbirliği ve danışma temelinde fonksiyon ifa edebilecektir. Sözleşmenin 5. maddesine göre, başka bir taraf devletin sözleşmeyi ihlal ettiği şüphesini taşıyan taraf devlet veya devletler, BM Güvenlik Konseyi'ne başvuruda bulunabilir. Ancak veto kurumunun varlığı da göz önünde bulundurulursa bu mekanizmadan olumlu bir sonuç beklemek gerçekçi bir tavır olmayacaktır.

Netice olarak ÇEVMOD'un uygulama bakımından oldukça önemsiz görülmesi gerektiğine işaret eden görüşlere biz de katılmaktayız²¹³. ÇEVMOD gün geçtikçe önemini yitiren ilgisiz ve kifayetsiz bir hukuki belgeden daha fazlası maalesef olamamaktadır. Kaldı ki, sözleşmenin hazırlanış zamanı gelecekte kullanılması beklenen silah sistemleri olarak görülen çevresel modifikasyon teknolojilerinin de şu an için böylesi bir heyecanı yarattığını söylemek mümkün değildir. Bu azalan önem de, sözleşmenin sağladığı korumanın önemsizliğine neden olmaktadır.

Belki de bu yüzden sözleşmenin dolaysız manasına uymayan bazı yorumların zorlama yoluyla yapıldığını görmekteyiz. Bu konuda güncel bir örnek İsrail'e ait Savaş Hukuku Rehber Kitabı'nda (*Manual on the Laws of War*) mevcuttur. Buna göre, Irak "Kuveyt'in işgali sırasında İran Körfezi'ni benzin ile kirleterek ÇEVMOD'u ihlal etmiştir"²¹⁴. Bu yoruma katılmak mümkün değildir; ancak bu yorum, ulus devletlerin, ÇEVMOD'u yaratıcı bir şekilde yorumlayarak, hâlihazırda mevcut çevresel insancıl hukuk korumasını arttırmak istemelerine delalet etmektedir. Bu bilinçli çabayı, hukuk politikası olarak yanlış görmek mümkün olmamakla beraber; İsrail makamlarınca varılan sonucun uluslararası hukukun metodolojisine uygun olmadığını da kabul etmek zorundayız. Özellikle uluslararası hukukun yoruma ilişkin kurallarının fazlasıyla zorlanması yoluyla bu yorum mümkün olabilir. Sözleşmede açıkça doğal süreçlerin manipüle edilmesi yasaklanmaktadır. Bununla yasaklanan doğal unsurların *silah olarak* kullanılmasının önüne geçmektir. Hâlbuki bahsedilen olayda doğa *silah* olmamış, yine bir kasıtlı kirletme eyleminin *kurbanı* olmuştur. Bu noktada bu kasıtlı (ancak hukuka uygun olmayan) genişletici yorum faaliyetinin *zımni olarak* çevresel koruma öngören insancıl hukukun yetersizliğine işaret ettiğini düşündüğümüzü de hatırlatmalıyız.

²¹² Michael N. Schmitt, **a.g.m.**, Humanitarian Law and Environment, s. 280.

²¹³ Örneğin Kuveyt'in Irak tarafından işgali ile başlayan Körfez Savaşı'nı takiben Ürdün ÇEVMOD hükümlerinin kesinlikten uzak ve de icbarı da müşkül olduğunu ifade etmiştir.

²¹⁴ Roscini **a.g.m.**, s. 12.

Bu tezimizi kuvvetlendiren bir başka olgu da, 1992 yılında gerçekleştirilen ÇEVMOD’a Taraf Devletlerin İkinci Gözden Geçirme Konferansı’nda yapılan yorumdur. Bu yoruma göre, çevreyi kirleten böcek öldürücülerin (*herbicides*) kullanımı da bu sözleşme ile yasaklanan eylemler arasında sayılmaktadır. Ancak bunun mümkün olabilmesi, bu kullanım sonucunda bölgenin ekolojik dengesinin bozulmasına, böylelikle ortaya çıkan yaygın, uzun süreli ve de şiddetli bir kirlenmenin başka bir taraf devlete *zarar verme yolu* olarak kullanılmış olmasına bağlanmıştır. Görüldüğü üzere böcek öldürücülerin kullanımı tek başına yetmemekte, bu kullanım sonucunda ortaya çıkan zarar yoluyla başka bir taraf devlete zarar verilmesi de kast edilmiş olması gerekmektedir²¹⁵.

1.2. “1977 Tarihli Uluslararası Nitelikli Silahlı Çatışma Kurbanlarının Korunmasına İlişkin ve 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Protokol (I. Ek Protokol)”

1.2.1. I. ve II. Ek Protokollerin Hazırlanması

1977 Tarihli Milletlerarası Nitelikli Silahlı Çatışma Kurbanlarının Korunmasına İlişkin ve 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (I. Ek Protokol), ÇEVMOD Sözleşmesinin hemen ardından imzalanmış bir uluslararası hukuk metnidir ve dolaysız olarak çevreyi korumayı amaçlayan bir diğer insancıl hukuk metnidir²¹⁶. Bu Protokol ile eş zamanlı olarak II. Ek Protokol de hazırlanmıştır.

I. ve II. Ek Protokollerin hazırlanmasına, Lahey ve Cenevre Hukuku’nda bazı değişikliklerin ve bu hukuka bazı eklemelerin yapılmasının gerekliliği düşüncesi öncülük etmiştir. Bu düşüncenin oluşumunda en önemli rolü edinilen askeri tecrübeler ve silah teknolojisinde kaydedilen gelişmeler oynamıştır²¹⁷. Ancak Birleşmiş Milletler

²¹⁵ Roscini, **a.g.m.**, s. 12.

²¹⁶ Koppe, **a.g.e.**, s. 139.

²¹⁷ “Aslında Uluslararası Kızılhaç Örgütü’nün 1950 yılından itibaren sürekli olarak Uluslararası İnsancıl Hukukun yeniden geliştirilmesi çağrısı olmuştur. Bu çağrının temelinde, aralarında nükleer silahları da bulunduran yeni silah türlerinin geliştirilmesi ve sivil-savaşan ayrımının her geçen gün daha zor yapılı hale gelmesinin” tespit edilmiş olması da yatmaktadır, Witteler, **a.g.e.**, s. 304; I. Ek Protokolün hazırlanmasına ilişkin bilgi için ayrıca bkz.: Hakan Taşdemir, Ruhsar Müderrisoğlu, Hicran Tülüce, “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No’lu Protokol (I. Ek Protokol)”, **Kamu-İş**, Cilt 7 Sayı 2 (2003) s.2-4; Werle **a.g.e.**, s. 381-382.

çatısı altında yeni bir sözleşme hazırlanmasının mümkün olamayacağını anlaşılması üzerine, Cenevre Sözleşmeleri'nin modern bir hale getirilmesinin ek protokoller yolu ile gerçekleştirilmesine karar verilmiştir²¹⁸. Değişikliklerin gerekli olduğuna duyulan inançla hareket eden Kızılhaç Konferansı, 1965 yılında Kızılhaç Örgütü'ne savaş hukukunu geliştirecek ve güncel problemleri çözebilmesini sağlayacak değişiklikler hakkında çalışmalarda bulunmak görevini vermiştir²¹⁹.

Protokollerin hazırlanmasının ilk başarılı²²⁰ adımları Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün 6–12 Eylül 1969 tarihleri arasında İstanbul'da gerçekleştirilen toplantısı ile atılmıştır. İnsancıl Hukukun Yeniden-Onaylanması ve Geliştirilmesi adını taşıyan İstanbul Konferansında alınan XVIII. Karara dayanarak, Uluslararası Kızılhaç Örgütü ulusal Kızılhaç ve Kızılay örgütlerinden uzmanları, 1971 yılının Mart ayında Lahey kentinde toplamıştır. Bu toplantıyı hükümet uzmanlarının katılımıyla Cenevre'de gerçekleştirilen iki Konferans takip etmiştir. Hükümet Uzmanları Konferansının²²¹ ilki 24 Mayıs ve 12 Haziran 1971 tarihleri arasında gerçekleştirilmiş, konferansın ikincisi ise, bir sonraki yıl 3 Mayıs ve 3 Haziran tarihleri arasında toplanmıştır²²².

Bu toplantılar ışığında, Haziran 1973'e gelindiğinde Kızılhaç'ın, öngörülen iki protokole dair taslak metinleri sunması mümkün olmuştur. Taslak protokoller, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların kurbanlarının korunması amacına hizmet etmeyi hedeflemektedir. Bundan sonra Şubat 1974'te başlayan ve Haziran 1977 tarihinde dördüncü ve son toplantısını gerçekleştiren Diplomatik Konferans'ta bu taslaklar tartışmaya sunulmuştur. Bu dört bölüm şeklinde gerçekleştirilen ve Kızılhaç Örgütü tarafında organize edilen toplantılar neticesinde,

²¹⁸ Stefan Hobe/Otto Kimminich, **a.g.e.**, s. 508.

²¹⁹ Michael N. Schmitt, "The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination", **US Air Force Academy Journal of Legal Studies**, Vol.6 (1995–1996), s. 256.

²²⁰ Bundan önceki girişimler sonuçsuz kalmıştır. Bu girişimler arasında 1952 yılındaki Toronto, 1957 yılındaki Yeni Delhi ve 1965 yılındaki Viyana Konferansları sayılabilir.

²²¹ Conférence d'experts gouvernementaux pour le réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés.

²²² Heike Spieker, **Völkergewohnheitlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt**, (Bochum: UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochumer Schriften 1992), s. 373.

aslında 8 Haziran 1977 tarihinde üzerine anlaşmaya varılan metinler, 12 Aralık 1977 tarihinde imzalanmıştır²²³.

Bu çalışmamızda bazı hükümlerini inceleyeceğimiz I. Ek Protokol'ün ilk maddesinin 4. fıkrası ile uluslararası insancıl hukukun uygulama bulması gereken uluslararası silahlı çatışma kavramı genişletilmiştir. I. Ek Protokol diğer maddeleriyle de hususan sivililerin, sağlık ekiplerinin, sahip olacağı insani korumayı iyileştirmekte ve ayrıca insani yardım kuruluşlarının hukuki konumlarını açığa kavuşturmaktadır²²⁴.

Protokol'ün düzenleme alanı esas olarak karada cereyan eden uluslararası silahlı çatışmalardır²²⁵. Tıpkı ÇEVMOD gibi I. Ek Protokol de Vietnam Savaşı'nın tecrübeleri ışığında hazırlanmıştır²²⁶. Bu yüzden Protokol'ün hazırlanması sürecine dahil olmuş devletler ve temsilcilerinin ÇEVMOD'un hazırlık sürecinden de haberdar olması beklenmelidir. Bu hususun hatırd tutulması sözleşmelerin silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunmasına ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında önemli bir faktör olacaktır.

I. Ek Protokol'ün giriş bölümüne göre, silahlı çatışmaların kurbanlarının korunmasına yönelik insancıl hükümlerinin “*yeniden onaylanması ve geliştirilmesi*” ihtiyacı kendisini hissettirmektedir. Bu ifadeden de anlaşılabilceği üzere Protokol tamamen yapıldığı tarihte olan ve kabul edilmiş hukuk prensiplerini ihtiva etmemekte, bunların yanı sıra yeni sayılacak kuralları da bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten de Protokol içeriğinde yapılageliş kuralı haline çok daha önceleri gelmiş birçok hüküm ve prensip mevcuttur. Bunlara ek olarak, uluslararası hukukta birer yenilik olarak görülmesi gereken bazı hükümler de Protokol'ün içeriğine dahil edilmiştir.

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ilişkin bir raporunda BM Genel Sekreteri, “şüphesiz bir şekilde yapılageliş hükmü haline gelmiş insancıl hukuk kuralları” arasında I. Ek Protokol'ü saymamıştır²²⁷. 1996 tarihli Danışma Görüşü'nde

²²³ Hobe/Kimminich, **a.g.e.**, s. 508; Schmitt, **a.g.m.**, The Environmental Law of War, s. 256.

²²⁴ Aynı, s. 509.

²²⁵ Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 60.

²²⁶ Richard/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1054.

²²⁷ Hulme, **a.g.e.**, s. 101.

Uluslararası Adalet Divanı Protokol'ün hükümlerinin çevre için ilave koruma sağladığını ve bu korumanın da “*bu hükümlere taraf devletler için önemli sınırlamalar*” teşkil ettiğine işaret etmiştir²²⁸.

2000 tarihli bir Güvenlik Konseyi kararına göre²²⁹

“Bir silahlı çatışmanın bütün tarafları, özellikle 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile bunlara ek 1977 tarihli Ek Protokollere göre *kendileri için bağlayıcı olan* yükümlülükler de dahil olmak üzere, silahlı çatışmalar sırasında çocukların hak ve korumalarına dair uluslararası hukuku tümüyle uygulamaya” davet edilmiştir.

Bu karara göre, Cenevre Sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülükler hakkında herhangi bir kısıtlayıcı ifadeye rastlanmadığından, bu sözleşmelerin yapılageliş hükmü olarak görüldüğü sonucuna varılmaktadır. Ancak aynı durum, Ek Protokoller için söz konusu değildir. Bu Protokollerin çatışma taraflarını bağlaması yani onlar için yükümlülük yaratır hale gelmiş olması durumunda bu metinler tarafından öngörülen yükümlülüklerin çatışmada uygulanması talep edilmektedir. Yani Ek Protokoller için *inter partes* bir uygulama istenmekte, bunlara taraf olmayanların herhangi bir yükümlülüğünün olmadığı ifade edilmektedir. Hâlbuki bu Protokoller yapılageliş hükmü haline gelmiş olsalardı, taraf olmayanları da bağlamaları mümkündür. Yine de bu Protokollerin içerisinde yapılageliş sıfatını kazanmış hukuk hükümleri mevcuttur ve bunlar taraf olmayan devletleri de bağlamaktadır.

Bu konuda önemli sayılabilecek bir örnek olay da Amerika Birleşik Devletleri'nin Protokol ile olan macerasıdır. ABD Protokol'ü 1978 yılında imzalamıştır. Bu tarihten 6 yıl sonra Protokol'ün onaylanması gündeme geldiğinde hazırlanan, Savunma ve Dışişleri Bakanlıkları tarafından da kabul edilen bir Genel Kurmay raporuna göre Protokol'ün onaylanması doğru bulunmamıştır. Başkan Reagan da yaptığı açıklamada Protokol'ün “temelden ve geri döndürülemez şekilde kusurlu”

²²⁸ Dinstein, **a.g.m.**, s. 534–535.

²²⁹ Güvenlik Konseyi Kararı 1314, “Resolution on Children and Armed Conflict”, 11 Ağustos 2000'den aktaran Hulme, **a.g.e.**, s. 102.

olduğunu ifade etmiştir. ABD tarafından sakıncalı bulunan Protokol hükümleri arasında çevreyi de ilgilendiren hükümlerin de zikredildiği doktrinde ifade edilmiştir. Tüm bu menfi değerlendirmelere rağmen ABD'nin resmi duruşuna göre, Protokol'ün *önemli bir kısmı* yapılageliş hukukunu yansıtmaktadır ve bu yüzden kendi askeri birliklerini bağladığı bu ülke tarafından kabul edilmektedir²³⁰.

Tüm bu vakıaların ışığında Protokollerin, *bir bütün halinde* yapılageliş hükmü olmadıkları görüşüne katılmak mümkün görünmektedir. Eğer Protokol içinde mevcut bir hükmün yapılageliş kuralı haline geldiği ispatlanabilirse, bu hüküm taraf olmayan devlet davranışları için de belirleyici olacak ve onları bağlayacaktır. Aşağıda incelenmesi planlanan I. Ek Protokol kapsamındaki 35. maddenin 3. fıkrası ile 55. madde yapılageliş hükmünü kazanmış ise, bu Protokollere taraf olmayan ülkeler dahi bu maddeler ile bağlı olabilecektir.

Burada hatırlatılması gerek bir husus bu sayılan iki maddenin 1977 yılı için birer yenilik teşkil ettiğinin Protokol'ü hazırlayan devletler tarafından kabul edildiğidir. Yani, bu iki kuralın, daha öncesi itibarıyla yapılageliş hükmünü zaten kazanmış kurallardan olması mümkün değildir. Bu kurallar bağlamında gerçekleştirilmiş olan hukukun yeniden onaylanması değil, *geliştirilmesi* olmuştur. Alman delegasyonunun ifadesine göre, bu kurallar “uluslararası silahlı çatışmalar zamanı çevrenin korunmasına önemli ve *yeni* bir katkı” sağlamaktadır. Vietnam delegesi *Nguyen Van Hong*'un beyanına göre ise, bu iki kural “uluslararası insancıl hukuktaki bir *boşluğu*” dolduracaktır.²³¹

Dolayısıyla bu iki kuralın yapılageliş hükmü haline gelmediğine dair baskın görüşe biz de katılmaktayız²³².

Ek Protokol 2 maddesi vasıtasıyla silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması hususuna *dolaysız* olarak düzenleme getirmektedir. Bu hükümler, yukarıda da bahsedilen 35. madde 3. fıkrası ile 55. maddedir. Bahsedilen bu iki maddede I. Ek Protokol “çevre” kavramını düzenleme konusu olarak almış ve bu terimi açıkça

²³⁰ Schmitt, **a.g.m.**, The Environmental Law of War, s. 256

²³¹ Hulme, **a.g.e.**, s. 103.

²³² Bu konu aşağıda “ÇEVMOD ve I. Ek Protokol Hükümlerinin Ortak Değerlendirilmesi” başlığı altında daha detaylıca incelenecektir.

kullanmıştır²³³. Kısa bir ilk bakış neticesinde dahi, Protokol'ün “doğal çevreyi” korunması gereken bir menfaat (*Schutzgut*) olarak algıladığına işaret edilebilir. İlk olarak düzenlemelerin tarihi oluşum süreci hakkında kısa bilgi verilecek ve sonrasında da bu düzenlemeler daha detaylıca incelenecektir.

1.2.1.1. 1971/1972 Hükümet Uzmanları Konferansları

1971 yılında gerçekleştirilen Hükümet Uzmanları Konferansı'nda çevrenin korunması konusu kimyasal silahlar bağlamında dolaylı olarak tartışılmış ancak ayrı olarak bu konunun ele alınması kabul edilmemiştir. 2603 A sayılı ve 16 Aralık 1969 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Konsey Kararına dayanılarak kimyasal silahların tanımlanması esnasında çevresel unsurlar hesaba katılmış ve zikredilmiştir²³⁴. Ancak işaret edildiği üzere, bu konferansta çevrenin ayrı bir hukuki menfaat olarak tanınması yoluna gidilememiştir.

1972 yılında gerçekleştirilen uzmanlar konferansında, çevresel koruma hakkındaki ilk tartışmalar gözlenmiştir. “Temkinli” olarak betimlenebilecek olan bu ilk sorgulamalar, belli bazı devletlerin protokollerin taslaklarında değişiklik önerilerinde bulunmalarına neden olmuştur. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ile ilgilenen ikinci komitede Doğu Almanya, Bulgaristan, Macaristan, Polonya ve Çekoslovakya devletleri ortak bir teklifte bulunmuşlardır. Bu teklife göre, Protokolün 18. maddesinin 4. fıkrası şu şekilde olmalıdır²³⁵;

“Il est interdit d'employer des moyens et des méthodes qui détruisent les conditions naturelles de l'environnement humain”

Bu ilk teklifi takiben Polonya da III. Komite çalışmalarında (uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında uygulama bulacak protokolün 30. maddesi bağlamında) “*insani doğal çevrenin tahrip edilmesini*” sağlayan araç ve metotların yasaklanmasını teklif etmiştir²³⁶. Aynı 30. madde için Doğu Almanya, Macaristan ve Sovyetler Birliği

²³³ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 373.

²³⁴ Aynı, s. 375.

²³⁵ “İnsani çevrenin doğal şartlarını yok eden araç ve metotların kullanımı yasaktır.”

²³⁶ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 376.

tarafından getirilen değişiklik teklifi niceliksel olarak önemli bir iyileştirmeyi bünyesinde barındırmaktadır²³⁷. Bu teklife göre;

“Il est interdit d’employer des armes, des projectiles, aussi que d’autres moyens et méthodes qui altèrent l’équilibre des facteurs naturels régissant la vie at le milieu.”

Bu teklif hiç şüphesiz ki yukarıda zikredilen çevresel korumadan çok daha ileri giden kapsamlı bir çevresel koruma seviyesi vaat etmektedir. *Heike Spieker*’in bu teklifi önemli bir gelişme olarak değerlendirmesine biz de katılmaktayız, çünkü teklif edilen metinde “çevrenin tahrip edilmesinden” değil “doğal faktörlerin dengesinin” bozulmasından ve buna neden olan silahlar, mermiler ve diğer savaş araç ve metotlarının kullanımının yasak olmasından bahsedilmektedir. Ancak bu çabalar, uzmanlar konferansları için konuşursak eğer, sonuçsuz kalmıştır.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından sunulan taslak protokollerde çevresel unsurlara koruma bahşeden hiçbir hüküm bulunmamaktaydı²³⁸. I. Protokol’de değiştirilmesi teklif edilen Sivil Hedeflerin Korunması’na dair 47–49. maddeleriyle Savaş Araç ve Metotlarına ilişkin 33. maddede, çevresel korumaya dair hiçbir hüküm kabul edilmemiştir. Aynı şekilde II. Protokol’ün değiştirilmesi gündeme gelen 20. maddesi de çevresel unsurlar ilişkin herhangi bir ibare içermeden kabul edilmiştir²³⁹.

1.2.1.2. 1974–1977 Cenevre Diplomatik Konferansı

Taslak metinlerin çevresel korumaya dair hiçbir hüküm içermemesine rağmen bu husus, Cenevre Diplomatik Konferans toplantılarında ele alınmıştır. III. Komite’nin çalışmalarında, çevre ile ilgili bir hükmün savaş araç ve metotları bölümüne, bir diğer benzer maddenin de sivil şahısların savaşın etkilerinden korunmasını amaçlayan bölüme eklenmesinin tartışıldığını gözlemlemekteyiz²⁴⁰.

²³⁷ Spieker, *a.g.e.*, *Völkergewohnheitlicher*, s. 376.

²³⁸ Aynı, *Völkergewohnheitlicher*, s. 377.

²³⁹ Aynı, *Völkergewohnheitlicher*, s. 377.

²⁴⁰ Aynı, *Völkergewohnheitlicher*, s. 378.

19 Mart 1974 tarihinde, çevresel koruma ile ilişkili olan birbirlerinden bağımsız olarak iki ayrı öneride bulunulmuştur. Bunlardan bir tanesi, Avustralya'nın önerisi iken diğeri Çekoslovakya, Macaristan ve Doğu Almanya'nın ortak önerisidir. Her iki önerinin de ortak özelliği, doğal çevrenin korunması temasına ilişkin olmalarıdır. Avustralya önerisine göre Tehlikeli Kuvvet İçeren Tesislere ait taslak 49. maddeye (I. Ek Protokol'de 56. madde) çevresel korumaya ilişkin bir fıkra daha eklenmelidir.

Avustralya teklifine göre²⁴¹;

“1. Without prejudice to the rights of a High Contracting Party in its own territory, it is forbidden to despoil the natural environment as a technique of warfare.

2. Attacks against the natural environment by way of reprisal are prohibited.

3. A breach of this Article shall constitute a grave breach of the present Protocol.”

Diğer öneriye göre ise²⁴²;

“It is forbidden to impair or destroy the natural environment as such by any means or methods whatsoever, since the maintenance of a balanced environment is essential for the survival of the civilian population. The natural environment shall not be made the object of reprisals.”

Bu iki önerinin de 48.BIS maddesinin şekillenmesinde rolü olmuştur. Neticede bu madde Protokol'ün 55. maddesi olacaktır. 11 Eylül 1974'te Demokratik Almanya daha önceki 33. ve 34. maddeleri bünyesinde birleştirecek bir 33. madde önerisinde bulunmuştur. Bu öneriye göre²⁴³ maddenin 4. fıkrası şu hükmü içermektedir;

²⁴¹ CDDH/III/60.

²⁴² CDDH/III/64.

²⁴³ CDDH/III/108.

“It is forbidden to use means or methods which destroy natural human environmental conditions”

24 Şubat 1975 yılında bu hüküm çevresel ibarelerin atılması ile yeniden şekillendirilmiş ise de aynı gün aralarında Norveç, Avustralya, Sovyetler Birliği ve Mısır gibi önemli devletlerin bulunduğu bazı delegasyonların önyak olmasıyla şu ibare hükme bağımsız bir fıkra olarak yerleştirilmiştir²⁴⁴;

“It is forbidden to use methods or means which disturb or alter the ecological balance of the human environment”

Bu ve benzeri önerilerin neticesinde 35. madde şekillenmiş ve günümüzde bildiğimiz haliyle I. Ek Protokol'deki yerini almıştır.

Maalesef benzeri bir hüküm uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen II. Ek Protokol'de mevcut değildir. Günümüzde uluslararası olmayan silahlı çatışmaların en çok rastladığımız çatışma türü olması gerçeği karşısında bu durumu üzüntü verici bulmaktayız. Hâlbuki 35 veya 55. madde benzeri bir maddenin II. Ek Protokol kapsamında yer almasını öngören teklifler söz konusu olmuştur. 19 Mart 1974 tarihinde yine Avustralya tarafından yöneltilen teklifte şu ifadenin 28. BIS maddesi olarak Protokol'e eklenmesi öngörülmüştür²⁴⁵;

“It is forbidden to despoil the natural environment as a technique of warfare”

Bu ifade III. Komite tarafından kabul edilmiş ve nihai olarak II. Ek Protokol'ün 20. maddesinin 3. fıkrası olması kararlaştırılmıştır. Ancak 31 Mayıs 1977 tarihli dilekçesinde Pakistan bu düzenlemenin tamamen silinmesini talep etmiş ve Protokol bu hüküm olmadan kabul edilmiştir²⁴⁶.

²⁴⁴ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 379.

²⁴⁵ CDDD/III/55'ten aktaran Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 380.

²⁴⁶ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 380.

Pakistan'ın bu önerisi, ortaya çıkan II. Protokol'ün (bir bütün olarak) yeterince kabul göremeyeceği ve işlevsiz kalacağı endişesine dayanmaktadır. Bu nedenle, pragmatik olma iddia ve kaygısıyla, devletlerin çoğunluğu tarafından farklı nedenlerle daha *sorunlu* görülen ve üzerinde anlaşma sağlanması şüpheli bulunan maddeler Pakistan devletinin de önyak olmasıyla silinmiştir. Bu hüküm de o maddelerden biri olmuştur. Kanaatimizce bu silme işlemi önemli bir kayıp niteliğindedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için geçerli olacak ve dolaysız olarak çevreyi koruyacak bir hükümden mahrum kalınmıştır. Ancak benzeri maddelerin uluslararası çatışmalar için kabul edilmesine rağmen uluslararası olmayan çatışmalar için bu adımdan imtina edilmiş olmasını da önemli görmek ve taraf devletlerin iradelerinin incelenmesinde dikkate almak zorundayız. Burada iki tespit mümkündür. Evvela devletlerin bu konuda bir uzlaşma sağlaması yine o devletler tarafından pek olası görülmemiş, genel olarak taslakların sıhhatini garanti altına alabilmek için başarısı daha şüpheli görünen taslak hükümler silinmiştir. Yani daha o zaman sürecin içindeki karar alıcılar bu maddenin başarı şansını, yani o maddeyi kabul etmeye yetecek güçte bir uluslararası iradenin varlığını, şüpheli görmüşlerdir. Bu ise hiç şüphesiz ki devletlerin isteksizliğine bağlanmalıdır²⁴⁷. Dolayısıyla devletlerin çevresel korumayı uluslararası olmayan çatışmaları da kapsayacak şekilde genişletmek istemediklerine dair aydınlanmış bir kestirimden burada bahsetmek mümkündür. Demek oluyor ki, o tarihler için en azından bir *opinio juristen* bahsetmek imkânsızdır. Bu da bizi ikinci tespitimize yönlendirmektedir. Tersine bazı iddialara rağmen, bu devlet iradelerinin eksikliği, uluslararası olmayan çatışmalarda çevresel korumaya ilişkin herhangi bir özel yapılageliş hukukunun da o yıllar için var olmadığından bahsetmeyi, yine aynı sebepler ile mümkün kılmaktadır.

1.2.2. I. Ek Protokol'ün Uygulama Alanı

I. Ek Protokol'ün uygulama alanını tespit eden hükümler aşağıda inceleyeceğimiz hükümlerin de uygulama sınırlarını genel olarak tespit edecektir. Hükümlerin kendilerinden kaynaklanan yeni uygulama sınırlamaları olmadıkça bu genel sınırlandırmalar geçerli olacaktır.

²⁴⁷ Witteler, a.g.e., s. 326.

Protokol'ün 1. maddesi uygulama alanını da tespit etmektedir. Maddenin 3. fıkrasına göre bu protokol de, 1949 sözleşmelerinin ortak 2. maddesinde bahsedilen hallerde uygulanacaktır. Görüldüğü üzere 3. fıkra kendine has veya yeni bir düzenleme alanı düzenlemesi getirmemekte ancak kendisinden önceki bir uluslararası andlaşmaya atıf yapmaktadır²⁴⁸. Ortak 2. maddeye göre;

“Barış zamanı uygulanacak hükümlere ilaveten, bu sözleşme, iki veya daha fazla yüksek akit devlet arasında vuku bulan ilan edilmiş savaş veya başka bir silahlı çatışma durumunda, taraflardan biri tarafından bu savaş durumu tanınmasa dahi, uygulama bulacaktır.

Sözleşme, Yüksek Akit taraflardan birinin ülkesinin kısmen veya tamamen işgali halinde de, bu işgal sırasında herhangi bir silahlı direnişle karşılaşılmasa bile, uygulama bulacaktır.

...”

Bu hükümlere yapılan atıftan sonra I. Ek Protokol'ün I. maddesinin 4. fıkrası ile de o tanıma bir ekleme yapılmaktadır. Yukarıda “Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışma Kavramı” başlığı altında incelediğimiz üzere bu madde ile uluslararası silahlı çatışma kavramı genişletilmiş ve self-determinasyon hakkını kullanan halkların gerçekleştirdiği özgürlük savaşları da, belirtilen şartların varlığı halinde, silahlı çatışma olarak kabul edilmiştir. Halkların bu tanıma tabi olabilmeleri için ya bir koloni hâkimiyetine karşı mücadele etmeleri gerekmektedir veya yabancı bir işgalci güce karşı ayaklanmaları gerekmektedir. Yine ırkçı rejimlere karşı da gerçekleştirilecek bir savaş uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilecektir.

Sadece bir uluslararası çatışma, protokolün uygulamasını tetikleyecektir. Görüldüğü üzere, protokol bağlamında “uluslararası” olarak kabul edilecek çatışma genişletilmiş bir kapsama sahiptir.

Çatışma kavramının da uygulama alanını belirleyici bir mahiyeti vardır. Cenevre Sözleşmeleri bağlamında, bir uluslararası silahlı çatışmadan bahsedebilmek için savaş

²⁴⁸ Witteler, *a.g.e.*, s. 333.

veya düşmanlık eylemlerinin belli bir yoğunluk derecesine ulaşması gerektiği uygulamada sıkça ifade edilmiş ve bu gerekçe ile Sözleşmeler'in uygulanmasını engellenmiştir²⁴⁹.

I. Protokol ve çevresel zarar konusu için ise, silahlı teriminden hareketle, ortaya çıkan çevresel tahribatın, belli bazı silahların kullanılması veya savaş teknolojilerinin uygulanması ile ortaya çıkmış olması gereklidir. Yani barışçıl amaçlar ile gerçekleştirilen bir kullanım sonucu ortaya çıkan çevresel kirlenmelerde Protokol'ün uygulama bulması mümkün değildir. Protokol'ün uygulama bulması için ilk silah kullanımı şart değildir. Yani bir devletin silah kullanımından sonra uygulama açılmayacaktır, bilakis bütün silah kullanımları için Protokol uygulanacaktır. Bununla beraber, silah kullanım tehdidinde bulunmak Protokol'ün uygulama alanına girmemektedir²⁵⁰.

Dolayısıyla, I. Ek Protokol'ün 35, 36 ve 55. maddeleriyle sunulan çevresel koruma, taraf-devletler arasında vuku bulan ve uluslararası niteliği haiz olan silahlı çatışmalarda söz konusu olacaktır. Protokol'ün uygulanması ise sadece taraflar arasında mümkündür. Bununla beraber, Protokol'e taraf olmayan bir devletin *ad hoc* olarak Protokol hükümlerinin uygulanmasını isteme veya kabul etme hakkı vardır²⁵¹. Bunun için, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak 2. maddesinin 3 fıkrası gereği, bu devletin kendisinin de bu hükümleri bizzat uygulamayı da kabul etmesi gerekmektedir.

Ortak 2. madde gereği, dolaylı ve istem-dışı olarak zarar verilmesi halinde bir silahlı çatışmadan bahsetmek mümkün değildir. Aksi takdirde, sehven neden olunmuş her türlü zarar nedeniyle, tarafsızlığın sona ermesi gibi bir sonuç mümkün olurdu ki bu da kurumun yapısıyla da uyuşmamaktadır. Böylesi bir durumda, hata sonucu oluşmuş veya kontrol edilemez bazı zararlar nedeniyle aslında tarafsız devletlerin de çatışmalara katılmasının önü açılmış olurdu. Bu ise şiddeti arttıran bir etki yaratabilirdi. Bunun ise insancıl hukukun amaçlarına ters düştüğü her türlü şüpheden beridir. Protokol'e taraf olup da savaş eylemlerinin esas hedefi olmayan ancak tesadüfen yahut ortaya çıkan yan

²⁴⁹ Witteler, **a.g.e.**, s. 335.

²⁵⁰ Aynı, s. 336.

²⁵¹ Aynı, s. 336–337.

zararlar (*Kollateralschäden*) nedeniyle çevresel tahribata maruz kalan devletler için de bu hükümler uygulama bulmayacaktır²⁵².

1.2.3. 35. madde, Çevrenin Korunması Temel Kuralı?

I. Ek Protokol'ün "Savaş Araç ve Metotları, Savaşan ve Savaş Tutsağı Statüsü" başlığını taşıyan III. Bölümü'nün ilk alt kısmının birinci maddesini oluşturan 35. madde, "Temel Kurallar" başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ilk iki fıkrası ile insancıl hukukun zaten yapılageliş hükümlerinden sayılan iki temel kural düzenleme bulurken, bunlara ilaveten bir yeni kural da sözleşmeye bu maddenin 3. fıkrası ile eklenmiştir. İnsancıl hukukun da temeli olarak kabul edilebilecek olan, tarafların çatışmalar esnasında sınırsız bir savaş araç ve metodu seçme yetkisine sahip olmadıkları hükmünü bünyesinde barındıran birinci fıkra ile gerekli olandan fazla bir şekilde yaralanmaya veya acıya neden olunmaması gerektiğine işaret eden ikinci fıkra; yapılageliş hükmü özelliğini aslında Protokol'ün akdedilmesinden çok daha önce kazanmış kurallardır.

Konumuzla yakından ilgili olan 3. fıkra ile o güne kadar uygulama veya düzenleme bulmamış bir konu temel kurallar arasında sayılmıştır²⁵³. Bu düzenleme ile *yeni* bir kuralın öngörülmesi gerçekleşmiştir ve bu kuralın yapılageliş özelliği bulunmaması nedeniyle, sadece bu sözleşmeye taraf olan devletleri bağlayacak bir hükümdür.

Protokol, 35(3) hükmü ile şu *temel kural* getirilmektedir;

"Doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve şiddetli hasar vermesi istenen veya beklenebilen savaş metotlarının kullanılması yasaktır."

Her şeyden önce, burada getirilen sınırlamanın mutlak bir sınırlama olduğu görüşündeyiz. Maddenin düzenleme biçimi de istisnai kuraldışılıklara izin verecek, bu kuraldışılıkları tecviz edecek tarzda düzenlenmemiştir. Tam aksine mutlak bir ifadeyle,

²⁵² Witteler, *a.g.e.*, s. 345–346.

²⁵³ Michael Bothe/Karl Josef Partsch/Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, (Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, 1982), s. 193.

maddede sayılan özellikleri haiz çevresel zararı vermiş yahut verebilecek askeri metotlara başvurulması yasaklanmıştır. Bu mutlak yasağın kapsamının tespitinde maddede geçen doğal çevre teriminin yanı sıra aslında maddenin aktivasyon eşliğini teşkil eden ve kümülatif olarak sıralanmış olan “yaygın, uzun süreli ve şiddetli” sıfatlarından ne anlaşılması gerektiği de aydınlatılmalıdır.

Protokol’ün önemli şerhlerinden birinde, bu madde ile sadece silahsızlanmanın veya çevresel unsurları dikkat alarak silah teknolojisinin geliştirilmesinin amaçlanmadığı, yine sadece sivillerin ve savaşımayan şahısların korunmasının hedeflenmediği, tüm bunlara ilaveten çevrenin kendisinin de direkt olarak ve şimdi sayılmış bu kaygıların yanı sıra ve onlardan *bağımsız olarak* korunmak istendiği ifade edilmiştir²⁵⁴. Çevrenin bağımsız olarak korunması gerekenler listesine girmesi olumlu bir gelişme olarak görülmelidir. Ancak buradaki madde sayesinde çevre-merkezcil bir insancıl hukuk hükmünün yaratıldığı iddiası biraz fazla cesur bir önerme olarak değerlendirilmelidir. *Sandoz/Swinarski/Zimmermann*’ın hemen bir sonraki paragraflarında, bozulan çevresel unsurları ve bunların insanoğlu için olan yararlarını sayması da aslında insancıl hukukun ontolojik sınırlarını göstermek açısından yararlı bir ölçüttür. İnsancıl hukukun bir hükmü çevreyi, belirtilen oldukça ağır önşartlarla dahi olsa, silahlı çatışmalar sırasında korunması gereken bir husus olarak algılamaktadır ve olumlu bir gelişme olarak görülmelidir. Ancak korunan değerler kümesine çevrenin de dâhil edilmesi neticede insanoğlunun doğada mevcut ilişkileri daha iyi tanımlaması yeteneği ile çok yakından ilgilidir. Eskiden Tanrının gazabı olarak görülen hastalıklar vb. doğal olayların gerçek sebepleri artık bizler tarafından daha iyi bilinmektedir. Bu artan bilimsel bilgi, bizlere doğal süreçlerin birbirilerine ne kadar da bağlı olduklarını göstermiş; bunun neticesinde, hiç umulmayan süreçler sonunda biz insanoğlunun da önemli zararlara maruz kalacağı ortaya çıkarılmıştır. Kaldı ki insanoğlu hem artan nüfusu nedeniyle hem de ulaştığı teknolojik gelişmişlik sayesinde doğal süreçlerde daha yıkıcı rolleri çok büyük ölçeklerde oynayabilmektedir. Dolayısıyla bize ilk başta uzak gibi görünen doğal unsurların kirletilmesinin dahi, bizlere ilerleyen zamanlarda önemli zararlar verebileceğine dair farkındalık şu an için insanlığın toplu bilincinde mevcuttur. Yani insancıl hukuk, ilk ortaya çıkış nedeni olan insanoğlunun korunması amacına daha

²⁵⁴ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 410.

iyi hizmet edebilmek için çevresel unsurlarının korunmasına belli bir önemi atfetmek zorunda olduğunun farkındadır. Sırf çevreyi korunacak bir değer olarak metne dâhil etmek, bütün insancıl hukuk bir yana, Protokol’ü dahi insan-merkezcil olmaktan kurtaramamaktadır. Kaldı ki hüküm ile sadece istenen veya beklenen zararlar yasak kapsamına alınmıştır. Hâlbuki çevresel etki konusunda bilimsel bilginin her cevabı haiz olmadığına farkında olan bizler, beklenen terimi ile çevreye zarar veren kişilere fiili olarak bir savunma imkânı da vermekteyiz. Bilmeme ve dolayısıyla beklememe durumu söz konusu olduğunda ilgili şahsın eylemi bu maddenin ihlali olmayacaktır. Yine sırf böyle bir maddenin varlığı sebebiyle çevrenin gerçekten korunmakta olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir. Bunun nedeni de uygulanamaz veya fazlasıyla değişken bir hüküm ile karşı karşıya olmamızdır.

Yine de böylesi bir maddenin Protokol’e eklenmiş olması en azından ilk bakışta, olumlu karşılanması gereken bir gelişmedir. İlk bakışta denmesinin sebebi ise, görünüşte bir yenilikte bulunulmasına rağmen, maddenin yapısal özellikleri nedeniyle uygulama problemlerinin çıkacak olmasının hemen hemen kesin olmasıdır. Sorunlardan ilki maddede sayılan mutlak çevresel zarar sınırının çok yüksek çizilmiş olmasıdır. Uzun süreli veya şiddetli veya yaygın olmayan çevresel zararlar bu maddenin yasakladığı eylemlerden sayılmayacaktır. Bu maddenin uygulanması için bu özelliklerin hepsinin eş-zamanlı olarak mevcut olması gereklidir. “Eş-zamanlı olarak aranması gereken nedir?” sorusunun da ayrı bir sorun yaratacağına işaret etmek gereklidir. Bu madde ciddi yorum sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Bu üç terimden; uzun süreli, yaygın ve şiddetli kelimelerinden ne anlaşılması gerektiği Protokol tarafından kesin bir dille düzenlenmiş değildir. Hazırlık çalışmaları tarihine bakarak doktrinde uzun-süreli kelimesinden “aylar değil onyılların...” anlaşılması gerektiği iddia edilmiştir²⁵⁵. Alman Askeri Rehber Kitabı’na göre, bu üç terim hep beraber “normal olarak bir savaşta beklenecek savaş alanı tahribatını ciddi şekilde aşan ve insan hayatı ile doğal kaynakları etkileyen büyük bir tahribat”ı betimlemektedir²⁵⁶.

²⁵⁵ Bodansky, **a.g.e.**, s. 27.

²⁵⁶ Jean-Marie Henckaerts, “Towards Better Protection for the Environment in Armed Conflict: Recent Developments in International Humanitarian Law”, **RECIEL**, Vol. 9, No. 1 (2000), s. 17.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin NATO'nun Yugoslavya'ya karşı icra ettiği bombardımanları incelemek amacıyla kurmuş olduğu komitenin nihai raporuna göre, 35. maddenin (ve 55'in de) uygulanma şartları çok sıkı ve bu maddelerin kapsam ve içerikleri de kesin olmaktan çok uzaktır (*imprecise*)²⁵⁷.

Yine doktrinde Pancevo Petrokimya tesislerinin bombalanmasının Protokol'ün hükümlerinin ihlali olabileceği ifade edilmiş; fakat bu Protokol hükümlerinin oldukça şekil verilebilir olmasından dolayı konu hakkında kesin konuşmanın da mümkün olmadığına işaret edilmiştir²⁵⁸.

Tüm bu bilgilerin ışığında 35. maddenin sunduğu çevresel korumanın yeterli olamayacağı fikri bizce daha doğru bir yorum olarak görünmektedir.

1.2.4. 55. Madde, İnsan-Merkezcil Koruma?

1977 tarihli Protokolleri hazırlayan Diplomatik Konferans'ın önemli başarılarından biri de, topyekûn savaş usullerini takbih etmesi ve bunu engellemeye çalışması olarak görülmektedir²⁵⁹. Bu yaklaşımın önemli sonuçlarından biri Protokol'ün 55. maddesi olmuştur. 55. maddeye göre;

“Savaş esnasında doğal çevreyi yaygın, uzun süreli ve şiddetli hasara karşı korumak için özen gösterilecektir. Doğal çevreye hasar vermesi ve böylece insan (*population*) sağlık ve hayatını tehlikeye sokması istenen veya beklenen savaş metot ve araçlarının yasaklanması bu korumanın kapsamına dâhildir.

Misilleme yoluyla çevreye gerçekleştirilen saldırılar yasaktır.”

Maddede geçen doğal çevre teriminin olabildiğince geniş algılanması gerektiğine doktrinde işaret edilmiştir²⁶⁰. Buna göre, bu kavramın içeriğine, insanların yaşaması için gerekli olan çevresel unsurların yanı sıra, ağaçlar, bitki örtüsü, flora ve

²⁵⁷ Bodansky, **a.g.e.**, s. 27–28.

²⁵⁸ Aynı, s. 28.

²⁵⁹ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 662.

²⁶⁰ Aynı, s. 662.

fauna da dahil kabul edilmelidir. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, çevrenin bu şekilde geniş anlaşılması gerektiği yönünde uluslararası hukukta kuvvetli bir eğilim söz konusudur. Maddenin ilk cümlesinde daha esnek bir çevresel yükümlüğün öngörüldüğü izlenimini uyandıran bir dil kullanılmıştır. Bu cümlede mutlak bir ifade yerine, belli bir özenin gösterilmesi çağrısında bulunmaktadır. Ancak bu özenin kapsamına kuvvetli bir şekilde ifade edilmiş bir yasağın dâhil olduğu bir sonraki cümlede hatırlatıldığından, bu madde ile getirilen yükümlülüğün sadece özen göstermek ile kalmadığı ve ciddi yasakları içerdiği sonucuna ulaşılmalıdır²⁶¹. Dolayısıyla burada ciddi bir kısıtlama-yasaklama iradesinin varlığını kabul etmek gereklidir.

Kızıl Haç Şerhi'ne göre maddede “sağlık” kelimesinin kullanılmış olması da önemlidir. Bu kelimenin kullanılması ve böylelikle insanların sağlıklarının koruma kapsamına alınması ile kamu sağlığını bozacak mahiyetteki eylemler de yasağın kapsamına sokulmuş olmaktadır. Artık sadece ilgili toplumda ölümlere sebebiyet verecek ve bu şekilde bu topluluğun varlığının devamını (*survival*) tehlikeye atacak eylemler değil, bunlara ilaveten bu topluluğun sağlığını bozacak eylemler de yasaklanmıştır²⁶². Bu konuda *Hans Blix* maddede bahsedilen sağlık olgusunu tehlikeye (*prejudice*) sokan unsurların, maddenin uygulama bulması için var olması gereken yeni ön-şartlar olarak algılanmasının yanlış olacağını, bu ifadenin maddede düzenlenen yasağın uygulanması gereken şartları ortaya koyma-belirtme amacı taşıdığını ifade etmektedir²⁶³. *Blix* burada fazla bir ihtiyatlılık ile sağlık şartının aranıyor olması durumunda maddenin dar yorumlanmasının önüne geçmek ister görüntüsü vermektedir; ki bu aslında haklı olan bir kaygıdır. Netice itibariyle burada sağlık lafzının geçmesini, uygulamada sunulacak korumanın kapsamı açısından, daraltıcı değil genişletici bir yorumsal unsur olarak görmek gerektiğini düşünüyoruz.

Bilindiği üzere Kızıl Haç tarafından hazırlanan taslak metinde çevreyi koruyucu mahiyette bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak delegelerin çalışmaları sonucu, bu madde, 35. madde ile beraber Protokol'ün bünyesine eklenmiştir. 35. madde savaş araç

²⁶¹ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, *a.g.e.*, s. 663.

²⁶² Aynı, s. 663–664.

²⁶³ Hans Blix, “Arms Control Treaties Aimed at Reducing the Military Impact on the Environment”, *Essays in International Law in Honour of Manfred Lachs*, (The Hague: Martinus Nijhoff 1984), s. 713.

ve metotlarının düzenlenmesine yönelik bir maddeyken 55. madde *Sivil Nüfus* başlığını taşıyan bölümde düzenlenmiştir. Ancak Kızılhaç şerhine göre maddede geçen *population* kelimesine herhangi bir sivil vb. sıfat eklenmemiştir. III. Komite'nin raporuna göre bu kasıtlı olarak bu şekilde formüle edilmiştir. Komiteye göre sebep olunan çevresel zarar uzun süreli olacağından, savaşın bitiminden çok sonraları dahi kötü etkilerini hissettirecektir. Hâlbuki sivil veya muharip ayırımı sadece silahlı çatışma müddetince belirleyici olan ayırımlardır ve silahlı çatışmaların sona ermesiyle, çatışmada savaşılan olan birçok kimse sivil hayatlarına dönmektedir. Bu önemli konuyu Komite bu şekilde vurgulamak istemiştir²⁶⁴. Bu yüzden maddede geçen bu kelimeyi hem sivil hem de asker kişilerin korunmasını sağlayacak şekilde geniş anlamak gerekmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, doğal çevreye misilleme olacak şekilde saldırıda bulunmak yasaklanmıştır²⁶⁵. Bu hüküm ile bu maddenin veya Protokol'ün diğer maddelerinin ihlaline maruz kalan tarafın elinden misilleme enstrümanı alınmaktadır. Bu madde ile uluslararası hukuk tarafından önceden yasaklanmış eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde dahi, maddede bahsi geçen mahiyetteki eylemlerin hukuka uygun hale gelmiş sayılamayacağı mutlak bir dille tespit edilmektedir.

Madde ile ilgili sorunlu ve de önemli bir konu gözlerden kaçmamaktadır. 5. maddeye Protokol'ün IV. Bölümünün III. Kısımında yer verilmiştir. IV. Bölüm "Sivil Nüfus" başlığını taşımaktadır. III. Kısım ise "Çatışmaların Etkilerine Karşı Genel Koruma" başlığını taşımaktadır. Diğer unsurların yanı sıra, bu olgu da bu madde ile çevreye sağlanan korumanın, sırf çevreyi koruma amacından kaynaklanan bir koruma olmadığı, fakat çevresel unsurların sadece birer sivil hedef olarak algılandığını göstermektedir²⁶⁶.

I. Ek Protokol'ün 49. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre o bölümdeki hükümler *karadaki sivil nüfusu ve kişileri veya sivil hedefleri etkileyen* her türlü kara, hava ve

²⁶⁴ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 663.

²⁶⁵ Silja Vöneky, **Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten**, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, (Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag, 2001), s. 37; Koppe, **a.g.e.**, s. 147.

²⁶⁶ Roscini, **a.g.m.**, s. 5.

deniz savaşı eylemlerini düzenlemektedir. Yine denizden ve havadan karadaki hedeflere yapılan saldırılarda da bu hükümler uygulanır. Bu hüküm I. Ek Protokol'ün 48. maddesi ile 67. maddesine kadar olan hükümleri ilgilendirmektedir²⁶⁷. Dolayısıyla 55. madde de bu hüküm tarafından kısıtlamaya tabi tutulmaktadır ve sadece 49. maddenin 3 ve 4. fıkralarındaki şartları taşıyan çatışmalarda uygulama bulacaktır²⁶⁸. Bu kısıtlama ise 55. maddenin gerçekten de sadece insan-merkezcil bir koruma sağladığını düşünenlere bizim de katılmamızı gerektirecek derecede önemi haiz bir sınırlamadır.

1.2.5. Madde 36, Çevresel Zarar Verecek Silahların Kontrolü Yükümü

I. Ek Protokol'ün “Yeni Silahlar” başlığını taşımakta olan 36. maddesine göre;

“Yeni bir savaş silahının, aracının veya usulünün etüdü, geliştirilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi sırasında, bir yüksek akit devlet, bunun kullanımının, bazı veya tüm hallerde, bu Protokol veya yüksek akit devleti bağlayan başka bir uluslararası hukuk kuralı tarafından yasaklanıp yasaklanmadığını tespit etme yükümlülüğü altındadır. ”

Bu madde, tüm taraf devletlere satın alınan yahut geliştirilen bütün yeni silahlar ile uygulanması benimsenen bütün yeni savaş metotlarının I. Ek Protokol'ün veya uluslararası hukukun diğer başka hükümlerini ihlal edip etmediklerini kontrol etmek yükümlülüğü getirmektedir²⁶⁹. Bu hüküm ile kapsamlı bir kontrol kastedilmektedir. Bazı devletlerin ulusal düzenlemelerinde benzeri kontrol yükümü içeren düzenlemeler söz konusu olmakla beraber bu mahiyetteki bir düzenleme uluslararası hukuk açısından yeni sayılması gereken bir gelişmedir²⁷⁰.

İlk başta bu kontrol etme hususu, ulus devletlere bırakılmış bir konu değildi. Daha doğrusu, Kızılhaç örgütü tarafında hazırlanan tasarının 34. maddesinde yanlış

²⁶⁷ Witteler, **a.g.e.**, s. 340.

²⁶⁸ Aynı, s. 344.

²⁶⁹ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 199

²⁷⁰ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423; Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 199.

anlaşılmaya müsait bir dil kullanılmıştı. Bu pek de açık olmayan hükümden, bu madde gereği gerçekleştirilmesi gereken kontrolün Protokol'e taraf devletler tarafından kolektif bir şekilde yapılması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkün görünmekteydi²⁷¹. Bu düzenlemeye getirilmesi teklif edilen bazı değişiklikler neticesinde, sırf bu konuda görevlendirilecek bir komitenin kurulmasının daha faydalı olacağı da bazı temsilciler tarafından ifade edilmiştir. Meksika ve diğer ülkelerin bu veya benzeri teklifleri üzerine, Finlandiya Delegasyonu uluslararası mahiyetteki kontrol mekanizmalarını öngören tekliflerinin uygulama imkânı bulunmayan ve de gerçekçi olmayan teklifler olduğuna işaret etmiştir. Finlere göre silahların etüt edilmesi ve geliştirilmesi doğası gereği zaten gizli olarak gerçekleştirilmektedir, dolayısıyla uluslararası bir kontrol mekanizması başarısız kalmaya mahkûm bir düzenlemedir²⁷².

Bu madde ile Protokol, kendi bünyesinde bulunan yükümlükler ile devletlerin yeni silah geliştirilmesi hususu arasında bir bağ kurmaktadır. Bu madde ile taraf devletlerden bu Protokol ve buna ilaveten diğer uluslararası hukuk kaynaklarında mevcut insancıl hukuk hükümlerini ihlal etmesi mümkün olabilecek silahların bu tehlikeli mahiyetinin tespit edilmesi istenmektedir²⁷³. Ancak ihlali olası kılacak eylemin tespitinde, geliştirilen silahların mümkün olan kötüye kullanımı nazarı itibara alınmayacaktır. Burada belirleyici olan bir silahın veya aracın “normal veya beklenen” kullanımının hukuka uygun olup olmadığının tespitidir²⁷⁴. Zamansal olarak da bu normal ve beklenen kullanımın kontrolün gerçekleştirildiği sırada öngörülebilir kullanım olduğu kabul edilmektedir²⁷⁵. Yoksa her türlü silahın hukuka aykırı kullanımı ve bu mahiyetteki bir kullanım sonucunda da insancıl hukuk hükümlerinin ihlali mümkündür.

III. Komite'nin hazırladığı rapora göre²⁷⁶;

²⁷¹ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 200.

²⁷² **Aynı**, s. 200.

²⁷³ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423.

²⁷⁴ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 200; Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423.

²⁷⁵ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423.

²⁷⁶ CDDH/215/Rev.1, para. 30.'dan aktaran Bothe/ Partsch/ Solf, **a.g.e.**, s. 200; Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 424.

“Bu madde bağlamında talep edilen tespit ile sübjektif bir standardın yaratılması istenmemektedir. Bir devletin belli bir silahın kullanımının hukuken yasak veya caiz olduğunu tespit etmesi uluslararası olarak bağlayıcılığı haiz değildir (Yani diğer devletleri bağlamaz) ancak bu şekilde bir tespitte bulunma yükünün, savaş araç ve metotlarının hukukilik açısından dikkatli bir kontrolden geçirilmeden kabul edilmemesi sonucunu doğuracağına dair bir umut söz konusudur.

Silahların normal veya beklenen kullanımlarının yasaklanmış olup olmadığının tespitinin madde tarafından öngörüldüğü hatırlatılmalıdır. Silahların bütün kullanılış olasılıklarının sonucunun araştırılmasına gerek yoktur.”

Öncelikle gerçekleştirilmesi gereken kontrolün kimin sorumluluğunda olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. *Sandoz et. al.*’e göre yeni silahları alan akit devlet, bu kontrol işlemini gerçekleştirmelidir²⁷⁷. Bundan sonra söz konusu devlet, gerekli hukuki değerlendirmeyi, kendisi açısından bağlayıcı tüm uluslararası hukuk hükümleri ışığında yapacaktır. Dolayısıyla Ek Protokol’ün yanı sıra başka sözleşmelerin ve yapılageliş hukukunun da burada göz önünde bulundurulması gerekecektir. Ek Protokol tarafları için yapılageliş hukuku da kural olarak, tüm devletler için bağlayıcı olacağından; sadece uluslararası andlaşmalara münhasıran, değerlendirmenin kaynağı olan hukuksal yapının birbirinden farklılıklar arz etmesi mümkün olabilir. Yine satın alınan silah sisteminin veya savaş aracının bilimsel anlamda yeni olması şart koşulmamıştır. Başka devletlerin önceden ürettikleri veya satın aldıkları silahlar söz konusu akit devlet için yeni bir silah teknolojisi ise o zaman bu devletin hukuken bu değerlendirmeyi yapmak zorunluluğu ortaya çıkacaktır²⁷⁸.

Yapılacak bu kontrol neticesinde silahın hukuken yasaklanmış olduğu tespit edilirse ne gibi sonuçlar beklenmelidir? Bir kere devletlerin böyle bir tespitin ardından bile bu testin sonuçlarını diğer devletler ile paylaşmak gibi bir yükümlülüğü

²⁷⁷ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, *a.g.e.*, s. 425.

²⁷⁸ Aynı, s. 425.

bulunmamaktadır. Bütün bu olası hukuka aykırılığa rağmen bir silahın depo edilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir. Buna düşünceye göre, zararlar karşılık gibi durumlarda kullanılması mümkün olabilecek bu silahların varlığının devam etmesi askeri caydırıcılığa da katkıda bulunabilecektir. Dolayısıyla bu madde üretimi ve depolamayı kısıtlamadığı yahut yasaklamadığı için bir silahsızlanma hükmü olarak değerlendirilemez. Kendi bünyesinde de mevcut bir emir yahut yasak söz konusu değildir. Bununla kastettiğimiz bu madde taraf devletlere belli bir davranış yükümü getirmemesidir. Dolayısıyla klasik anlamında bir *ius in bello* hükmü olarak da görmemiz doğru olmayacaktır. Bu madde ile yüksek akit devletlere belli bir *kontrol ve değerlendirme yükümü* getirilmekte ancak hukuka aykırı bulunan silahlar hakkında özel davranış zorunlulukları getirilmemektedir. Bu tespit etme yükümünün faydasız kalmayacağı görüşünü benimsemekle beraber bu maddeyi, kendisi de insancıl hukukun bir parçası sayılan “silahsızlanma” hukuku kapsamında değerlendiren görüşe katılmayı da yanlış bulmaktayız²⁷⁹. Silahsızlanma hukuku, belli bir silah türünün yahut teknolojisinin bulundurulmasının (*possession*) yasaklanmasını kural olarak amaçladığından²⁸⁰ ve 36. madde de bu tanıma uyacak bir davranış yükümü öngörmediğinden bu sonuca ulaşabilmekteyiz.

Maddenin silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasına katkısı bu yüzden sınırlı kalabilir. Belli bazı aydınlanmış hükümetlerin, hukuka aykırılığı aşikâr silahları kullanmaktan re’sen vazgeçmesi mümkünse de, bu olumlu tavır bu maddeden kaynaklanan bir gelişme olarak değerlendirilemez. Uluslararası Adalet Divanı’nın insancıl hukuka aykırılığı şüphe götürmez olan nükleer silahların dahi bazı uç durumlarda kullanılacağını kabul etmesiyle, bu maddenin değeri daha da azalmış görülmelidir. Bothe ve diğerleri maddenin silah kontrolü ve silahsızlanma ile ilgisi olmadığını tekrarladıktan sonra yine de silah üretiminin azaltılması sonucuna neden olabileceğine işaret etmişlerdir²⁸¹.

Bu maddenin netice itibariyle, silah sistemleri hakkında bilgilendirme ve (tabii bu bilgiler kamuya paylaşılsa) silah sistemlerinin doğaya verebileceği zararların

²⁷⁹ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423.

²⁸⁰ Aynı, s. 424.

²⁸¹ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 201.

kapsamı hakkında kamuoyunu bilgilendirmekten öteye gidemeyen minimal bir faydası bulunmaktadır. Bu ise, olumlu olmakla beraber, çevresel koruma hususunda daha iyi bir seviyenin tutturulmasını dileyenler için tatmin edici olmaktan uzak bir durumdur.

1.2.6. ÇEVMOD ve I. Ek Protokol Hükümlerinin Ortak Değerlendirilmesi

Bu iki hükmün I. Ek Protokol kapsamına alınması ve böylelikle çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunmasının sağlanılmak istenmesi UIH açısından önemli bir kilometre taşıdır. 35 ve 55. madde hükümleri, ÇEVMOD’da mevcut kısıtlamalara sahip olmadan, savaş yürütmeye ait her türlü davranış ve hareketi uygulama kapsamaları dâhilinde görmektedir. Bunlara takip eden zararlar da dâhildir. Dolayısıyla kasıtlı verilmiş zarar ile takip eden zararlar arasında bir ayrıma gidilmiş değildir. Bu hükümler anlamında çevreye zarar veren her türlü savaş metodu ve aracı yasaklanmıştır ve bu yasak da mutlak bir mahiyettedir.

Yine ÇEVMOD’dan farklı bir diğer nokta teşebbüs konusudur. I. Ek Protokol’ün 35 ve 55. maddeleri gereği teşebbüs de cezalandırılması gereken eylemlerdendir. Ancak bu iki hükmün eksiklikleri de söz konusudur. Maalesef bu eksiklikler ciddi eksiklikler olup düzenlemelerin uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Her şeyden önce, bu hükümlerin “uygulama eşiği” çok yüksek tespit edilmiştir. Gerçekten de bu hükümlerin uygulama bulması doğal çevreye verilmiş olan hasarın “yaygın, uzun süreli ve şiddetli” olmasına bağlıdır. Bu üç özelliğin her biri I. Ek Protokol’ün bu hükümlerinin uygulanmasının şartıdır. Yani Ek Protokol’ün bu hükümlerinin uygulanması için, neden olmuş çevresel tahribatın bu üç özelliği de taşır olması gerekmektedir. Hâlbuki ÇEVMOD’da aynı şartlar alternatif olarak aranmıştır ve bunlardan sadece birinin varlığı halinde bile ÇEVMOD uygulama bulabilecektir. Bu durumun ise I. Ek Protokol’ün uygulanmasına engel olacağına doktrinde dikkat çekilmiştir.²⁸²

²⁸² Michael N. Schmitt, “War and the Environment: Fault Lines in the Prescriptive Landscape”, *Archiv des Völkerrechts*, Vol.37 (1999), s. 43–44.

Yine bu şartlar ile neyin anlaşılması gerektiği bu iki sözleşmede farklı tayin edilmiştir. ÇEVMOD’a göre “yaygın” şartının sağlanması için hasarın birkaç yüz kilometrekarelik bir alanda hâsıl olmuş olması gerekmektedir. “Uzun süreli” terimi ise birkaç ay veya bir mevsim olarak anlaşılmaktadır. Son olarak, “şiddetli” terimi ile “insan hayatı, doğal ve iktisadi kaynaklar ile diğer zenginliklerin hasar görmesi veya bozulması (*disruption*)”²⁸³ kastedilmektedir. I. Ek Protokol’de ise, doktrinde temsil edilen bir görüşe göre, “uzun süreli” teriminden onyıllar (*decades*) anlaşılmak gerekmektedir²⁸⁴. Doktrinde Protokol bağlamında “şiddetli” teriminin “şu an yaşayan ve gelecekte yaşayacak binlerce insanın ölmesine veya hastalanmasına neden olacak mahiyette” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bir takım öneriler göze çarpmakta ise de²⁸⁵ Dinstein’in da ifade ettiği gibi bu terimin kapsamı muğlâk kalmaktadır²⁸⁶. Muğlâklığın olduğu yerde yorum sorunu baş gösterecek, bu ise uygulamanın başarısız olması sonucunu doğuracaktır.

Sayılan bu sebepler nedeniyle I. Ek Protokol’ün çevrenin silahlı çatışmalar sırasında korunması özel amacına matuf hükümlerinin uygulamasında bir kısıtlanma söz konusu olacaktır. Bu da doğal olarak silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunmasının istenilen seviyeye ulaşmasını engelleyecektir. Burada ikili bir engeller dizisi mevcuttur. Her şeyden önce bu üç şartın hepsinin aynı anda meşrut kılınması uygulama eşiğini fazlasıyla yükseltmesi birinci engeldir. İkinci olarak ise, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, bu üç şarttan ne anlaşılması gerektiği konusunda anlaşmazlığa düşmek çok olası görünmektedir. Belli bir çatışmada neden olunan çevresel zarar gerçeklikte bu üç şartı da taşıyor olsa dahi, ilgili terimlerin manasının anlaşılmazlığı sebebiyle uygulamanın savsaklanması veya uygulamadan bir şekilde kaçınılması mümkün görünmektedir.

Andlaşmalarla ilgili genel bir konu da *inter partes* uygulama zorunluluğudur. Bu aslında andlaşma kavramının doğal bir sonucudur. Andlaşmalar kural olarak, sadece

²⁸³ Dinstein, **a.g.m.**, s. 542.

²⁸⁴ Roscini, **a.g.m.**, s. 7.

²⁸⁵ Leibler, **a.g.m.**, s. 111.

²⁸⁶ Dinstein, **a.g.m.**, s. 542.

tarafları bağlar²⁸⁷ ve de üçüncü taraf olan devletlerin bir andlaşma nedeniyle haklara veya yükümlülüklerle sahip olması için kendi onayı gerekmektedir²⁸⁸. Dolayısıyla çevresel korumayı amaç edinen hükümlerin aynı zamanda yapılageliş özelliğini haiz olduğu tespit edilirse, o zaman Protokol’e taraf olmayan devletlerin de bu hükümlerle bağlanması zorunluluğundan bahsetmek mümkün olurdu. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Cassese*, Protokol’ün 55. maddesinin “zaten genel bir oydaşmayı yansıttığını ve dolayısıyla dünyanın tüm ülkeleri için bağlayıcı olduğunu” ifade etmektedir. *L. C. Greenwood* ise 35. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemenin yeni ortaya çıkmakta olan bir yapılageliş hukuku olarak görülebileceğine işaret etmektedir²⁸⁹.

2004 yılında Lahey’de verdiği kararında Eritre ve Etiyopya arasındaki anlaşmazlığı çözüme kavuşturmak için kurulmuş olan Komisyon (Eritrea-Ethiopia Claims Commission), insancıl hukuk hükümlerine göre çevresel zarardan sorumlu tutulabilmek için “yaygın ve de uzun süreli” bir hasarın var olmasının şart olduğunu ifade etmiştir. Öğretide Komisyon’un insancıl hukuka yaptığı bu atfın, Ek Protokol hükümlerinin yapılageliş hükmü olarak kabul edildiği yönünde bir delil olarak görülmesi gerektiğini düşünen yazarlar mevcuttur²⁹⁰. Bu kararın bu şekilde yorumlanmasının da doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bir kere komisyon sadece “yaygın ve uzun süreli” bir çevresel zararın varlığını sorumluluk için şart koşturmaktadır. Ne var ki yapılageliş hükmünde olup olmadığı tartışmalı olan hükümler aşikâr bir şekilde üç özelliği hem de aynı anda aramaktadır. Buna göre çevresel zarar “yaygın, uzun süreli ve de şiddetli” çevresel zarar halinde bir hukuk ihlalinde bahsetmektedir. Eğer komisyon bu maddelerin yapılageliş kuralı olarak uygulama istemişse tüm bu şartları aynı anda aramalıydı. Komisyon’un, verdiği kararında neden üç şarttan sadece ikisini aradığını da açıklama yönünde herhangi bir çaba harcamadığı görülmektedir²⁹¹.

²⁸⁷ Antonio Cassese, **International Law**, (Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 419–420.

²⁸⁸ Bkz: 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 34.

²⁸⁹ Roscini, **a.g.m.**, s. 8.

²⁹⁰ **Aynı**, s. 8.

²⁹¹ Kararın ilgili bölümü için bkz: Eritrea-Ethiopia Claims Commission, **Partial Award, Central Front, Ethiopia’s Claim 2**, s.24. <[http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET%20Partial%20Award\(1\).pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET%20Partial%20Award(1).pdf)>, (10. 08. 2010).

Açıkçası, uluslararası hukuk tekniği açısından yerinde bulmadığımız bu referansı, Protokol'ün 35. ve 55. maddelerinin yapılageliş özelliği kazanmalarının delili olarak sayan bu görüşü yerinde bulamıyoruz.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin hazırlattığı 2005 tarihli olan ve insancıl hukukun yapılageliş kurallarını tespit etmeye çalışan kapsamlı raporda da, bu mesele ele alınmıştır. Rapora göre, devletlerin uygulamasının ışığında çevreye yaygın, uzun süreli ve de şiddetli zarar verilmesini yasaklayan kural, artık bir yapılageliş hükmü niteliğini kazanmıştır²⁹². Rapora göre ABD, bu kurala sürekli itiraz eden devlet (*persistent objector*) konumundadır. Ayrıca, Fransa, İngiltere ve ABD bu kuralın nükleer silahlar için de kullanılmasına sürekli bir şekilde itiraz edegelmiştir. Rapordaki bu cümleden raporu hazırlayanların, bu kuralları hem bir yapılageliş hükmü olarak gördüklerini hem de bunların nükleer silahlara da uygulanmasının mümkün olduğunu düşündüklerini anlamaktayız. Ancak Komite'nin ikna edici olmaktan uzak olduğunu ve de bu kuralların ikisinin de şu an için problemsiz bir şekilde yapılageliş hukuku olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Her şeyden önce raportörlerin işaret ettiği şekilde bir kesinliği haiz devlet uygulaması olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Raporda, Nükleer Silahlar Danışma Görüşü için Uluslararası Adalet Divanı'na sunulan ve çeşitli ulus devletler tarafından hazırlanmış mütalaalara kapsamlı bir atıf vardır. Rapora göre, bu bir uygulama belirtisidir. Hâlbuki bu mütalaalara uygulama gözüyle bakmak doğru değildir. Bu raporların her biri, en fazla, ulusal seviyede oluşmuş bir *opinio juris*'i belirten gereçlerdir. Hâlbuki bu *opinio juris*'in (evrenselliğe ulaşmasa da) belli seviyede uluslararası camiada oluşması ve bunun da uygulama ile (*consuetudo*) desteklenmesi şarttır. Bu şekilde bir hukukilik algısının ortaya çıktığı da –en hafif şekilde ifade edersek- şüphelidir, çünkü bu hükümleri imzalamamış veya sonrasında yapılageliş olarak da algılamayan ABD gibi önemli devletler de hala mevcuttur. Dolayısıyla daha *opinio juris*'in varlığının kontrolü aşamasında ciddi sorunlar mevcuttur. Kaldı ki uygulama da raporun duruşuna ters bir mahiyet arz eder. Bizim görüşümüzü destekleyen en yetkin karar, herhalde Uluslararası Adalet Divanı'nın vermiş olduğu

²⁹² Henckaerts/Doswald-Beck, **a.g.e.**, s. 151.

Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'dür. Bu mütalaasında Divan, I. Ek Protokol ile sunulan çevresel güvencenin, “*ancak Protokol’e taraf olan devletler*” için geçerli olduğunu şüpheye yer bırakmaz bir şekilde ifade etmiştir.

Tüm bunların ışığında bu kuralların yapılageliş hukuku özelliğini haiz olmadığı sonucuna ulaşmaktayız. *Dinstein* de benzeri bir görüşü savunmaktadır²⁹³. Yukarıda da kısaca değinildiği üzere, bu kuralları yapılageliş hukuku olarak kabul etmeyen devletler de mevcuttur. Örneğin hem Fransa hem de İngiltere bu kuralların yapılageliş özelliğinde olmadığını da açıkça ifade etmişlerdir²⁹⁴. Amerikan Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri *Michael Matheson* da ilgili düzenlemelerin ABD tarafından “çok geniş ve fazla müphem” bulunduğunu belirtmiştir²⁹⁵. Amerikan Dışişleri Bakanlığı’nda yakın zamana kadar Baş Hukuk Müşaviri olarak çalışmış olan *John Bellinger III*’e göre Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlatılan rapor hatalar içeren bir rapordur. *Bellinger*’a göre, raporu hazırlayan uzmanlar olaydan özellikle etkilenen ülkelerin uygulamasını doğru bir şekilde değerlendirememiş ve *opinio juris*’in tespitinde belirleyici olacak kadar önemli olmayan bazı uygulamalara çalışmalarında fazla yer vermişlerdir²⁹⁶. Bu nedenle vardıkları sonuç hukuk öğretisi ve metodolojisi bakımından doğru değildir. Bu noktada *Bellinger*’a katılmaktayız. Gerçekten de raportörler belli bir hukuki görüş ve konumu temsil eden bazı devlet mütalaalarını uygulamanın da delili olarak sunmak istemiş, ilaveten de Uluslararası Adalet Divanı’nın farklı yöndeki hukuki mütalaasına gerekenden daha az bir önem atfetmiştir²⁹⁷. Açıkçası uluslararası hukuka ilişkin bir sorunun çözülmesinde Divan’ın görüşünün Solomon Adaları’nın görüşüne²⁹⁸ yeğ tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

I. Ek Protokol’deki düzenlemelerin yapılageliş özelliği kazanmadığına dair görüşümüzü destekler bir başka olgu da, bu konuda Avustralya’nın pozisyonudur. Bu devlete göre, askeri gereklilikler sebebiyle gerçekleştirilmesi gereken çevresel zararlar

²⁹³ Roscini, **a.g.m.**, s. 8.

²⁹⁴ Henckaerts/Doswald-Beck, **a.g.e.**, s. 154.

²⁹⁵ Roscini, **a.g.m.**, s. 9.

²⁹⁶ Aktaran Roscini, **a.g.m.**, s. 10.

²⁹⁷ Henckaerts/Doswald-Beck, **a.g.e.**, s. 153–154

²⁹⁸ Burada Solomon Adalarına olan atf *ancak* övgü amaçlı olabilir. Bu devlet, bu konu hakkında belki de en kapsamlı hukuki mütalaayı U.A.D.’a sunmuştur.

hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu gerekliliğin olmadığı koşullar altında gelişigüzel (*wanton*) bir şekilde yaratılmış çevresel tahribat, hukuka uygun değildir. Ancak bu şekilde bir düzenleme ilgili maddelerde bulunmamaktadır. Avustralya, burada sadece insancıl hukukun temel prensiplerini *yapılageliş hukuku olarak* uygulamakta ve böylelikle herhangi başka düzenlemelerin bu konuda bağlayıcı olabilmesini reddetmiş görünmektedir²⁹⁹.

I. Ek Protokol'ün bu bağlamda değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli hükmü de 36. maddesi olmaktadır. *Yeni Silahlar* başlığını taşıyan bu maddeye göre³⁰⁰; yeni bir silahın, savaş aracının ya da yönteminin üzerinde çalışmalar yapılması, geliştirilmesi, elde edilmesi ya da benimsenmesi durumunda; bu silahların kullanımlarının, bu Protokol ile veya başka bir uluslararası hukuk kuralı ile yasaklanmış olup olmadığını akit devletlerce tespiti gerekmektedir. Bu madde ile Protokol'e taraf devletlere, yeni üretilen bir silahın Protokol'ün 35. maddesi ile uluslararası hukukun diğer başka hükümlerine bir aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin kontrol edilmesi yükümü getirilmiştir. Aykırılığın aranmasında önemli olan, söz konusu silahın kontrol edilme zamanında bilinen veya öngörülebilir normal kullanımı ile bu kullanımdan kaynaklanan sonuçlardır³⁰¹. Eğer bir silah, bu kontrol neticesinde hukuka aykırı bulunursa, silahın sahibi devlet için otomatik bir kamuya açıklama yapma veya bu silahları imha etme gibi bir yükümden bahsetmek mümkün değildir. Yine geliştirdiği veya çoktan üretmeye başladığı bir silah ile ilgili olarak bu mahiyette bir tespitte bulunan devlet, bu sonuçları diğer devletler ile paylaşmak zorunda da değildir³⁰². Bu maddeye uymayan veya uyduğu halde sonuçları göz ardı eden bir devlet, ilgili silahı bir silahlı çatışma esnasında kullanır ve böylelikle zarara neden olursa bu zarardan sorumlu olacaktır.

²⁹⁹ **Australian Defence Force Manual on the Law of Armed Conflict**, Interim Addition, ADFP-37, 1994, para. 545'ten aktaran Roscini, **a.g.m.**, s. 10.

³⁰⁰ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>, (04. 01. 2011)

³⁰¹ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 423.

³⁰² **Aynı**, s. 428.

1.3. 1980 Tarihli Fark Gözetmeyen Etkileri Olan ve Aşırı İzdıraba Yol Açan Silahların Kullanılmasına Dair Sözleşme ve Protokolleri

10 Ekim 1980’de imzalanan bu sözleşme³⁰³ ile belli bazı konvansiyonel silahların kullanılmasının yasaklanmasını imzacı devletler kabul etmişlerdir. Sözleşme, bir çerçeve andlaşması ile ona ek protokollerden oluşmaktadır³⁰⁴. Esasa dair kuralların büyük bir bölümünü günümüzde 5 tane olan Protokollerde bulunurken³⁰⁵, çerçeve andlaşması da hem St. Petersburg Deklarasyonu’nun hem de 1899 Lahey Deklarasyonu’nun, daha ziyade şekle dair olan hükümlerini bünyesinde ihtiva etmektedir³⁰⁶. Sözleşme esasen konvansiyonel silahlara yönelik bir düzenleme getirmektedir. Sözleşme ile belli özellikteki konvansiyonel silahların hukuki düzenlemeye kavuşturulması istenmiştir. Bu konvansiyonel silahlar, aşırı ızdıraba yol açan veya fark gözet(e)meyen silahlardır³⁰⁷. I. Protokol ile örneğin röntgen cihazı ile tespit edilmeyen mahiyetteki mermi-parçacıklarının kullanıldığı silahlar yasaklanmıştır. II. Protokol ile bubi tuzağı olarak adlandırılan, görünüşte masum ancak aslında gizlenmiş bomba olan ve dokunulduğunda yahut yerinden oynatıldığında patlayarak ölüme ve yaralanmaya neden olan silahların kullanımı yasaklanmıştır. Bu protokol ile mayın yerleştirilmesi hakkında da bazı düzenlemeler öngörülmüştür. III. Protokol ile yakıcı (*incendiary*) silahların kullanılması hususu düzenlenmiştir. İlk iki Protokol’de çevreyle dolaysız ilgisi olan bir düzenleme mevcut değilken, bu protokolün bünyesinde bu özellikte bir düzenleme bulunmaktadır³⁰⁸.

Sözleşmenin Dibace (*Preamble*) bölümünde, çevreye hasar verilmesinin hukuken yasaklanmış olduğunu kesin bir dille ifade eden bir ibarenin eklenmiş olması çalışmamızın konusu açısından dikkat çekici bir gelişmedir. Eklenen bu ibare, 1977 tarihli I. Ek Protokol’ün 35. ve 55. maddeleri hükümlerinin tıpatıp bir tekrarıdır ve Giriş bölümünün 4. fıkrasında kendisine yer bulmuştur. Fıkra;

³⁰³ Sözleşmenin tercümesi oldukça zor olan tam başlığının çevirisini bu kaynaktan aynen alıyorum; Ayşe Nur Tütüncü, **İnsancıl Hukuka Giriş**, (Birinci basım. İstanbul: Beta Yayınları, 2006), s. 10.

³⁰⁴ Spieker, **a.g.e.** s. 405; Witteler, **a.g.e.**, s. 183.

³⁰⁵ Witteler, **a.g.e.**, s. 183.

³⁰⁶ Kirchner, **a.g.e.**, s. 67.

³⁰⁷ Witteler, **a.g.e.**, s. 183–184.

³⁰⁸ Aynı, s. 184.

“ ...

Doğal çevreye yaygın, uzun süreli, şiddetli zarar vermesi beklenen veya bu zararı vermesi istenen savaş araç ve metotlarının kullanılmasının yasak olduğunu hatırlatarak,

...”

denilmiştir.

Daha önce de bahsedildiği üzere, bu ifade I. Ek Protokol'den tıpatıp alınmıştır. Hâlbuki söz konusu Protokol'e taraf olmayan devletler de mevcuttur ve örneğin bu devletlerden olan Fransa 1980 Sözleşmesinin giriş bölümündeki bu ibarenin *sadece I. Protokol'e taraf devletler hakkında* uygulama bulabileceğini ve sadece onları bağlayacağını ifade etmiştir³⁰⁹. Tüm bunlara ek olarak, dibaceden direkt olarak kaynaklanan ve diğer hükümlerden bağımsız, tek başına bağlayıcılığı olan bir yükümlülüğe işaret etmek söz konusu değildir³¹⁰. Burada, sadece bir hatırlatma işleminde (*recalling*) bulunulmakta ve kendisinden üç sene önce hazırlanan Ek Protokol'e açık bir atıf yapılmaktadır. Sözel olarak yorumlandığında, giriş bölümünün mezkûr 4. fıkrasında, I. Ek Protokol hükmü mutlak olarak kabul edilmiş bir yasak gibi sunulmaktadır. Hâlbuki doktrinde baskın olarak kendini kabul ettirmiş görüşe göre, bu Protokol'den kaynaklanacak hukuki yükümler *yalnızca Protokol'e taraf devletler* için bağlayıcı olacaktır. Aynı pozisyonu, Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'nde Uluslararası Adalet Divanı da benimsemiştir. Dolayısıyla Fransa'nın beyanı yerinde olmakla beraber, bu açıklama yapılmasaydı dahi Fransa'yı belli bir hukuki yüküm altına sokmak kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

Yine sözleşmenin III. Protokolü'nde, ormanları ve diğer bitki örtüsünü napalm gibi yakıcı özellikleri olan (*incendiary*) silah ve mermilerden (belli şartlar altında)

³⁰⁹ Kirchner, **a.g.e.**, s. 68.

³¹⁰ Witteler, **a.g.e.**, s. 185.

koruyacak mahiyette bir hükme rastlamaktayız³¹¹. III. Protokol'ün 2. maddesi 4. fıkrasına göre³¹²;

“Askerleri yahut diğer askeri hedefleri saklamak, gizlemek veya kamufle etmek amaçlarıyla kullanılmadığı veya kendisi askeri hedef haline gelmediği sürece, ormanların yahut diğer bitki örtüsü türlerinin yakıcı silahların kullanıldığı hücumların hedefi haline getirilmesi yasaklanmıştır. ”

Bu düzenleme ile doğal çevrenin bütüncül korunması amaçlanmamış sadece belli tip doğal unsurların, ormanlar ve diğer bitki örtüsünün korunması hedeflenmiştir³¹³. Korunmanın öngörüldüğü tehdit bakımından da kısıtlayıcı bir durum söz konusudur. Çevresel unsurların korunduğu silahlar sadece yakıcı özellikteki silahlardır. Kaldı ki, bu koruma “askeri gereklilik” ilkesi gereği kaldırılabilir bir koruma olarak düzenlenmiştir³¹⁴.

Gerçekten de, III. Protokol'ün 2. maddesi 4. fıkrası gereği, eğer bir orman veya bitki örtüsü askeri birimlerin kamuflajı yahut saklanması için kullanılmaktaysa veya kendisi bir askeri hedef oluşturuyorsa o zaman bu koruma ortadan kalkmaktadır. Bu yüzden, bu hükmün de uygulama açısından herhangi bir önemi haiz olmadığı doktrinde iddia edilmiştir³¹⁵. Bu görüşe katılmaktayız; çünkü askeri karar alıcı, düşman tarafından saklanmak, kamuflaj ve benzeri amaçlarla kullanılması mümkün görülecek ormanlık araziye ve bitki örtüsünü tahrip etme ve böylece bu arazinin düşman tarafından kullanılmasını imkansız hale getirme eğiliminde olacaktır. Yine sadece belli tip silahların kullanılmasını kısıtlamasından ötürü de bu hükmün çok kısıtlı bir uygulama alanı bulunmaktadır. Sadece yakıcı silahlara karşı bir koruma öngörülmüştür.

³¹¹ Karen Hulme, “Armed Conflict, Wanton Ecological Devastation and Scorched Earth Policies: How the 1990–91 Gulf Conflict Revealed the Inadequacies of the Current Laws to Ensure Effective Protection and Preservation of the Natural Environment”, **Journal of Armed Conflict Law** Volume 2, Number 1 (1997), s. 62.

³¹² Spieker, **a.g.e.**, s. 406.

³¹³ Federal Almanya temsilcisi de bu konuya dikkat çekmiş ve bu yetersiz korumanın diğer çevresel unsurların korunması konusunun ihmal edilmesine neden olmamasını dilediğini ifade etmiştir.

³¹⁴ Witteler, **a.g.e.**, s. 185.

³¹⁵ Wolfgang Lohbeck, **Umwelt und Bewaffneter Konflikt: Dilemma ohne Ausweg?**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 54, (Hamburg: 2004); Witteler, **a.g.e.**, s. 185.

Dolayısıyla yeşil bitki örtüsüne ve ormanlara diğer tipte silahlar ile verilebilecek zararlar bu Protokol’ün uygulama alanına dâhil olmamakta ve bahsi geçen alanların diğer silahlara karşı korunmasına en ufak bir katkıda bulunulmamaktadır. Hâlbuki Vietnam örneğinde de gördüğümüz üzere, ilk başta silah olarak kabul edilemeyecek kimyasal karışımların ve maddelerin kullanılmasıyla dahi çevreye onarılması güç veya çok zor olan zararların verilmesi mümkündür.

Yakıcı silahın ne olduğunu ise Protokol 1. maddesinin 1. fıkrasında açıklamaktadır. Buna göre yakıcı silahlar;

“(B)irincil olarak, hedef üzerine salınmış maddelerin kimyasal reaksiyonu ile elde edilmiş olan, alev, ısı veya bunların kombinasyonu vasıtasıyla, objeleri yakmak veya şahıslarda yanık yaralarına neden olmak için tasarlanmış ”

silahları kapsamaktadır. Görüldüğü üzere bu hüküm yakıcı özelliklere (her zaman olmasa da) kazaen veya ihtimali olarak veya başka unsurların devreye girmesiyle sahip olabilecek aydınlatma fişekleri gibi silahları bünyesinde barındırmamaktadır. Yine birincil amacı, yakıcı etki yaratmak olmayan fakat birincil amaçlarını gerçekleştirmek için yakıcı etkiyi de kullanan silahlar bu tanım kapsamında değildir. Örneğin zırh delinmesi için veya daha fazla kuvvetli patlama için alevlerden istifade eden silah sistemleri de bu tanımın kapsamı dışındadır³¹⁶.

Sözleşme ve Protokolleri’nin sahip olduğu bir başka önemli özellik ise bunların tümünün (dolayısıyla III. Protokol’ün de) uluslararası olmayan silahlı çatışma hallerinde uygulama bulmasının mümkün olmasıdır. 21 Aralık 2001 tarihinde yapılan bir değişiklik ile Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesinde ifade edilen durumlarda da bu hükümler uygulama bulacaktır.

³¹⁶ Roscini, **a.g.m.**, s. 14.

2. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU TARAFINDAN SAĞLANAN ÇEVRESEL KORUMA

2.1. Uluslararası Ceza Hukuku ve Mahkemesi, Tarihi Bir Gelişme

Uluslararası Ceza Hukuku, kişilerin cezai olarak sorumluluklarının ileri sürüldüğü davaların halli ile ilgilenen hukuk dalıdır³¹⁷. Uluslararası ceza hukuku, bu kişisel sorumluluğu öne çıkaran yapısı ile benzeri sorunlar karşısında uluslararası hukukun geleneksel olarak sergilediği tavırdan önemli bir farklılık arz etmektedir. Geleneksel uluslararası hukuk yaklaşımında benimsenen daha baskın yaklaşım kural olarak, devletlerin sorumluluğu cihetine gidilmesi olmuştur³¹⁸. *Kempen ve Hillgruber* bu gelişimi, *devrimci* bir gelişme olarak nitелеmektedir³¹⁹. Gerçekten de bu dalın oluşumuna kadar süregelenmiş olan, devletin aracılığıyla (*Mediatisierung*) hukuka aykırı eylemlerin cezalandırılmasına, en azından uluslararası vicdanı yaralayan ciddiyetteki suçlar için, oldukça yakın sayılacak bir tarihte de olsa, nihayet bir son verilmiştir³²⁰. Uluslararası Ceza Hukuku anlamında suç ise, kişisel olarak cezalandırılma sonucu doğuran bir hukuka aykırılıktır. Bu şekilde bir suçu düzenlemeye kavuşturan hukuk hükmü doğrudan uluslararası hukuk düzeninin bir parçasıdır ve bu düzenlemenin uygulanması da ilgili cezai hükmün ulusal hukuk düzenlerine dönüştürülmesinden-kazandırılmasından bağımsız olarak (yani bir uluslararası hukuk düzeninin hükmü olarak) işlemelidir³²¹. Ancak son tahlilde, uluslararası ceza hukukunun uygulanmasında baskın rol hala devletlere ve onların organlarına ait görünmektedir³²². Gerçekten de bir durumun mahkeme önüne getirilmesi için suçun ülkesinde işlendiği iddia edilen devletin yahut suçu işlediği iddia edilen kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin Statü'ye taraf olması veya Divan'ın yargılama yetkisine *ad hoc* onay vermesi

³¹⁷ UNEP Report, **a.g.e.**, s. 29.

³¹⁸ **Aynı**, s. 29.

³¹⁹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 334.

³²⁰ Yusuf Aksar, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku**, (Birinci basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s. 18.

³²¹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 335.

³²² UNEP Report, **a.g.e.**, s. 29.

gerekmektedir³²³. Görüldüğü üzere ulusal organlar ya taraf olmayı bilinçli bir şekilde reddederek yahut *ad hoc* onayı da esirgeyerek, cezai sürecin işlemesine engel olabilir.

Her hal ve şartta ulusal mercilerin sürece (engelleyici tarzda) müdahil olmalarının yolunu kapatacak ve adaletin sağlanmasını sağlayacak olan bir diğer mekanizma ise, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin belli bir "durum"u BM Şartı 7. Bölümü kapsamında değerlendirerek Divan'a sunmasıdır. Bu durumda ilgili devletin taraf olması ve benzeri şartlar artık aranmayacaktır³²⁴. Divan'ın siyasi bir organ olması ve üyeleri arasında hiyerarşik bir yapılanmanın mevcudiyeti, bu mekanizmanın adilliği hakkında türlü soru işaretlerini haklı olarak yaratmaktadır. Yine de Mahkeme'nin kurulmasını, devletleri ve diğer uluslararası hukuk kişilerini bir araya getiren "Dünya Toplumu" düşüncesinin en güncel ifadesi olarak gören düşünceye³²⁵, yukarıdaki çekinceleri de arz ederek, biz de katılmaktayız.

2.2. Kuruluş

Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası suçlulukla mücadele konusunda uluslararası bir emsal teşkil edecek bir adaleti sağlamak, insanlığın vicdanını yaralayan suçların mağduru olmuş kişilerin uğramış oldukları zararı gidermek, benzeri suçlardan gelecek nesilleri kurtaracak şekilde belli bir caydırıcılığı oluşturmak ve bu tip suçların cezasız kalmayacağı inancını yerleştirmek amacıyla kurulmuştur³²⁶. Bu kuruluş, uluslararası camia ve konunun uzmanları tarafından tarihi önemi haiz bir gelişme olarak kabul edilmiş ve alkışlanmıştır³²⁷. 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilen Roma Statüsü ise, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir³²⁸. Uluslararası Ceza Mahkemesi,

³²³ Thomas Buergenthal/ Sean D. Murphy, **Public International Law in a Nutshell**, (Fourth Edition. Minnesota: Thompson-West Publishing, 2007), s. 98.

³²⁴ Buergenthal/Murphy, **a.g.e.**, s. 99.

³²⁵ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 335.

³²⁶ Cengiz Başak, **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), s. 53; Marcos A. Orellana, "Criminal Punishment for Environmental Damage: Individual and State Responsibility at a Crossroad", **Georgetown International Environmental Law Review**, Volume 17, Issue 4, (2005), s. 690.

³²⁷ Kirchner, **a.g.e.**, s. 132.

³²⁸ Elif Uzun, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 3 Sayı 2, (2003), s.26. Ayrıca bkz. Mualla Buket Soygüt, "Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesi

Roma Statüsü'nün 1. maddesi gereği “ uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen en ağır suçlarla”³²⁹ ilgili yargılama yapacaktır. Bu yüzden de suç unsurları için yüksek bir uygulama eşiği aranmaktadır³³⁰. Statü, bir yandan kapsamlı esasa dair uluslararası ceza hukuk hükümlerini içerirken, diğer yandan da usuli meseleleri de hükme bağlamıştır³³¹. Yargılama yetkisi kapsamına soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçlarının girdiği³³² mahkemenin merkezi La Hey kentinde bulunmaktadır. Mahkeme, uluslararası camianın genel yetkili bir mahkeme kurması yolundaki ilk örneğini de teşkil etmektedir. Bu mahkemeden önce kurulmuş olan mahkemelerden Nürnberg tamamen kişisel yetkiye dayanmaktayken; Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri belli bir bölgede yetkiyi haiz kurumlardır³³³.

Statü'nün 22. maddesine göre kıyas yasağı söz konusudur. Muğlaklık durumunda ise yorum suçlanan şahıs lehine olmak gerekmektedir. Suç işleme bilinci ile ilgili olarak ise Statü bir suçun esaslı unsurlarına ilişkin bilginin ve istencin varlığını şart koşturmaktadır³³⁴. Statü'de bilme, “belli bir durumun varlığının veya bir sonucun olayların normal akışı halinde oluşacağının farkında olmak” olarak tanımlanmaktadır. Çevresel suçlar ile ilgili olarak bu şekilde tanımlanan bir bilmenin dikkatsizce yahut gelişigüzel davranan şahısların eylemlerini kapsayamayabileceğine doktrinde işaret edilmektedir³³⁵.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden çevresel zarar verme eylemlerinin uluslararası ceza hukuku bağlamında kovuşturulmasını mümkün kılan düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan birincisi dolaysız olarak çevrenin korunmasına katkıda

Çerçevesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları”, **Prof. Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Sayı: 5, (2007), s. 709.

³²⁹ Bunker, **a.g.m.**, s. 207.

³³⁰ Kirchner, **a.g.e.**, s. 132.

³³¹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 339.

³³² Hakan Karakehya, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2 (2008), s. 143.

³³³ Meshari K. Eifan, **Head of State Criminal Responsibility for Environmental War Crimes: Case Study: The Arabian Gulf Armed Conflict 1990–1991**, (Pace University, Basılmamış Doktora Tezi, 2007), s. 147.

³³⁴ Orellana, **a.g.m.**, s. 691.

³³⁵ Aynı, s. 691.

bulunacağı şüphesiz olan ve savaş suçları arasında düzenlenmiş olan 8. maddenin (2)(b)(iv) hükmü olmaktadır³³⁶. Bu hükmün incelenmesini takiben, bu hüküm kadar doğrudan çevrenin korunmasını kendine amaç edinmeyen; ancak diğer suçların işlenmesine katkıda sağlayan ve çevreye de zarar veren eylemlerin cezalandırılmasının da önünü açan soykırım ve insanlığa karşı suç hükümleri bağlamında da bir inceleme yapılacaktır.

2.3. 8(2)(b)(iv): Savaş Suçu Olarak Çevresel Zarar Verme Eylemi

Mahkemenin yargılamaya yetkili olduğu suçlardan biri “soykırım” ve “insanlığa karşı suçlar”ın yanı sıra “savaş suçları” olmaktadır³³⁷. Savaş suçlarını düzenleyen 8. maddenin (2)(b)(iv) hükmü, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında çevreye verilen zarar hakkında bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre;

“öngörülen somut ve dolaysız toptan askeri avantaja nispetle açıkça orantısız kalacak şekilde; hayat kaybına yahut sivil şahısların yaralanmasına veya sivillerin mallarının zarar görmesine veya doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve şiddetli hasar verilmesine neden olacak mahiyetteki saldırıların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi”

durumunda, Roma Statüsü bağlamında, savaş suçu işlenmiştir³³⁸.

Değişen şartlar ışığında hukuki düzenlemelerin de değişmesi hukukun uluslararası toplumun meselelerini çözme yeteneğini korumasına katkıda bulunmaktadır. Çevreye verilen yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararın uluslararası ceza hukuku tarafından cezalandırılması gereken bir savaş suçu olarak görülmesi, savaşın ve silahlı çatışmaların çevresel sonuçları konusunda artan ve gelişen küresel bir

³³⁶ UNEP Report, **a.g.e.**, s. 30.

³³⁷ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 48.

³³⁸ Tara Weinstein, “Prosecuting Attacks that Destroy the Environment; Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?”, **Georgetown International Environmental Law Review**, Volume 4, Issue 4 (2005), s. 706.

farkındalığın en güncel neticelerindendir³³⁹. Gelişen teknolojinin sayesinde artık verilen çevresel zarar vahim boyutlara ulaşabilme potansiyelinde olduğuna göre, bu konuda bir cezai bir düzenlemeye uluslararası camianın ihtiyaç duyduğu hususunda hiçbir şüpheye yer yoktur.

Statü'nün kullandığı terminoloji I. Ek Protokol'ün 35/3 ve 55. maddelerinde kullandığı dile çok büyük benzerlikler göstermektedir. Her iki düzenleme de yaygın, uzun süreli ve şiddetli bir çevresel zararın varlığını aramaktadır. Yine de belli bazı noktalarda Statü'nün Protokol'den farklı düzenlemelere sahip olduğuna işaret edilmiştir³⁴⁰. Statü'ye göre, bir savaş suçundan bahsedebilmek için failin çevresel zarar sonucunu hem bilmesi hem de bunu istemiş olması gerekmektedir. Cezai bir düzenleme için böylesi bir önceden bilme ve isteme unsurunun aranması bize göre mantıklı ve yerindedir. Ancak bu iki unsurun varlığı halinde, bir şahsın *mens rea* sahibi olduğu kabul edilecektir³⁴¹. Ayrıca beklenen askeri faydaya oranla açık bir şekilde aşırıya kaçmış çevresel bir zararın varlığı da bir şart olarak aranmaktadır. Bu ise Protokol'ün ölçütlerinden sapma göstermektedir. Bir görüşe göre Protokol, insancıl hukukun alışlagelmiş “orantılılık” testini 35/3 ve 55. maddesindeki “yaygın, uzun süreli ve şiddetli” çevresel zararın olduğu hallerde uygulamamaktadır. Bu eşğin aşıldığı durumlar bu görüşe göre, Protokol'ün uygulama bulacağı durumlara münhasır kalmak kaydıyla illegal sayılmalıdır³⁴².

Statü'nün bu hükmü bünyesinde bazı sorunları ihtiva etmektedir. Doktrinde bu sorunların etkili bir uygulamanın önünde önemli bir engel teşkil edebileceği hatırlatılmaktadır³⁴³. Statü'nün hazırlık çalışmalarına atıfta bulunan Orellana, bunun sebebini çevrenin bütünlüğünün korunması kaygısının askeri hedeflere göre ikincil bir önemde görülmesi olduğunu ifade eder³⁴⁴. Hükmün üç alt unsuru olduğundan

³³⁹ Schmitt, **a.g.m.** (Humanitarian Law and The Environment), s.265; Mark Drumbl, “Waging War Against The World: The Need to Move From War Crimes To Environmental Crimes”, **Fordham International Law Journal**, Volume 22 (1998–1999), s. 122.

³⁴⁰ Dinstein, **a.g.m.**, s. 535.

³⁴¹ Drumbl, **a.g.m.**, s. 126.

³⁴² Dinstein, **a.g.m.**, s. 536.

³⁴³ Orellana, **a.g.m.**, s. 691.

³⁴⁴ **Aynı**, s. 694.

bahsetmek mümkündür³⁴⁵; eylem (actus reus), manevi unsur (suç işleme kastı) ve son olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak askeri fayda kavramı.

2.3.1. Eylem (Actus Reus)

Artık bu konu ile ilgili hemen tüm metinlerde görmeye alıştığımız, ”yaygın”, “uzun süreli” ve “şiddetli” terimlerinin hangi şartlar altında gerçekleşmiş olduğunun tespiti gerekmektedir. Acaba hangi tarz bir çevresel zarar *yaygın* kabul edilmelidir? ÇEVMOD’da yaygın olarak kabul edilmesi gereken zarar, belli bir alansal büyüklük olarak tespit edilmişken; Ek Protokol ve Statü’de bu konu yeterince açıklığa kavuşturulmuş değildir. Süre konusunda, ÇEVMOD objektif bir hüküm ortaya koymuştur. Birkaç ay veya bir mevsim müddetince devam eden zarar, bu şartın sağlanmasına neden olmaktadır. I. Ek Protokol için bu sürenin onyıllar olarak yorumlanması gerektiğine işaret edilmektedir. Roma Statüsü ise bu terimden ne anlaşılması gerektiği konusunda bize herhangi bir ölçüt sunmamaktadır. .

ÇEVMOD’un kullandığı terminoloji hakkında getirilen objektif standartların benzerlerinin diğer belgeler hakkında da mevcut olması, yorum sorununu tamamen çözmese dahi büyük oranda kolaylaştırabilir. Bu yorum Ek’inden diğer belgelerin yorumlanmasında da bir ölçüt olarak kullanmak mümkün olabilirdi. Ancak böylesi bir ihtimal, Ek’in kendi hükmü nedeniyle mümkün değildir. Gerçekten de Ek’in (Understanding) 1/II hükmüne göre, tanımlara getirilen bu açıklamalar sadece ÇEVMOD için kullanılabilecektir ve diğer uluslararası metinlerin yorumlanmasında hiçbir etkisi olmayacaktır³⁴⁶. *Drumbl*’a göre Protokol hakkındaki yorumlar Statü’nün anlaşılmasında faydalı olmaya daha yakındır. Her şeyden önce her iki metin de uygulama için önşart oluşturan şartların tümünü aramaktadır³⁴⁷. Her iki belge de, çevrenin korunması konusunda daha sınırlayıcı bir yaklaşıma sahiptir. Halbuki bu terimlerin kullanılması daha en başından belli bazı zamansal ve mekansal sınırlamaları

³⁴⁵ Jessica C. Lawrence, Kevin Jon Heller “The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime” <<<http://ssrn.com>>>.

³⁴⁶ Drumbl, *a.g.m.*, s. 128; Orellana, *a.g.m.*, s. 694.

³⁴⁷ Hâlbuki ÇEVMOD bu üç şarttan sadece birinin varlığı halinde dahi uygulama bulacaktır.

kabul etmek anlamına gelmektedir, oysa çevresel zararın böyle bir sınırlara hapsedilebilmesi her zaman için mümkün olamayabilir³⁴⁸.

Doktrinde “şiddetli” teriminin neden olduğu başka bir probleme daha işaret edilmiştir³⁴⁹. Bu şartın aranması ile doğal çevreye verilen zararın ancak şiddetli olması durumunda şahısların kişisel cezai sorumluluğundan bahsetmek mümkün olabilecektir. Çünkü bir çevresel zararın şiddetli olup olmadığının tespiti o zarardan insan hayatının ne ölçüde etkilendiğine bağlı kalmaktadır. Bu ölçüde göre hareket edilirse, insanın oturmadığı bir bölgeyi hedefleyen dolayısıyla insan hayatının çok da etkilenmeyeceği bir saldırı neticesinde doğal dengede çok önemli olan bir canlı ve/veya bitki turu tamamen yok olsa dahi bu saldırıyı şiddetli görmeme ihtimali kuvvetlidir. Bu ise, doğal çevrenin korunmasında önemli bir yetersizlik anlamına gelecektir.

2.3.2. Manevi Unsur: Kast (Mens Rea)

Roma Statü’sünün eleştiriye açık bir başka yönü de suçun oluşumu için varlığı şart koşulan suç işleme kastıdır (mens rea). Bir şahsın 8(2)(b)(iv) hükmünü ihlalden bahsedebilmemiz için ilgili şahsın söz konusu eylemin hem çevreye uzun süreli, yaygın ve şiddetli zarar vereceğini hem de bu şartları haiz saldırının öngörülen (anticipated) somut ve toptan askeri faydaya nispetle orantısız bir çevresel hasar yaratacağını *bilmesi* ve buna rağmen eylemi *istemesi* gereklidir³⁵⁰.

Öğretide bu düzenlemenin uygulamada sorunlar yaratacağına işaret edilmiştir. Her şeyden önce bir eylemin uzun süreli, yaygın ve şiddetli çevresel zarar vereceğini bilmediğini ispatlayabilen şahıslar için herhangi bir cezai sorumluluğa hükmedebilmek mümkün değildir³⁵¹. “Bilmeme”, maddede bir “savunma” olarak apaçık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu ise çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunması konusunda müspet bir adım olmak bir yana bilakis menfi bir durum yaratılması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de kullanılan silahların ve diğer askeri unsurların çevresel etkisinin bilinmemesi bu madde ile bir hukuki savunma haline getirilmiş, bu

³⁴⁸ Weinstein, **a.g.m.**, s. 708.

³⁴⁹ Drumbl, **a.g.m.**, s. 129.

³⁵⁰ Aynı, s. 130; Lawrence/Heller, **a.g.m.**, s. 20-21.

³⁵¹ Drumbl, **a.g.m.**, s. 130.

konuda bilgi sahibi olmak ise bilginin sahibi şahıs için önemli bir dezavantaj durumuna sokulmuştur. Suçlanan şahsın, savaş suçundan dolayı mahkûm edilebilmesi için bilme ve kasıt unsurlarının tespiti gerekmektedir. Bu ise zanlının eyleminin gerçekleştiği zamanda kendisinin sahip olduğu bilgi ve diğer ilgili şartların değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır³⁵².

Düzenleme ile bir şahsın cezalandırılması için şu şartların hepsinin bulunması gerekmektedir. İlgili, söz konusu askeri eylemin uzun süreli, yaygın ve şiddetli çevresel zarara sebep olacağını, bu askeri eylemin çok az askeri fayda sağlayacağını yahut hiç sağlamayacağını ve dolayısıyla bu eylemin orantısız olacağını bilmesi gerekmektedir³⁵³. Bunun ise isnadını ispat etme yükümü altında bulunan iddia makamının işini oldukça zorlaştıran yüksek uygulama eşiğine sahip ve gerçekçilikten uzak bir düzenleme olduğunu kabul etmek zorundayız. Bir kere bu düzenleme karmaşık bazı ispat sorunlarının doğmasına yol açmaktadır³⁵⁴. *Drumbl*'in da hatırlattığı gibi bu düzenleme ile kusur veya dikkatsizlik neticesinde çevresel zarara sebep olan şahıslar için, verdikleri zarar maddede sayılan özelliklerde dahi olsa, hiçbir şey yapılamayacak, bu şahıslar hukuki veya cezai hiçbir yaptırıma tabi tutulamayacaktır³⁵⁵.

2.3.3. Bir Hukuka Uygunluk Nedeni olarak “Askeri Fayda”

Statü'nün m.8(2)(b)(iv) hükmüne göre, bir eylem uzun süreli, yaygın ve şiddetli çevresel zarara sebep vermiş olsa ve hatta bu zarara sebep veren eylemi emreden, yöneten ve icra edenler bu zararı bilerek ve isteyerek eylemde bulunmuş olsalar bile, eğer öngörülen askeri fayda böylesi bir zararı bile orantılı kılacak kadar büyükse, bu eylemden dolayı ilgililerin sorumluluğu söz konusu olamayacaktır³⁵⁶.

Her şeyden önce hükmün bünyesinde *hangi* mahiyette askeri faydanın suçsuzluğu netice vereceğinin tespitinde faydalı olabilecek herhangi bir objektif ölçüt

³⁵² Drumbl, *a.g.m.*, s. 131.

³⁵³ Lawrence/Heller, *a.g.m.*, s. 21.

³⁵⁴ Orellana, *a.g.m.*, s. 695.

³⁵⁵ Drumbl, *a.g.m.*, s. 130.

³⁵⁶ Aynı, s. 133.

mevcut değildir³⁵⁷. Hükme göre yapılması gereken bir orantılılık testi uygulamaktır. Bu test sonucunda “açıkça orantısız” (*clearly excessive*) kalmayan çevresel zararlar cezai sorumluluğa yol açmamaktadır. Hâlbuki hükmün bünyesinden kaynaklanan bir muğlaklık söz konusudur. Bu hususa bir de eylemde bulunanın bildiği yahut bildiğini zannettiği askeri faydaların hüküm kapsamında arandığını eklersek, bu hükmün kendisinin çevreye yeteri seviyede koruma sağlamaktan, kullandığı ölçütün de objektiflikten uzak olduğunu tespit edebiliriz.

Statü’nün hazırlanmasında bulunan delegasyonlara göre, bu testin uygulanmasında eylemi gerçekleştiren şahsın suç isleme zamanında ulaşabildiği/sahip olduğu bilgiye göre hareket edilmeli ve buna göre suçluluğuna veya suçsuzluğuna hükmedilmelidir³⁵⁸. Kanımızca bu durum, alabildiğine sübjektif bir ölçütün kullanılması anlamına gelir. İlginç olan konu bazı uluslararası yargı kararlarında da buna benzer bir ölçütün Statü’den çok önceleri uygulama bulmuş olmasıdır. II. Dünya Savaşı sonrası Alman General *Lothar Rendulic* Norveç’te uyguladığı *scorched-earth* taktiklerinden dolayı yargılanmıştır. Söz konusu davada, *Rendulic*’in çevreye verdiği zarar aşikârdır ve yine o günün objektif şartlarının sonradan değerlendirilmesi neticesinde kullandığı yıkım taktiklerinin herhangi bir askeri faydasının da olmadığı tespit edilmiştir. *General Rendulic*, savunmasında eylemlerini kabul etmiş ancak bu eylemleri gerçekleştirmesindeki en büyük etkenin Rus güçleri tarafından takip edildiğine inanması olduğunu ifade etmiştir³⁵⁹. Nürnberg Askeri Mahkemesi vermiş olduğu kararında, hatalı dahi olsa *Rendulic*’in bu taktiklerin Alman birliklerine askeri fayda sağlayacağına gerçekten ve samimi olarak inandığını belirtmiş ve bu nedenle beraatına hükmetmiştir³⁶⁰. Mahkemenin *Rendulic* kararının ikna kuvveti doktrin tarafından en azından tartışmalı bulunduğunu hatırlatarak bu kararın altında yatan mantığın günümüz koşullarında ne kadar çevreyi korumaya elverişli olduğunu da sorgulamamız gerekmektedir. Bu hususta da belli bir seviyede objektifliğe ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kadar sübjektif bir ölçüt tarihi örneklerden de anladığımız gibi çevrenin korunması konusunda yeterli olamayacaktır. Yine de mahkemenin her zaman her iddia sahibinin

³⁵⁷ Drumbl, *a.g.m.*, s. 134.

³⁵⁸ Weinstein, *a.g.m.*, s. 710.

³⁵⁹ Boelaert -Suominen, *a.g.e.*, s. 52.

³⁶⁰ Drumbl, *a.g.m.*, s. 134; Lawrence/Heller, *a.g.m.*, s. 21; Weinstein, *a.g.m.*, s. 704.

iddiasını doğru kabul edeceğini beklemek de doğru bir düşünce olmayacaktır. Elbette mahkeme kendisinin ulaşabildiği tüm bilgi kaynaklarından istifade ederek, suçlanan şahsın neleri bilebileceğini kestirmeye çalışacaktır. Bunun da uluslararası mahkemelerin elindeki teknik ve adli tip konusundaki imkanlarının yetersizliği göz önünde bulundurulduğunda güç bir görev olduğunu ifade etmeliyiz. Bu güçlüklerin aşılabilmesi durumunda, uluslararası ceza yargılaması kendisinden beklenen görevleri ifa edememiş olacaktır.

Bize göre, suçlanan şahsın öngörüsünün daha objektif standartlara kavuşturulması mümkündür. Bunlardan bir tanesi makuliyet ölçütüdür³⁶¹. Buna göre suçlanan şahsın makul olarak (*reasonably*) öngörebileceği çevresel etkiden dolayı yargılama sürecine dâhil edilmesi belli seviyede dahi olsa objektifliği arttıracaktır. Gerçekten de çevresel etkisi yapılan bilimsel çalışmalar neticesinde apaçık ortaya konmuş/ispatlanmış bir silahın veya askeri taktiğin bu neticelerinden bir ordu mensubunun veya bir ülkenin siyaset-belirleyicisinin habersiz olduğunu iddia etmesi, makul bir hareket olarak yorumlanamaz. Daha önce de değindiğimiz üzere, mahkeme belki de konunun doğası gereği zımni bir makuliyet testine zanlının iddiasının doğruluğunu değerlendirirken başvurabilir. Ancak bu hususa bir cezai metinde apaçık şekilde yer verilmiş olması yargılamanın meşruluğu ve sağlığı açısından daha yerinde bir adım olurdu. Şu anki haliyle hüküm, zanlının iddiasının akla yatkınlığından çok zanlının dürüstlüğüne dayanmaktadır³⁶².

Ne ÇEVMOD'da ne de I. Ek Protokol'de mevcut olan, çevresel zararın öngörülen askeri faydaya orantılılık testinin Statü'ye eklenmiş olması, çevrenin silahlı çatışmalar esnasında korunması konusunda yanlış yönde atılmış bir adım olarak değerlendirilmelidir. Bu eklenti neticesinde düzenlemenin caydırıcı etkisinin kalmadığından bahsedilmiştir³⁶³. Belki bu yorumu biraz abartılı bulsak da netice itibarıyla uygulamayı zorlaştıracak ve önüne engel olarak getirilebileceği fikrindeyiz.

³⁶¹ Lawrence/Heller, **a.g.m.**, s. 24.

³⁶² Aynı, s. 24.

³⁶³ Orellana, **a.g.m.**, s. 695.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde çevre terimine atıfta bulunan tek düzenleme, savaş suçları başlığı altında yer alan m.8(2)(b)(iv) hükmüdür. Bununla birlikte, çevresel unsurlara zarar verilmesi yoluyla diğer suçların işlenmesi de mümkündür. Bu şekilde gerçekleştirilebilecek eylemlerin cezasız kalmaması durumunda uluslararası hukukun belli bir caydırma kabiliyetinden bahsetmek mümkün olabilecektir. Bu yüzden bu konunun burada işlenmesi zaruridir.

2.4. Savaş Suçu Dışındaki Hükümler Vasıtasıyla Çevresel Suçların Cezalandırılması

Yukarıda sadece uluslararası silahlı çatışma bağlamında uygulama bulacak bir uluslararası ceza hukuku düzenlemesinden etraflıca bahsedilmiştir. Ancak sadece belli bir durumda –bir silahlı çatışmanın varlığı halinde- uygulama bulacak bu düzenlemenin, kendi içinde mevcut uygulama engelleri bir yana, bu halin olmadığı durumlar için sessiz kalması, çevresel korumanın her türlü çatışma halinde uygulanmasını isteyenler için yeterli güvence sunmaktan uzak olduğu gibi faillerin de etkili bir şekilde takibinin engellenmesi sonucu yaratacaktır. Bu yüzden birincil olarak çevreyi korumaya da, hatta çevre tabirini bünyesinde barındırmaya da çevresel korumaya dolaylı olarak katkıda bulunacak uluslararası ceza hükümlerinin mevcut olabileceğine inanıyoruz.

Burada bu suçların kısaca incelenmesi doğru olacaktır. Uluslararası Ceza Hukuku'nun mahiyeti gereği belki de çevresel tahribatın önceden engellenmesi mümkün olmayacaktır, en azından ilk çevresel tahribat için bu böyledir. Ancak çevresel zarar yoluyla işlenen uluslararası suçların etkin bir şekilde takip edilmesi ve sorumlu şahısların cezalandırılması halinde daha sonra benzeri eylemleri planlayan şahıslar üzerinde caydırıcı bir etkiyi haiz olabilir. Bu nedenle, bu hükümlerin çevresel korumaya önemli katkıda bulunma potansiyeli bulunmaktadır.

2.4.1. Soykırım Olarak Çevresel Suç

2.4.1.1. Soykırım Suçunun Tarihi Gelişimi

Sistematik olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün tanımladığı suçların ilki soykırım suçudur. Bu öncelikli konunun sebebi suçun kendi doğasından kaynaklanan vahameti olmaktadır. *Kai Ambos*'a göre bu suç “uluslararası hukuka göre

supranasyonel olan suçların en iyi örneğini” (*ein völkerrechtlich-supranationales Verbrechen par excellence*) teşkil etmektedir³⁶⁴.

Tarihi olarak daha önceki örnekleri mevcut olduğu iddia edilse de bu suçun, *günümüz anlamında* ortaya çıkışı, anlaşılabilir nedenler ile II. Dünya Savaşı ve onu takip eden yıllara rastlar³⁶⁵. Kendisi de Nazi takibatından kaçan bir Musevi olan *Raphael Lemkin*’in etkili olmuş yazılarında bulunduğu terim ile anılmaya başlanan bu suç artık “Genocide” olarak nitelendirilmektedir. Genocide kelimesi Yunanca ve Latince’den alınmış iki ayrı kelimenin bir araya getirilmesiyle türetilmiştir. Genocide, Yunancada ırk veya halk anlamına gelen *genos* kelimesiyle Latince öldürme, katl anlamına gelen *caedere*’den oluşmaktadır³⁶⁶. *Lemkin*’in bu terimi icadına rağmen, II. Dünya Savaşı’nda, bugünkü anlamında soykırım suçu işlemiş olabilecek olan kişiler yine de bu adı taşıyan bir suçtan yargılanmamışlardır. Çünkü yargılamaların hukuki dayanağını oluşturan metinlerde bu mahiyetteki eylemler soykırım değil insanlığa karşı suç başlığı altında düzenleme bulmuştur³⁶⁷. Ancak, Nürnberg yargılamaları henüz devam ederken aldığı bir kararla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu soykırım suçunu uluslararası suçlardan kabul eden bir kararı kabul etmiştir³⁶⁸. Bu karara göre³⁶⁹

“Cinayet nasıl kişisel hayat hakkının reddedilmesidir, soykırım da insan gruplarının hayat hakkının reddedilmesidir; bu hakkın reddedilmesi ise insanlığın vicdanını şok eder, bu grubun insanlığa kültürel ve diğer şekillerde yaptığı katkılarda önemli kayıpların oluşmasına neden olur ve Birleşmiş Milletlerin ahlaki kanunlarına (*moral law*), ruhuna ve amaçlarına da aykırıdır.

³⁶⁴ Helmut Satzger, **Internationales und Europäisches Strafrecht**, (Zweite Auflage. Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004), s. 193.

³⁶⁵ *Jean-Paul Sartre*’in “Soykırım insanlık kadar eskidir” deyişi günümüzde belki de soykırım olarak nitelendirilmesi gereken eylemlerin insanlık tarihinde oldukça uzun yıllardan beri var olduğunun kısa ve fakat vurucu bir ifadesidir. Bu ifade ve de soykırımın tarihi için bkz. Semin Töner-Şen, **Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı**, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010), s. 7 vd.

³⁶⁶ Satzger **a.g.e.**, s. 193.

³⁶⁷ **Aynı**, s. 193.

³⁶⁸ “Soykırım Suçu” başlığını taşıyan, 11. 12. 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, UN Doc. A/RES/1/96 .

³⁶⁹ Kararın metni için ayrıca bkz; << <http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>>>.

Bu suçlar ırksal, dinsel, siyasi veya diğer özellikte insan gruplarının tamamen veya kısmen yok edildiği durumlarda ortaya çıkmıştır.”

Görüldüğü üzere, buradaki soykırım tanımlaması kapsamında siyasi özellikleri nedeniyle tanımlanmış insan grupları da girmiştir. Bu tanımın günümüz Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nden farklı bir düzenlemeyi öngördüğü açıktır. Doktrinde de günümüz tanımlamasında siyasi veya kültürel bir aidiyet temelinde objektif olarak tanımlanabilen insan gruplarının nazara alınmaması eksiklik olarak görülmektedir³⁷⁰.

Bu konu ile ilgili bir sorunu Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi çözmek durumunda kalmıştır. *Akayesu* davasında, sanığın ölmelerini planladığı Tutsi’lerin diğer gruptan ayrılması konusu sorun olmuştur. Tutsiler, hemen hiçbir kabul edilmiş ayırım ölçütleriyle Hutu’lardan ayrılamamaktadır. Yine de mahkeme, kendi statüsünü “istikrarlı” ve “sürekli” grupların da korunmasını sağlayacak şekilde, geniş yorumlayarak bir soykırım işlendiği kararını vermiştir. *Freeland*’e göre, eldeki olayda adaleti sağlayan hakça bir karar vermiş olsa bile, Ruanda Mahkemesi burada Statüsü’nü, bu belgenin kelimelerinin sıradan anlamlarının ötesinde anlayarak, yorumlama yoluna gitmiştir³⁷¹. Yine *Freeland*’e göre, bu riskli (genişletici) yorum tarzı, özellikle çevresel zarar yoluyla soykırım suçu işlendiği durumlarda, suçluların yargılanması ve ceza almasına yardımcı olabilecek bir yaklaşımdır³⁷².

2.4.1.2. Roma Statüsünde Soykırım Suçu

Günümüz uygulanan uluslararası hukukunda “suçların suçu” olarak görülen Soykırım Suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün 6. maddesinde hukuken tanımlanmıştır. 1948 Soykırım Sözleşmesi’nin ilgili hükmünü yansıtan bu maddeye göre “ulusal, etnik, ırksal veya dini” temelde tanımlanmış “belli bir grubu kısmen veya tamamen yok etme” kastıyla maddede sayılan eylemlerin işlenmesi durumunda soykırım suçu işlenmiş olacaktır.

³⁷⁰ Steven Freeland, “Human Rights, the Environment and Conflict: Addressing Crimes against the Environment”, *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, Volume 2, No.2, (2005), s. 126.

³⁷¹ Freeland, *a.g.m.*, s. 127.

³⁷² Aynı, s. 128.

Madde, o grubun üyelerinin öldürülmesi veya bu şahıslara ciddi bedensel veya ruhsal zarar verilmesi, grup üyelerine onların ölümlerini sağlayacağı hesaplanan hayat şartlarının empoze edilmesi, grup içinde doğumların engellenmesini sağlayacak tedbirlerin alınması ve son olarak da grubun çocuklarının kuvvet yoluyla başka gruplara nakledilmesi eylemlerini bünyesinde bulundurmaktadır³⁷³.

Statü’de sayılan suçlar arasında ilk olarak düzenlemeye kavuşturularak ve diğerlerinden önce statüde yer bulması sağlanarak bu suça uluslararası camia tarafından atfedilen önem gösterilmek istenmiş ve sembolik olarak dahi olsa, daha üstün sayılabilecek bir konuma getirilmiştir³⁷⁴.

2.4.1.3. Çevresel Suç Yoluyla Soykırım

Maddede sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi için çevresel unsurların kullanılması durumunda, kast unsurunun da varlığı ispatlanabiliyorsa soykırım suçunun işlendiği sonucuna ulaşmak mümkün görünmektedir.

Hususan “grup üyelerine onların ölümlerini sağlayacağı hesaplanan hayat şartlarının empoze edilmesi” eyleminin gerçekleştirilmesinde çevresel tahribatın uygulanması mümkün ve akla yakın görünmektedir. Hipotetik olarak, maddede sayılan özellikleri taşıyan insan grubunun yoğun kullandığı su kaynaklarının yahut tarım alanlarının kasten yok edilmesi yahut ağır bir şekilde kirletilmesi yoluyla bu kötü şartların yaratılması hedefleniyorsa soykırım suçundan bahsetmek mümkündür.

Yakın zamanda bu bağlamda inceleme konusu edilen kişi grupları Bataklık Arapları (*Marsh Arabs*) olmuştur. Güney Irak’ta mevcut bataklık bölge çeşitli balık, bitki ve kuş türlerinin evi olmuştur. Yaklaşık 20 000 kilometrekare yüzölçümüne sahip bu sulak bölge, daha ziyade Şii olan Arap halk tarafından, yaklaşık 5000 yıl gibi uzun bir süredir yurt edinilmiştir³⁷⁵. 1991 yılında Saddam İdaresine karşı ayaklanan Şiilerin bu eylemi neticesi, ilk başta Saddam rejimi bu bölge üzerindeki hâkimiyetini yitirmiş;

³⁷³ Statü’nün, TBMM tarafından yaptırılan ve resmi olmayan bir tercümesi için bkz; <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm>>.

³⁷⁴ Satzger, **a.g.e.**, s. 194.

³⁷⁵ Weinstein, **a.g.m.**, s. 715.

ancak bir iki hafta gibi kısa bir süre içinde ayaklanmayı bastırmış ve bu bölgedeki hâkimiyetini de yeniden tesis etmiştir. Bunu takiben Saddam hükümeti bu toprakların kurutulması ve bölge meskûn halkın diğer bölgelere göç ettirilmesi projesini yürürlüğe koymuştur³⁷⁶. Bu planın yürürlüğe konulması üzerine Haziran 1991’de yeniden ayaklanan bölge halkına karşı iktidarın tepkisi çok sert olmuştur. Topçu ateşi eşliğinde, köyler yakılmış, kutsal mekânlara saldırılar ve dini liderlere suikastlar gerçekleştirilmiştir. Bunlara ilaveten halk, başka yerlere taşınmaya mecbur edilmiştir³⁷⁷. Yapılması planlanan drenaj kanallarından sonuncusu 1997 yılında bitirilmiştir. “2000 yılına gelindiğinde Verimli Hilal’in (*Fertile Crescent*) Irak sınırları içinde kalan kısmı, tamamen kuru ve toprağı da tuz ile kaplanmış durumdadır”. Drenaj çalışmaları öylesine başarılı olmuştur ki bu yıla gelindiğinde eskiden su bulunan bölgenin %90’ı kurumuş bir haldedir³⁷⁸. Bu eylemler neticesinde 1990 yılında 250 000 civarı olan bölge halkı nüfusu daha 1993 yılında 40 000’e düşmüştür. Irak Hükümeti gerçekleştirdiği kapsamlı planlarla kasıtlı olarak bu insanlara su ve gıda kaynağı olan bataklık ve çalılıkların kurutulmasını sağlamıştır. Buradaki insanlar eğer Statü’de tespit edilen gruplardan biri olarak kabul edilebilir ve bu insanların kısmen yahut tamamen ortadan kaldırılmalarının sağlanmasının hedeflendiği de ispat edilebilirse, burada bir soykırımdan bahsetmek mümkün olacaktır.

2.4.2. İnsanlığa Karşı Suç Olarak Çevresel Suç

2.4.2.1. İnsanlığa Karşı Suç Kavramının Tarihi Gelişimi

İnsanlığa Karşı Suç kavramı, kesinlikle 20. yüzyılın buluşlarından biridir³⁷⁹. Terimin ilk kullanıldığı metin, siyasi özellikli bir metindir. Henüz I. Dünya Savaşı’nın sürdüğü günlerde ortak bir açıklamada bulunan Fransa, Rusya ve Büyük Britanya devletleri, Osmanlı İmparatorluğu’nun Ermeni vatandaşları hakkındaki politikalarını eleştirmişler, bu eylemlerin “insanlık ve uygarlığa karşı yeni suçlar” olarak

³⁷⁶ Weinstein, **a.g.m.**, s. 715.

³⁷⁷ Aynı, s. 715.

³⁷⁸ Aynı, s. 715–716.

³⁷⁹ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 348.

betimlenmesi gerektiğine işaret etmişlerdir³⁸⁰. Bu açıklamanın *hukuken* herhangi bir değeri haiz olmadığı açıktır. Kanımızca, siyasi mahiyeti olan ve özellikle de savaş zamanı yapılan bu açıklama ile yeni bir hukuki kategori yaratılması ve bundan dolayı da devletlerin sorumluluğu, kişilerin de cezalandırılması cihetine gidilmesi, eğer gerçekten sağlam bir hukuk metodolojisine dayanmak isteniliyorsa, mümkün değildir.

Bu siyasi belgenin özelliği ve önemi, insanlığa karşı suçlar (*crimes contre l'humanité*) teriminin ilk defa burada kullanılmasıdır ve sadece bundan ibarettir. Kaldı ki bu siyasal retorik özelliği bulunan belgenin yayınlanmasını takiben savaştan da galip çıkan devletler iddia edilen suçlardan dolayı herhangi bir uluslararası kovuşturmada da bulunmamışlardır³⁸¹. Tarihin belli bir anında yapılmış ve farazi olarak hukuki bir pozisyonu temsil eden bu belgenin, sonraki uygulama neticesi herhangi bir esasa dair değeri olmadığı da, böylece açıklamanın sahipleri tarafından fiili olarak da ortaya konulmuştur.

Bu suçun hukuki anlamda tatmin edici bir kapsama kavuşturulması ancak Nürnberg Yargılamaları zamanına denk düşmüştür. II. Dünya Savaşı'nı takiben gerçekleştirilen Nürnberg Yargılamalarında kullanılmak üzere oluşturulan ve Nürnberg Şartı olarak da anılan belgenin 6. maddesi (c) bendi ile bu suç belli bir somutluk derecesine ulaşan bir tanıma kavuşturulmuştur³⁸². Bu tanımlamanın meydana getirilmesinin temelinde yatan düşünce, uluslararası hukukun o zamana kadar ki usulleri veya ulusal hukuk düzenlerinin müdahalesi yoluyla, işlenmiş ağır suçların yeterince cezalandırılmadığını, en son olarak I. Dünya Savaşı sonrasında ispatlandığı olmuştur³⁸³. Tokyo Mahkemesi Şartı'nın 5. maddesi (c) bendi de bu maddeden istifade edilerek hazırlanmıştır. Nürnberg uygulamasında insanlığa karşı suç kavramının içeriğinde,

³⁸⁰ Satzger, *a.g.e.*, s. 201; Sévane Garibian, "Crime Against Humanity", *Online Encyclopedia of Mass Violence*. <<<http://www.massviolence.org/Crime-against-Humanity>>> (9.3.2010).

³⁸¹ Satzger, *a.g.e.*, s. 201.

³⁸² Madde insanlığa karşı suçu şöyle düzenlemiştir; "(c) Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated." <<<http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheIsc/courseInfo/courseOutlines/criminal2009/crimesAgainstHumanityPrecedents.doc>>> (9.3.2010).

³⁸³ Satzger, *a.g.e.*, s. 201–202.

bugün soykırım olarak betimlediğimiz eylemler de değerlendirilmiştir. Anlaşmanın ve Şart’ın kabul edildiği tarihte soykırım suçu henüz kabul edilmemiş, şart ile üç suçun varlığı kabul edilmiştir. Bunlar; insanlığa karşı suçların yanı sıra, barışa karşı suçlar ve savaş suçlarıdır.

Ayrıca, insanlığa karşı suçların Nürnberg’deki uygulaması sırasında göze çarpan başka bir özellik de, bu suçun sadece savaş ile bağlantının kurulduğu eylemler için kabul edilmesidir. Uygulama sırasında, metinden kaynaklanmayan böyle bir sınırlama daha kabul edilerek, bu suçu oluşturan eylemler ile savaş olgusu arasında belli bir bağ aranmıştır³⁸⁴. Netice itibariyle bu suç kapsamına, sadece 1 Eylül 1939 ve sonrasında işlenen eylemler dâhil edilmiş ve yargılama da buna göre yapılmıştır³⁸⁵. Ad hoc mahkemeler olan EYUCM ve RUCM Statülerinde de bu suça yer verilmiştir. EYUCM Statüsü’nün 5. maddesinde, RUCM Statüsü’nün ise 3. maddesinde bu suç kendisine yer bulmuştur³⁸⁶.

2.4.2.2. Roma Statüsü’nde İnsanlığa Karşı Suçlar

Roma Statü’sünün 7. maddesi insanlığa karşı suçları tanımlamaktadır. 7. maddeye göre herhangi bir sivil topluluğa karşı icra edilen geniş çapta ve sistematik bir saldırının parçası olarak ve bu saldırıyı da bilerek, maddede sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde insanlığa karşı suç işlenmiş olacaktır³⁸⁷. Madde şu eylemleri bu suçun kapsamı dâhilinde işlenebilir eylemler olarak tespit etmiştir³⁸⁸;

- “a) öldürme;
- b) toplu yok etme;
- c) köle etme;

³⁸⁴ Claus Kress, 2008–2009 Yaz Dönemi Ders Notları, Köln.

³⁸⁵ Garibian, **a.g.e.**

³⁸⁶ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 354; Satzger **a.g.e.**, s. 202; Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesinin bu suç kapsamında verdiği bazı kararlar hakkında bilgi için bkz; Başak, **a.g.e.**, s. 122 vd.

³⁸⁷ Maddenin *chapeau*’su şöyle demektir; “... a widespread or systematic attack directed against a civilian population, with knowledge of such attack: ...” <<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/585-07?OpenDocument>>>.

³⁸⁸ Bu eylemlerin Türkçe çevirisi için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf>>.

- d) halkın sürülmesi veya zorla nakli;
- e) uluslararası hukukun temel kurallarının ihlali sonucu hapsetme veya fiziki özgürlüğün başka biçimlerde ciddi olarak kısıtlanması;
- f) işkence;
- g) ırza geçme, cinsel köleleştirme, fuhuşa zorlama, hamileliğe zorlama, zorla kısırlaştırma veya benzeri ağırlıkta diğer cinsel şiddet;
- h) üçüncü paragrafta tanımlandığı gibi politik, ırkçı, ulusal, etnik, kültürel, dinsel veya cinsel nedenlerle uluslararası hukukta kabul edilemez olarak benimsenen evrensel ölçütlere bağlı, bu paragrafta ya da Divan'ın yetkisi içindeki herhangi bir suç ile ilgili olarak diğer eylemlerle ilintili esaslar çerçevesinde, herhangi bir gruba veya herhangi bir belirlenebilir topluluğa zulmetme;
- i) kaybolan şahıslar;
- j) ırk ayrımcılığı (apartheid);
- k) vücuda veya ruhsal ve fiziki sağlığa ciddi zarara bilinçli olarak neden olacak nitelikteki diğer benzeri insanlık dışı eylemler.”

İşaret edilmesi gereken ilk önemli husus Nürnberg Yargılamalarından farklı olarak savaş veya silahlı çatışma şartının aranmamasıdır. Artık savaş/silahlı çatışma olmadığı zamanlarda, yani barış zamanlarında da bu suçların işlenmesi mümkündür. Bu eylemlerin savaşla olması gereken bir *nexus*'unun (uygulamanın bir önşartı olarak) aranmasından, Roma Statüsü ile vazgeçilmiştir³⁸⁹. *Peter Sharp*'ın da belirttiği üzere bu aslında tarihte bir ilktir. Zira, ilk kez bu bağlantının aranmasından vazgeçilmektedir³⁹⁰.

³⁸⁹ Orellana, **a.g.m.**, s. 693. Bu bağlantının aranmasından daha *ad hoc* mahkemelerin uygulamasında vazgeçilmiştir.

³⁹⁰ *Ad Hoc* mahkemelerin bu bağlantıyı aramamaya çoktan başlamış olan kararlarına rağmen Suriye'nin bu suçların yalnızca uluslararası silahlı çatışma ortamında işlenebileceği tezini öne sürmesinin

Bir başka önemli konu da maddenin geniş kapsamlı olarak düzenlenmesidir. Özellikle yukarıdaki (h) ve (k) bendlerinin yapısı nedeniyle uygulamanın biraz daha kolaylaştığını ifade etmek gerekir. Maddenin (h) bendine göre “politik, ırkçı, ulusal, etnik, *kültürel*, dinsel veya *cinsel* nedenlerle” zulme ve takibata maruz kalacak insanların bu kadar geniş bir profilde tanımlanmış olması çok olumlu bir gelişmedir.

Maddenin genel olarak sivil nüfusun korunmasını hedeflediği aşikârdır. Ancak bu düzenleme, esas hedefi olan bu korumanın sağlanması amacıyla, çevresel zarara sebebiyet veren yahut doğrudan çevresel unsurların silah olarak kullanılmasını kapsayan teknik ve taktiklerin de uygulanmasını cezalandırıcı bir özelliğe sahiptir. Maddede sayılan eylemlerde örnek olarak (k) bendini ele alırsak, belli bölgede meskûn sivil halkın zarar görmesini sağlayacak ancak onların ölümünü dolaysız ve hemen getirmeyecek derecede radyasyonun ortaya saçılmasını sağlayıcı bir tesisin bombalanması durumunda, maddenin chapeau’sunda sayılan şartların varlığı da tespit edilebilmekteyse, insanlığa karşı bir suç işlendiğinden bahsetmek mümkün olacaktır.

Yine çevresel tahribat yaratılarak sivil halkın öldürülmesine çalışılması da bu maddenin bir ihlali niteliğindedir. Belli bir yerleşim yerine çok yakın bir barajın yahut sulama kanalının sivil halkın sistematik olarak öldürülmesi harekâtına katkıda bulunması amacıyla, havaya uçurulması durumunda da bu suçun işlenmiş olduğunda şüphe etmemek gerekir. Yahut belli bir habitat’ın yok edilmesi veya güvenli ve temiz gıda ve suya erişimin engellenmesi yoluyla insanların ölümüne neden olma ve bunu da ana planın bir parçası olarak yapmak da bir insanlığa karşı suç niteliğindedir³⁹¹. Yani bu düzenlemeye göre, çevresel tahribat *ancak* ağır insani kayıplara neden olduğu zaman insanlığa karşı suç olarak değerlendirilebilecektir; yani insani sonuçları nedeniyle suç haline dönüşecektir³⁹². Bu da bu düzenlemeyi insan-merkezcil bir konuma sokmaktadır.

Bu ve benzeri hipotetik senaryoların gerçekleşmesi durumunda 7. madde önleyici değil ama cezalandırıcı bir hukuk hükmü olarak devreye girecektir³⁹³. Ancak

Konferans’ta yarattığı büyük şaşkınlık için de bkz. Peter Sharp, “Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court”, **Virginia Environmental Law Journal**, Vol. 18 (1999), s. 235.

³⁹¹ Örneği Steven Freeland’dan almayım, Freeleand, **a.g.m.**, s. 129.

³⁹² Weinstein, **a.g.m.**, s. 720.

³⁹³ Sharp, **a.g.m.**, s. 235.

bu şekilde verilecek bir kararın, daha sonraki potansiyel suçlular için önemli bir caydırıcı olarak görev ifa etmesini çok da uzak bir ihtimal olarak görmüyoruz. Hatta böylesi bir maddenin sırf varlığı neticesinde dahi belli bir caydırıcılığın sağlandığını ümit etmekteyiz. Elbette ki bu maddede sayılan sistematik veya geniş çapta saldırının varlığı ve tekil eylemlerin bu ana planın bilinmesiyle gerçekleştiğinin de ispatlanması halinde, ilgili şahıs veya şahısların cezalandırılması mümkün olacaktır. *Freeland*'e göre bu madde sayesinde, çevresel suçların yargılanması yine de benzeri eylemlerin soykırım başlığı altında yargılanmalarına göre daha olasıdır³⁹⁴. Burada hatırlatılması gereken tek sorun, ana sistematik saldırı ile tekil çevresel suç arasındaki bilme bağının kurulmasının ispatlanmasıdır. Bunun ispatlandığı veya aşikâr olduğu durumlarda cezalandırmanın daha da kolay gerçekleşeceğini ifade etmeliyiz.

Artık savaş zamanı dışında da uygulama bulacağından, insanlığa karşı suçun, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da çevresel korumaya dolaylı ama önemli bir katkı sağlayabileceğini ümit etmekteyiz. 7. maddeyi, iç silahlı çatışmalarda çevresel koruma bağlamında maalesef fazlaca hüküm içermeyen uluslararası hukuk *lex lata*'sına değerli bir katkı olarak görmekteyiz. Katkının değerli bulunması, bunun yeterli olduğu anlamına gelmemelidir. Bir kere uluslararası ceza hukukunun uygulama konusu olması suçun artık işlenmiş olduğu anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu “olumlu” etki eğer gözlenecekse ancak ilk ihlal veya ihlaller sonrası için mümkün görünecektir ve sadece bir caydırıcılık söz konusudur. Kaldı ki çevrenin harap edildiği ve fakat suçun diğer unsurlarının oluşmadığı (yahut siyasi veya diğer başka nedenlerle durumun mahkeme önüne getirilemediği) durumlarda bir kovuşturmadan bahsetmek de mümkün olamayabilir.

3. ÇEVREYİ DOLAYLI OLARAK KORUYAN DİĞER İNSANCIL HUKUK HÜKÜMLERİ

Bilindiği gibi silahlı çatışmalar hukukunda çevrenin silahlı çatışmalar sırasında korunmasına yönelik özel kuralların öngörülmesi ve düzenlemeye kavuşturulması

³⁹⁴ Freeland, *a.g.m.*, s. 129.

1970’li yılların ortalarında gerçekleşmiştir. Bu tarihten önceki³⁹⁵ anlaşma hükümlerinin birincil amaçları ise, sivillerin korunması yahut mülkiyetin zarar görmesinin engellenmesi gibi başka amaçlar olmuştur³⁹⁶. Bu hükümlerin bazıları yine belli bazı durumlarda uygulanabilmektedir; örneğin 1907 Lahey Kuralları’nın 55. maddesi sadece işgal sırasında uygulama bulmaktadır. Dolayısıyla sağlanan çevresel koruma, bütüncül olmaktan uzak ve hemen hemen her durumda da “askeri gereklilik” şartı ile kısıtlamaya maruz bırakılmaktaydı. Yine de bugün de geçerliliklerini korumakta olan bu düzenlemelerin incelenmesini faydalı görmekteyiz.

1907 Lahey IV. Sözleşmesine ek kuralların 23(g) maddesi bu mahiyetteki kuralların ilk örneğini teşkil etmektedir. Bu madde ile “savaşın kesinlikle gerektirmediği hallerde düşmanın mülkiyetinin harap edilmesi veya müsadereye tabi tutulması” yasaklanmıştır. Bu hüküm ile çevrenin de korunabileceği özellikle Körfez Savaşı sonrası ileri sürülmüşse de³⁹⁷ çevresel değeri haiz her doğal unsurun mülkiyet altında olduğunu iddia edebilmek yahut çevreyi toptan bu kavramın içinde değerlendirebilmek mümkün görünmemektedir³⁹⁸. Bu düzenleme ile ilgili önemli bir başka husus, hükmün koruma kapsamına giren unsurların tespitidir. Bundan kastettiğimiz, sadece devlete ait malların bu madde ile koruma altına alınıp alınmadığının tespit edilmesidir. Yoksa bu kapsamın içinde gerçek kişilere ait malları da saymak olanaklı mıdır? Doktrinde bu hükmün amacının sadece devlet mallarının korunması olduğu iddia edilmektedir³⁹⁹. *Richard* ve *Schmitt* ise bu iddianın genel olarak reddedildiğini söylemektedirler.

1907 Sözleşmesi ekinin 55. maddesi çevrenin korunmasına katkı sağlayan bir diğer maddedir. Bu maddeye göre “İşgal eden Devlet, kendini ancak, düşman Devletine ait ve işgal edilen toprakta bulunan resmî binaların, gayrimenkulların, ormanların ve ziraî işletmelerin idaresi ve intifa hakkı sahibi olarak telâkki edecektir. Bu mülkiyetlerin

³⁹⁵ Bu şekilde dolaylı çevresel koruma sağlayan maddelere 1977 tarihli I. Ek Protokol ile yenileri eklenmiş veya daha önce mevcut olan maddeler Ek Protokol’de bir kez daha ifade bulmuştur.

³⁹⁶ Richard/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1067.

³⁹⁷ Michael Bothe, “Environmental Destruction as a Method of Warfare: Do We Need Law?”, **Disarmament**, Volume 15, No.2, (1992), s. 104.

³⁹⁸ Richard/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1068.

³⁹⁹ Hulme, **a.g.m.**, s. 57.

sermayelerini korumak ve onları intifa kaidelerine uygun olarak idare etmek mecburiyetinde olacaktır”⁴⁰⁰. Bu düzenlemeye göre düşman topraklarını işgal eden devlet gayrimenkulları, ormanları, ziraat için kullanılan alanları intifa hakkı sahibiymiş gibi makul bir şekilde işletebilir, ancak bu sayılanları tahrip veya yok etme yahut bunlar üzerinde kalıcı değişiklikte bulunma cihetine gidemez⁴⁰¹. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere bu madde yalnızca işgal hallerinde uygulama bulabilecek bir maddedir. Bu keyfiyet, hükmün sonucunu kısıtlayan bir etkiye şüphesiz sahip olacaktır⁴⁰². Bununla beraber hükmün kapsamı incelendiğinde orman ve ziraat alanlarının da hükmün bünyesine dahil edilmiş olmasıyla⁴⁰³ içeriği ve koruma etkisi daha geniş bir hale getirilmiştir.

IV. Cenevre Sözleşmesi’nin⁴⁰⁴ 53. maddesi de burada incelenmesi gerek maddelerdendir. Bu düzenlemeye göre “Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların imhası, askerî harekât bu imhayı kat’i olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır”⁴⁰⁵. Maddenin hazırlık çalışmalarının incelenmesi neticesinde madde ile korunmak istenenin askeri değeri haiz köprü yahut havaalanları gibi yerler olmadığı anlaşılmaktadır. Madde ile esas olarak şahısların ihtiyaçlarını karşılamakta istifade ettikleri kamusal ve özel malların çatışmaların menfi etkilerinden sakınılması amaçlanmaktadır⁴⁰⁶. Bu ise hangi unsurların sadece kişilerin ihtiyaçlarına yönelik olduğunun tespit edilmesini gerekli kılmaktadır⁴⁰⁷. Burada hatırlatalım ki bu maddenin de sadece işgal halinde uygulama bulması gerekmektedir. Dolayısıyla maddenin kendi bünyesinden kaynaklanan bazı sınırlamalar söz konusudur. 1977 tarihli I. Ek

⁴⁰⁰ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH9>.

⁴⁰¹ Richard/Schmitt, **a.g.m.**, s. 1068–1069.

⁴⁰² **Aynı**, s. 1069.

⁴⁰³ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 55.

⁴⁰⁴ Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva 12 August 1949, **United Nations Treaty Series**, Volume 75, s. 287 vd.

⁴⁰⁵ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH3>.

⁴⁰⁶ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 55-56.

⁴⁰⁷ **Aynı**, s. 56.

Protokol'ün⁴⁰⁸ bazı hükümleri de çevreyi dolaylı olarak koruma potansiyelini haizdir. Burada bu düzenlemelerin hukuki değerlendirmesinin yapılması gereklidir.

3.1. Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması

İnsan, maddi ihtiyaçlarının karşılanması hemen ardından sanatsal anlamda yaratıcılığın peşinde koşan ve yarattığı eserler ile büyüleyen bir varlıktır. İnsan, henüz basit ev yapımı gibi teknik becerilere sahip olmadığı dönemlerde dahi, günümüzde bizleri hayret ve hayranlık hislerine boğan sanatsal yaratımlarda bulunmuştur⁴⁰⁹. Ancak insanoğlunun bu sanat eserleri savaşın yıkıcı etkilerinden kendisini her zaman koruyamamıştır. Bazen kasıtlı bazen de kasıtlı olmayan eylemlerle kültürel unsurların tahrip edildiğine şahit olmaktayız. *François Bugnion*'un verdiği örneği hatırlamak gerekirse, Kartaca kenti işte böyle kasıtlı bir yıkım kampanyasının kurbanı olmuştur. Hatta yıkım o kadar köklü olmalıdır ki, Romalılar için söz konusu bölgede bir daha tarım yapmak dahi mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla bir zamanlar mağrur ve güzel kenti ve içindeki muhteşem sanat eserlerinin tamamen tahribi ile yetinilmemiş, daha önce de kısaca değindiğimiz gibi, toprağın tuzlanması yoluyla yeşil bitki örtüsünün yeniden gelişmesi ve büyümesi dahi engellenmiştir⁴¹⁰. 20 yüzyılın acı tecrübeleri ışığında bu konuda bir düzenleme yapılması fikri kamuoyunda oluşmuştur. Ancak bu atılan adımlara rağmen kültürel varlıkların savaş ve savaşın etkileri tarafından dolaysız bir şekilde tehdit altında bırakıldığı da aşikârdır. *Vrdoljak*'ın da hatırlattığı üzere, 1991 yılında tarihi Dubrovnik kentinin bombalanması veya 2003 yılında Bağdat Müzesi'nin yağmalanması olayları vuku bulmuştur⁴¹¹. Bu yakın tarihli olaylar, ilk olarak kültür mallarına yönelik tehditin varlığını ve ciddiyetini ispatlamaktadır. Bu eylemlerde karşı

⁴⁰⁸ Protokol'ün İngilizce metni için bkz;

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/f6c8b9fee14a77fdc125641e0052b079>, (24. 12. 2009)

⁴⁰⁹ François Bugnion, "The Origins and the Development of the Legal Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", ICRC, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/65SHTJ> (25.12.2009)

⁴¹⁰ François Bugnion, **a.g.m.**, s. 1.

⁴¹¹ Ana Filipa Vrdoljak, **Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law**, s. 1, <<http://ssrn.com>> (10.03.2010).

uluslararası camia tarafından gösterilen şiddetli tepki ise meselenin kamuoyu tarafından ciddiye alınan ve de takip edilen bir konu olmaya devam ettiğini göstermektedir⁴¹².

3.1.1. 1954 Lahey Sözleşmesi

Konuyla ilgili ilk kapsamlı uluslararası hukuk metni, 1954 Lahey Sözleşmesi'dir. Kültür Mallarının Silahlı Çatışma Durumunda Koruması için Sözleşme⁴¹³ başlığını taşıyan belge, I. ve de özellikle II. Dünya Savaşları'nın yarattığı bilinç sayesinde hazırlanmış olan bir hukuk metnidir⁴¹⁴. Özellikle II. Dünya Savaşı sırasında, Nazi Rejimi tarafından değerli sanat eserlerinin yağmalanması konunun ciddiyetini daha belirgin hale getirmiştir⁴¹⁵. Kendisinden daha önce hukuka kazandırılmış 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilmiş olan 1949 Cenevre Sözleşmelerinin eksiklikleri bu metin ile giderilmek istenmiştir. Sözleşme ile ilk defa sırf kültürel malların silahlı çatışmalar esnasında korunmasına dair kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir⁴¹⁶. Bütün bu tecrübelerden kaynaklanan harekete rağmen, sözleşmenin beklenen uluslararası ilgiyi görmüş olduğunu iddia etmek kolay görünmemektedir. Yine de, aksine iddiaları da not etmek kaydıyla, bu sözleşmenin yapılageliş hükmünü kazandığı görüşünü daha doğru bulmaktayız. Meyer sözleşmenin ulusal mevzuatlara yeteri kadar kazandırılmadığına işaret etse de⁴¹⁷, sözleşmenin hemen hiç çekince olmadan kabul edilmiş olması ve uygulamada riayetin gözlenmesi gibi unsurların ciddiye alınması gereken, bu sözleşmeyi yapılageliş hukukuna dâhil etmek isteyen görüşe önemli bir destek sağlayan

⁴¹² Vrdoljak, **a.g.e.**, s. 1.

⁴¹³“The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict”, Adam Roberts, Richard Guelff, **Documents on the Laws of War**, (Third Edition. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009), s. 371 vd.

⁴¹⁴ Rainer Wolf, “Weltkulturvölkerrecht und Nationalstaatliche Umsetzung”, **Natur und Recht**, Vol.30 (2008), s. 311.

⁴¹⁵ David J. Bederman, **International Law Frameworks**, (Second Edition. New York: Foundation Press, 2006) s. 244.

⁴¹⁶ Mark C. Driver, “The Protection of Cultural Property During Wartime”, **Review of European Community & International Environmental Law**, Vol.9 No.1 (2000) s. 4; Craig J. S. Forrest, “The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts”, **California Western International Law Journal**, Vol. 37 No 2 (2007), s.200.

⁴¹⁷ David A. Meyer, “The 1954 Hague Cultural Property Convention and its Emergence into Customary International Law”, **Boston University International Law Journal**, Vol. 11 (1993), s. 351-351'den aktaran Driver, **a.g.m.**, s. 4.

bir olgu olduğu da aşikârdır. Ancak evrensel bir kabullenimden bahsedebilmek mümkün değildir. 123 devlet sözleşmenin tarafıyken, 4 devlet de sözleşmeyi imzalamış ve fakat henüz onaylamamıştır. Bu 4 devlet arasında Birleşik Krallık da bulunmaktadır.

Sözleşmenin asıl amacı, silahlı çatışmalar *sırasında* çevrenin korunmasını sağlamaksa da, sözleşme ile getirilen kapsamlı sistemde devletlerin çatışmalar öncesi ve hatta çatışmalar sonrasında da bazı hak ve yükümlülükleri tespit edilmiştir⁴¹⁸.

Sözleşmenin Dibacesinde akit devletlerin kültürel malların tüm insanlık için önem taşıdığını ifade edilerek, bu unsurların uluslararası bir korumaya kavuşturulması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Sözleşmenin birinci maddesiyle sözleşme tarafından sağlanan genel korumadan istifade edecek olan malların neler olduğu tespit edilmiştir. Maddeye göre⁴¹⁹;

- “a) dini veya dünyevi, mimari, sanatsal veya tarihi eser olsun anıtlar; arkeolojik yerleşim yerleri; tarihsel veya sanatsal nedenlerle ilgi çeken bina grupları; sanat eserleri, el yazmaları... gibi halkların kültürel mirası için büyük önemi haiz taşınır veya taşınmaz mallar
- b) (a) bendinde tanımlanan taşınabilir kültür mallarını koruma ve de teşhir... görevini haiz binalar
- c) (a) ve (b) fıkralarında sayılan kültür mallarından çok sayıda barındıran ve “anıtları barındıran merkezler” şeklinde bilinecek olan merkezler ”

bu genel korumadan istifa edecektir.

Sözleşmeye taraf devletlerin silahlı çatışmaların zararlı etkilerinden kültür mallarını korumak için barış zamanında tedbirler alması gerektiği sözleşmenin 3. maddesi ile öngörülmüştür⁴²⁰. Bu tedbirlerin ne olacağının tespiti ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Önemli olan, yeterli seviyede korumayı getirecek etkililikte

⁴¹⁸ Forrest, **a.g.m.**, s. 200.

⁴¹⁹ Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 374.

⁴²⁰ Driver, **a.g.m.**, s. 5.

tedbirlerin alınmasıdır. Yine maddede getirilen tedbir alma yükümü, sadece her devletin kendi ülkesi içinde mevcut bulunan kültür mallarına ilişkin olacaktır.

Sözleşmenin 4. maddesi 1. fıkrası ile taraf devletlere kültür mallarını askeri hedef haline getirmeme yükümü getirilmiştir⁴²¹. Buna göre, bu malları askeri hedef haline getiren hareket tarzlarından kaçınmak şarttır. Yine bu mahiyetteki malların üzerine veya yakınına silah yerleştirilmesi bu malları askeri hedef haline getireceğinden bu tarz eylemler de bu fıkra ile yasaklanmıştır⁴²². 1. fıkra ile taraf devletlerin kültür mallarına karşı askeri eylemde bulunmaktan kaçınma yükümleri söz konusudur⁴²³. Maddenin 2. fıkrasına göre, bahsedilen koruma yükümleri, askeri gereklilik mevcut ise uygulama bulmayacaktır⁴²⁴. Buradaki askeri gereklilik hali, gerçekleştirilen ve de 1. fıkra hükümlerine aykırı olan tahrip edici eylemi kesinlikle (*imperatively*) gerekli kılıyor olmalıdır. Bu ise, daha yüksek bir uygulama eşiği gerektirdiği aşikâr olan bir düzenleme anlamına gelmektedir. Burada sadece askeri gereklilik değil *kesin* olan bir askeri gerekliliği aramak yerinde olacaktır. Bu yüzden de, bu maddenin ihlal edilmesini önlemek isteyen askeri karar alıcılar, bu madde ile korunan unsurlara zarar verilmesi söz konusu veya muhtemel olduğunda, normalde beklenenden daha sıkı bir kontrolde bulunarak askeri planlamayı gerçekleştirmelidir.

Yine de askeri gereklilik teriminin müdahil olduğu hemen her seviyede olduğu üzere, planlanmakta olan askeri operasyonun kesin olarak gerekli olmadığına inanacak çok az sayıda askeri karar alıcı bulunacağını da düşünmekteyiz. Hemen her askeri eylem ve hareketin, ölüm-kalım mücadelesi olan ve ulusal varlığın tehdit altında olduğu savaş sürecinin sonucuna, direkt ve de ciddi bir etkide bulunacağına askeri karar alıcılar tarafından inanılmasını biz daha makul bir beklenti olarak görmekteyiz. Dolayısıyla, madde tarafından istenen daha yüksek kontrol seviyesinin, yani sadece *kesinlikle* askeri olarak gerekli olanın yapılmasının, uygulamada sağlanabileceğine inanmıyoruz.

⁴²¹ Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 374.

⁴²² Driver, **a.g.m.**, s. 5.

⁴²³ Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 375.

⁴²⁴ Forrest, **a.g.m.**, s. 201.

Taraf devletlerin, çatışma zamanı kültür mallarını hedef alan hırsızlık, yağma hareketleri ile vandalizm eylemlerini yasaklamak, önlemek ve de gerektiğinde durdurmak yükümü vardır⁴²⁵.

Bu genel korumanın yanı sıra sözleşmenin 8. maddesi vd. hükümleriyle öngörölmüş özel bir koruma da söz konusudur. Genel korumadan 1. maddede sayılan unsurlar yararlanırken, bu özel korumadan taşınabilir kültür mallarını korumak saklamak için kullanılan binalar, heykel vb. saklanan merkezler ve de diğer büyük önemi haiz taşınmaz kültür malları oluşturmaktadır. Bu sayılanların da bu “özel” korumadan yaralanabilmesi için; “a) geniş sanayi merkezlerinden veya önemli askeri hedeflerden, ...iletişimin sağlanmasında görece önemli rol oynayan liman veya demir yolu istasyonlarından” yeterince uzak olmaları ve “b) askeri amaçlar için kullanılmamaları” gerekmektedir⁴²⁶. Özel korumadan yaralanabilmesi için ilgili kültürel malın ayrıca Özel Koruma Altındaki Kültürel Mal Uluslararası Sicili’ne (*International Register of Cultural Property under Special Protection*) girilmesi de şarttır.

Anlaşmazlıkların çözümünü sağlayacak mekanizmalar açısından sözleşmenin zayıf olduğu ifade edilmiştir⁴²⁷. Buna göre taraf devletler arasında çıkacak anlaşmazlıkların çözümü “diplomatik kanallarca çözülecektir ve arabuluculuk opsiyonu da çoğunlukla önceden “koruyucu devletlerin” tespit edilip edilmediğine bağlı kalmaktadır”. Uyuşmazlık çözümü için hususi hükümlerin yokluğu nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı’na başvuru mümkün olabilir⁴²⁸. Bu ise etkisiz bir yol olacaktır. Bu noktayı metnin bir eksikliği olarak görme eğilimindeyiz; çünkü devletlerin siyasi mahiyetteki bu barışçıl çözüm yollarını etkin bir şekilde kullandığını ifade etmek bize mümkün görünmemektedir.

Çevresel koruma açısından da 1954 Sözleşmesini olumlu ancak yetersiz olarak tasvir etmek zorundayız. Her şeyden önce, metinde düzenlenmiş korumaları ortadan

⁴²⁵ M. 4/3.

⁴²⁶ Driver, **a.g.m.**, s. 5; Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 376.

⁴²⁷ Aynı, s. 6.

⁴²⁸ Aynı, s. 6.

kaldıracak bir neden olarak öngörülmüş askeri gereklilik ilkesinin varlığı⁴²⁹, çevresel korumayı fiili olarak ciddi bir tehlikeye sokmakta, uygulamada korumanın tamamıyla ortadan kalkması sonucunun önünü açmaktadır. Sözleşmeyi çeşitli nedenlerle uygulamak istemeyen tarafın askeri karar alıcıları için bu şekilde bir kaçış yolu hazırlanmış olmaktadır. Bu ise sözleşmede mevcut korumanın etkin uygulanmasını engelleyecektir.

3.1.2. 1999 Tarihli II. Lahey Protokolü

Somali, Irak ve Balkanlar'da vuku bulan hadiselerde⁴³⁰ kültür mallarının tahrip edilmesi gerçeği ışığında uluslararası hukukta bazı iyileştirmelerin gerçekleştirilmesinin gerekliliğinin farkına varılmıştır. Yine, 1954 Lahey Sözleşmesi'nde mevcut olan askeri gereklilik maddesinin de kültür mallarının korunması üzerinde menfi etkiye bulunabileceği düşüncesi de bazı hükümetler tarafından temsil edilmiştir⁴³¹.

1999 tarihli II. Protokol⁴³², bu gibi sıkıntıların bertaraf edilmesi için hazırlanmıştır. Ancak bu belge ile askeri gereklilik ilkesinin bu bağlamda uygulanacak hukuk metinlerinden çıkarılması amacına erişilememiş; ancak bazı objektif kurallar ve şartlar getirilerek bu gerekçenin kullanılacağı durumlar düzenlemeye kavuşturulmak istenmiştir. Fakat netice itibarıyla, kullanımı daha kesin ve objektifleştirilmişse de hala askeri gereklilik ilkesi, hatta askeri fayda ilkesi Protokol'de mevcuttur.

“Saldırıda Tedbirler” başlığını taşıyan 7. maddeye göre ise, saldırının hedefi haline getirilecek hedeflerin kültür malı olup olmadığını tespiti için mümkün (*feasible*) olan her türlü yola başvurulması taraf devletlerden beklenmektedir. Taraf devletlerin askeri usul ve araçların seçimi sırasında kültür mallarının etkilenmesi engelleyecek veya

⁴²⁹ 1993 tarihli *Boylan Raporu*'na göre bu şartı metne sokan devletlerin hiç biri daha sonra Sözleşmeyi onaylamamıştır; aktaran Forrest, **a.g.m.**, s. 210. Forrest'ın 2007 yılı tarihli çalışmasında örnek olarak İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'ni zikretmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ise ancak 2009 yılında sözleşmenin tarafı olmuştur. İngiltere ise hala sözleşmeye taraf olmuş değildir.

⁴³⁰ Örnek vermek gerekirse, bu tarihi çalkantılarla dolu olan bölgede, Mostar'ın sembolik “Eski Köprü”sünün (*Stari Most*) gibi önemli kültür mallarının etnik temizlik kaygısıyla yıkılması benzeri şanssız olaylar vuku bulmuştur. Laura Perna, **The Formation of The Treaty Law of Non-International Armed Conflicts**, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), s. 129.

⁴³¹ Forrest, **a.g.m.**, s. 210.

⁴³² Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 699 vd.

en azından bu etkilenmeyi azaltacak tarzda seçimler yapmaları umulmaktadır. Aynı maddenin (c) bendine göre, beklenen dolaysız askeri faydaya oranla aşırı olacak bir zararın kültür mallarında oluşacağını tespit ettiğinde veya öngördüğünde, buna neden olacak saldırıdan kaçınmak da taraf devletlerin bu Protokol'den kaynaklanan yükümlerindendir. Burada gözlerden kaçmaması gereken önemli bir nokta, askeri fayda kavramının kullanılmış olduğu gerçeğidir. Askeri gerçekliğin belgeye yansıtılması belgenin hazırlanması aşamasında, askeri kurumları temsil eden bireylerle çevre uzmanları arasında önemli gerilimlere neden olmuştur⁴³³. Bu askeri gereklilik ilkesine göre daha esnek, kötüye kullanıma daha açık bir terim olarak doktrinde yorumlanmıştır. Gerekli olmasa dahi faydalı olabilecek bir harekâtın söz konusu olduğu hallerde bu mümkün ve de doğru bir yorum olarak görünmektedir. Netice itibarıyla özünde bu kavramın da kötüye kullanıma açık olduğunun tespiti şu an için bu çalışma açısından yeterlidir. Farzedilen herhangi bir askeri faydaya atıfta bulunarak kültür mallarının tahrip edilmesi çok da akıldan uzak bir ihtimal değildir. Özellikle etnik temizlik kaygısıyla kültürel objelerin hedef haline getirildiğine şahit olduğumuz dünyamızda bu mahiyetteki kavramların ciddi kötüye kullanım potansiyelini haiz olduklarına işaret etmek şarttır.

1999 tarihli II. Protokol'ün 8. maddesine göre, taraf devletlerin mümkün olan en üst seviyede olmak kaydıyla, kültür mallarını askeri hedeflerin uzağına taşımaları veya bu mallara oldukları yerde (*in situ*) yeterli derecede koruma sağlamaları gerekmektedir⁴³⁴. Yine 8. maddeye göre, taraf devletlerin bir diğer yükümlülüğü de insancıl hukuka göre askeri hedef teşkil edecek unsurların kültür mallarının yakınına konuşlandırmaktan kaçınmalarıdır⁴³⁵. Bu şekilde diğer savaşan tarafların meşru sayılabilecek ancak netice itibarıyla kültür mallarının tahribine de yol açacak askeri eylemlerinin önüne geçilmek istenmiştir. *Laura Perna* 1999 tarihli Protokol'ün esaslı bir iyileştirme getirmediğini ifade eder⁴³⁶. Bu görüşe katılmamak elde değildir. Marjinal sayılacak iyileştirmeler söz konusu olsa dahi, 1954 Sözleşmesi ile yaratılan durumdan çok daha kapsamlı şekilde iyi bir korumanın bu Protokol ile oluşturulduğunu biz de

⁴³³ Perna, **a.g.e.**, s. 130.

⁴³⁴ Forrest, **a.g.m.**, s. 211; Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 704.

⁴³⁵ Roberts/Guelff, **a.g.e.**, s. 704.

⁴³⁶ Perna, **a.g.e.**, s. 128, 130.

düşünmüyoruz. Gerçekten de askeri usul ve araçların seçimi sırasında kültür mallarının etkilenmesi engelleyecek veya en azından bu etkilenmeyi azaltacak tarzda seçimler yapmak gibi soyut ve de fazlasıyla iyi niyetli düzenlemelerin askeri uygulayıcılar için hiçbir anlam ifade etmeyeceğine inanıyoruz. Bize göre, bu tip düzenlemeler, yapıları gereği keyfiliğin ve de mazeretlerin sıralanmasından başka bir şeyi sağlayamayacaktır.

3.1.3. I. Ek Protokol’ün 53. Maddesi; Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması

I. Ek Protokol’ün 53. maddesi ile tarihi anıtların, sanat eserlerinin veya ibadet yerlerinin saldırgan eylemlere maruz bırakılması yasaklanmıştır. “Kültürel Hedeflerin ve İbadet Yerlerinin Korunması” başlığını taşıyan maddeye göre⁴³⁷;

“Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkındaki 14 Mayıs 1954 tarihli Lahey Konvansiyonunun hükümlerinden ve diğer ilgili uluslararası kuruluşların hükümlerinden bağımsız olarak aşağıdakiler yasaklanmıştır:

- (a) İnsanların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan tarihi anıtlar, sanat eserleri ya da ibadet yerlerine karşı yöneltilen düşmanca eylemler gerçekleştirmek,
- (b) Bu hedefleri askeri çalışmaların desteklenmesi için kullanmak,
- (c) Bu tür hedefleri misilleme hedefi haline getirmek.” yasaktır.

Bu madde, Uluslararası Kızıl Haç Örgütü tarafından hazırlanan taslakta mevcut değilken, daha sonradan taraf devletlerin, bu konuda bir düzenlemenin Protokol’de mutlaka bulunması gerektiği şeklindeki yaklaşımları nedeniyle Protokol metnine eklenmiştir. Maddenin Yunanistan, Ürdün ve İspanya tarafından önerilen ilk hali, aslında Protokol’ün 52. maddesine getirilen bir değişiklikti. Bu maddeye kültürel önemi haiz hedeflerin korunmasını sağlar bir hal de kazandırmak için yapılmış bu değişiklik

⁴³⁷ Metin için bkz; <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>, (04. 01. 2011).

önerisi, yerini sonraları konunun kendine ait büyük önemi haiz olması nedeniyle, bu konuda ayrı bir madde düzenlenmesi gerektiği şeklindeki bir düşünceye bırakmıştır.

Bu şekilde hareket edilmesinde bu konuda daha önce hazırlanmış uluslararası belge olan 1954 Sözleşmesi'nin dünya çapında bağlayıcılığı kazanamamış olması da önemli bir rol oynamıştır. Bu madde ile maddede söz konusu edilen hedeflerin silahlı saldırıya uğraması veya bu hedeflerin askeri amaçlar için kullanılması yasaklanmıştır⁴³⁸. *Bothe et. al.*'ın hatırlattığı üzere, bu madde 1907 Lahey Savaş Kuralları Yönetmeliği'nin 27. maddesindeki yasağın bir yeniden ifadesi ve onaylanmasıdır. 1907 Yönetmeliği'nin 27. maddesi uluslararası yapılageliş hukukunun bir parçası olarak görülmektedir. Maddeye göre;

“Kuşatma ve bombardımanlarda, din, sanat, bilim ve hayır işlerine adanan binalar ile tarihi anıtların, hastanelerin ve yaralı ve hastaların toplanma mekânlarının, mümkün olduğu kadarıyla ve (bunların) askeri amaçlarla kullanılmaması şartıyla, korunmalarının (*spare*) sağlanması için gerekli tüm adımlar atılmalıdır.”

1907 tarihli Yönetmeliğin 27 maddesinde korumayı kısıtlayıcı bir olgu olarak “*mümkün olduğu kadarıyla*” ibaresi önemlidir. Burada belli bir tolere edilebilirliğe kadar bir yüklenimin getirilmesi mevcuttur. Bu ibareyi klasik askeri gereklilik kuramı içinde değerlendirmek mümkündür. Mümkün olduğu kadar koruma ve gerektiği zamanda gerektiği kadar yıkım olarak kısaca özetlenecek bir yaklaşıma sahip 27. maddeden farklı olarak I. Ek Protokol'ün 53. maddesinde benzer şekilde korumayı kısıtlayıcı hiçbir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle buradaki koruma yükümlüğünün mutlak olduğunu ifade etmemiz şarttır.

Frits Kalshoven, sanat eserlerinin ve ibadet yerlerinin korunmasına dair I. Protokol hükmünü, 1954 Sözleşmesine kıyasla yetersiz bulmakta ve bu konuda daha iyi bir koruma seviyesine ulaşılmasını arzu eden devletlerin 1954 Sözleşmesine taraf

⁴³⁸ Bothe/Partsch/Solf, *a.g.e.*, s. 329.

olmalarını tavsiye etmektedir⁴³⁹. Genel olarak *Kalshoven*'a katılmakla beraber, burada hatırlatmak istediğimiz bir husus, *Kalshoven*'in katılınmasını salıklaadığı 1954 sözleşmesinin 4. maddesinin 2. fıkrası hükmüdür. Bu fıkra göre, askeri gerekliliğin kesinlikle zorunlu kıldığı (*imperatively requires*) hallerde bu madde tarafından öngörölmüş bulunan korumalar ortadan kalmaktadır. Hâlbuki Protokol'ün 53. maddesinde bu şekilde bir kısıtlama bulunmamaktadır. Sadece bu konuda, yani sağlanan korumanın askeri gereklilik ve benzeri sebeplerle sınırlandırılabilmesi konusunda olmak kaydıyla, Protokol'ün daha ileri bir düzenleme öngördüğünü düşünmekteyiz. Ancak, gerek talep edilen korumanın esaslı ve detaylı bir biçimde düzenlenmiş olması gerekse korumayı fiilen mümkün kılacak düzenlemelerin varlığı, 1954 sözleşmesini genel değerlendirmede çevresel korumanın sağlanması hususunda daha öne çıkarır görünmektedir. Sonuç olarak, *Kalshoven*'in 1954 sözleşmesine katılma yönündeki tavsiyesi, bizce de yerinde gözükmektedir.

Ancak bu hususu, Protokol için bir eksiklik olarak algılamak doğru değildir. Her şeyden önce bütün bir sözleşme ile ulaşılan bir koruma seviyesine tek bir madde ile ulaşılmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Kaldı ki 53. madde apaçık bir şekilde 1954 sözleşmesinin uygulamasına halel getirmeyeceğini kendisi tespit etmiş durumdadır. Dolayısıyla 1954 sözleşmesine önceden üye olmuş bulunan bir devletin Protokol'e de taraf olması durumunda, sözleşmece öngörölmüş kapsamlı korumanın ortadan kalkacağını düşünmek hukuken yanlış olacaktır. Bunu Protokol hükmü de zaten açık bir şekilde düzenlemiştir.

Önemli bir başka husus da korumadan yararlanacak unsurun belli seviyede tanınmışlık kazanması gerekliliğidir. Sözleşme *travaux préparatoires*'ı ışığında; bu madde ile korumanın ibadet yerlerinin tümüne teşkil edilemeyeceği, koruma için ibadet yerlerinin veya sanat eserlerinin tanınmışlığının yerel bir tanınmışlık ve ünden daha yüksek bir seviyede olması gerektiğine işaret edilmiştir⁴⁴⁰.

Çalışma grubunun faaliyetleri sırasında bu maddenin sağladığı korumanın kapsamı tartışma konusu olmuştur. Bir düşünceye göre bu madde ile sağlanan koruma

⁴³⁹ Kalshoven, *a.g.e.*, Constraints, s. 95.

⁴⁴⁰ Boelaert -Suominen, *a.g.e.*, s. 56.

tüm ibadet yerlerine teşmil edilmelidir. Bu görüşe karşı çıkan görüş ise sadece “halkların kültürel mirasını” oluşturan hedeflerin bu korumadan yararlanmasını savunmuştur. Bu ikinci görüşü savunanlara göre, birinci alternatifin kabul edilmesi durumunda, ibadet yerlerinin kötüye kullanımını yolu açılacaktır. Zaten ibadet yerlerinin sıklıkla savaş bölgesi içinde kalmakta olduğundan savaşın kötü etkilerinden bunların tamamen korunması da mümkün olamamaktadır⁴⁴¹. Maddenin şu anki halinden bu ikinci baskın görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır.

3.2. Sivil Halkın Yaşaması İçin Vazgeçilmez Olan Hedeflerin Korunması

Bir diğer çevresel korumaya katkıda bulunabilecek düzenleme de Protokol’ün 54. maddesidir. Sivil Halkın Yaşaması için Vazgeçilmez olan Hedeflerin Korunması başlığını⁴⁴² taşıyan bu hükme göre⁴⁴³,

“

2. Her ne güdüyle olursa olsun, sivilleri aç bırakmak, sivillerin taşınmasına neden olmak ya da başka bir güdüyle, düşman Taraf ya da sivil halk açısından taşıdıkları yiyecek içecek değeri yüzünden sivilleri bunlardan mahrum bırakmak amacıyla, yiyecek maddeleri, yiyecek maddelerinin, tahılların, besi hayvanlarının, üretildiği tarım alanları, içme suyu tesisatları ve kaynakları ve sulama kanalları gibi, halkın yaşamını sürdürmesi için vazgeçilmez olan hedeflere saldırmak, bunları yok etmek, ortadan kaldırmak ya da kullanılamaz hale getirmek yasaktır”.

Bu madde, “aç bırakma yolu ile savaş yapma”yı kesin olarak yasaklamaktadır⁴⁴⁴. Bu hükme göre, sivil halkın yaşaması (*survival*) için vazgeçilmez olan bazı mekân ve malların savaş eylemlerinin hedefi olmaması gerekmektedir. Bu korunması gereken

⁴⁴¹ CDDH/III/224, XV Official Records, s.333’ten aktaran Bothe/ Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 331.

⁴⁴² Başlığın orijinali “Protection of Objects Indispensable to the Survival of the Civilian Population” şeklindedir.

⁴⁴³ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>.

⁴⁴⁴ Bothe/Partscht/Solf, **a.g.e.**, s. 334; Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 61.

unsurlar arasında yiyecek maddeleri, bunların üretildiği tarımsal araziler, canlı hayvanlar, su içme tesis ve depoları ile sulama sistemleri gibi yapılar bulunmaktadır⁴⁴⁵. Bu mahiyetteki binaların yıkımı söz konusu olduğunda önleyici veya cezalandırıcı kaygılarla yahut öldürme kastıyla sivil halkın hedeflenmesi ilk akla gelen olgudur. Ancak “(h)er ne güdüyle olursa olsun” denilerek bu binaların her türlü kasta karşı korunduğu tespit edilmektedir. Yani aç bırakma amaçlı eylemler, maddenin 1. fıkrasıyla zaten apaçık bir şekilde yasaklanmış olmakla beraber, maddede sayılan bina ve tesislerin korunması yalnızca bu kastın varlığına bağlı değildir. İster aç bırakarak öldürme (starvation) isterse bir sivil halk grubunun belli bir yerden idarelerine rağmen başka bir yere göç etmelerini sağlama veya bu neticeyi icbar amacıyla veya başka diğer güdülerle işlenen bu eylemler yine de bu madde tarafından yasaklanmıştır. Önemli olan bu bina veya tesislerin veya canlıların yok edilmesi suretiyle sivil halkın yaşamsal değeri haiz bu unsurlardan mahrumiyetinin sağlanması fiilinin varlığı olmaktadır.

Bu şekliyle madde hukuk dünyası için önemli bir değişiklik yenilik arz etmektedir. Zamanına göre oldukça insancıl sayılan Lieber Yasası’nın 17. maddesine göre⁴⁴⁶;

“savaş yalnızca silahla ile yürütülmez. Düşmanı, silahlı olsun veya olmasın, aç bırakarak, onun daha çabuk kontrol altına alınmasına çalışmak hukuka uygundur”.

Lieber yasasındaki bu sert ve de istisnaya yer vermez ifade daha sonraki sözleşmelerde biraz yumuşatılmış olsa da, bunların hiç biri I. Ek Protokol seviyesine gelememiştir.

Maddenin başlığından kaynaklanan bir sınırlama söz konusudur. Gerçekten de maddenin başlığı “Sivil halkın yaşamını sürdürebilmesi için vazgeçilmez olan hedeflerin korunması”dır. Dolayısıyla madde ile *sadece* sivil olan şahısların korunması amaçlanmıştır; silahlı kuvvetlerin korunması amaçlanmamaktadır. Bu husus maddenin 3. fıkrasında zaten açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. 3. fıkranın a bendine göre, 2. fıkarda sayılı olan araziler, binalar veya mallar eğer “*yalnızca* silahlı kuvvetler” için

⁴⁴⁵ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 334.

⁴⁴⁶ **Aynı**, s. 336.

kullanılmaktaysa bahsi geçen korumadan yararlanamaz. Yine, *askeri faaliyetler* için bu sayılan unsurlar kullanılmaktaysa korumadan istifade edemeyeceklerdir. Ancak bu iki durumda da sivil halkın bu hedeflere karşı gerçekleştirilen askeri eylemlerden etkilenmesi söz konusu olacaksa bu askeri eylemlerden imtina etmesi apaçık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bu gibi durumların söz konusu olduğu, yani askeri kuvvetlerin elindeki erzak depolarının mesela tahribinden önce de mümkün olan her türlü tedbiri almakta fayda vardır. İlk bakışta tamamen askeri kullanım amacıyla depolanmış gibi görünen ve dolayısıyla hedef olabilecek bu unsurların, sivil şahısların menfaati için kullanıldığı tespit edilebiliyorsa, o zaman da saldırının gerçekleştirilmemesi gerekmektedir⁴⁴⁷.

Kanaatimizce burada klasik askeri gereklilik/askeri fayda orantılılığından farklı bir düzenleme mevcuttur. Hükümün yapısından sadece sivil halkın zarar görmemesinin sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Demek oluyor ki askeri fayda ne kadar büyük olursa olsun bu mahiyetteki hücumlardan imtina etmek zorunluluğu mevcuttur. Kaldı ki maddede askeri gereklilik kaydına açık bir atıf da söz konusu değildir. Bu nedenlerle buradaki yasağın mutlak bir yasak olarak görülmesi ve sadece düzenleme tarafından öngörülmüş durumlarda bu yasağın bertaraf edilmesine ve direkt saldırının gerçekleşmesine izin verilmesi gerekmektedir.

3.3. Tehlikeli Kuvvet İçeren Yapı ve Tesislerin Korunması

1977 tarihli I. Ek Protokol'ün insancıl hukuka kazandırdığı önemli bir diğer yenilik de bazı tesislerin, ihtiva ettikleri tehlike ve hasar potansiyeli nedeniyle, ilaveten özel koruma hükümlerine tabi tutulmasıdır. Böyle bir özel bir koruma hükmünün öngörülmesi yerinde bir karar olarak nitelendirilmelidir; çünkü yukarıda da hatırlattığımız gibi, baraj gibi tesis ve yapılar tarih boyunca askeri hedef olarak algılanmış ve tahrip edilmiştir. Sivillerin ve çevrenin korunması gibi bir kaygıya sahip şahıslar için bu durumu daha da vahim hale getiren, bu tahrip eylemlerinin her zaman

⁴⁴⁷ Bothe/Partsch/Solf, *a.g.e.*, s. 340–341.

düşman devlet tarafından değil ancak savunma amacıyla devletlerin kendileri tarafından da gerçekleştirilmesidir⁴⁴⁸.

Bu hüküm, uluslararası insancıl hukukun diğer hükümlerinin *yanı sıra* uygulama bulacak ve ilave bir koruma sağlayacaktır. Bu ifadeyle kastımız, bu hükmün diğer koruma hükümlerinden önce *lex specialis* uygulama bulması diğer korumaları ortadan kaldırmayacak ve fakat onlarla beraber insancıl hukukun sağladığı korumayı daha güçlü hale getirecektir. Örneğin, Ek Protokol'ün 57. maddesi gereği alınması gerekli önlemler alınacaktır. Bununla beraber 56. madde de uygulama bulacak ve ekstra bir koruma kalkını oluşturacaktır. III. Komite'nin Raporu bu hususu şöyle aydınlatmaktadır⁴⁴⁹;

“Dikkat edilmelidir ki 56. madde bu hedeflere, önemli de olsa, belli sayıda koruma katmanından *sadece biri olan* özel bir korumayı sağlamaktadır. İlk olarak, madde 52'ye göre bu barajlar, su kanalları veya nükleer elektrik istasyonları meşru askeri hedefler olarak sınıflandırılmıyorsa, sivil bir mahiyeti olacaktır ve saldırıya konu edilemeyecektir.

İkinci olarak, eğer askeri bir hedef olarak sınıflandırılıyorsa veya hemen yakınında askeri başka hedefler mevcut ise, *bu madde* ile özel bir korumadan yararlanmaktadır.

Üçüncü olarak, bu madde hükümlerine göre, saldırıya konu edilebiliyorsa veya yakınındaki askeri hedefe saldırı tecviz edilebilmekteyse, o saldırı hala bu Protokol'ün ve uluslararası hukukun diğer hükümlerine tabidir. Hususan barajlara, su kanallarına, nükleer istasyonlara veya askeri hedeflere saldırı, eğer bu saldırı ile elde edilmesi beklenen askeri faydaya nispetle çok aşırı olacak bir sivil can kaybına neden olacaksa, yine gerçekleştirilemez.”

⁴⁴⁸ Vanda Lamm, “Protection of Civilian Nuclear Installations in Time of Armed Conflict”, **Nuclear Law Bulletin**, Issue 72, 2003. s. 1. < http://www.nea.fr/html/law/nlb/nlb-72/029_038.pdf >> (10.12.2009).

⁴⁴⁹ CDDH/215/Rev. 1, paragraf 86, aktaran Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s.352; Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 672.

Görüldüğü üzere bu maddenin birinci fıkrasında sayılan baraj, su kanalı ve elektrik üreten nükleer güç istasyonlarına yüksek derecede bir ek koruma sağlanmıştır⁴⁵⁰. Bu tesislere gerçekleştirilecek askeri saldırılar tehlikeli kuvvetlerin salıverilmesine ve böylece yüksek sayıda sivil şahsın canlarının ve mallarının kaybedilmesine neden olabilecektir⁴⁵¹.

Maddede sayılan tesislerin yanı sıra diğer başka tesislere de bu maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da doktrinde belli bir uzlaşmaya ulaşılmış görünmektedir. Bu uzlaşya göre maddede gerçekleştirilen bir *numerus clausus* sayma eylemidir. Dolayısıyla bu madde ile getirilen koruma sadece maddede zikredilen tesisler için uygulama imkânı bulacaktır⁴⁵². Gerçekten de maddenin orijinal İngilizce metninde geçen *namely* kelimesinden bu sonuca ulaşmak doğru görünmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı web sayfasında mevcut çeviride ise “Barajlar, su kanalları ve nükleer elektrik üretim tesisleri *gibi* tehlike arz eden unsurlar içeren yapılar ya da tesisler...” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir⁴⁵³. Bu çeviriye göre hareket edilmesi durumunda, maddenin bahsettiği korumanın diğer benzer özellik taşıyan tesis ve binalara teşmil edilmesi mümkün görünmektedir. Ancak uluslararası hukukun yerleşmiş yorum kuralları gereği gerçekleştirilmesi gereken yorumlama eyleminde başvuru kaynağımız düzenlemenin resmi dil veya dilleri olmak zorundadır. İngilizce metin üzerinde yapılan bir yorum ameliyesi sonucunda bu sayılan üç yapı/tesisten başka bir tesise bu maddenin uygulanmasını olanaklı göremiyoruz.

Belgenin hazırlık çalışmaları da bu sonucumuza destek vermektedir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin 1956 yılında hazırladığı Taslak Kurallara⁴⁵⁴ göre “Barışçıl amaçlar için tasarlanmış hidroelektrik barajlar, su kanalları ve nükleer enerji istasyonları gibi bina ve tesislerin” savaş zamanı genel bir dokunulmazlık şemsiyesi altına yerleştirilmesi öngörülmüş; bu dokunulmazlık, askeri eylemlerde kullanılmama şartına

⁴⁵⁰ Bothe/Partsch/Solf, *a.g.e.*, s. 350.

⁴⁵¹ Aynı, s. 350.

⁴⁵² Schmitt, *a.g.m.*, The Environmental Law of War, s. 257.

⁴⁵³ <<http://www.msb.mil.tr/asad/default.php?page=SCH6>>.

⁴⁵⁴ Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War.

bağlanmıştır⁴⁵⁵. Taslağa göre taraf devletler baraj, su kanalı veya hidroelektrik santralleri gibi tesislere, silahlı çatışma müddetince, dokunulmazlık tanınmasını sağlayacak andlaşmaları barış zamanında yapacaklardır. Ayrıca bu devletler, savaş zamanı imzalayacakları ilave andlaşmalar ile askeri operasyonlar ile hiçbir ilgisi olmayan tesislere özel bir koruma sağlayabileceklerdi⁴⁵⁶. Bu taslak kurallar daha sonraları, 1971 ve 1972 yıllarında gerçekleştirilen Hükümet Uzmanları Konferanslarında Kızılhaç'ın bulunduğu tekliflerin ilk-örneğini (prototip) oluşturmuştur.

Görüldüğü üzere 1956 Taslağı ve ona dayandırılarak yapılan tekliflerde tesisler sadece örnek olarak sayılmıştır. Ancak bu kapsamlı koruma teklifi devlet temsilcileri tarafından gerçekçi bulunmamış ve uygulamasının imkânsız olduğu ifade edilmiştir. Özellikle savaş zamanı belli bazı tesislere koruma sağlanması amacıyla savaşan devletlerin bir araya gelip andlaşma yapmalarının çok gerçekçi olmadığı ifade edilmiştir. Bazı uzmanlar ise tehlikeli kuvvet içeren ve hasar görmeleri halinde bu yıkıcı kuvvetin çevreye yayılmasının muhtemel olacağı bütün bina ve tesislerin, ayırım gözetilmeksizin, dokunulmazlık kapsamına alınmasını teklif etmişlerdir⁴⁵⁷. Başka uzmanlar bu mahiyette genel bir dokunulmazlık teklifini gerçekçi bulmamış, düzenlemeye konu olabilecek bina ve tesislerin er veya geç askeri kullanıma konu olacağını ve dolayısıyla askeri hedef haline geleceğini savlamışlardır⁴⁵⁸.

Kızılhaç'ın 1973 tarihli taslak metninin 49. maddesi ise sınırlı ve tahdidi bir listeyi haizdir. Bu madde ile ancak bu listede olan yapı veya tesislerin saldırıdan, yıkımdan ve misillemeden masun olduğu öngörülmüştür. Madde ayrıca çatışan tarafların bu binaların hemen yakınlarına askeri hedef olabilecek unsurları koymamaya çalışmakla görevlendirmekteydi⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Yves Sandoz/ Christophe Swinarski/ Bruno Zimmermann (Eds.), **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers 1987, s. 667; Bothe/Partscht/Solf, **a.g.e.**, s. 351.

⁴⁵⁶ Lamm, **a.g.m.**, s. 1.

⁴⁵⁷ Werner Josef Leitmeier, **Humanitaere Forderung und militaerische Notwendigkeit - Art. 58. lit. A des I. Genfer Zusatzprotokolls und seine Auswirkung auf die Verteidigungsplanung der Bundesrepublik Deutschland**, (Basılmamış Doktora Tezi, Regensburg Üniversitesi), s. 35.

⁴⁵⁸ Bothe/Partscht/Solf, **a.g.e.**, s. 351.

⁴⁵⁹ CCDH/III/SR. 18, paragraf 16–17 aktaran, Bothe/Partscht/Solf, **a.g.e.**, s. 351.

Protokol'ün bu maddesinin kabul edilmesinin ancak bu madde ile düzenlenmek istenen korumanın barajlara, su kanallarına ve elektrik üretiminde kullanılan nükleer güç istasyonlarına inhisar ettirilmesinin kabulünden sonra mümkün olabildiğine işaret edilmektedir. Yani genişletici yoruma müsait metin apaçık terk edildikten sonra bir anlaşmaya ulaşabilmek mümkün olmuştur. Günümüzdeki haliyle maddeye, bir uzlaşma hükmü (*Kompromisslösung*) demek yerinde olacaktır. Dolayısıyla maddede mevcut sayımın tahdidi olup olmadığı yönündeki bir şüphe yersiz olacaktır⁴⁶⁰.

Sayılan bina ve tesislerden başkasına teşmil edilemeyeceğini tespit ettikten sonra, düzenlemede geçen elektrik üreten nükleer tesislerinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu terim ile elektrik üretimi amacıyla işletilen nükleer tesislerin korunmasının hedeflendiği açıktır. Dolayısıyla sadece barışçıl amaçlar ile işletilen nükleer tesislerin sadece belli bir türü için koruma öngörülmektedir. *Lamm*'ın da örnek olarak işaret ettiği gibi, barışçıl amaçlar ile kurulan ve işletilen araştırma reaktörleri (research reactors) bu korumanın kapsamında değerlendirilemez. Hâlbuki nükleer tesisler içinde azımsanamayacak kadar sayıda araştırma reaktörü mevcuttur ve bunların bu tahdidi listeye eklenmemiş olması ciddi bir eksiklik olarak görülmelidir⁴⁶¹. Bu tipteki nükleer tesislerin ise, I. Ek Protokol'ün 52. maddesi 1. fıkrasının koruması altında olduğunu belirtmeliyiz. Buna göre askeri özellikte olmayan, sivil binalar ne bir saldırının konusu haline gelebilir ne de bir zararlı karşılık eylemine konu olabilir.

Korumanın söz konusu olacağı saldırının (attack) anlamı da araştırılmalıdır. Ek Protokol'ün 49. maddesine göre saldırı, savunma veya hücum amacıyla düşmana karşı gerçekleştirilen şiddet eylemleri olarak anlaşılmalıdır. Bu saldırı eylemi saldırıda bulunan devletin kendi ülkesi içinde de gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda dahi Protokol'ün anladığı anlamda bir saldırıdan bahsetmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla 56. maddedeki saldırı kavramına da bu anlamı tanımak gerekecektir. Dolayısıyla bir

⁴⁶⁰ Greenpeace tarafından hazırlanan bir raporda buradaki saymanın örnek amaçlı olduğunu savlamaktadır. Teze göre “liberal bir yorumlama ile” maddede sayılmayan bina ve tesislerin de madde kapsamında sayılması mümkündür. Rapora, *ancak olması gereken hukuk olarak katıldığımızı fakat günümüz uluslararası hukuk parametreleri ve yorum metodolojisi ışığında, olan hukuk olarak raporun bu bulgularına katılamadığımızı ifade etmeliyiz*. William M. Arkin/Damian Durrant/Marianne Cherni, **On Impact: Modern War and the Environment- A Case Study of the Gulf War**, (London: Greenpeace Study, May 1991), s. 140.

⁴⁶¹ Lamm, **a.g.m.**, s. 4; Leitmeier, **a.g.e.**, s. 36.

taraf devletin kendi ülkesi içinde bulunan ancak düşman denetimi altında bulunan barajlar, su kanalları ve elektrik üreten nükleer tesislere, ülke devletinin saldırıda bulunması da bu madde ile yasaklanmaktadır.

Ancak ülke devletinin ilerleyen düşman güçlerini durdurmak veya bunlara zarar vermek amacıyla bahsi geçen bina veya tesisleri tahrip edip edemeyeceği tartışmalı görünmektedir. Katılamadığımız ancak öğretide önemli ağırlık kazanan görüşe göre bu durumda korumanın uygulanması söz konusu olmayacak ve ülke devleti hukukun diğer kuralları ile kayıtlı olarak dilediği gibi hareket edebilecektir. *Bothe/Partsch/Solf*'a göre Belçika ve Hollanda temsilcilerinin, taslaktan “destroy” kelimesini kaldırtmayı başararak, taraf devletlerin en azından kendi ülkeleri içindeki bazı haklarını korumayı başardıkları görüşündedir. Dolayısıyla sadece saldırıya karşı koruma sağlanmakta ve fakat devletlerin kendilerinin yapacakları tahribat koruma kapsamında bulunmamaktadır.

Bizim görüşümüze göre, *sırf düşmanın eline geçmemesi amacıyla* gerçekleştirilecek bir imha eylemi gerçekte de baskın görüşe uyararak bu koruma kapsamına alınmamalıdır. Ancak *düşmana hasar verilmesi amacıyla* bu tesislerin imhasını Protokol'ün 49. maddesi anlamında bir saldırı olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu da bu zarar verici eylemleri 56. maddenin koruması altına alacaktır. Dolayısıyla bugün için karşı saldırı amacıyla barajların tahrip edilmesini hukuka aykırı değerlendirmek gerekecektir.

56. madde hükmü gereği, bu madde ile tanınan korumanın ortadan kalkacağı durumlar da mevcuttur. Bu korumanın kalkması sonucunu doğuran şartlar doktrinin de işaret ettiği üzere, söz konusu binaya göre, iki farklı şekilde düzenlenmiştir.

Elektrik üretiminde kullanılan nükleer tesislerin bu madde gereği yararlandığı koruma bu tesisin, düşmanın askeri operasyonlarına “düzenli, önemli ve dolaysız” destek verdiği ve bu desteği kesmenin tek yolunun askeri bir saldırı olduğu durumlarda ortadan kalkmaktadır⁴⁶².

⁴⁶² Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 355.

Baraj ve su kanallarına bu madde ile tanınan hususi korumanın kalkması ise şu şartlara bağlanmıştır; Bunlar normal fonksiyonlarından başka amaçlar için kullanılıyor ve böylelikle düşmanın askeri operasyonlarına “düzenli, önemli ve doğrudan” bir katkı sağlanıyor olmalıdır. Bu iki şartın yanısıra, bu sağlanan desteğin sona ermesinin tek yolu ancak bir saldırıysa işte o zaman bu korumanın ortadan kalkması söz konusudur⁴⁶³.

Görüldüğü üzere bu iki grup arasında belli bazı farklılıklar vardır. Nükleer tesislerin yararlandığı korumanın kalkmasında normal görevinden başka bir şey yapma şartı aranmamaktadır. Bu tesisler normal fonksiyonlarını eda etseler dahi sayılan iki şart mevcut ise, yani düşman askeri operasyonlarına “düzenli, önemli ve dolaysız” katkı sağlıyor ve bu katkının ortadan kalkmasının tek çıkar yolu askeri bir saldırı ise, saldırının hedefi olabilmektedir. Elektrik üreten nükleer tesisler ile ilgili bir başka sıkıntı da elektrik üretiminin doğasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de bir kez üretilen elektriğin elektrik hattı şebekesine girdikten sonra kaynağının tespit edilmesinin zor olduğu da unutulmamalıdır. Bu konu, maddenin müzakereleri sırasında İsviçre temsilcisi tarafından da ifade edilmiştir.

3.4. Özel Korumaya Tabi Bölgeler: Savunulmayan Yerler ve Askerden Arındırılmış Bölgeler

Savaşın tahrip edici etkilerinden belli alanların korunması fikri yeni bir düşünce değildir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çeşitli maddelerinde belli bazı insan gruplarını çatışmaların etkilerinden koruyabilmek amacıyla türlü “bölgelerin” kurulmasına izin verildiğini görmekteyiz. Birinci Cenevre Sözleşmesinin 23. maddesi bunlara örnektir. Bu düzenlemeye göre; barış zamanı sözleşmeye taraf devletler, savaş zamanı ise savaşan taraflar, tarafların silahlı kuvvet mensuplarından yaralı veya hasta olanların bakımı amacıyla sağlık alan ve bölgeleri kurabilme hakkını haiz olacaklardır⁴⁶⁴. Bu alan ve bölgeler ilgili devletin kendi ülkesi sınırları içinde olabileceği gibi, işgali altında bulunan ülkelerde de kurulabilmektedir.

⁴⁶³ Lamm, **a.g.e.**, s. 7.

⁴⁶⁴ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 697. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. <<http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH4>>.

1977 tarihli I. Ek Protokol'ün beşinci bölümünün başlığı “Özel Koruma Altındaki Yer ve Bölgeler”dir. Bu bölümde iki madde mevcuttur. Bunlardan ilki olan 59. madde ile Savunulmayan Yerler düzenlemeye tabi tutulmuşken 60. madde ile Askerden Arındırılmış Bölgeler düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu bölümde mevcut düzenlemeler, daha önceki geçerli uluslararası hukukun yeniden ifadesi niteliğindedir ve onların belli bazı noktalarda geliştirilmesine hizmet etmektedir⁴⁶⁵.

Bu iki madde ile siviller ve yaralıların askeri eylemlerin kötü etkilerinden korunabilmeleri için sığınabilecekleri bir koruma alanı yaratılmak istenmiştir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için bahsi geçen alanlardaki askeri hedeflerin ya tamamen bu bölgelerin dışına çıkartılmaları⁴⁶⁶ veya bu alanları kendi kontrolü altında bulunduran devlet tarafından bu askeri hedeflerin, sahip oldukları askeri özelliklerinden tamamen arındırılması gerekmektedir.

3.4.1. Savunulmayan Yerler (m. 59)

Bu madde genel olarak 1907 Lahey Yönetmeliği'nin 25. maddesinin bir tekrarıdır⁴⁶⁷. Dolayısıyla yapılageliş hukukunun bir yeniden ifadesi olan bu maddeye göre, maddede sayılan şartların yerine gelmesi durumunda bir alan “savunulmayan yer”e dönüşecektir. İlgi devletin yapacağı tek taraflı açıklama yahut akdedilen bir anlaşma bunun bir onaylanması olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁸. Bu, savunulmayan yerlerin askerden arındırılmış bölgeler ile arasındaki en büyük farktır. İkinci kategorideki alanlar için açık bir anlaşmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Savunulmayan yerlere herhangi bir şekilde saldırmak, maddenin birinci fıkrası gereği yasaklanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında bu yerlerin sahip olması gereken özellikler sayılmıştır. Buna göre; düşman silahlı güçlerin işgaline açık olan ve silahlı kuvvetlerin temas halinde olduğu bir bölgede yahut buraya yakın bir başka bölgede; tüm savaşanlar

⁴⁶⁵ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 375.

⁴⁶⁶ **Aynı**, s. 375.

⁴⁶⁷ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 700.

⁴⁶⁸ **Aynı**, s. 701.

ve bunlara ilaveten taşınabilir silah ve askeri mühimmatın söz konusu bölge dışına çıkarılmış olması gerekmektedir. Ayrıca, bölge içinde sabitlenmiş olan silah ve mühimmatın herhangi bir saldırgan amaçla kullanılmaması da şart koşulmuştur. Yetkili merciler ve bölgenin sivil halkının da düşmanca hareketten kaçınması gerekmektedir. Ayrıca askeri operasyonları destekleyecek eylem ve davranışlardan da kaçınılması bir zorunluluktur.

Maddenin 4. fıkrasına göre, bildirim karşı tarafa yapılmalıdır. Bu bildirimde savunulmayan yer kapsamında olan bölgenin sınırları olabildiğince kesin ve doğru bir şekilde verilmelidir. Bildirimin yöneltildiği taraf da bu bildirimi aldığını teyit etmeli ve bölgenin aranan şartları haiz olduğu müddetçe, bir “savunulmayan yer” olarak kabul etmeli ve buna göre davranmalıdır. Eğer savunulmayan yer olarak kabul edilmiş olan bölgede, bu bölgenin artık bu sınıflandırma altına sokulmasına mani olacak yeni gelişmeler söz konusu ise, durumu tespit etmiş olan düşman devlet, bildirimi yapmış olan devlete durumu bildirmek zorundadır. Bu durumda bile bu hüküm uygulanamasa dahi, uluslararası hukukun ve I. Ek Protokol’ün diğer koruyucu hükümleri uygulama imkânı bulacaktır. *Kalshoven* yapılması gereken bu bildirimin önemli olduğuna işaret etmiş ve yapılmaması durumunda tek taraflı açıklamanın boş bir jest olarak kalacağını hatırlatmıştır⁴⁶⁹.

I. Ek Protokol’ün 59. maddesinin 5. fıkrasına göre, bu maddenin 2. fıkrasında sayılan şartları haiz olmayan bölgelerin de savunulmayan yer olarak kabul edilmesi mümkündür. Bunun için savaşı tarafların anlaşmış olması gerekmektedir. Bu anlaşmanın, bahsi geçen bölgenin olabildiğince kesin ve doğru bir şekilde sınırlandırması da zorunludur. Ayrıca bu anlaşma vasıtasıyla kurulan savunulmayan yerin, mümkünse ve mümkün olduğu nispette denetiminin de sağlanması için yöntemler öngörülebilir. 5. fıkranın lafzına bakıldığında, bu konuda kesin bir yükümlülük öngörülmemiştir. *May* kelimesi burada taraflara belli bir takdir yetkisi tanındığını göstermektedir. Kaldı ki bu şekildeki bir düzenleme hayatın gerçek şartlarına daha fazla dikkat eder niteliktedir. Taraflar denetim metodunun tespitine yöreklendirilmekte ancak

⁴⁶⁹ Kalshoven, **a.g.e.**, s. 106.

kesin olarak bir hukuki yükümlülük altına sokulmamaktadır. Şartlara göre taraflar bu yönde bir adım atabilecekleri gibi bundan imtina da edebilir.

Maddenin 6. fıkrasına göre, bu şekilde bir koruma rejimi altına sokulan yerin tarafların üzerinde anlaşmış olduğu işaretler ile belli edilmesi yükümü düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün muhatabı bahsedilen yeri kontrolü altında bulunduran güçtür. Bu işaretlerin olabildiğince görünür olmaları ve mümkün olduğunca savunulmayan yerin sınırlarına ve yollarına (*highways*) yerleştirilmelidir.

Savunulmayan yerler askeri saldırıların hedefi haline getirilemezler ancak yine de bu yerlerin işgali mümkündür⁴⁷⁰. Eğer bir bölgenin işgale de uğraması istenmiyorsa tarafların o zaman söz konusu mahalli “askerden arındırılmış bölge” olarak kabul etmeleri gerekmektedir.

3.4.2. Askerden Arındırılmış Bölgeler (m. 60)

1977 tarihli I. Ek Protokol’ün 60. maddesi ile düzenleme bulmuş ve böylelikle farklı bir korumaya kavuşturulmuş başka bir bölgesel birim de askerden arındırılmış bölgedir.

İngilizce *demilitarized zone* olarak nitelendirilen⁴⁷¹ bölgenin ne şekilde isimlendirilmesi gerektiği ilk başlarda önemli bir sorun teşkil etmiş, ihdas edilmesi gereken bölgenin özelliklerini çağrıştıracak bir uygun terimin bulunması için büyük çaba gösterilmiştir⁴⁷².

Burada bu madde ile amaçlanan, savaş sırasında insancıl kaygıları gözeterek ve insancıl değerlerin korunmasına hizmet edecek mahiyette bir bölgenin ihdas edilmesidir. Bu ise Ek Protokol’ün akdedilmesi zamanına kadar izlenmiş olan devlet uygulamasından farklıdır.

⁴⁷⁰ Kalshoven, **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁷¹ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, önemli şerhlerinde *non-militarized zone*, *neutralized zone* ve Fransızca *zones civilisées* gibi farklı terimlerin de önerildiğini ifade etmekte.

⁴⁷² Aynı, s. 708.

Türkiye’yi de yakından ilgilendiren kısımları olan devlet uygulaması incelendiğinde, amaçlananın daha ziyade siyasi mahiyette olduğu ve savaşları takip eden sürede hem ateşkesin sağlanması hem de gelecek çatışmaların önlenmesi amacının birincil önemi haiz olduğu anlaşılmaktadır. Barış zamanını daha çok ilgilendiren bu mahiyetteki siyasi andlaşmaların savaş zamanı da uygulanmasının sağlanması için, 60. maddede öngörüldüğü üzere yeni bir andlaşma yapılması gerektiğine doktrinde işaret edilmiştir⁴⁷³.

60. maddede öngörülen “askerden arındırılmış bölge” kavramının 4. Cenevre Sözleşmesi’nin 15. maddesinde öngörülmüş bulunan “tarafsız bölge” (*neutralized zone*) teriminden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁴. Ancak bu iki terimin arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Buna göre 15. madde tarafından düzenlenen tarafsız bölgeler, silahlı çatışma eylemlerinin vuku bulduğu coğrafya içindeki bölgeler olmakta iken; askerden arındırılmış bölgeler, cephe gerisinde veya en azından çatışmaların olmadığı yerlerde kurulacak ve sivil nüfusun askeri eylemlerden zarar görmesinin önüne geçilmesine hizmet eden bir sığınak görevini ifa edecektir⁴⁷⁵.

Amaçsal bu farklılığın yanı sıra; 59. maddede düzenleme bulan “savunulmayan yer” ile de bir kısım farklılıklar söz konusu olmaktadır. “Savunulmayan yer” uygulamasında bir tarafın belli bir yeri savunmaması ve bunu da karşı tarafa bildirmiş olması yeterliyken, “askerden arındırılmış bölgenin” ihdasında tarafların açık bir anlaşmaya varmış olması şart kılınmıştır⁴⁷⁶.

60. maddenin birinci fıkrası hükmüne göre tarafların anlaşarak askerden arındırılmış bölge haline getirdiği bir yer tarafların askeri operasyonlarının hedefi veya mekânı haline getirilemez. Taraflar askeri operasyonlarını bahsi geçen bölgeye uzatmaktan imtina etmek yükümü ile karşı karşıyadır⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 709.

⁴⁷⁴ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 387.

⁴⁷⁵ Aynı, s. 387.

⁴⁷⁶ Kalshoven, **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁷⁷ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 710.

Fıkıradaki geçen askeri operasyonlar teriminden “silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilen ve çatışmalar ile ilgili olan her türlü faaliyet ve hareket” anlaşılmaktadır. Bu yasaktan kendi ülkesinde bu mahiyette bir bölge kurulan ülke de etkilenmektedir. Bu ülke de, söz konusu bölgede askeri ve benzeri tesisleri işletemeyecektir. Bu devletin yine bu bölgeden askerlerini geçirmemesi de gerekmektedir⁴⁷⁸. Ancak bu gibi kısıtlamaları belirlerken taraflar arasında akdedilen anlaşma belirleyici olacaktır. Taraflar belli bazı askeri eylemlerin askerden arındırılmış bölge içinde de gerçekleştirilebileceğini kararlaştırmış olabilir. Böylesi bir durumda, bu anlaşmanın hükümlerine uygun hareket etmek kaydıyla bu tecviz edilen eylemlerde bulunulmasında hukuken bir sakınca bulunmamalıdır.

Bu mahiyetteki anlaşmanın hükümlerinde bir yorum sorunu ile karşılaşıldığında nasıl hareket edilmesi gerektiği, önemli bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bütün hukuk düzenlerinde genel olarak istisnayı düzenleyen kuralların dar yorumlanmasına yönelik bir anlayışın var olduğundan bahsetmek mümkündür. Burada Ek Protokol hükümleri ile genel kural olarak bu bölgelerde askeri operasyonların gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere bu terim oldukça geniş kapsamlıdır ve çatışmalar ile ilgili olabilecek her türlü askeri eylem ve işlemi kapsar görülmektedir. Dolayısıyla istisna olan bu bölgelerde askeri eyleme izin verilmesidir. Bir kere taraflarca bir anlaşmaya varılması durumunda belirleyici genel hukuk rejimi Ek Protokol ile düzenlenmiş olan rejim olmaktadır. Dolayısıyla bu rejim ile çatışan ondan farklı şeyler söylemesi mümkün olan uluslararası anlaşmaların yorumlanmasında dar yorum yoluna gitmek ve silah kullanılmasına veya askeri eylemlerde bulunulmasına olabildiğince minimum seviyede izin vermek gerekmektedir. Kaldı ki belli bir yere askerden arındırılmış bölge statüsünün verilmesi konusunda anlaşmaya varan devletlerin sahip olabilecekleri tek amaç, bu bölgede insancıl amaçların gözetilmesinin sağlanması olmalıdır. Bu nedenle, askeri eylemlerin kullanılmasına daha fazla imkân verecek şekilde gerçekleştirilen bir yorumlama ameliyesi de kurumun varoluş nedeni ile çelişik bir eylem olacaktır.

⁴⁷⁸ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, **a.g.e.**, s. 710.

60. maddenin ikinci fıkrası gereği, taraflar arasında gerçekleştirilecek olan anlaşma *sarih* bir anlaşma olmak zorundadır⁴⁷⁹. Ancak bu zımni olması mümkün görünmeyen anlaşmanın yine de yazılı olması gibi bir şart söz konusu değildir. Bu anlaşma sözlü olarak da akdedilebilir ve taraf devletlerin bir araya gelerek bunu gerçekleştirmeleri mümkün olduğu gibi bu ikisi arasında aracılık yapan bir 3. devlet veya başka bir uluslararası teşkilat marifeti ile de gerçekleştirilebilir⁴⁸⁰. Yapılacak bu andlaşma ile bölgenin kapsamını tespit eden coğrafi sınırların olabildiğince kesin bir şekilde çizilmesi Protokol tarafından istenir bir özellik olarak sayılmıştır. Yine tarafların bu bölgelerin ihdası için barış zamanı da anlaşmaya varabilecekleri ifade edilmiştir. Doktrinde, iki devletin gelecekte çıkabilecek bir savaş için daha barış zamanından böyle bir anlaşma cihetine gitmelerinin gerçekçi olmayacağına işaret edilmiştir⁴⁸¹. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bu nedenle, düzenlemenin bu yönünün sadece teorik bir değeri olabileceğini düşünüyoruz.

Silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması konusunda, askerden arındırılmış bölgelerin daha fazla yarar sağlama potansiyeline sahip olduğunu düşünmekteyiz. Çevresel zararın askeri kaynaklarında sadece tarafların silahlı kuvvetlerinin düşmanca harekâtının katkısı yoktur. Buna ilaveten ve daha küçük bir ölçekte de olsa, tarafların personel ve teçhizat naklinin daha barışçıl sayılabilecek eylemlerinin de oluşan bu çevresel zararda katkısı söz konusu olacaktır. Askerden arındırılmış bölge statüsünde, ilgili bölge içindeki kural olarak hemen hemen tüm askeri eylemler yasaklanacağından, bu bölgenin dâhilinde kalan çevresel değerlerin ciddi ve kapsamlı bir korumaya kavuşması mümkün olacaktır. Bu koruma en ufak çevresel zararı dahi önleyecek bir kesinliğe yakın görünmekte olduğundan, çevresel koruma hususunda bu mahiyetteki bölgelerin önemli hukuki enstrümanlar olduğu kanaatini taşımaktayız.

Ancak uygulamada ortaya çıkması mümkün olan bir sorun yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, savaş öncesi bu bölgelerin kurulması yönünde bir anlaşmaya ulaşılmasının imkânsızlığıdır. Savaş esnasında gerçekleşecek böyle bir anlaşma daha

⁴⁷⁹ Bothe/Partsch/Solf, *a.g.e.*, s. 388.

⁴⁸⁰ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, *a.g.e.*, s. 710.

⁴⁸¹ *Aynı*, s. 710.

olasıdır. Bunun ise her çatışmada gerçekleşmesi maalesef pek de mümkün görünmemektedir. Bu durum, netice olarak, bu bölgelerin sunduğu çevresel korumanın güvenilirliğini sorgulatmaktadır.

4. NÜKLEER, KİMYASAL ve BİYOLOJİK SİLAHLAR HAKKINDAKİ ULUSLARARASI HUKUK HÜKÜMLERİ

Gelişen teknolojinin de sunduğu imkânlar sayesinde insanoğlu artık çok daha kısa bir zamanda ve küçük bir katkı ile yüksek sayıda beşeri can kaybına neden olma yeteneği kazandığı gibi önemli ve ciddi çevresel zararlara neden olma kapasitesini de arttırmıştır. Bu gelişmeler sonucunda çekilen insani sıkıntı ve ızdırabın arttığı gözlenmiştir. Hususan I. Dünya Savaşı'ndaki kayıpların vahameti silah teknolojisinin belli bir takım sınırlandırmalara tabi tutulması gerektiği yolundaki oluşan düşüncüyü daha da kuvvetli hale getirmiştir. Bu konuya ilişkin andlaşmalardan ve oluşan yapılageliş hukukunda oluşan hukuk dalı insancıl hukukun bir alt dalı olarak görülmektedir. İlk olarak kimyasal ve biyolojik silahları incelemeyi planlamaktayız. Daha sonra ise nükleer silahlar incelenecektir.

4.1. Kimyasal ve Biyolojik Silahlar

Kimyasal silahların kullanılması insanlık tarihinde çok da yeni sayılmayacak bir meseledir. Aşağı yukarı 2000 yıl öncesine dayanan bu tarz silahların kullanılmasının ilk örnekleri arasında Çin askeri kuvvetlerinin pirinç sapları içine biber koymak suretiyle düşmanlarını etkisiz hale getirmeleri sayılabilir⁴⁸².

Kimyasal silahların önemli ve kötü etkileri Türkler tarafından da bilinen önemli bir diğer örneği de *Yunan Ateşi* olarak adlandırılan karışımdır. Bu karışım, suyun üzerinde dahi kalabilme ve yanabilme özelliği nedeniyle uzun bir süre kullanan tarafa önemli taktik avantajlar sağlamış; karışımın, 1701 gibi yakın bir tarihte dahi kullanıldığına şahit olunmuştur. Bu tarihte, İsveç kralı 12. Charles'ın bu karışımın kullanılması yoluyla elde edilen yoğun duman sayesinde, düşman kuvvetlerin bir nehirten geçişini bloke ettiği ifade edilmektedir⁴⁸³.

⁴⁸² Muhittin Kaya, *Silah ve Atış Bilgisi*, (Ankara: Bilim Yayıncılık, 1995), s. 212.

⁴⁸³ Kaya, *a.g.e.*, s. 212.

Kimyasal silahların doğal bilimlere uygun kesin bir tanımını yapmak kolay bir görev değildir. Kabaca “toksik gazların, sıvıların veya katıların savaş kayıpları (*casualties*) yaratmak amacıyla kullanımı” veya “katı, sıvı veya gaz formundaki kimyasal maddelerin; insanlar, hayvanlar ve bitkiler üzerindeki dolaysız toksik etkileri nedeniyle savaşta kullanılmalrı” şeklinde doktrinde bazı tanımlamalar mevcuttur⁴⁸⁴. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri de, 1965 tarihli bir raporunda kimyasal silahları şöyle tanımlamıştır⁴⁸⁵,

“chemical substances, whether gaseous, liquid or solid, which might be employed because of their direct toxic effects on man, animals and plants.”

Görüldüğü üzere burada da Genel Sekreter, kimyasal silahların katı, sıvı veya gaz halinde olabilecek olan ve de hem insanlar hem de hayvanlar ve bitkiler üzerinde toksik etkisi olan maddeler olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla her üç halde de olabilen ve insanlar ve diğer çevresel faktörler üzerinde toksik etkisi olan maddelerin silah olarak kullanılması halinde kimyasal silahlardan bahsetmek mümkün görünmektedir.

Kimyasal ve/veya Biyolojik Silahlar hakkında uygulanması muhtemel görülen bazı hukuk metinlerinin burada incelenmesini gerekli görmekteyiz.

4.1.1. 1899 tarihli Lahey Deklarasyonu

1899 tarihli Lahey Deklarasyonu’na göre⁴⁸⁶ bu deklarasyona taraf olan ülkeler, tek amacı (*but unique*) boğucu veya zararlı gazların çevreye salınması olan mermilerin (*projectiles*) kullanımından kaçınacaklardır⁴⁸⁷. *Si omnes* kuralının geçerli olduğu deklarasyon, çatışmanın tüm taraflarının taraf devletler olması durumunda uygulanacak, çatışmaya taraf olmayan bir devletin katılması halinde ise uygulama kesilecektir. Bu nedenle, deklarasyona taraf olmayan ABD’nin savaşa katılımına kadar, bu metin I.

⁴⁸⁴ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 202.

⁴⁸⁵ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 202.

⁴⁸⁶ Declaration (IV, 2) concerning Asphyxiating Gases, Lahey 29, Temmuz, 1899; << <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/165?OpenDocument>>>.

⁴⁸⁷ Resmi Fransız versiyonu şöyle demektedir; “Les parties contractantes s’interdisent l’emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères”.

Dünya Savaşı'nda uygulama bulması gereken bir hukuk belgesi niteliğindeydi⁴⁸⁸. Hâlbuki I. Dünya Savaşı kimyasal silahların sıklıkla ve acımasızca kullanıldığı bir savaş olmuştur.

Maddedeki “tek amacı” ifadesi maddenin etkinliğini kısıtlayıcı bir etki yaratmıştır. Gerçekten de, tek hedefi boğucu veya zararlı gazların salınımı olmayan mermilerin madde kapsamında sayılamayacağı düşüncesini ifade eden düşünürler veya uygulamacılar olmuştur. Bu gibi müphem ifadeler, Deklarasyon'un etkin olmasını engellemiştir. *Spieker*'in hatırlattığı üzere Deklarasyon, Vietnam Savaşı nedeniyle bir kez daha güncellik kazanmış, Vietnam'da uygulanan ve daha ziyade çevresel unsurları hedef alan, yani boğucu etkisi olmayan, kimyasal silah kullanımının Deklarasyon tarafından yasaklanmadığı tespiti doktrinde yapılmıştır⁴⁸⁹. Her ne kadar bu sonuca katılmamız mümkün değilse de bu müphem ifadenin fiilen beklenen korumayı engelleyici bir rol oynadığı apaçıktır. Bizim düşüncemize göre boğuculuk maddenin açık hükmü karşısında uygulama için tek şart olarak değerlendirilemez. Boğucu veya zararlı etkinin olması gerekli ve de yeterlidir. Vietnam'daki kimyasal silah uygulamalarının ise zararlı bir etkisi olduğu her türlü şüpheden beridir ve bu nedenle bu deklarasyonun ihlali olarak değerlendirilmelidir. Doktrinde *Verwey* ve *Thomas/Thomas*'ın da bizim vardığımız sonuca yakın düşünceleri paylaştığı *Spieker* tarafından olumlanarak aktarılmaktadır⁴⁹⁰.

4.1.2. Lahey Kara Savaşı Yönetmeliği

Lahey Kara Savaşı Yönetmeliği'nin 23. maddesi de kimyasal silahların kullanımı ile yakından ilgili olabilecek bir maddedir. Bazı yazarlar yukarıda bahsi geçen Deklarasyon nedeniyle 1899 ve 1907 Kara Savaşı Yönetmeliğinde zikredilen zehir kullanma yasağının sadece zehirli maddelerin kullanımını yasakladığını, gaz halindeki kimyasal silahların ise deklarasyonun *lex specialis* kabul edilmesi gerektiği iddiasıyla sadece bu deklarasyona tabi tutulacağını ifade etmişlerdir⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Michael Bothe, **Das Völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen, Kritische Würdigung und Dokumentation der Rechtsgrundlagen**, (Köln-Bonn: Carl Heymanns Verlag KG, 1973), s. 4.

⁴⁸⁹ *Spieker, a.g.e.*, *Völkergewohnheitlicher*, s. 204.

⁴⁹⁰ Bahsi geçen yazarların ve de *Spieker*'in konu hakkındaki düşünceleri için bkz: *Spieker, a.g.e.*, *Völkergewohnheitlicher*, s. 205.

⁴⁹¹ Bothe, *a.g.e.*, s. 4.

Bu düşünceye göre Yönetmelik(ler), gaz haldeki silahların kullanımı hakkında uygulama bulmamalıdır. Buna mukabil daha baskın karşıt görüşe göre, kimyasal silahların sahada kullanılması da zehirli metotlara başvurulmasını yasaklayan maddenin uygulama alanına girmektedir. Detaylı bir incelemede bulunan *Michael Bothe* de bu ikinci görüşün doğru olduğu sonucuna ulaşmış görünmektedir. *Bothe* ilk olarak genel yorum kuralına atıfta bulunarak, 23. maddede geçen kelimelerin “alışlagelmiş” anlamlarının araştırılması gerektiğine işaret etmiştir. Maddede geçen “zehir” kelimesinin anlamı genel olarak “ağız veya başka yollarla vücuda alınması durumunda, dokular üzerindeki etkisi nedeniyle, ölüme yahut sağlığın ciddi şekilde bozulmasına neden olabilecek” bir madde (*substance*) olmaktadır⁴⁹². Bu tanıma ise kimyasal silah olarak vasıflandırılması gereken birçok gaz uymaktadır. *Bothe* bu gazlara örnek olarak klor, hardal gazı ve fosgen’i saymıştır. Gerçekten de zehirli maddelerin kullanılmasını yasaklayan bir hüküm, neden bu maddenin gaz halinde olması durumunda uygulanmasın? Bize göre bu doğru bir yorum değildir. Zira, *Bothe*’nin verdiği örneği kullanırsak, bir suyun zehirlenmesi eylemi madde tarafından yasaklanırken, havanın zehirlenmesinin madde kapsamının dışında tutulmasını desteklemek yanlış bir yorumdur⁴⁹³.

Bu yorumu destekleyen bazı tarihi vakıalara metnin hazırlanması sürecinden ulaşılması mümkündür. Bir kere her iki yönetmeliğin de hazırlanışı sırasında, maddede geçen zehir kelimesine daraltıcı bir anlam verilmesine dair en ufak bir delil bulunmamaktadır. Yine Lahey yönetmeliğinin zehir yasağı hükmünü dayandırdığı kendisinden önceki hukuk metinleri de geniş yoruma elverişli mahiyettedirler. Bu belgeler arasında bulunan ve 1880 yılında *Institut de Droit International* tarafından kabul edilen “*Manuel des lois de la guerre sur terre*” de 8. maddesiyle “hangi şekilde olursa olsun” zehir kullanımını yasaklamaktadır⁴⁹⁴. Lahey Kara Savaşı Yönetmeliği, 1884 tarihli Brüksel Deklarasyonu’nun zehir kullanımına ilişkin hükmünü aynen kullanmıştır. Bu deklarasyon ise 1880 tarihinde hazırlanmış olan *Manuel*’den etkilemiştir. Bu yüzden *Manuel*’de mevcut anlam yönetmelik hakkında da yol gösterici

⁴⁹² Encyclopedia Britannica, Cilt 18, s.117’den aktaran Bothe, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁹³ Bothe, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁹⁴ “Il est interdit... de faire usage du poison, sous quelque forme que ce soit”; << <http://olivier.hammam.free.fr/imports/bases/conv-guerre/1880.htm>>> (12.11.2009).

telakki edilmelidir⁴⁹⁵. Bu ise daraltıcı bir yorumlamanın önüne geçecektir. Gaz halindeki zehirli maddelerin kullanımına bu maddenin uygulanmayacağı fikrine bu nedenlerle katılamıyoruz. Bizce zehirli maddeler yasaklandığına göre ve kimyasal silahlar da yukarıdaki zehir tanımından hiç de farklı olmayan bir şekilde etkilerini gösterdiklerine göre, bu maddeyi geniş yorumlamanın yerinde olacağını düşünüyoruz.

4.1.3. 1925 Protokolü

1925 tarihli “Boğucu, Zehirli veya Diğer Gazların ya da Bakteriyolojik Savaş Metotlarının Savaşta Kullanılmasının Yasaklanmasına Dair Protokol”⁴⁹⁶ çalışmamızın bu bölümünde incelenmesi gereken, büyük önemi haiz bir uluslararası hukuk metnidir. Bu protokolün dayandığı esas nokta, insancıl hukukun temel ilkeleridir. Protokol’ün temel amacı, *insani olmayan* savaş araç ve metotlarının yasaklanmasıdır⁴⁹⁷. Protokol, kendisinden önce başlamış olan ve savaşın neden olduğu dehşeti azaltmaya çalışan uğraşların devamı niteliğindedir⁴⁹⁸.

Protokole göre “boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı maddeler ve araçların savaşta kullanılması” dünya kamuoyu tarafından yerinde bir şekilde takbih edilmiştir⁴⁹⁹. Buna ilaveten, bazı önemli devletler de girmiş oldukları andlaşmasal yükümlülükler yoluyla, bu tarz araç ve gereçlerin kullanılmasını yasaklamıştır. Bu andlaşmasal yükümlülükler artık uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilecek seviyeye gelmiş ve uluslararası vicdan ve uygulamayı da bağlar bir nitelik kazanmıştır.

Protokol’ün I. fıkrası yukarıdaki paragrafta sayılan unsurları sadece birer vakıa olarak tespit etmektedir. Bununla kastettiğimiz şudur; Protokol bu fıkra ile kendisinden önce vuku bulmuş hukuki bir gelişmeye burada *sadece* atıf yapmaktadır. Demek oluyor ki, Protokol kendisinden önce gelen bir yapılageliş hukukunun oluşumunu kabul etmekte ve onu tekrarlamaktadır. Burada dikkat çekici olan, yasaklanan araç veya maddelerin kapsamlı bir yoruma olanak sağlayacak şekilde ifade edilmiş olmasıdır.

⁴⁹⁵ Bothe, **a.g.e.**, s. 7.

⁴⁹⁶ Protokol metni için bkz; <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/280?OpenDocument>>.

⁴⁹⁷ UNEP Raporu, s. 14.

⁴⁹⁸ Wendy Barnaby, **Virüs Saldırıyor: Biyolojik ve Kimyasal Savaşa Doğru**, (Birinci basım. İstanbul: Timaş Yayınları, 2003), s. 211.

⁴⁹⁹ Bothe, **a.g.e.**, s. 21.

Burada tartışılması gereken bir husus daha mevcuttur. Madem Protokol kendisinden önce zaten oluşmuş bir kurala işaret ediyorsa, bu kuralın kapsamının tespiti, Protokol tarafından da tanınan hukuki yükümlülüğün aslında ne olduğunun tespiti anlamına da geleceğinden, bir anlamda zorunludur. Gerçekten de, Protokol daha ziyade bir tespit görevinde bulunmuş, yeni kural getirme yönü çok daha az kalmıştır. Şimdi bu kapsamın ne olduğunu, hangi andlaşmalar ile önceden düzenlendiğini araştırmalıyız. Protokol metninden apaçık şekilde bazı andlaşmalara atıf olduğu görülmektedir.

Hiç şüphesiz ki, diğerlerinin yanı sıra, burada işaret edilen hukuk kaynaklarından biri de Lahey Kara Savaşı Yönetmeliği'dir⁵⁰⁰. Bizim az önce yaptığımız yorum işlemini onaylar bir tarzda, 1925 tarihli Protokol de, Yönetmelik ile düzenlenen ve yasaklanması söz konusu edilen silah-araç ve maddeleri kapsamlı bir şekilde algılamak istemiş ve Yönetmelik ile getirilmiş bulunan yasağın içeriğini oldukça geniş tutmuştur. Bize göre bu, insancıl hukuk açısından olumlu bir gelişmedir.

Kara Savaşı Yönetmeliği'nin yanı sıra 1899 tarihli Lahey Deklarasyonu'nun da bu madde ile tanındığını düşünmek yerinde olacaktır⁵⁰¹. Bilindiği gibi, bu deklarasyon, amacı *sadece* boğucu veya zararlı gazların çevreye salınımı olan mermilerin kullanılmasını yasaklamıştır.

Protokolün oluşmuş veya oluşmakta olan bir yapılageliş hukuku kuralına işaret ettiğinden bahsetmiştik. Yukarıda bahsedilen iki kuralın bu yapılageliş hukuku olduğunu düşünmekteyiz. Bu (olanı) yeniden ifade etme görevine ilaveten Protokol, hukuku geliştirme, yeni yükümlülükler getirme fonksiyonunu da ifa eder görünmektedir. Bu özellikle, biyolojik silahlar bağlamında aşikâr hale gelmiştir. Protokole taraf ülkeler, ayrıca bu protokol ile tespit edilmiş olan yasağın biyolojik silahlara da teşmil edildiğini kabul etmektedir.

Görüldüğü üzere artık 1925 andlaşması ile kendisinden önce oluşmuş yasağın kapsamına zehirli maddelerin yanı sıra kimyasal ve bakteriyolojik silah ve teknolojilerin de dâhil olduğu konusunda artık şüpheyeye yer kalmamıştır.

⁵⁰⁰ Bothe, **a.g.e.**, s. 22.

⁵⁰¹ **Aynı**, s. 22.

Ancak Protokol’de bazı eksikliklerin olduğundan bahsetmek de mümkündür. Her şeyden önce kimyasal veya biyolojik silahların sadece kullanımı yasaklanmıştır. Fakat bu silah ve araçların üretilmesi, geliştirilmesi ve depolanması gibi eylemler bu yasağın kapsamına dâhil edilmemiştir⁵⁰². Yine bu yasak sadece uluslararası silahlı çatışmalarda geçerli olacak bir yasaktır. Bu da günümüz için bu yasağın uygulamadaki etkinliğini ciddi şekilde kısıtlamaktadır⁵⁰³.

Protokol’ün eksikliği olarak bahsedilmesi gereken bir başka husus da Protokol’ün kendi hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığının denetimini sağlayacak denetleme mekanizmalarına sahip olmamasıdır⁵⁰⁴. Denetleme konusundaki eksikliğin yanı sıra ihlal durumunda uygulanacak sorumluluğa ilişkin hükümlerin de metinde yer almaması bir başka eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Protokol’ün hüküm ve sonuçlarını doğurmasında da *inter partes* bir yaklaşım söz konusudur. Gerçekten de protokol ile bağlanmış devletler ancak başka bir taraf devlet ile karşı karşıya kaldıkları durumlarda bu protokole uymakla yükümlenmiştir⁵⁰⁵. Tüm bu eksiklikler nedeniyle metnin etkinliğinin kısıtlı olduğu düşünülmektedir⁵⁰⁶.

4.1.4. 10 Nisan 1972 tarihli Biyolojik Silahlar Konvansiyonu

Biyolojik Silahlar Konvansiyonu 1972 yılında imzaya açılmış ve 1975 senesinde de yürürlüğü girmiştir. Ekim 2001 tarihi itibarıyla 143 üyesi olduğu ifade edilmiş olan Konvansiyon’un⁵⁰⁷ şu an 162 taraf devleti olduğu, 13 devletin de metni imzaladığı ve fakat henüz onaylamadığı anlaşılmaktadır. Bu konvansiyon⁵⁰⁸; engelleyici, koruyucu veya benzer *barışçıl amaçlar nedeniyle meşrulaştırılamayacak* tür veya miktarda olan biyolojik etken madde (*agent*) veya toksinlerin geliştirilmesi, üretimi, depolanması veya satın alınmasını yasaklamaktadır⁵⁰⁹. Yine bu konvansiyon ile, biyolojik etken madde

⁵⁰² Buergenthal/Murphy, **a.g.e.**, s. 353.

⁵⁰³ Ulrich Beyerlin, **Umweltvölkerrecht**, (München: Verlag C.H. Beck, 2000), s. 307.

⁵⁰⁴ UNEP Raporu s. 14.

⁵⁰⁵ Barnaby, **a.g.e.**, s. 212.

⁵⁰⁶ UNEP Raporu s. 14.

⁵⁰⁷ Barnaby, **a.g.e.**, s. 212.

⁵⁰⁸ “Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Materials and on their Destruction”, 10 Nisan 1972; <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=450&t=art>>.

⁵⁰⁹ Buergenthal/Murphy, **a.g.e.**, s. 354.

veya toksinlerin düşman üzerine salınmasını mümkün kılacak gereçler (*means of delivery*) de yasaklanmıştır.

Konvansiyon hükümleri gereği, konvansiyonun yürürlüğe girmesinden en geç 9 ay sonra eldeki biyolojik silahların yok edilmesi de taraf devletler tarafından yükümlülük olarak kabul edilmiştir. 1972 konvansiyonunda biyolojik silahların kullanımı hakkında yasaklayıcı bir ibare bulmak mümkün değildir. Bu durum bu silahların kullanımının tecviz edildiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Konvansiyonun hazırlayanlar bu konunun zaten 1925 Protokol’ü ile kesin bir sonuca bağlandığını düşünmüş ve bu nedenle kullanım hakkında yeni bir hükmün Konvansiyon’a sokulmasını gereksiz bir ilave olarak görmüşlerdir⁵¹⁰.

Biyolojik etken madde veya toksinlerin satın alınması (yahut diğer yollarla elde edilmesi) yasağının karşısında, doğal ve makul bir ilave görülecek başka bir düzenleme de biyolojik silahların başka ülkelere transferinin de yasaklanmasıdır.

Görüldüğü gibi 1972 Konvansiyonu, 1925 Protokol’ünün bazı eksikliklerini gidermektedir. Kullanımı yasaklamış olan 1925 Protokolü’ne ilaveten diğer ilgili aktiviteleri de yasaklayarak ortaya daha kapsamlı bir koruma rejimi çıkmıştır. Kullanımın yasaklanmasının silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunmasına etkisinin olacağı kesindir⁵¹¹. Yine depolama, geliştirme, başka ülkelere satma gibi eylemlerin de yasaklanması ile bu silahların çevre ve canlılara yarattığı tehdidin de önüne geçilmektedir. *Barnaby*’nin ifadesiyle “Konvansiyon ihtiyatlı bir biçimde biyolojinin barışçıl amaçlarla kullanılabileceğinden emin olmaya çalışmakla kötüye kullanımını ortadan kaldırmaya teşebbüs etme arasında gidip gelmektedir”. Ancak merkezi bir yürütme kurumunun olmaması nedeniyle kurulan rejimin ideal seviyede çalışmasının da önünde engel olması söz konusudur⁵¹².

Bu etkisizliğin nedenlerinden bir diğeri de düzenlemenin belli bir uzlaşma (*Kompromisslösung*) sonucu ortaya çıkan bir metin olmasıdır. Sovyetler Birliği’nin temsilcisi *Alexander V. Corobiev*’in ifadesiyle, “(b)iyolojik savaşın müzakere edildiği sırada anlaşmaya uyulduğunu tasdik etmek için etkili bir mekanizmanın kurulması

⁵¹⁰ UNEP Raporu, s. 15.

⁵¹¹ *Aynı*, s. 15.

⁵¹² *Barnaby, a.g.e.*, s. 213.

imkânsızdı”⁵¹³. Bu gerçek de düzenlemenin etkinliğinin neden kısıtlı görülmesi gerektiğine işaret eden bir başka unsurdur.

4.1.5. 1993 Kimyasal Silahlar Konvansiyonu

Kimyasal Silahların kapsamlı bir şekilde yasaklanması amacının gerçekleştirilmesi çalışmaları uzun yıllar sürmüştür. Bu çalışmalardan önemli bir tanesi 1968 yılında faaliyetlerine başlayan “18-Uluslu Silahsızlanma Komitesi”dir⁵¹⁴. Daha sonraki yıllar zarfında ismi ve kompozisyonu değişikliklere tabi tutulacak olan bu komite, 1984 yılında Silahsızlanma Konferansı adını almıştır. Bu komitenin ilk yıllarındaki çalışmalarının ürünü, yukarıda incelediğimiz 1972 Konvansiyonu’dur. 1972 tarihli bu konvansiyonun 9. maddesinde karara bağlandığı üzere silahsızlanma hakkındaki çalışma ve görüşmelere iyi niyetle daha sonra da devam edilmiştir. Bu çabaların bir ürünü de 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Konvansiyonu’dur.

Bu konvansiyonun ilk taslağını, 1992 yılında Silahsızlanma Konferansı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na sunduğu yıllık raporuna eklemiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu da, 30 Kasım 1992 tarihli bir kararıyla bu metni övmüş, ve bunu takiben Genel Sekreter tarafından belge imzaya açılmıştır⁵¹⁵.

24 madde ve bazı eklerden oluşan Kimyasal Silahlar Konvansiyonu (KSK), Biyolojik Silahlar Konvansiyonu’na kıyasla, uygulama ve denetleme mekanizmaları açısından çok daha detaylı hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Denetleme mekanizmaları ile konvansiyonun icrasına dair bu kadar detaylı düzenlemelerin getirilmesinin olumlu yönde atılmış bir adım olduğunu düşünmekteyiz.

Konvansiyon I. maddesi ile metnin genel yükümlülüklerini tespit edilmiştir. Buna göre kimyasal silahların kullanımı, geliştirilmesi, üretilmesi, çeşitli yollardan elde edilmesi, dolaylı veya dolaysız olarak diğer taraflara nakli kesin olarak yasaklanmıştır. Bu yasakların yanı sıra, askeri olarak kimyasal silahların kullanılması için *hazırlıklara girmek dahi* yasaklanmıştır. Ayrıca, bu konvansiyonun men ettiği eylemlerin başka devletlerce işlenmesi için bu devletlerin teşvik edilmesi, cesaretlendirilmesi ve bu

⁵¹³ Barnaby, **a.g.e.**, s. 214.

⁵¹⁴ Eighteen-Nation Disarmament Committee, << <http://www.fas.harvard.edu/~hsp/chemical.html>>>.

⁵¹⁵ Harvard Sussex Program, The 1993 Chemical Weapons Convention; << <http://www.fas.harvard.edu/~hsp/chemical.html>>>.

amaçlarla bu devletlere yardım edilmesi de yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere yasağın kapsamı, bu Konvansiyon ile daha da genişletilmiş ve *mutlak* hale sokulmuştur.

Konvansiyonun I. Maddesi 2. fıkrasıyla taraf devletlerin, kendi topraklarında yahut kendi kontrolleri altında, sahip oldukları yahut zilyedi oldukları kimyasal silahları yok etmeleri yükümlülüğü getirilmiştir. Burada iki yönlü bir geniş kapsamdan bahsetmek mümkündür. İlgili silahlar ya bu devletin kendi ülkesinde veyahut kendi kontrolünde tuttuğu başka bir toprak parçası üzerinde olabilir. Yine kendisi bu silahların sahibi olacağı gibi (*owns*), zilyedi olduğu silahlar da maddenin kapsamında sayılacaktır.

4.2. Nükleer Silahlar

1907 yılında Büyük Britanya Amirallığı Birinci Lordu'nun “savaşı insanileştirmek cehennemi insanileştirmeyi istemek gibi bir şeydir” dediği ifade edilir⁵¹⁶. Gerçekten de benzetme doğru bir benzetmedir ve savaş hiç şüphesiz cehennemi andıran bir fenomendir. Ne yazık ki, insanoğlu kendi cehennemini kendisi yerküre üzerinde yaratacak seviyeye çoktan gelmiş durumdadır. Bu potansiyel facianın nedeni en başta nükleer silahlardır. Nükleer silahlar, insanoğlunun sahip olduğu silahlar içinde tahrip gücü en fazla olan, verdiği kalıcı zararlar ile tüm gezegeni dahi etkileyecek ciddiyette çevresel kirlenmeye neden olabilecek, ölümcüllükte sadece kendisiyle yarışan bir silah türünü oluşturmaktadır⁵¹⁷. Çekirdek materyalin bölünmesi (*Spaltung*) veya erimesi (*Verschmelzung*) yoluyla çevreye çok büyük miktarda enerji yayılmasına neden olan silahlara nükleer silah denilmektedir. Bu iki farklı metot ile ortaya çıkarılabilen enerji silah olarak kullanılmaktadır⁵¹⁸.

Askeri ve güvenlik politikalarının hazırlanmasında nükleer silahlar hem en büyük tehdit hem de en önemli avantaj kategorilerinde değerlendirilmektedir. Yakın zamanın uluslararası ilişkileri incelendiğinde belli bir nükleer silah yeterliğine sahip ülkelerin kendilerine çok önemli bir saldırılmazlık zırhı edindiği gözlenmektedir. Bu nedenle de orta ve küçük askeri güç sahibi ülkelerin, bu önemsiz askeri güçlerinin izin verdiğinden daha fazla siyasi erk kazanmalarının tek yolu olarak, bu silahları gördükleri

⁵¹⁶ Jean-Luc Mathieu, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, (İstanbul: İletişim Yayınları-Presses Universitaires De France, 1994), s. 59.

⁵¹⁷ Bodansky, **a.g.e.**, s. 43.

⁵¹⁸ Spieker, **a.g.e.**, *Völkergewohnheitlicher*, s. 344.

bilinmektedir. Dolayısıyla nükleer silahlara talep, soğuk savaşın bitiminde tahmin edildiğinden farklı olarak, azalmamış bilakis artmıştır.

14 Şubat 1967 tarihinde imzaya açılan Tlatelco Andlaşmasının 5. maddesinde nükleer silahlar “kontROLSÜZ bir şekilde nükleer enerji salınmasına neden olan ve savaş amaçları için kullanılmaya da müsait olan bir takım özellikleri haiz her türlü aygıt” olarak tanımlanmıştır⁵¹⁹. Bu tanımlı oldukça yerinde bulmaktayız, kavramın gelecek gelişmeleri ve nükleer cihazların öngörülmemiş yeni kullanımlarını da kapsayacak tarzda geniş bir şekilde tespit edildiğini düşünmekteyiz. Gerçekten de gerektiği hallerde, ilk yapılış amacı barışçıl olan ve fakat aynı yıkıcı gücü yaratıp, salınımına neden olacak her türlü teknoloji *potansiyel olarak* bir nükleer silahtır. Bu tehlike her zaman mevcuttur. Bu yapılageliş değeri olmayan bölgesel andlaşma, aslında iyi bir hukuki kurallaştırma örneğidir. Saha da karşılaşılabilecek her türlü uygulama ve kötüye-kullanım bu madde tarafından akit devletler için yasaklanmaktadır.

Nükleer silahların çevresel unsurlar üzerinde neden olduğu tahribatın sınırlarını bugün için tam manasıyla bildiğimizi iddia etmek mümkün değildir. Ancak nükleer patlama teriminin aşama ve etkileri bilinmektedir. Buna göre aşamalar, “patlama etkisi, termal ışıma, ilk nükleer ışıma, elektromanyetik patlama ve radyoaktif serpinti” olarak sıralanabilir⁵²⁰. Görüldüğü üzere bir nükleer silah kullanıldığı zaman farklı şekillerde çevreye etkide bulunmakta, ilk patlama etkisi ile inanılmaz bir hızla büyük bir alanı tahrip etmektedir. Aynı şekilde ortaya çıkan yanma etkisi gereğince canlılar ve diğer çevresel unsurlar yanarak yok olmaktadır. İnsanlık tarihinde ilk kez kullanılan nükleer bombalar günümüzdeki örneklere oranla oldukça “iddiasız” kalmaktadır. Buna rağmen, o ilk kullanım esnasında oluşan “nükleer ateştopu güneş kadar sıcaktı ve patladığında bir saniyenin binde biri kadar bir zamanda bu ateştopu 300 feet (yaklaşık 100 metre) genişliğe ulaşmış, 10 saniye içinde ise genişliği 2 kilometreyi bulmuştur. Aynı zamanda, saniyede 300 feet hızla yukarı doğru da yükselme” kaydedilmiştir⁵²¹. Bu tip

⁵¹⁹ Andlaşmanın tam metni Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu’nun (IAEA) web sayfasında mevcuttur; <<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Treaties/tlatelolco.html>>.

⁵²⁰ Nada Al-Duaij, **Environmental Law of Armed Conflict**, (New York: Pace University School of Law, 2002, Basılmamış Doktora Tezi), s. 45, <<http://digitalcommons.pace.edu/lawdissertations/1>>; Spieker, **a.g.e.**, *Völkergewohnheitlicher*, s. 344.

⁵²¹ Al-Duaij, **a.g.e.**, s. 46.

bir silahın kullanıldığı bir bölgede yaşayan tüm organizmalar ve ekosistemlerin tümü, kaçınılmaz bir şekilde, bombanın birincil ve de takip eden diğer sonuçlarından kısa ve de uzun vadeli şekillerde etkilenecektir⁵²².

Tüm bu korkunç yıkım gücüne ve sayıca önemli sayılacak devlet tarafından da üretilip ulusal envanterlerde bulundurulmasına rağmen⁵²³, bu silahlar hakkında uluslararası insancıl hukukun ciddi sayılabilecek bir düzenlemesi mevcut değildir. Bu bizce şaşırtıcı ve de olumsuz bir durumdur. Yine devlet uygulaması da belli bir davranış kodunun veya belli bir opinio juris'in yerleşip yerleşmediği konusunda bizlere yeterince bilgi verememektedir. Bununla kastedilen belli bir yapılageliş kuralının varlığından söz etmenin pek de kolay görünmediğidir⁵²⁴. Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'nde UAD da bu hukuki yetersizliğe dikkat çekmiştir.⁵²⁵ Divan'a göre, nükleer silahların kullanımı, uluslararası insancıl hukukun çeşitli kurallarının ihlali olacaktır⁵²⁶. Buna rağmen, özellikle de, bir devletin yıkılıp yıkılmamasının söz konusu olduğu çok ciddi meşru müdafaa zamanlarında, böylesi bir nükleer silah kullanımının hukuka aykırı olduğunu tespit eden bir uluslararası hukuk kurallaştırmasına rastlanılmamaktadır⁵²⁷.

UAD'ın bu görüşüne göre ilk güç kullanımı olarak değilse bile, meşru müdafaa'nın bir parçası olarak nükleer silahların kullanımı caiz görülebilir. Burada ilk gücü kullanan devletin nükleer silah kullanmış olması da şart değildir. Neticede nükleer silahı kullanacak kadar zor duruma düşmüş olan devletin konvansiyonel usullerle de köşeye sıkıştırılmış olması mümkündür. Yani ilk güç kullanan devlet, diğer devleti konvansiyonel yollarla zor durumu düşürmüştü, bu durumda da ikinci devletin nükleer güç kullanmasına karşı çıkılmamıştır. Bu görüşe göre Divan, bazı zor durumlarda

⁵²² Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 344.

⁵²³ Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu'nun verdiği bilgilere göre, gezegenimizde 1945 ve 1980 yılları arasında atmosferik 520 nükleer silah denemesi yapılmıştır ve bu denemeler sonucunda "esaslı radyonükleer parçacık salınımı" ve "dünya çapında çevresel kirlenme ortaya çıkmıştır"; (Al-Duaij, **a.g.e.**, s. 46).

⁵²⁴ Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 345.

⁵²⁵ Bodansky, **a.g.e.**, s. 43–44.

⁵²⁶ Deborah L. Houchins, "Extending the Application of the ICJ's July 8, 1996, Advisory Opinion to Environment-Altering Weapons in General: What is the Role of International Environmental Law in Warfare?", **Journal of Land, Resources & Environmental Law**, Vol. 22, No.2, (2002), s. 463.

⁵²⁷ UAD Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, para. 105.

nükleer silah kullanımının, insancıl hukuk kurallarını dikkate almadan, mümkün olduğunu kabul etmiş görünmektedir.

Divan'ın niyetinin bu şekilde anlaşılamayacağını iddia edenler olsa da, ilk çıkarımın bize daha mantıklı geldiğini ifade etmeliyiz. Divan'ın gerçekten de tüm potansiyel insancıl hukuk ihlallerine rağmen bu tip silahların *bazı durumlarda* kullanılmasının yasak olmadığını açıkça ifade etmiş olduğunu biz de düşünmekteyiz. Açık ifade karşısında bu görüşten farklı bir görüşün temsil edilmesini zorlama bir yorum işlemi olarak değerlendirmekteyiz. UAD'ın bu ifadesi ciddi sonuçları olabilecek bir ifadedir. O kadar ki, bu *bazı durumlar* söz konusu olursa insancıl hukuk hükümlerini göz ardı etmenin de önü bu görüşle açılmaktadır. Bu ise öğreti tarafından insancıl hukukun genel mantığına ve varlık nedenine aykırı görülmektedir⁵²⁸. Bizce Divan'ın yaptığı sadece, genel bir askeri gereklilik savı ile nükleer silahların kullanımının önünün açık olduğuna işaret etmektir. Hâlbuki nükleer silahların kullanımı ile ihlal edilecek insancıl hukuk ilkelerinin bazıları askeri gereklilik ile kayıt altına alınmamış, bu gereklilik kaygısı ile sınırlandırılmamıştır⁵²⁹. Yani bu kurallara silahlı çatışmalar sırasında koşulsuz uyulması hukuki bir yükümlülüktür. Hâlbuki Divan bu görüşü ile bu temel değeri haiz hükümlerin ihlalinin mümkün ve de hukuka uygun olabileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla Divan'ın görüşü, tehlikeli bir mecranın açılmasını tecviz eder görüntüdedir.

Bu görüşe dayanarak, insancıl hukukun potansiyel ihlallerinin, devletin yıkılma tehlikesi geçirmesi tehlikesi karşısında tecviz edilmesi cihetine gidebilmek mümkün ise, uygulamada bu çalışmada incelenen insancıl hukuk ilke ve kurallarının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla zaten zayıf olan, sayıca da çok olmayan çevresel koruma hükümlerinin de bu gerekçe ile bertaraf edilmesi mümkündür. Bu ise insancıl hukuk açısından sadece vahim bir durum olarak nitelendirilebilir. Devletlerin yıkılma tehdidi ile yüz yüze kalması durumunda nükleer silahların kullanılabileceğini işaret eden Divan,

⁵²⁸ Christopher Greenwood, "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and The Contribution of The International Court to International Humanitarian Law", **International Review of the Red Cross**, No: 316, (1997), s. 65-75. < <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JNFP>>.

⁵²⁹ Örnek vermek gerekirse, I. Ek Protokol'ün 35. maddesinin 2. fıkrasına göre fazladan yaralanma ve de gereksiz acılara neden olacak mahiyette olan silahlar, mermiler ve savaş materyal ve araçlarını kullanmak yasaktır. Bu maddede herhangi bir askeri gereklilik vs. kısıtlaması söz konusu değildir, dolayısıyla bu maddenin bu gibi kaygılarla *post facto* meşrulaştırma çabası beyhude kalması gereken bir çabadır. Ancak, Divan'ın görüşü ile bu yapılageliş özelliğindeki hükmün de askeri gereklilik savı ile meşrulaştırılmasının önünde hiçbir engel kalmamaktadır.

uluslararası sistemde devletlere ne kadar büyük bir önem attığını de göstermektedir. O kadar ki, bir devletin yıkılmasını *tabu* benzeri bir konu olarak algılamakta ve uluslararası hukuk düzenin en önemli kurallarının bile ihlalinin böylesi bir durumda mümkün olduğunu kabul etmektedir. Örnek olarak Yargıç *Bedjaoui*'nin *jus cogens*, Yargıç *Guillaume*'un “*mutlak ilke*” olarak benimsediği “ayrım gözetmeyen silahların kullanılması yasağı”nı hatırlatmak yerinde olacaktır⁵³⁰. Bu mahiyetteki kuralları kullanım halinde ihlal edeceği kesin olan nükleer silahların askeri gereklilik halinde, bu ve benzeri insancıl hukuk hükümlerinin *mutlak* olarak düzenlenmesine rağmen, kullanımın mümkün olduğuna işaret edilmesi endişe vericidir. Hâlbuki devletler, özellikle de Avrupa tarihi incelendiğinde, sabit ve sürekli bir varlığa sahip olamamışlardır. *Norman Davies*'in hatırlatmasına göre⁵³¹;

“1493 yılında... Portekiz'den Astrakhan Hanlığına kadar olan Avrupa haritası en az 30 egemen devleti kapsıyordu. 500 yıl sonra, eğer Andora, Monako, Colmar ve İsviçre sayılmazsa, bunların hiç birisi ayrı egemenliğini muhafaza edememiştir. 1993 yılının egemen devletler haritasına göre, dört devlet 16., dört devlet 17., ikisi 18., yedisi 19. ve en az otuz altısı da 20. yüzyılda kurulmuştur.”

Bu oldukça devlet-merkezli olan ve diğer menfaatleri biraz da hafife alan Divan görüşünün doğru olmadığı tezine katılmaktayız. Bu şekilde askeri gereklilikler yoluyla insancıl hukuk ihlallerinin tecviz edilmesinin ise yanlış olduğunu, varılan bu sonucun hem insancıl hukuk mantığına ters olduğunu hem de bu görüşün, kötüye kullanımı engellemek amacıyla, yeterince de temellendirilmeden, kesin olmayan bir ifadeye kavuşturulduğunu düşünmekteyiz. Yani hem insancıl hukukun metodolojisine hem de insancıl hukukun temel ilkelerine bir aykırılık söz konusudur. Ayrıca bu görüşün müphem ifade ediliş tarzının, gelecekteki kötüye kullanımların önünü açması mümkün görünmektedir.

Nükleer silahlar konusunda işaret edilmesi gereken bir başka konu ise, uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen I. Ek Protokol'ün bu silahlar hakkında geçerli

⁵³⁰ Ayşe Nur Tütüncü, Tartışma Metni, **Güncel Olaylarda Milletlerarası Hukuk, Söyleşiler**, (Birinci basım. İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 2003), s. 71–72.

⁵³¹ Müllerson, **a.g.e.**, s.324.

olup olmadığı meselesidir. Hazırlık çalışmaları ve bazı ülkelerin yorum beyanlarına bakıldığında bu metnin bu tip silahlar için geçerli olmadığı sonucu bizim için de daha akla yakın gelmektedir. Cenevre Diplomatik Konferansı'nda Amerikan Delegasyonu'nun başkanlığını yapmış olan *Aldrich*'in şu ifadesi bu meseledeki Amerikan duruşunu yansıtmaktadır⁵³²;

“...(I)t was the understanding of the United States Delegation throughout the Conference that the rules to be developed were designed with a view to conventional weapons and their effects and that the new rules established by the Protocol were not intended to have any effects on, and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons”

Aldrich'in bu görüşüne göre resmi Amerikan pozisyonuna göre I. Ek Protokol ile getirilen *yeni* maddelerin nükleer silahlar üzerinde hiçbir etkisi olmayacak ve bu silahların kullanılmasını ne yasaklayacak ne de düzenleyebilecektir. “Yeni Maddeler” terimi vurgulanması gereken bir unsurdur. Bununla ABD pozisyonu göre de Protokol nükleer silahlar konusunda bağlayıcı değildir, sadece konvansiyonel silahlar hakkında bağlayıcı olmak durumundadır. Demek oluyor ki, daha eski bazı uluslararası hukuk kuralları bu silahlar hakkında yol gösterici kabul edilmek gerekir ki bununla yapılageliş hukukunun kastedildiği aşikârdır. Divan'ın sorumsuz olarak nitelendirmek zorunda olduğumuz görüşü ile tehlikeye sokulan kuralları yapılageliş hukuku bünyesinde aramak gerekecektir.

Neticede, yukarıdaki danışma görüşü ışığında bu tespitin durumu çok değiştirmedeği düşüncesindeyiz. Zaten bertaraf edilmesi kolaylaştırılmış bir hukuki korumanın mevcut olduğu sabitken; bu kısıtlayıcı, yani nükleer silahları I. Ek Protokol'ün uygulama alanından çıkartan, (ama metodolojik açıdan daha sıhhatli olan) yorum ile sadece –bir askeri gereklilik savıyla- ihlal edilebilecek olan hukuk kurallarının sayısında ufak bir azalma olmuştur. Dolayısıyla, sırf bu tarz bir yorum benimsendiği için çevrenin korunması riskle karşı karşıya kalmıştır denilmesi mümkün değildir; çünkü zaten insancıl kuralların kolaylıkla göz ardı edilmesinin önü açılmış durumdadır.

⁵³² Spieker, **a.g.e.**, Völkergewohnheitlicher, s. 351.

4.2.1. Atmosferde, Dış Uzayda ve Sualtında Nükleer Silahların Test Edilmesini Yasaklayan Andlaşma

Uluslararası hukukta, nükleer silahlar hakkında üç önemli uluslararası andlaşmanın varlığından bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki 1963 tarihli olan ve kısaca Kısmi Test Yasağı Andlaşması (*Partial Test Ban Treaty*) olarak da adlandırılan Atmosferde, Dış Uzayda ve Sualtında Nükleer Silahların Test Edilmesini Yasaklayan Andlaşma'dır⁵³³. Andlaşma, aslında silahlı çatışmalar ve çevrenin korunumu hakkında herhangi bir hükmü içermemektedir. Bununla beraber genel olarak taraf devletlerin kendi yetki ve kontrolü altında bulundurdıkları atmosferde, su altında veya uzayda nükleer deney ve patlama gerçekleştirmelerini yasaklamaktadır⁵³⁴. Bu yasaklama sayesinde, iki olumlu sonucun elde edilmesi mümkün görünmektedir. Evvela yıkım gücü yüksek olan bu silahların yapılan testler sonucu geliştirilmesinin önüne geçilmesi söz konusu olabilir. İkinci olarak da engellenilen her deney ve patlama neticesinde bu çabaların vuku bulduğu mahallerin kirlenmesi de engellenecektir. Bu da çevresel değerler için önemli sayılabilecek bir korumadır. Fakat tüm bu tedbirler silahların kullanılışı hakkında herhangi bir rehberlik edici ilke ve prensip ortaya koyamamakta, silahlı çatışmalarda çevrenin korunmasına dolaysız katkı bu nedenle sağlanamamaktadır.

Rusya'nın ısrarı üzerine de yeraltında gerçekleştirilecek nükleer denemeler bu andlaşmanın kapsamına dâhil edilmemiştir. Bu durum, andlaşmanın önemli bir diğer eksikliğidir⁵³⁵. Andlaşmanın yeraltı denemeler hakkında sessiz kalmış olmasına rağmen açık bir şekilde atmosferik denemeleri yasaklamasını, bu denemelere devam etmekte olan iki önemli nükleer devlet, Fransa ve Çin sorunlu bir durum olarak algılamışlardır. Tamamen kendilerine karşı bir metin olarak gördükleri bu andlaşmanın asıl amacı, bu iki devlete göre, iki süpergücün (ABD ve Sovyetler) nükleer silahlar üstündeki imtiyazlı konumlarını savunmaktan başka bir şey değildir⁵³⁶.

⁵³³ Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (Partial Test Ban Treaty) U.N.T.S. Vol.480 s. 43; ayrıca bkz. 2 I.L.M. 883 (1963), aktaran Tütüncü, a.g.e., s. 132.

⁵³⁴ UNEP Raporu, s. 15.

⁵³⁵ Gerhard von Glahn, James Larry Taulbee, **Law Among Nations. An Introduction to Public International Law**, (Eighth Edition. New York: Pearson Education, 2007), s. 583.

⁵³⁶ Von Glahn/Taulbee, a.g.e., s. 583-584.

4.2.2. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması

Burada zikredilmesi gereken ikinci andlaşma, 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması'dır⁵³⁷. Bu andlaşma da silahlı çatışmalar esnasında nükleer silahların kullanımı hakkında herhangi bir düzenlemeyi bünyesinde barındırmamaktadır. Bu andlaşma ile akit devletlerin nükleer silahlar veya diğer nükleer gereçleri elde etmesi-üretmesi yasaklanmaktadır. Devletler arasında ikili bir ayrımı öngören andlaşma ile nükleer silah sahibi olan ve olmayan devletler şeklinde farklılaştırılmış iki kategori tespit edilmiştir. Bunlardan ilki olan nükleer silah sahibi olan ülkelerin, diğer ülkelere kendi silahlarını ve diğer nükleer cihaz ve teknolojiyi aktarmaları yasaklanmıştır. Bu devletlerin nükleer güç elde etme çabalarına maddi veya manevi katkıda bulunulması da andlaşmanın birinci maddesiyle toptan yasaklanmıştır. Ancak bu zaten nükleer silah sahibi olan güçlerin bu silahlarının akıbeti veya silahlı çatışmalarda nasıl bir eylem tarzında hareket edilmesi gerektiği andlaşma ile belirlenmiştir değildir. Burada hiç de eşit olmayan bir nükleer silahlar rejimi yaratılmış, fiili olarak gücü elinde bulunduranların bu konumlarını imtiyazlı hale sokan bir andlaşma benimsenmiştir.

Andlaşmanın ikinci maddesinde ise nükleer silahlara sahip olmayan ülkelerin yükümlülükleri tespit edilmiştir. Bu ülkelerde herhangi bir şekilde nükleer silah ve teknolojiyi elde etmeyeceklerini, bu mahiyetteki silah ve teknoloji üzerinde fiili kontrolü kazanmayacaklarını tekeffül etmişlerdir.

Bu andlaşmayı kısmen de olsa olumlu bulmaktayız; fakat bu yeterli seviyede bir nükleersizleştirme için kâfi bir hukuki metin değildir. Sadece silahsızlanmaya ve onda da andlaşmaya-kadar-silahlanamamış-devletlere yönelik bir silahsızlanmaya ilişkin bir metin olarak görmek mümkündür. Bir başka olumlu kısmı nükleer güç sahibi ülkelere bu bilgilerini diğer ülkelerle paylaşmama yükümü getirilmesidir. Fakat bunun da ne kadar yeterli olduğu şüphelidir. Kaldı ki andlaşmanın silahlı çatışmalar için etkisi sadece dolaylıdır. Neticede istenen seviyede bir çevresel koruma için yetersiz bir metindir ve yapısal eşitsizlikleri de barındıran alaycı bir siyasi belge olarak görülmelidir.

⁵³⁷ Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons, U.N.T.S., Vol. 729, s. 161 vd.

4.2.3. Kapsamlı Nükleer Test Yasağı Andlaşması

Burada incelemeyi planladığımız son andlaşma Kapsamlı Nükleer Test Yasağı Andlaşması'dır⁵³⁸. Eylül 1996'da imzaya açılmış olan bu andlaşma⁵³⁹, 6 Ocak 2010 tarihi itibarıyla yürürlüğe henüz girmemiştir. Bu andlaşma ile tüm nükleer silah denemelerinin ve diğer nükleer patlamaların önüne geçilmek istenmekte, bu amaç için kapsamlı bir yasak konulmaktadır. Bizim açımızdan önemli olan bir husus andlaşmanın dibacesinde çevrenin korunmasına katkı kaygısının da dile getirilmiş olmasıdır. Ancak henüz yürürlüğe girmemiş bu andlaşma şu an için 150 civarı BM üyesi devletin onayladığı ifade edilmektedir⁵⁴⁰. Andlaşmanın yakın bir gelecekte yapılageliş kuralı hükmünü kazanması beklenebilir.

5. GELENEKSEL İNSANCIL HUKUK İLKELERİ ve ÇEVRENİN KORUNMASI

Uluslararası hukukun kaynaklarından biri de geleneksel hukuk veya başka bir şekilde ifade edildiği üzere yapılageliş hukukudur⁵⁴¹. Bir yapılageliş hükmünün varlığından bahsedebilmek için Maddi Unsur (*Consuetudo*) ve Manevi Unsur (*Opinio Juris*) olmak üzere iki unsurun varlığı aranmaktadır. Yapılagelişin maddi unsuru, sürekli ve kendini tekrar eden bir uygulamadır. Manevi unsur ise bu tekrar eden uygulamanın bir hukuki yükümlülük olarak kabul edilmesidir⁵⁴².

Yapılageliş hukukunun önemli bir rol üstlendiği dallardan biri de uluslararası insancıl hukuktur. Bugün için insancıl hukuk ile ilgili birçok sözleşme hükmünün yapılageliş hukuku özelliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Kaldı ki, genel olarak güç kullanımı özelde de insancıl hukuka dair bir yapılageliş hukukunun varlığı uluslararası sistemin kendini betimleyişinde kendisine yer bulmuş önemli bir unsurdur. Yani sistem kendisini bu şekilde tanımlamaktadır. Bu betimleyişin veya kabulleniminin temelinde ise, devletlerin şiddete başvurmalarının ve bunun nasıl gerçekleştirileceğinin

⁵³⁸ Tam metin için bkz. <<http://www.ctbto.org/fileadmin/content/treaty/treatytext.tt.html>>.

⁵³⁹ Von Glahn/Taulbee, *a.g.e.*, s. 649.

⁵⁴⁰ UNEP Raporu, s.16.

⁵⁴¹ Seha Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977), s. 41.

⁵⁴² Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000), s. 77.

belli bazı kurallara bağlanmasının uluslararası toplumda şiddeti azaltacağı ve bu azalmanın da zaten uluslararası hukukun sistemleşmesi ve gelişmesinin hem amacı hem de dolaysız sonucu olduğuna dair kanı yatmaktadır⁵⁴³. *Kahn*'ın hatırlattığı gibi, zamanında hukuken tecviz edilmiş bir hareket olduğu halde⁵⁴⁴ Almanya'nın Milletler Cemiyeti'nden ayrılmasını takip eden eylemlerini Nürnberg Mahkemesi yapılageliş hukukunun ışığında değerlendirmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın günümüz uluslararası insancıl hukuka önemli bir katkısı bu hukukun temel prensiplerini somutlaştırmasıdır. Aslında UAD'ın bu konuda verilmiş çok sayıda kararı bulunmamaktadır; ancak verilen kararlar, az sayıda da olsa, bu bahsedilen prensiplerin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır⁵⁴⁵. Divan, *Nikaragua* Kararında bu prensipleri “uluslararası insancıl hukukun temel genel ilkeleri” olarak adlandırmıştır. Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde ise, bunları “insancıl hukukun dokusunu oluşturan ana (*cardinal*) ilkeler” şeklinde isimlendirmiştir⁵⁴⁶.

Yine Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'nde Divan, yaptığı incelemede nükleer silahlar konusunda bir yapılageliş hukukunun varlığını araştırmış, bu araştırması neticesinde bu şekilde görülebilecek bir hukukun doğmadığını tespit etmiştir⁵⁴⁷. Divan'ın bu konudaki spesifik araştırması, her ne kadar olumsuz bir şekilde tamamlanmışsa da, insancıl hukuk alanında yapılageliş hukukunun en azından kuramsal açıdan mümkün olduğunu bizlere bir kez daha göstermektedir. Divan'a göre; Nürnberg Mahkemesi, daha 1945 yılında 1907 tarihli Lahey Savaş Kuralları Yönetmeliğinin bütün medenî uluslar tarafından tanındığını ve bu kuralların yapılageliş kurallarını izhar eden (*declaratory*) bir metin olarak görülmesi gerektiğini tespit etmiştir⁵⁴⁸.

⁵⁴³ Paul W. Kahn, “Nuclear Weapons and The Rule Law”, **International Law and Politics**, Vol.31, (1999), s. 393.

⁵⁴⁴ M.C. Statüsü'nün 1. maddesinin 3. fıkrası örgütten ayrılmaya çeşitli şartlara uyulması kaydıyla izin vermiştir.

⁵⁴⁵ Vincent Chetail, “The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”, **International Review of the Red Cross**, Vol 85, No. 850 (2003), s. 252.

⁵⁴⁶ **Aynı**, s. 252.

⁵⁴⁷ Kahn, **a.g.m.**, s. 394.

⁵⁴⁸ Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, para. 80.

5.1. İnsancıl Hukukun Esas Dayanak Noktası Olarak Sınırlama İlkesi

Aşağıda incelemeyi planladığımız ve bugün tartışmasız olarak insancıl hukukun temel ilkeleri olarak kabul edilen kuralların aslında tümü tek bir prensipten doğmaktadır. İncelenecek olan ilkelerin de bu ana prensibin belli bazı alanlarda birer yansıması veya bu ana ilkeyi uygulanır kılan pratik görüntüleri olduğunu söyleyebiliriz. İnsancıl hukukun bu en temel ilkesi, belki de insancıl hukukun, bir cümlelik varlık nedeni de olarak da görülebilecek olan sınırlama ilkesidir (*principle of limitation*)⁵⁴⁹. İnsancıl hukuk sözleşmelerinin birçoğunda kurallaştırılmış da olan bu ana kurala göre savaşı bir tarafın, düşmanına zarar verme yetki ve olanakları sınırsız değildir⁵⁵⁰. Sınırlama ilkesi, insancıl hukukun *raison d'être*'i olarak da görülebilecek bu ana prensip, günümüz uygulanan hukukunda geçerli olan birçok hukuk metninde kendine yer bulmuştur⁵⁵¹.

18 Ekim 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'nin 22. maddesine göre⁵⁵² “Savaşın rakiplerine zarar verme araçlarını (*means*) seçme hakları sınırsız değildir.” 8 Haziran 1977 tarihli I. Ek Protokol’ün 35. maddesi de aynı ilkeyi tekrar ederken, savaşta kullanılan araçların yanına kullanılacak metotları da eklemiştir. Bu maddeye göre⁵⁵³ “Herhangi bir silahlı çatışmada, çatışmanın taraflarının savaş metot ve araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir”. Görüldüğü üzere burada savaş metotlarının tüm silahlı çatışmalarda belli birtakım sınırlandırmalara tabi olduğu bu madde ile tespit edilmiştir. Bu maddenin az da olsa daha geniş bir kapsamı haiz olduğu düşünülmelidir⁵⁵⁴. Ancak içinde geçen “herhangi bir silahlı çatışma” tabirinden hareketle *bu maddenin* uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması mümkün görünmemektedir. Her şeyden önce I. Ek Protokol’ün uygulama kapsamı buna engel olmaktadır. Bu protokol, Cenevre Sözleşmelerine ortak 2. madde ve kendisinin 1.

⁵⁴⁹ Shelton, **a.g.m.**, s. 245.

⁵⁵⁰ Betsy Baker, “Legal Protection for the Environment in Times of Armed Conflict”, **Virginia Journal of International Law**, Volume 33, (1990-1991), s. 360.

⁵⁵¹ Schindler, **a.g.m.**, s. 167.

⁵⁵² Maddenin İngilizce metni için bakınız <http://www.icrc.org/IHL.NSF/WebART/195-200032?OpenDocument>.

⁵⁵³ Maddenin İngilizce metni için bakınız <http://www.icrc.org/IHL.NSF/WebART/470-750044?OpenDocument>.

⁵⁵⁴ Baker, **a.g.m.**, s. 360.

maddesi 4. fıkrası hükümleri gereği, sadece uluslararası ve uluslararasılaşmış silahlı çatışmaları düzenlemektedir. Dolayısıyla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması mümkün değildir. Ancak, insancıl hukukun uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, sınırlama ilkesinin (*principle of limitation*), bir yapılageliş hükmü olarak, uluslararası olmayan çatışma durumlarında da uygulanmasının mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Bunun için genel olarak, insancıl hukukun iç çatışmalara uygulanmasının mümkün kılınması gerekecektir.

İnsancıl hukukun geleneksel prensipleri olarak ise askeri gereklilik (*military necessity*), insanlık (*humanity*) ve ayırmda bulunma/ayırt etme (*discrimination*) ilkelerini saymak mümkündür⁵⁵⁵. Bu prensiplerin kendileri insancıl hukukun temelini oluşturmaktadır. Bunların başka bir fonksiyonu da henüz yeterli düzenlemenin mevcut olmadığı durum ve konularda da insancıl hukukun boşluklarını kapatmaktır⁵⁵⁶.

İsviçreli uluslararası hukukçu, Büyükelçi Kurt M. Höchner'e göre belli bir silahın kullanımı hakkında herhangi bir açık hüküm olmaması durumunda, ilgili silahın bu prensiplere aykırılık teşkil etmesi durumunda kullanımının yasaklanmış kabul edilmesi mümkündür⁵⁵⁷. Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde UAD, benzer bir tespiti nükleer silahlar için yapmış; ancak çok ciddi gereklilik hallerinde, söz konusu prensipleri ihlal etmesi neredeyse kesin olan bu tip silahların kullanımının yasak olduğuna dair herhangi bir hüküm olmadığını ifade etmiştir. Bunun kendi içinde çelişik olmamasının tek yolu bu prensipleri askeri gereklilik ilkesinin kaydı altında okumaktır. Divan da zaten uç bir gereklilik halinden örnek vererek böyle düşündüğüne işaret etmiştir.

5.2. Askeri Gereklilik İlkesi

Uluslararası İnsancıl Hukuk, oldukça büyük bir yıkım potansiyeline sahip olan silahlı çatışma eylemlerini düzenlemek amacıyla ve iddiasındadır. Doğası gereği böylesi yıkıcı ve kanlı olan eylemlerin ve devletlerin varlıklarının tehdit edilebildiği bir

⁵⁵⁵ Schmitt, **a.g.m.**, Humanitarian Law and the Environment, s. 307.

⁵⁵⁶ Kurt M. Höchner, **Schutz der Umwelt im Kriegerrecht**, (Zurich: Schulthess Verlag, 1977), s. 97.

⁵⁵⁷ Höchner, **a.g.e.**, s. 97.

süreç olan savaşın aklileştirilmesi kendi içinde çelişik ve hatta biraz da alaycı bir amaç gibi durmaktaysa da insancıl hukukun tam da bunu hedeflediği ve uygulamada da önemli roller oynadığı şüphesizdir. Bu olumlu sonuca ulaşılmasının en önemli sebebi insancıl hukukun gelişimi esnasında korunmaya çalışılan gerçekçilik olmuştur. Her şeyden önce bu hukuk dalı, savaş tecrübelerinin ışığında şekillendirilmiş, sona eren çatışmalardan elde edilen tecrübeler yapılması gereken değişikliklerin temelini ve hatta bazı durumlarda ana tetikleyicisini oluşturmuştur⁵⁵⁸. Bu tecrübelerin de ışığında elde edilen bilgiye göre, askeri hedeflerin gerçekleştirilmesi ve düşmanın zayıflatılması amaçlarının gerektirdiği haddi aşan, bu hadden fazla olan tahribat ve şiddet aslında bu eylemlerde bulunan tarafın aleyhine sonuçlar yaratabilmekte, kendi savaş kampanyasını olumsuz dahi etkileyebilmektedir. Yani, herhangi bir kontrol altında tutulmayan ve sivil-asker, savaşan-savaşmayan gibi ayrımlara gözü kapalı olan amaçsız bir şiddetin, onu kutsayanların iddialarının aksine, herhangi bir gerçek ve somut bir askeri faydaya hizmet etmesi pek de olası görünmemektedir.

Burada hatırlatılması gereken başka bir husus da, insancıl hukukun gelişimi sırasında, bu hukuk dalında ancak askeri gerçeklerle taban tabana zıt olmayan hükümlerin ihdas edilmiş olmasıdır. Örnek vermek gerekirse, gerçeklikten uzak bir düzenleme belki de bazı zarar verici eylemleri tamamen yasaklama yoluna gidebilirdi. Hâlbuki bu mahiyette eylemler bir silahlı çatışma esnasında kaçınılmaz olarak gerçekleştirilecektir. Stratejik olarak önemli bir askeri hedefin bombalanmasını sırf bu hedefin sivil nüfusa yakın olması sebebiyle tamamen yasaklanması bahsettiğimiz gerçekçi yaklaşıma uymayan bir adım olurdu. Böylesi ütöpik bir düzenleme ile bağlanmak istemeyen bir çok devlet doğal olarak ilgili belgeyi imzalamak ve onaylamaktan imtina edecektir. Belgeyi onaylamış veya belgeye katılmış olan devletlerin de, bir çatışma sırasında, bu gerçekçi olmayan hükmü uygulamak için ulusal menfaatlerinden feragat edeceği beklenmemelidir. Sonuçta hem uluslararası insancıl hukukun ilerlemesi ve yayılması sekteye uğramış olacak hem de uygulama konusunda ciddi sıkıntılar baş göstermiş olacaktır.

⁵⁵⁸ Bothe/Partsch/Solf, **a.g.e.**, s. 183.

Gerçekçilik konusunda verilebilecek en iyi örneklerden biri savaş esirleri konusudur. Bu düzenlemeler ilk bakışta esir alan devlet için fazladan bir yükümlülük getirir görünmektedir. Hâlbuki esirler alındığı zaman için çok önemli olan ve ihlal edilmeyeceği kuvvetli bir ihtimal ile kestirilebilen bu hükümler sayesinde, köşeye sıkışmış veya hafif yaralanmış askerlerin daha çabuk teslim olması sağlanmakta, bu ise esir alan devlet için hem kendi askeri personelinin korunması yönünden, hem de askeri hedeflerinin daha çabuk gerçekleştirilmesi bakımından müsait bir ortam yaratmaktadır. Eğer esir alma kurumu olmasa ve bu kuruma da esir alan devlet tarafından en azından belli bir seviyedeki riayet gösterileceğine düşman askerleri kani olmasalar, aslında teslim olması gereken ve beklenen düşman savaşanlarının son nefeslerine kadar çarpışmaya devam etmeleri beklenmelidir. Bu da şiddetin artması ve çatışmanın uzaması ve daha da vahşileşmesi anlamına gelecektir. Ayrıca kazanan devletin savaş amaçlarını gerçekleştirmesi gecikecek, elde ettiği zaferi ise daha da masraflı hale gelecektir.

Savaş esirlerinin haklarına riayet edilmesinin bir başka yönünü de düşmanın eline düşmüş kendi askeri personelini koruma güdüsü oluşturmaktadır. Böylelikle devlet, kendi personelinin akıbeti hakkında daha az kaygılı olacak ve neticede vatandaşın savaşma iradesini ve moralini kaybetmesine kadar gidebilecek riskleri de bertaraf etmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere gerçekçi bir yaklaşım, savaşın meşrulaştırılmasına hiçbir şekilde hizmet etmeyeceği gibi bilakis savaşın menfi etkilerinin engellenmesi veya en azından azaltılmasına katkıda bulunmakta, hatta bazı durumlarda belli bir taraf bakımından savaşın kazanılmasına dahi katkıda bulunabilmektedir.

İnsancıl hukukun belki de tek temel ilkesi savaşan tarafların “savaş araç ve metotlarının seçiminde herhangi bir şekilde kısıtlanmamış bir hakka” sahip olamayacakları kuralıdır. Bu kural Lahey Savaş Yönetmeliği 22. maddesinde ve I. Ek Protokol’ün de 35. maddesinde de yinelenmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz ilkeler de aslında bu ana kuralın somutlaştığı ve uygulamaya uygun hale geldiği ilkeler olmaktadır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Vöney, a.g.e., s. 63–64.

Yukarıda işaret edilen bütün bu rasyonel ve gerçekçi gelişim süreci sonunda ulaşılmış prensiplerden ilki *askeri gereklilik* ilkesidir⁵⁶⁰. Bu ilke yapılageliş mahiyetini kazanmış insancıl hukukun temel bir hükmü haline gelmiştir⁵⁶¹. Neticede bu ilke de, tıpkı parçası olduğu uluslararası insancıl hukuk gibi, insanlığın temel değerlerinin tahribini engellemek amacındadır. Nihai amacı Kantçı bir yaklaşımla, savaş sonrası dönemler için barışın, en azından bir olasılık olarak önünü açmaktır. 1899 Lahey Kara Savaşı Sözleşmesi’nin dibacesinde mevcut bir hükme göre ilgili sözleşme hükümleri “*askeri gerekliliklerin izin verdiği ölçüde, savaşın kötü etkilerini azaltmak isteğiyle*” öngörülmüştür⁵⁶².

12 Ağustos 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi’nin 53. maddesi de askeri gereklilik şartını içeren bir madde hükmüdür. Bu maddeye göre, işgal eden devlet şahıslara, devlete ait menkul veya gayrimenkul malları, ancak askeri operasyonların “kesin bir şekilde gerekli”⁵⁶³ kıldığı hallerde imha edebilir⁵⁶⁴. Burada görüldüğü üzere, daha da kısıtlayıcı bir askeri gereklilik kavramı kabul edilmiştir. Artık kesinlikle gerekli olmayan mal imhasının hukuka aykırı olacağını kabul etmek gerekecektir. Yine korunan malın mahiyeti de, sahibinin devlet mi yahut hükmi veya gerçek şahıslar mı olduğunun bu madde ile pek bir önemi kalmamıştır.

Ancak *Betsy Baker*’ın da hatırlattığı üzere bu madde kendi bünyesinde bir takım sınırlandırıcı özellikleri bulundurmaktadır⁵⁶⁵. Bu madde, sadece işgal durumunun söz konusu olduğu durumlarda ve işgal edilen topraklarda uygulama bulacaktır. Dolayısıyla bir savaşan devletin, düşmanına veya düşman devlet vatandaşına ait malların imha edilmesinde kesin olan bir askeri gerekliliği araması gerekli değildir.

⁵⁶⁰ Askeri Gereklilik ilkesi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Michael N. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, **Virginia Journal of International Law**, Volume 5, Number 4 (2010), s. 796–839.

⁵⁶¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. John Alan Cohan, “Modes of Warfare And Evolving Standards Of Environmental Protection Under The International Law of War”, **Florida Journal of International Law**, Vol. 15 (2002–2003), s. 491–494.

⁵⁶² Kalshoven, **a.g.e.**, s. 25–26.

⁵⁶³ Maddenin resmi versiyonunda “absolutely necessary” ibaresi kullanılmaktadır.

⁵⁶⁴ Dinstein, **a.g.m.**, s. 544.

⁵⁶⁵ Baker, **a.g.m.**, s. 362.

Askeri gereklilik,

“Bazı tedbirlerin askeri kumandan tarafından hiçbir gecikmeye yer bırakmayacak şekilde kararlaştırılmasına duyduğu ihtiyacdır. Bu tedbirler düşmanın, düzenlenmiş ve de savaş hukuk veya yapılageliş tarafından da yasaklanmamış şiddet vasıtalarıyla, tamamen teslim olmasına icbarında vazgeçilmez olan tedbirlerdir.”

Bu ilkenin günümüzdeki anlamına göre, savaş sırasında düşmanın kısmen veya tamamen kontrol altına alınabilmesi hedefiyle, düşman silahlı kuvvetlerinin zayıflatılması için *gerekli olan* kuvvetten fazlasının kullanılması yasaktır⁵⁶⁶. Bu ilkenin uygulanması her zaman bugün anlaşıldığı şekilde olmamıştır. Askeri gereklilik eski zamanlarda, savaşan taraflara verilen bir açık çek olarak algılanmış, tarafların her türlü şiddet eylemini, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan gerçekleştirmelerinin yolunu açmıştır⁵⁶⁷. Her şeyi mübah olarak algılayan anakronik bir askeri *ethos* ile bu barbarca hareketler dahi hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu çağdışı ve geride bırakılmış anlayış sonucunda askeri gereklilik, şiddeti arttırıcı, onu meşrulaştırıcı bir rol oynamıştır.

Düşman orduların mücadelesi sırasında rakibe herhangi bir şekilde zarar vermesi beklenen her türlü tedbirin alınması meşru görülmüştür. Bu günümüz hukukuna ters yaklaşıma göre, bir askeri eylemin zafere herhangi bir somut katkısı olması beklenmez ve sadece “yardımda bulunması” dahi yeterli görülür. Böylesi bir uç düşüncenin kabul edilmesi aslında insancıl hukukun işlevsiz bir hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır⁵⁶⁸. Günümüz uygulamasında ise düşmanın zayıflatılması amacı için gerekli olan kuvvet oranının tespiti ve bu üst sınırın üzerine çıkılmaması savaşan taraflardan beklenmektedir. Dolayısıyla günümüz uygulamasında askeri gereklilik aşırıya kaçan şiddet eylemlerinin engellenmesine hizmet eden bir hal almıştır.

Çevrenin zarar görmesine sebep olduğu iddia edilen tarafın, söz konusu ihlale yol açan eylemin askeri gereklilikler neticesinde gerçekleştirildiği ve dolayısıyla

⁵⁶⁶ Schmitt, **a.g.m.**, s. 310.

⁵⁶⁷ Baker, **a.g.m.**, s. 360.

⁵⁶⁸ Leibler, **a.g.m.**, s. 98.

eylemin hukuka uygun olduğu iddiasında bulunması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla bu kadar merkezi önemi haiz *askeri gereklilik ilkesinin*, insancıl hukukta hangi durumlarda kullanılabileceğini tespit etmek elzemdir.

Bir düşünceye göre, askeri gereklilik insancıl hukukun bünyesinin doğal bir parçasıdır. Bu nedenle her türlü insancıl hukuk hükmü bir askeri gereklilik kaydı altından yorumlanmalıdır. Günümüz için baskın görüş olduğu artık iddia edilemeyecek olan bu yaklaşım gereğince ister yapılageliş özelliği bulunsun isterse bir sözleşme hükmü olsun, her türlü insancıl hukuk düzenlenmesini görünmez mürekkeple yazılmış bir askeri gereklilik kaydıyla yorumlamak ve uygulamak gerekmektedir. Bu düşüncenin taraflarına göre insancıl hukuk belli bir realizmi bünyesinde bulundurmak ve devletlerin meşru askeri kaygılarını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Eğer bu kaygılar göz ardı edilirse hükümlere riayetın tehlikeye sokulması söz konusu olacaktır.

Buraya kadar öne sürülen fikirlerde belli bazı doğruların, en azından tarihi olarak var olduğunu, bunlara tarihi bir tespit olarak, karşı çıkmanın çok da mümkün olmadığını hatırlatmalıyız. Ancak günümüzde uygulanan insancıl hukukun bazı hükümlerinin mutlak olarak düzenlenmiş olmasını da göz ardı edemeyiz. Dolayısıyla günümüz uygulaması için bu görüşün uygulanan hukuku yansıttığını iddia etmek kolay görünmemektedir. Total bir yasak olarak kabul edilen işkence yasağını örnek olarak ele alırsak, eski kuramın temsilcileri bu yasağın da belli bazı şartlar altında delinmesi gerektiğini kabul edebilecektir. Hâlbuki günümüz anlayışında bu yasak, herhangi bir istisnaya yer vermez şekilde yorumlanmakta ve tanınmaktadır. Demek oluyor ki, içeriğinde gereklilik sınırlamasına yer versin vermesin tüm insancıl hukuk hükümleri için bu “askeri gereklilik” sınırlama geçerlidir önermesi birçok insancıl hukuk hükmü için günümüzde reddedilmektedir.

Burada hatırlatılması gereken başka bir olgu da insancıl hukukun kendine özgü kodifikasyon tarihidir. Gerçekten de bu hukuku dalı yaşanan savaş ve çatışma tecrübelerinin ışığında kendisini geliştirmiş ve evrime tabi tutmuştur. Birçok (merkezi önemi haiz) insancıl hukuk sözleşmesi de bu çatışmaların hemen ardından, çok uzun bir zaman geçmesine izin verilmeden yani savaşların tecrübeleri daha tazeyken hazırlanmış ve imzalanmıştır. Dolayısıyla taraf devletlerin bu meşru askeri gereklilik kaygısına

hazırlık çalışmaları ve imza aşamasında yeterli önemi atfettiklerinin kabul edilmesi gerçekliğe daha uygun düşecek bir yorum tarzı olacaktır. Yani bu hükümlerin daha kodifiye edilmesi aşamasında, askeri gereklilik kaygısı hukuki hesaplamanın içine enjekte edilmiş ve yapılan değerlendirmelerde yerini almıştır. Eğer bu değerlendirme sonucunda şekillenen metnin içerisinde askeri gereklilik kaydına yer verilmemiş ise tarafların söz konusu hukuk maddesi tarafından düzenlenen konuda askeri gerekliliği bir kayıt olarak görmek istemedikleri sonucuna varmak mantıklı olacaktır.

Yine bazı düzenlemelerde askeri gereklilik kaydının varlığını gözlemlemekteyiz. Ek Protokol'ün 51. maddesinin 5. fıkrasının b bendi, bu konuda iyi bir örnek olarak sunulabilir. Bu bende göre,⁵⁶⁹ “Kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen ve tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaj ile çok ilişkili olacak olan bir saldırı” hukuka aykırı sayılmalıdır. Sivil şahısların hayatlarını kaybetmeleri, görüldüğü üzere hedeflenen askeri fayda ile neden olunan kayıpların orantısız olduğu durumlarda hukuka aykırı kabul edilebilecektir⁵⁷⁰.

Demek oluyor ki, taraf devletler bazı hükümler için askeri gereklilik kaydını lüzumlu atfetmekteyken bazıları için bunu gerekli görmemektedir. Bir insancıl hukuk hükmüne apaçık bu ilkeyi soka devletlerin, bazı maddelerde bundan feragat etmelerini, bu devletlerin bu maddelerce düzenlenen hukuki müesseseleri ve öngörülen korumayı, bu ve benzeri kayıtlar ile sınırlandırmak istemedikleri şeklinde yorumlanması bize de makul görünmektedir. Netice itibarıyla askeri gereklilik kaydını, insancıl hukukun her yerinde gören, bu hukuk dalını askeri gereklilik gözlüğüyle okumayı salıklayan yaklaşıma katılamıyoruz.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, insancıl hukuk hükümlerinin hepsi, askeri gereklilik ilkesine yapılan zımni bir atıfla kısıtlandırılamaz. Buna göre bazı insancıl hukuk emir ve yasaklarının “mutlak” olarak algılanması gerekmektedir. Askeri gereklilik özrü ile kısıtlanabilecek durumlar, tıpkı yukarıda örnek olarak verdiğimiz madde hükmü gibi, ancak ilgili sözleşme hükmünün bu kaydı taşıması halinde mümkün

⁵⁶⁹ <http://www.msb.gov.tr/asad/default.php?page=SCH6>.

⁵⁷⁰ Kempen/Hillgruber, **a.g.e.**, s. 264.

olabilecektir. Bu modern yaklaşıma göre, ihlali tartışılan hükmün kendi bünyesinde askeri gereklilik istisnasını taşımaması halinde bu ilkeye dayanmak ve hükmün uygulamada kayıt altında uygulanmasını talep etmek mümkün gözükmemektedir⁵⁷¹. Aynı görüşü paylaşan *Kempen* ve *Hillgruber*'a göre “uluslararası insancıl hukuk zorunluluk hali-geçirmez (*notstandsfest*) bir yapıdadır ve “askeri akıl” zaten insancıl hukuk hükümlerinin yapılışı sırasında dikkate alınmıştır⁵⁷².

Askeri gereklilik ilkesinin, uluslararası insancıl hukukta oynadığı rol ve bu rolün önemi hakkında fikir ileri sürenler bu ilkenin tamamen güvenilir bir mekanizma sunmaktan uzak olduğu görüşünü de seslendirmiştir. Buna göre bir gerçek olayda, askeri kurum ve personelin, önünde bulunan hadisede mevcut askeri gerekliliği çevresel koruma ve diğer kaygılara göre çok daha önemli bulacağıdır⁵⁷³. Bunun neticesinde bu diğer menfaatler çok kolaylıkla *savaşın gerçekliğine* kurban edilebilecektir. Netice bu ilke, tamamen ve iyi niyetle gözetilmediği takdirde, sadece sanal bir koruma sağlamaktan öteye gidemeyecektir.

Askeri gereklilik ilkesinin incelendiği hemen her akademik çalışmada kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi gereken bir başka konu da orantılılık olmaktadır. İnsancıl hukuktaki orantılık, savaşan tarafların elde etmek istedikleri askeri fayda ile bu faydaya ulaşılırken zarar verilen insani değerler arasında aranmalıdır. Bu orantılılığın mevcudiyeti yahut yokluğu, her halde durumun kendine has özelliklerinin de göze alınması yoluyla tespit edilecektir⁵⁷⁴. Orantılığa atıf yapan ve onun gözetilmesini öngören hükümlerin uygulanması sırasında hesaba katılması gereken unsurlar, her durum için önceden hukuk tarafından belirlenmiş ve tespit edilmiş değildir. *Cannizzaro*'nun da ifade ettiği gibi, öznel durumun şartlarına atıfta bulunularak ve bu durumda mevcut unsurların göreceli önemlerinin durumun gerçek şartlarından kaynaklanan güncel ihtiyaçların ışığı altında tespit edilmesiyle, bu orantılık testi icra

⁵⁷¹ Dieter S. Lutz, *Zur Legalität und Illegalität kriegerischer Handlungen*, (Hamburg: IFS-Forschungsberichte, Februar 1983), s. 27.

⁵⁷² Kempen/Hillgruber, *a.g.e.*, s. 264.

⁵⁷³ Baker, *a.g.m.*, s. 362.

⁵⁷⁴ Enzo Cannizzaro, “Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War”, *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 864, (2006), s. 785–786.

edilmelidir⁵⁷⁵. Bu orantılık testini gerçekleştirecek olan askeri eylemi gerçekleştirmeyi planlamakta olan devlettir.

Şimdi orantılık ilkesine uyulup uyulmadığının kontrol edilmesinde çevresel değerlerin oynaması beklenen rol incelenecektir. Konu hakkında daha fazla detaya burada girilmeyecektir. Bu hususun çıkış noktasını UAD’ın 1996 tarihli Nükleer Silahlar Danışma Görüşü oluşturmaktadır. Divan bu görüşünde, insancıl hukukun belki de en temel önermesi olan, “devletlerin kullandıkları silahlarda sınırsız bir seçme hakkına sahip olmadıkları” ifadesini açık bir şekilde tespit etmiştir⁵⁷⁶. Bu sınırlamanın temellerinden biri de bilindiği üzere orantılılık testi olmaktadır. Şimdiye kadar, denge sağlanması gereken terazinin bir kefesine beklenen askeri amaçlar faydalar konulurken diğer kefesine de direkt askeri hedef olması yasaklanmış olan, ancak askeri bazı hedeflerin tahrip edilmesi esnasında mecburen sebep olunan sivil kayıplar konulmaktaydı. İşte bu ikinci kefenin içeriği UAD’a göre bu geleneksel anlayıştan biraz daha geniş algılanmalıdır. UAD’ın bu danışma görüşüne göre gerçekleştirilecek orantılık testinde nazar-ı itibara alınması gereken unsurlardan biri de, gerçekleştirilen askeri eylemler nedeniyle ortaya çıkacak olan çevresel zarar olmalıdır. Bu zararın aşırı olacağı durumlarda gerçekleştirilmesi planlanan saldırının orantısız kabul edilmesi ve bu saldırıdan kaçınılması gerekmektedir.

5.3. İnsanilik İlkesi (Humanity)

Uluslararası Adalet Divanı’nın “insancıl hukukun dokusunu oluşturan ana ilkeler”den gördüğü bir diğer ilke de insanilik ilkesidir⁵⁷⁷. Bu ilkeye göre düşman ile mücadele etmek amacıyla gerekli olduğu kadar silahlı güç kullanmak gerekmektedir. Bir başka adı da gereksiz acı vermeme ilkesi olan bu genel kural, günümüzde tüm nüfusun istifade etmesi gereken bir koruma sağlar hale gelmiştir. Bununla kastedilen, bu ilkenin sadece sivil şahısların korunmasını hedeflemediğidir. Bununla beraber; savaşan statüsündeki şahıslar da bu ilkenin korumayı amaçladığı kişilerdendir. Gereksiz acı verilmesinin engellenmesi kaygısı, modern insancıl hukukun önemli kilometre

⁵⁷⁵ Cannizzaro, **a.g.m.**, s. 786.

⁵⁷⁶ Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 130.

⁵⁷⁷ Cohan, **a.g.m.**, s. 495.

taşlarından olan 1868 St. Petersburg Deklarasyonu'nun temelini oluşturmuştur⁵⁷⁸. Dolayısıyla bu ilkenin insancıl hukukun tarihine mal olmuş, onun oluşum ve gelişiminde ciddi rol oynamış bir kural olduğunda şüphe etmemek gerekmektedir. Bu ilkeye dikkatli ve titiz bir riayet sağlandığı takdirde, çevrenin korunması hususunda önemli katkılarda bulunacağı aşîkârdır. St. Petersburg Deklarasyonu'nun Giriş bölümünde zikredilen bu ilke, aslında ilk defa orada geliştirilmiş bir ilke değildir. Deklarasyon bu ilke için konuşulursa sadece ihzari bir rol oynamış, yüzyıllardır gelişen bu kuralı kendi bünyesinde bir kez daha yinelemiştir⁵⁷⁹. Uluslararası Adalet Divanı'na göre, insanilik ilkesi gereği⁵⁸⁰

“savaşanlara gereksiz acıların yaşatılması yasaklanmıştır: Buna uygun olarak, çekilen acıyı hiçbir neden olmaksızın ağırlaştıran veya gereksiz zarar veren silahların kullanılması da yasaklanmıştır, Devletlerin kullanılan araçların seçiminde sınırsız bir seçme hakkı bulunmamaktadır.”

Bu ilkenin düzenleme bulduğu birden fazla hukuk metni söz konusudur. 1907 tarihli Lahey Savaş Hukuku Yönetmeliği'nin 23. maddesinin e bendi bunlardan biridir⁵⁸¹. Yine I. Ek Protokol'ün 35. maddesi 2. fıkrası bu ilkenin en güncel yeniden-ifadesi olmaktadır. Maddeye göre⁵⁸²,

“gereğinden fazla zarar veya gereksiz acı verecek mahiyetteki silahların, mermilerin, savaş malzeme ve metotlarının uygulanması yasaklanmıştır.”

Ancak bir silahlı çatışma esnasında gerekli olmayan bir seviyede şiddete başvurulduğu veya gerekli olan fazla yıkım yaratacak silah sistemlerinin kullanıldığı

⁵⁷⁸ Hourcle, **a.g.m.**, s. 662.

⁵⁷⁹ Chetail, **a.g.m.**, s. 256.

⁵⁸⁰ Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, para. 78.

⁵⁸¹ Madde metni için, <http://www.icrc.org/IHL.NSF/WebART/195-200033?OpenDocument> , (28.01.2010).

⁵⁸² 35. maddenin tam metni için; <http://www.icrc.org/IHL.NSF/WebART/470-750044?OpenDocument> , (27.01.2010).

tespiti kolay olmayacaktır⁵⁸³. Hangi yıkımın gereklilik sınırları içinde kaldığının tespiti, bu noktada gereklidir. Uluslararası Adalet Divanı bu hususta kullanılabilecek bir ölçüt getirmeye çalışmıştır. Buna göre “askeri amaçların gerçekleştirilmesi için kaçınılmaz olan”dan daha fazla şiddet kullanılması durumunda verilen acının gereksiz olduğu yahut gereğinden fazla olduğundan bahsedilebilir. Bu ölçüte göre, bir silahın kullanımının hukuka uygunluğu ancak gözetilen hedefin gerçekleştirilmesine hizmet edecek ve bu sonucu sağlayacak olan güç kullanımı oranı ile yapılacak bir karşılaştırma sonucu ortaya çıkabilecektir.

Yargıç *Shahabuddeen* Nükleer Silahlar Danışma Görüşü’nde şunları ifade etmiştir;

“Başarılmak istenen askeri faydanın meşru kıldığı orandaki acıdan esaslı olarak fazla olan acı gereksiz veya aşırıdır. (Bu konuda) mekanik veya mutlak bir ölçüt imkânsızdır (excluded); hedeflenen askeri fayda ile verilen acının derecesi arasında bir denge kurulmalıdır. Askeri faydanın daha büyük olduğu durumlarda daha yüksek acı seviyesine izin verme istemi artacaktır.”

Eylem sonrası değerlendirmeler açısından kullanılabilir bir ölçüt olan bu ilkenin savaş şartlarında, bilgiye ulaşımı çeşitli şartlar nedeniyle zaten zorlaşmış bir askeri karar vericiye yol göstermesi akla yatkın gelmemektedir. Bu bilgiye ve istihbarata ulaşmadaki eksikliğin yanı sıra, sahadaki karar-vericinin, görevi eksiksiz ve zamanında yerine getirme saikiyle hareket edeceğinden, hemen her türlü faktöre mutlak veya mutlağa yakın bir önem atfedeceği gerçeği, bu ölçütün dikkatli bir şekilde uygulanmasını dileyenleri karamsarlığa itecektir. Belli bir araziden yapılması planlanan gizli bir saldırının, düşman karargâhına rapor edilmesini istemeyen bir subay, sahada belki de hiç yaralının kalmamasını sağlayacak napalm gibi bir silahın kullanılmasını doğru bulabilir. Bu örnekteki komutana göre; yaralı bir asker belki askerlik vazifelerini artık layıkıyla yerine getiremeyecektir ancak yine de telsiz ve benzeri yollarla karargâha

⁵⁸³ Vöney, **a.g.e.**, s. 69.

haber vermesinin de önü alınmalıdır. Kaldı ki herhangi bir arızı sorunun çıkmasının da önlenmesi, askeri karar alıcıları daha şiddetli oranda kuvvet kullanma yoluna itebilir.

Burada yinelenmesi gereken başka bir husus da amacın önemi olmaktadır. Savaş tarihi ufak hataların önemli sonuçları ile bezelidir. Dolayısıyla bir askeri karar-alıcı, aslında o kadar da önemli olmayan bir operasyona, çok büyük bir önem atfedebilir ve belki de bu tarz bir yaklaşım savaşın o anki şartları göz önüne alındığında meşru dahi sayılabilir. Buna milli duyguları ve savaşçı ethosunu da ekleyince ortaya iyimserliği arttırıcı bir tablo çıkmadığı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla bu ilkenin de tamamıyla güvenilir bir çevresel koruma sağladığını iddia edebilmek bize zor görünmektedir. Kaldı ki bu ilke, büyük oranda insan-merkezli bir ilkedir ve genellikle gayrı-insani acıların verilmemesi ilkesi olarak anlaşılmaktadır. Sadece bu algılamamızın bile, bu ilkenin çevresel koruma hususunda sunduklarını azaltan bir etkisi olması kaçınılmazdır⁵⁸⁴.

5.4. Martens Maddesi

Martens Maddesi (*Martens Clause*), insanilik ilkesinin işlendiği bir çalışmada bahsedilmesi zaruret haline gelmiş olan bir husustur. Bu madde ilk olarak, 1899 Lahey Barış Konferansı'nda kabul edilmiştir. Maddenin Konferansta kabul edilmesinin ana sebebi, konferansa katılan ülkeler arasında çıkan temel bir anlaşmazlığın aşılması çabasıdır. Konferans sırasında işgal altında bulunan ülkede meskûn şahısların işgal eden devlete karşı silaha sarılması durumunda savaşçı statüsü kazanıp kazanmamaları konusunda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bu statünün tanınması düşüncesini savunan devletler, diğer devletleri iknada başarılı olamamış ve bu nedenle de sözleşmede direnişçiler savaşan statüsüne sahip şahıs grupları arasında sayılmamıştır. İşte bu madde ile düzenlemenin en azından bazı devletler açısından uluslararası hukukun tamamını yansıtmadığı ve direnişçilerin de bu statüye sahip olması gerektiğine dair bir hatırlatma görevini yerine getirmektedir⁵⁸⁵. *Greenwood*'a göre bugün bu madde sadece belli bir hüküm değil, uluslararası insancıl hukukun tümü için uygulanabilir bir maddedir⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Michael N. Schmitt, "The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination", *US Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol.6, (1995–1996), s. 250–251.

⁵⁸⁵ Christopher J. Greenwood, "Historical Development and Legal Basis", (in) Dieter Fleck (Ed.) *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, (Oxford, New York: Oxford University Press, 1995), s. 28–29.

⁵⁸⁶ Greenwood, *a.g.e.*, s. 29.

Rus Çarı adına bu toplantılara katılan *Friedrich von Martens*'in ismi ile anılan bu maddeye göre⁵⁸⁷;

“Yüksek akit devletler, daha kapsamlı savaş hukuk kuralları kabul edilinceye kadar, kendilerince kabul edilmiş kurallar tarafından hükme bağlanmayan durumlarda sivil ve savaşan şahısların uluslararası hukukun, medeni milletler arasında kabul edilmiş adet, insanilik kanunları ve kamusal vicdanın emirleri ile ortaya çıkan ilkelerinin koruması altında olduğunu açıklamayı doğru telakki etmektedirler.”

Madde, insancıl hukuk çalışmak isteyen her hukukçunun bilmesi gereken ve bu disiplinin temel taşlarından olan bir düzenleme olarak tanımlanmaktadır⁵⁸⁸. Günümüze kadar insancıl hukukun geçirdiği tüm iyileştirmeler ve kodifikasyonlar, bu maddenin ruhunda mevcut seviyenin tutturulmasına hizmet eder görünmektedir. Bir anlamda, bu madde ve onun yaratıcısı *Friedrich von Martens*, bu mühim gelişimin önemli fikri öncülerindendir⁵⁸⁹.

Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'nde maddeyi ele almış, maddenin modern bir versiyonunun 1977 tarihli I. Ek Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasında mevcut olduğuna işaret etmiştir. Divan'a göre bu madde, hızla gelişen askeri teknolojinin yarattığı durumlar ile başa çıkılması konusunda etkili bir araç olarak tebarüz etmiştir⁵⁹⁰. Divan'a göre bu madde artık yapılageliş özelliği kazanmıştır ve bu nedenle devletlerin uygulamasını bağlayan bir hukuk hükmüdür⁵⁹¹.

Bu madde içinde atıfta bulunulan temel kuralların uluslararası insancıl hukukun iskeleti gibi bir görev ifa ettiğini ifade eden *Jean Pictet*'e göre bu kurallar hukuk tarafından öngörülmemiş olayların ortaya çıktığı durumlarda kullanılacak rehber ilkeler

⁵⁸⁷ Dieter Fleck, “Friedrich von Martens: A Great Lawyer from Paernu”, *Baltic Defence Review*, Volume 2, No.10 (2003), s. 21–22.

⁵⁸⁸ Hans Peter Gasser, “A Note from the Editor”, *International Review of the Red Cross*, No. 317, (1997), s. 124. http://cicr.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_review_1997_317?OpenDocument.

⁵⁸⁹ Fleck, *a.g.m.*, s. 21.

⁵⁹⁰ Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, para. 78.

⁵⁹¹ Chetail, *a.g.m.*, s. 257.

olarak yararlanılabilecek hükümlerdir. *Pictet*'e göre bu ilkeler, tüm insancıl hukuk yapısının anlaşılması kolay bir özetini bizlere vermekte ve insancıl meselelerde bilginin ve farkındalığın artması konusunda da vazgeçilmez bir anahtardır⁵⁹².

Maddenin pratik önemi hakkında iki ayrı düşünce akımı doktrinde kendisini hissettirmiştir. Birinci akıma göre bu madde, yakın tarihte katılan veya onaylanan yeni bir insancıl hukuk metninde mevcut olmayan yahut eksik şekilde düzenlenmiş konular hakkında insancıl hukukun yapılageliş hükümlerinin uygulama bulmaya devam etmesini mümkün kılmaktadır. Belli bir konuda kodifikasyona gidilmesi yoluyla, o kodifikasyona dâhil edilmemiş alanların uluslararası hukuk tarafından düzenlenmediği iddiası bu madde sayesinde otomatik olarak kabul göremez bir hale gelmiştir. Bu şekilde bir iddiaya karşı Martens maddesi ileri sürülecektir. Yine bu maddeye göre, bir hukuk metninde yer bulmaması bu metne dayanarak zaten yerleşmiş bir yapılageliş hukuku hükmüne karşı çıkılmasını da meşrulaştıramaz⁵⁹³. Maddenin bu anlamda anlaşılması konusunda zaten büyük bir anlaşmazlık söz konusu değildir. Madde yapılageliş hukukunun önemine işaret etmekte ve uygulama bulması gereken durumları daraltacak bütün olası yorumları engelleyici bir etkiye sahip olmaktadır. *Gerhard Werle* de Uluslararası Ceza Hukuku'na ilişkin eserinde Martens maddesinin ancak bu şekilde anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir⁵⁹⁴.

Madde hakkında daha tartışmalı bulduğumuz ikinci bir yorum daha mevcuttur. Bu yoruma göre, Martens maddesinin sadece yapılageliş hukukunun devam eden bağlayıcılığını düzenlemek için getirilmiş olması kabul edilirse, o zaman madde içindeki “insanlık kanunları” ve “kamu vicdanının emirleri” ifadeleri boşu boşuna yazılmış, gereksiz ilaveler olarak yorumlanmaktadır. Hâlbuki böylesi bir şişirmenin o düzenleme kapsamında varlığının kabul edilmesi doğru değildir. Bu ifadeler orada *kasıtlı* olarak mevcuttur. Maddede zikredilen uluslararası hukukun ilkelerinin üç ayrı kaynağı gösterilmiştir. Bu ilkeler, yapılagelişe ilaveten, insanlık kanunları ve kamu vicdanı tarafından da belirlenmektedir. Bu yoruma göre, Martens maddesi, sözleşme ve yapılagelişin yanı sıra iki ayrı bağlayıcı ölçütü daha kabul etmektedir; insanlık

⁵⁹² Aktaran Chetail, **a.g.m.**, s. 257–258.

⁵⁹³ Greenwood, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁹⁴ Werle, **a.g.e.**, s. 384.

kanunları ve kamu vicdanı⁵⁹⁵. *Greenwood*, maddenin olan hukuka aykırı kabul edilmeyen silahların ve diğer araçların yine de kamu vicdanı ölçütü göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği manasına gelebileceğinin zaman zaman doktrinde ifade edildiğini hatırlattıktan sonra, kamu vicdanı teriminin belli derecede somutluktan mahrum kaldığının, bu nedenle de yol gösterici bir rol oynayamayacağını ifade eder⁵⁹⁶. Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'ndeki Karşı Oy Yazısı'nda Yargıç *Shahabuddeen* de bu ikinci görüşü desteklemiştir. Yargıca göre⁵⁹⁷;

“Martens Maddesi insanilik ilkeleri ile kamu vicdanı emirlerinin uluslararası hukukun genel ilkeleri olarak uygulanmasının yolunu açmıştır. (Bu uygulama sırasında) kullanılacak standardın tam kapsamının tespiti, savaş araç ve metotlarındaki değişimler ve uluslararası camianın tolerans haddini de bünyesinde barındıran, değişken şartların değerlendirilmesi ile mümkündür. ”

Yargıç *Shahabuddeen*'e göre bu maddenin tüm fonksiyonunu sadece yapılageliş hukukunun uygulayıcılara hatırlatılması işlevine indirgemek doğru değildir. Hâlbuki maddenin en temel fonksiyonu, askeri eylemleri *ayrıca* yöneten başka bazı uluslararası hukuk ilkelerinin varlığını itiraz edilemez bir şekilde ortaya koymaktır⁵⁹⁸. Yargıç bu tespitiyle, alıntılacağı Amerikan Askeri Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Krupp* kararına atıfta bulunmaktadır⁵⁹⁹. Amerikan Askeri Mahkemesi, bu kararında Martens maddesinin sadece hayır amaçlayan, iyi niyetli (*pious*) bir ifade olmadığını ifade ettikten sonra, bu maddenin “medeni ülkeler arasındaki adetleri, insanilik kanunlarını ve kamusal vicdanın emirlerini, kullanılması gereken hukuki ölçütler olarak” belirttiğinin altını çizmiştir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ Chetail, **a.g.m.**, s. 258.

⁵⁹⁶ Greenwood, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁹⁷ Para. 406.

⁵⁹⁸ Chetail, **a.g.m.**, s. 258.

⁵⁹⁹ Bilgi için; United States Holocaust Memorial Museum, “**The Krupp Case**” <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang=en&ModuleId=10007081>, (02.02.2010) .

⁶⁰⁰ Chetail, **a.g.m.**, s. 259.

Michael N. Schmitt de bu maddenin hukukun değişen günlük şartlara adapte edilmesinde istifade edilebilecek bir düzenleme olabileceğini hatırlattıktan sonra kamusal vicdan veya ahlaki yasalardan spesifik davranış kurallarının çıkarımının imkansızlığına vurguda bulunmaktadır⁶⁰¹. İkinci Dünya Savaşı'nda uygulanan bombalama taktiklerinin, tüm vahşetine rağmen, kamusal vicdanı rahatsız etmediğini hatırlatan yazar, yine de bu düzenlemenin, en azından potansiyel olarak, verili bir olayda hukuki anlamda bir “son savunma hattı” daha yaratabileceğine işaret etmektedir⁶⁰². Bunun ise ikinci yorumu savunanları tatmin etmekten uzak bir tespit olduğu aşikârdır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu ikinci yorum tartışma yaratan ve üzerinde belli bir anlaşmanın sağlanamadığı bir yorumdur. Doktrinde bu yorumun kendisini kabul ettiremediğini ifade etmeliyiz. Bu ikinci yoruma dayanarak nükleer silahların hukukken yasak kabul edilmesi gerektiği görüşü de Uluslararası Adalet Divanı tarafından açıkça reddedildiğinden, biz ikinci yorumun doğru olmadığını düşünenlere katılmaktayız. Kaldı ki, uluslararası hukuk metodolojisine göre; uluslararası andlaşmalar, yapılageliş hukuku ve hukukun genel ilkeleri olmak üzere uluslararası hukukun üç kaynağı vardır. Bu kaynaklardan ilk ikisi, Martens maddesinde zaten sayıldığına göre, maddede daha sonra zikredilen o iki terimin hukukun genel ilkeleri olarak anlaşılması da alternatif olarak akla gelmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilecek bir okuma neticesinde, Martens Maddesi, hakkında andlaşma veya yapılageliş hukuku hükmü bulunmayan durumların ortaya çıktığı zaman hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının önünü açabilecek bir madde olarak da algılanabilir. Bu ise yeni bir yükümlülük konulması değil, sadece olanın bir yeniden ifadesi, zaten hukukun genel ilkelerinin görevi olarak kabul edilen, hukuki boşlukların giderilmesi fonksiyonunun hatırlatılmasından başka bir şey değildir. Bu konuda aynı görüşü savunan *Theodor Meron*'a göre de maddenin amacı, bazı durumların, *yazılı* hüküm yokluğu nedeniyle, tamamen askeri kumandanların keyfi kararlarına bırakılmasının engellenmesidir⁶⁰³. Uluslararası hukukta bir kodifikasyon cihetine gidilse ve yeni hukuk kuralları ihdas

⁶⁰¹ Michael N. Schmitt, “The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination”, *US Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol.6, (1995–1996), s. 253.

⁶⁰² Schmitt, *a.g.m.*, s. 253.

⁶⁰³ Th. A. Barda, *a.g.m.*, s. 4.

edilse dahi bu önceden var olmaya başlamış yapılageliş kurallarının yok olacağı anlamına gelmez. Bu iki kural öbeği (andlaşma ve yapılageliş) ayrı ayrı varlıklarına devam ederler. *Meron*'a göre işte bu tip durumlarda, yapılageliş kurallarından bazıları yazılı yeni kodifikasyona dahi edilmemiş ise sırf bu nedenle bu örfi hukukun uygulanmasından imtina etmek mümkün değildir ve Martens maddesi de bunu tespit etmek için dizayn edilmiştir⁶⁰⁴.

Theodor Meron, Martens maddesi ile kumdan kaleler inşa etmenin mümkün olmadığını ifade eder. Ona göre, insancıl hukuk açısından şüpheli veya itiraz edilebilir görünen belli bazı silah ve de savaş usullerinin yasaklanması amacına, Martens maddesini *makul sınırlarının ötesine* geçecek şekilde yorumlayarak ulaşmak mümkün değildir⁶⁰⁵. Amerikan Kara Kuvvetleri'nin bir yayınına göre de “uluslararası hukuktaki bu tip geniş düzenlemeler aslında ahlaki kurallara (*moral law*) ve kamuoyuna dayanmak”tan başka bir şey değildir⁶⁰⁶. Dolayısıyla Martens maddesine dayanarak çevrenin korunmasına *ilave* katkıda bulunulacağını düşünmek, iyi niyetli olsa da, gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır.

5.5. Ayrımında Bulunma Yükümlülüğü (Distinction)

Silahlı çatışmalarda kural olarak esas hedef devletlerin silahlı kuvvetleri olmaktadır. Çünkü bunlar, savaşın da esas amacı olan, başka bir devletin siyasi iradesinin söz konusu devlete dikte ettirilmesinin önündeki yegâne ciddi engeli teşkil etmektedir⁶⁰⁷. Bu prensibe göre, bir silahlı çatışma esnasında gerçekleştirilen askeri eylemler sadece düşmanın askeri gücünü kendisine hedef almalıdır⁶⁰⁸. Dolayısıyla çatışmalara katılmamış kişilerin ve sivillerin öldürülmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, sivillerin veya çatışma dışında kalmış kişilerin öldürülmeleri veya yaralanmalarının, düşmanın moralinin bozulması gibi faydalı olabileceğinin düşünüldüğü hallerde dahi

⁶⁰⁴ Theodor Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience”, *American Journal of International Law*, Vol.94 (2000), s. 78.

⁶⁰⁵ Aynı, s. 88.

⁶⁰⁶ International Law Commission, *The Effect of Armed Conflict on Treaties: An Examination of Practice and Doctrine*, Memorandum by the Secretariat, 57th Session 2005, A/CN.4/550, s.78.

⁶⁰⁷ Höchner, *a.g.e.*, s. 98.

⁶⁰⁸ Gregory Reichberg/Henrik Syse, “Protecting the Natural Environment in Wartime: Ethical Considerations from the Just War Tradition”, *Journal of Peace Research*, Vol. 37, No. 4, (2000), s. 463.

geçerli olacaktır⁶⁰⁹. Aynı şekilde sivillerin kasıtlı olarak hedeflenmediği askeri eylemlerde de mümkün olduğu nispette zararlı eylemin yaratacağı hasar ve tehlikelerden korunması gerekmektedir. Hatta askeri personelin kendi içinde dahi bir takım ayrımlara gidilmiş muharip sınıflar ile diğer bazı barışçıl mahiyetteki askeri meslek grupları farklı düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Sıhhiye sınıfı, doktorlar ve din görevlileri ile çatışmalara daha önce katılıp da çeşitli nedenlerle çatışma dışı kalmış kişiler için de belli bazı koruma hükümleri günümüz uygulanan hukukunda mevcuttur.

Aynı ayırım taşınmaz unsurlar için de geçerlidir. Askeri bir tesisin savaşta hedef alınması, normal ve meşru bir hareketken, sivil hedeflere saldırının yasaklanmış olduğunu görmekteyiz. Ancak bu ayırım, bazı sebeplerden zor olmakta ve modern çatışmalarda sivil özellikli bina ve benzeri hedeflerin de hasar gördüğü bilinmektedir.

Kural olarak sadece askeri hedeflerin tahrip edilmeleri prensibi bir yapılageliş kuralı olarak kendini gösterse dahi zaman içinde birçok farklı uluslararası metnin bünyesinde kendine yer bulmuştur. Bu duruma örnek olarak, asıl amacı 400 gramın altındaki patlayıcı mermilerin çatışmalar sırasında kullanılmasını yasaklamak olan⁶¹⁰ St. Petersburg Deklarasyonu’nun henüz 1868 yılında, düşmanın silahlı kuvvetlerinin zayıflatılmasının takip edilmesi gereken tek meşru hedef olduğunu tespit etmiş olmasını verebiliriz⁶¹¹. Bu deklarasyon aslında ayırımda bulunma ilkesinin, diğer insancıl hukuk İlkelerinin yanı sıra, kodifiye edildiği ilk çok taraflı uluslararası hukuk metnidir⁶¹². Bu prensip, Lieber Yasası’nın (*Lieber Code*) 22. maddesinde de kendine yer bulmuştur. Bu madde bu ayırımda bulunma yükümlülüğünü medeniyetin ilerlemesine bağlamakta ve bu ilerlemeye paralel olarak ayırımda bulunma yükümüne daha fazla riayet edildiğine işaret etmektedir. Savaşın kötü etkilerinden korunma yükümlülüğü bu maddede savaşın zorunlulukları (*exigencies of war*) ile sınırlandırılmıştır.

Aynı şekilde 1899 ve 1907 Lahey Savaş Hukuku Sözleşmeleri’nde ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde de bu şekilde bir ayırımı emreden kurallara rastlamaktayız.

⁶⁰⁹ Reichberg/Syse, **a.g.m.**, s. 463.

⁶¹⁰ Schindler, **a.g.m.**, s. 167.

⁶¹¹ “...that the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy...” <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument>>.

⁶¹² Chetail, **a.g.m.**, s. 254.

Bütün bu bahsi geçen belge ve andlaşmaların ortak noktalarından biri de, sivil savaşı an ayırımının yapılması konusunda bir yükümlülüğün tanınmış olmasıdır⁶¹³. Yine birçok ulusal ve uluslararası mahkeme veya tahkim heyetinin de bu kuralın varlığını doğrular nitelikte kararı söz konusudur.

Coenca Brothers v. Germany kararında⁶¹⁴, Yunan-Alman Karma Tahkim Heyeti, Selanik kentinin 1916 yılında bir Zeplin tarafından bombalanması hakkındaki bir uyuşmazlığı karara bağlamıştır. Kararda Almanya'nın uluslararası hukuku ihlal etmekten kaynaklanan sorumluluğuna hükmedilmiştir. 1927 yılının Aralık ayında verilen bu karara göre, saldırı gece vakti ve 3000 metrelik bir yükseklikten, önceden herhangi bir uyarıda bulunmaksızın icra edilmiştir. Heyet'e göre "Uluslararası Hukuk tarafından genel olarak tanınan prensiplerden biri de savaşı anların, mümkün olduğu kadar, sivil halka ve mallarına saygı göstermek zorunda olduklarıdır"⁶¹⁵. Bu yüzden Almanya'nın Coenca Kardeşlerin yüksek miktarda kahve stoklarını yok etmekten dolayı sorumluluğuna hükmedilmiştir.

Shimoda Davasında⁶¹⁶ verilen karar da bu konuda bizlere yol gösterici bir rol oynayabilir. Bu davada, Tokyo Mahkemesine başvuran Japon vatandaşlar Japon devletinden kendilerine tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur. Her ne kadar bu talep, mahkeme tarafından reddedilse de mahkeme diğer bazı konularda hukuki tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, Hiroşima ve Nagazaki'de gerçekleştirilen bombalama uluslararası hukukun bir ihlalini oluşturmaktadır. Zaten bombalama esnasında askeri olarak korunmaktan vazgeçmiş olan yani savunulmayan (*undefended*) şehir kategorisinde bulunan bu iki şehre hem de havadan herhangi bir ayırım yapma yeteneği ve iradesi bulunmayacak şekilde (*indiscriminate*) bir bombalamaya girilmesi

⁶¹³ Esbjörn Rosenblad, **International Humanitarian Law of Armed Conflict – Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems-**, Stockholm Üniversitesi Doktora Tezi (Stockholm: Henri Dunant Institute, 1977), s. 55.

⁶¹⁴ Coenca Bros v. Germany, **Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes**, Vol. VII, 1928, Dava No.683; karar için ayrıca bkz. **Annual Digest** (1927–1928), Dava No. 389, (Londra: 1931), s. 570–572.

⁶¹⁵ Rosenblad, **a.g.e.**, s. 61.

⁶¹⁶ Karar metninin çevirisi için bkz. <http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/aa559087dbcf1af5c1256a1c0029f14d!OpenDocument> >.

bu saldırıyı bir hukuk ihlali haline getirmektedir⁶¹⁷. Mahkeme, bu şekilde sivil-savaşan ayırımında bulunulmadan yapılan saldırıları hukuka aykırı gördüğünü tespit etmektedir.

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin verdiği bir karara göre⁶¹⁸

“Sivil nüfusun ve sivil bireylerin saldırı hedefi olmayacağına ilişkin kural insancıl hukukun tüm silahlı çatışmalara uygulanacak temel bir kuralıdır.”

Görüldüğü üzere bu ayırımın hem şahıslar düzeyinde hem de askeri hedeflerin tespitinde gözetilmesi gerektiğine dair bol miktarda delilimiz bulunmaktadır. Ancak günümüzde bu kuralın ihlal edilmesinin de kolaylaştığını ve hatta sıklaştığını hatırlatmalıyız. Geçmişte sivil nüfusun yaşamadığı bölgelerde gerçekleştirilen ve etkileri bu nedenle sınırlı kalan savaşların aksine günümüzde savaşlar etkilerini geniş coğrafi alanlarda hissettirmektedir. Ayrıca silah teknolojisinde elde edilen gelişmeler ve yenilikler sebebiyle ulaşılan tahrip potansiyelinin de artmış olduğundan bahsetmeliyiz. Gelişen teknoloji kuramsal olarak askeri hedeflerin isabet almasında hiç olmadığı kadar ince ayarlar yapabilme imkânını günümüz ordularına bahsetse bile, iddia edilen seviyede bir kesinliğe kavuşulmadığı ve hala bu yüksek teknolojiye rağmen hedeflenen farklı binaların vurulduğunu gözlemlemekteyiz. Ayrıca silahların artık belli bir yer veya bölgede kısıtlanamayan tarzdaki tahrip yetenekleri de sivil nüfusun ve sivil binaların-hedeflerin⁶¹⁹, askeri hedeflerle birlikte, zarar görmelerine enden olmaktadır. Gerçekten de çatışmalarda zarar gören sivil nüfusta önemli bir artış gözlenmektedir. Eldeki verilere göre, Birinci Dünya Savaşı’ndaki can kayıplarının sadece %5’i sivil nüfus kaynaklıyken bu oran ikinci Dünya Savaşı’nda %48’e, Kore Savaşı’nda %84’e çıktığı tespit edilmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁷ Rosenblad, **a.g.e.**, s. 62. Shimoda Davası hakkında daha kapsamlı bilgi için; bkz. Richard Falk, “The Shimoda Case; A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki”, **American Journal of International Law**, Vol. 59. (1965).

⁶¹⁸ Prosecutor v. Martić, ICTY, Case IT-95-11-R61, para. 10.

⁶¹⁹ Askeri hedef olmayan bina yer vb. anlamında sivil hedef kullanılması tercih edilebilir. Ancak “sivil hedef” kendi içinde yapısal bir çelişkiyi taşıyan bir terim manasına gelen *oxymoron*’a mükemmel bir örnek olacaktır.

⁶²⁰ Rosenblad, **a.g.e.**, s. 55.

UAD da Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde bu silahların kullanımının “silahlı çatışmalarda uygulanması gereken uluslararası insancıl hukuka genel olarak aykırı olacağına” işaret etmiştir⁶²¹. Divana göre insancıl hukukun yapılageliş özelliğini de haiz bir kuralı da devletlerin “sivil hedeflere asla saldırmaması ve de sonuç olarak sivil asker ayırımında bulunamayacak mahiyetteki silahları da asla kullanmamasıdır”⁶²². Bu tespitte bulunurken Divan, insancıl hukukun genel prensiplerinden bahsetmiş ancak bunları detaylı olarak incelemekten imtina ederek, nükleer silahların kullanımının bunlara aykırı olabileceği uyarısında bulunmuştur⁶²³. Divan’ın zikrettiği genel ilkelerden biri de burada bahsedilen ayırımıda bulunma ilkesi olmaktadır. Bütün bu kaydedilen ihlallere rağmen prensibin hukuktaki varlığı hakkında herhangi bir şüpheye kapılmak yersiz ve hukuken de yanlış olacaktır. Doktrin de bu ilkeyi insancıl hukukun temel taşlarından biri olarak görmektedir⁶²⁴.

⁶²¹ Danışma Görüşü Para. 58–63.

⁶²² Danışma Görüşü, Para. 78.

⁶²³ Christopher Greenwood, “The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law”, **International Review of the Red Cross**, No. 316 (1997). << [<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JNFP>](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JNFP)>>.

⁶²⁴ Chetail, **a.g.m.** s. 253.

III. BÖLÜM

BİR ALTERNATİF OLARAK ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU'NUN SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA UYGULANMASI

1. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU ANDLAŞMALARININ SİLAHLI ÇATIŞMALAR SIRASINDA UYGULANMASI

Yukarıdaki bölümlerde yapılan araştırmalar ışığında Uluslararası İnsancıl Hukuk'un silahlı çatışmalar sırasında çevresel değerlere sunduğu korumanın yetersiz olduğu gibi bir sonuca ulaşmak mümkün görünmektedir. Madem böyle bir negatif sonuç ortaya çıkmaktadır, burada devreye girmesi beklenebilecek alternatif hükümler hakkında inceleme yapmak gereklidir. Bu alternatif korumanın muhtemel kaynağı da şüphesiz Uluslararası Çevre Hukuku'dur.

Uluslararası hukuk metinlerinde, vahşi yaşam ve ekosistemleri korumaya yönelik bazı uluslararası andlaşmaların hayata geçirildiğini görmekteyiz. Bu andlaşmalar yoluyla, Uluslararası Çevre Hukuku (UÇH) olarak adlandırılan bir hukuk dalı şekillenmektedir⁶²⁵. Burada aslında silahlı çatışmalar hukuku kapsamında görülemeyecek olan bu uluslararası hukuk metnlerinin silahlı çatışmalar esnasında uygulama bulup bulamayacağını değerlendirmeye çalışacağız. Bu konuda çeşitli farklı yaklaşımlar, farklı zamanlarda, uygulama ve de doktrinde benimsenmiştir. Burada kuramsal yaklaşımları incelemeyi de planlamaktayız. Ancak bu incelemenin kolay bir inceleme olmadığı, bu çalışmada ayrılan yerin konunun tüm inceliklerini ortaya çıkarmaya yetmeyebileceğini de hatırlatmak gereklidir. Bu hususta, sadece bu hususa adanmış ayrı bir çalışmanın yapılması kanaatimizce gerekmektedir. Konu güncelliğini hala korumaktadır, aslında konu güncelliğini hemen hiç yitirmemiştir⁶²⁶. Meselenin kesin olarak çözüme kavuştuğundan ise bahsedebilmek mümkün değildir. *Seha*

⁶²⁵ Uluslararası Çevre Hukuk'u hakkında daha fazla bilgi için bkz. İbrahim Kaboğlu, **Çevre Hakkı** (Birinci basım. İstanbul: Cep Üniversitesi-İletişim Yayınları, 1992), s. 127-128.

⁶²⁶ Aniko Szalai, "Hungarian Experiences Regarding the Effect of World Wars on International Treaties", *Acta Societatis Martensis*, Volume 3, (2007-2008), s. 215.

Meray'ın da hatırlattığı üzere “bu nazik ve önemli mesele kesin bir hal çaresine varamamış, doktrin ve tatbikat bir tek neticede birleşmeğe muvaffak olamamıştır”⁶²⁷. 1921 yılında *Cecil B. Hurst*, “Ders kitaplarının, savaşların savaşanlar arasındaki andlaşmalar üzerindeki etkisi konusu kadar, uluslararası hukukun kendi pratik uygulamasıyla ilgili olarak insanlara bu kadar faydasız kaldığı çok az başka konu vardır.” ifadesinde bulunmuştur⁶²⁸. 1981 yılında konu hakkında rapor hazırlamış olan *Bengt Broms* ise, “savaşın andlaşmalar üzerindeki etkisi her zaman uluslararası hukukun problemleri alanlarından biri olmuştur. Bu konu hep tanımlanması zor (*obscure*) konulardan olagelmıştır” tespitini yapmıştır⁶²⁹.

Burada UÇH bahsedildiğinde hangi andlaşmalarında kastedildiğinin de tespit edilmesini gerekli görmekteyiz. Eğer çevreye ilişkin hükümler içeren andlaşmalar kavramını geniş anlarsak o zaman esas düzenleme ve uygulama amacı çevre olmayan ve fakat bünyesinde çevreye ilişkin hükümleri de bulunduran andlaşmaları da değerlendirmeye katmak gerekecektir. Alternatif olarak, konuyu daha dar ele alırsak o zaman sadece çevreyi korumayı amaçlayan metinleri kullanmamız gerekecektir. Birinci yaklaşım benimsenirse, başa çıkılması neredeyse imkânsız bir iş yükü ortaya çıkmaktadır. O zaman tüm uluslararası hukuk metinlerini incelemek ve bunların çevrenin korunması ile ilgili olabilecek hükümleri haiz olup olmadıklarını kontrol etmek gerekecektir. İkinci durumda ise sırf ismen çevre ile ilgili değil diye çevreye önemli etkileri olabilecek bazı andlaşma veya sözleşmelerin göz ardı edilmesi tehlikesi söz konusu olacaktır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuk Sözleşmesi (BMDHS) buna iyi bir örnektir. Bu sözleşme deniz çevresinin korunmasına dair hükümleri içeren önemli bir hukuki metnidir ve esas düzenleme alanı deniz hukukudur. Ancak içindeki çevresel korumaya ilişkin hükümler büyük önemi haizdir. Eğer biz sırf başlığını dikkate alarak ve deniz hukukuna ilişkin diyerek bu sözleşmeyi inceleme konusunun dışında tutarsak, o zaman çalışmamızda önemli bir eksiklik ortaya çıkacaktır. Bu nedenle karma bir yaklaşım, UÇH'yı oluşturan andlaşmaları bize daha sağlıklı bir şekilde tanımlayacaktır düşüncesindeyiz. Her şeyden önce çevrenin korunmasına hizmet eden,

⁶²⁷ Seha Meray, “Harbin Andlaşmalara Tesiri”, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, Cilt III, No. 3–4, s. 154.

⁶²⁸ International Law Commission, *a.g.e.*, s. 4.

⁶²⁹ International Law Commission, *a.g.e.*, s. 4.

bunu amaçlayan her andlaşma doğal olarak UÇH'nın yapısında görülmelidir. Yine, çevreye ilişkin hükümleri bünyesinde barındıran ve neticede çevresel korumaya *önemli* derecede katkı sağlayacak tüm andlamaların da, en azından bu ilgili maddeleri itibariyle, UÇH kapsamında olduğunu söylemeliyiz. Dolayısıyla BMDHS de UÇH çalışan bir şahıs için önemli ve de müracaat edilmesi gereken bir belge hükmündedir⁶³⁰. Ancak burada sadece önemli katkıda bulunan belgelerin bu kapsamda sayılması da çalışmaların sınırlanması açısından daha makul olacaktır. Aksi takdirde, araştırmacı incelenmesi mümkün olmayan bir andlaşma ve belge dağı ile karşı karşıya kalacaktır.

Uluslararası İnsancıl Hukuk doğası gereği silahlı çatışmalarda kullanılacak bir huktur ve çevreyle ilgili olarak öngördüğü kısıtlamalar sadece kasdi olarak ortaya çıkmış olan eylemleri kapsamaktadır. Hâlbuki UÇH mahiyeti gereği daha ziyade istemsiz olarak ortaya çıkan çevresel zararların engellenmesi veya bu kötü etkilerin azaltılmasına yönelik bir barış hukuku dalıdır. Yani savaş zamanı ortaya çıkan ve çevreye zarar veren eylemlerin önemli bir kısmı kasten icra edilmiş eylemlerdir. UÇH'nın ise engellemeye çalıştığı olaylar, çoğu zaman kaza sonucu ortaya çıkan olaylar olacaktır. Bu nedenle bu iki hukuk kuralı öbeğinin farklı davranış ve de özen kuralları öngörmesi doğaldır. Eğer UÇH hükümlerinin silahlı çatışma zamanı uygulanması mümkün olacaksa bile bu hükümlerin belli bir dönüşümden geçirilmesine ihtiyaç duyulabilir. Bunun sebebi de silahlı çatışma zamanlarında, normalde yasak olan eylemlerin icra edilebilmesinin mümkün olmasıdır. Bir diğer tecviz edici etkiye sahip unsur da askeri gereklilik ilkesidir. Bu ilke göz önünde bulundurulmadan yani sadece barış zamanı için oluşturulmuş olan UÇH hükümlerinin gerektiği zaman ve kadar askeri gereklilik kaygısıyla ihlal edilmesi bize göre mümkün değildir⁶³¹. Burada, ilk olarak silahlı çatışmaların uluslararası andlaşmalar üzerindeki etkisine ilişkin bazı düşünce ekolleri ele alınacaktır.

⁶³⁰ Benzeri bir yaklaşımı *Silja Vöneky* de değerli çalışmasında benimsemiş görünmektedir. Vöneky, **a.g.e.**, Fortgeltung, s. 76.

⁶³¹ Bu konuya aşağıda "Uygulamanın Nasıl Gerçekleşeceğine Dair" başlığı altında daha kapsamlı olarak değinilecektir.

1.1. Geleneksel Yaklaşım

Geleneksel olarak nitelendirilen bir yaklaşıma göre savaşın başlaması ile taraflar arasındaki tüm andlaşmaların *ipso facto* sona ereceği görüşü kabul edilmektedir⁶³². Eski bir uygulama olan *diffadatio*, doktrinde bu anlayışın muhtemel kaynağı olarak gösterilmektedir. *Diffadatio* müessesesine göre, aralarında savaş çıkan taraflar açık bir şekilde kendi aralarında olan tüm andlaşmaların sona erdiğini açıklardı ve de açıklamalıydı. *McNair*'e göre *diffadatio* uygulamasının kendisi ortadan kalkmış olsa dahi müessesenin andlaşmalara olan etkisi uzun bir süre varlığını devam ettirmiştir⁶³³.

Bu durumun esas müsebbibi ise anakronik uluslararası ilişkiler anlayışıdır. Buna göre, savaş ile barış birbirinden tamamen ayrı ve birbiriyle hiçbir şekilde bağdaşamayacak birer durum olarak görülmelidir⁶³⁴. Bu anlayışa göre savaş durumuna geçilmesi ile savaşı taraflar doğal duruma (*Naturzustand*) dönmektedir⁶³⁵. Bu doğal durum, herkesin herkese karşı savaşı (*bellum omnium contra omnes*) şeklinde tanımlanmaktadır. İki taraf arasında bir savaş durumunun varlığı, taraflar arasındaki bütün uluslararası ilişkilerin sona ermesi ve barış zamanı için öngörülmüş tüm hukuki andlaşmaların geçerliliklerini kaybetmeleri anlamına gelmektedir⁶³⁶. Bu anlayış, savaş haline sözleşmeleri askıya alıcı veya feshedici bir etkiyi otomatik olarak tanımaktadır ve tarihi gelişimi itibarıyla daha ziyade iki taraflı andlaşmalar göz önünde tutularak geliştirilmiştir⁶³⁷. Bu arkaik yaklaşıma göre *sadece* savaş halini düzenlemekte olan andlaşmalar geçerliliklerini korumaktadır.

Konu hakkındaki tarihi uygulama incelenirse, özellikle de geçmişe doğru gidildikçe doktrinin daha bir istisnasız, daha bir sert uygulandığı gözlenecektir. 1673 yılında İngiltere ve İskoçya Kralı II. Charles İskoç Yargıçlara Hollanda ile olan savaşlarının Breda Andlaşması'nı etkisiz hale getirdiğini tebliğ etmiştir. 1799 senesinde

⁶³² Silja Vöneky, "A New Shield for the Environment: Peacetime Treaties as Legal Restraints of Wartime Damage", *RECIEL*, Volume 9, Number 1, (2000), s. 22; Meray **a.g.m.**, s. 156.

⁶³³ International Law Commission, **a.g.e.**, s. 12.

⁶³⁴ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 100.

⁶³⁵ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 72.

⁶³⁶ Bunker, **a.g.m.**, s. 207; Lohbeck, **a.g.e.**, s. 72.

⁶³⁷ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 72.

verdiği *Frau Ilsabe* kararında *Lord Stowell* İngiltere ve Hollanda arasında mevcut olan andlaşmaların, akit devletler arasında başlayan savaş nedeniyle bütün andlaşmaların sona ereceği kaidesinin hiçbir istisnayı haiz olmadığından hareketle sone ermiş bulunduğuna işaret etmektedir⁶³⁸. 1801 senesinde verdiği bir kararında *Lord Stowell*, detaylı bir şekilde tartışmaya bile gerek duymadan Hollanda ile olan andlaşmaların savaş nedeniyle feshedilmiş olduğunu ifade etmiştir⁶³⁹. 1817 yılında Lord Stowell andlaşmaların ölebilen şeyler olduğunu ve daha ilk çatışma ile andlaşma hükümlerinin çözüldüğünü belirtmiştir⁶⁴⁰. Fransız Yargıtay Ceza Dairesi'nin 1854 yılında verdiği karara göre savaşın vuku bulması iki savaşan devlet arasındaki diplomatik, dostluk ve de ticaret antlaşmalarını sona erdirmektedir⁶⁴¹. 1873 yılında Zanzibar'ın Britanya Donanması tarafından deniz ablukasına alınması hadisesinde, Britanya Donanma Bakanlığı'nın resmi görüşüne göre bu abluka Zanzibar ve Britanya arasındaki 1845 Andlaşması'nın feshi sonucunu doğuracaktır⁶⁴².

19. yüzyılın sonuna ve belki de 20. yüzyılın başlarına kadar geçerliğini koruduğu bildirilen⁶⁴³ ve doktrinde *fesih kuramı* (*theory of termination*) olarak adlandırılan bu anlayış bugün için etkinliğini kaybetmiştir⁶⁴⁴. Henüz 1912 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen “Savaşın Uluslararası Yükümlülükler ve Hususi Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi” başlıklı raporunda *Politis*, bu yaklaşıma katılmadığını ve bu teorinin öngördüğü savaşın bütün andlaşmaları etkisiz hale getireceği düşüncesinin de şüpheli bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir⁶⁴⁵. 1935 senesindeki

⁶³⁸ Meray **a.g.m.**, s. 158.

⁶³⁹ International Law Commission, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁴⁰ International Law Commission, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁴¹ Meray, **a.g.m.**, s. 158.

⁶⁴² International Law Commission, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁴³ Bununla birlikte daha yakın tarihli devlet uygulamalarında da bu yaklaşımın sergilendiğini gözlemlemekteyiz. 1911 yılında İtalya'ya savaş ilan eden Osmanlı İmparatorluğu bu ilan ile birlikte İtalya ile tüm andlaşmaların sona erdiğini de açıklamıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın başlangıcındaki resmi Fransız pozisyonu da bundan farklı olmamıştır. Japonya'ya karşı olan savaş ilanında Fransa Devleti bu devlet ile olan bütün andlaşmaların feshedildiğini açıklamıştır. Örnekler için Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 111–112.

⁶⁴⁴ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 72.

⁶⁴⁵ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 123.

Harvard Andlaşmalar Hukuku Araştırması'na göre de savaşlar andlaşmaları ancak askıya alabilir; fakat bunların hiçbirisini feshedemez⁶⁴⁶.

1.2. Devam Etme Kuramı

Fesih veya sona erme kuramının yanı sıra başka bir yaklaşım da “*devam etme kuramı*”dır (*theory of continuation*). Devam etme kuramı, fesih kuramının tam karşıt ucunu oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, bütün uluslararası hukuk andlaşmaları prensip olarak savaş zamanında da geçerliliklerini koruyacaktır⁶⁴⁷. Bu temel kuralın istisnasını ise, doğaları gereği savaş zamanı uygulama imkânı olmayan andlaşmalar teşkil etmektedir. Doktrinde bu mahiyetteki andlaşmalara örnek olarak ittifak andlaşmaları gösterilmektedir. Bu anlayışın problemleri bir yanı, hangi andlaşmaların ne derecede yok edileceği veya askıya alınacağının tespitinin gerekliliğidir. *Vöney*'ye göre, bu askıya alma yahut sona erdirmiş işlemi sadece şartların kesinlikle zorunlu kıldığı andlaşmalar ile sınırlanmak zorundadır. Doktrinde⁶⁴⁸ yine -çevrenin korunmasını amaçlayan andlaşmalar gibi- uluslararası camianın tümünü ilgilendiren andlaşmaların, karşılıklı çatışan taraflarca ihlal edilmesi durumunda dahi, ortadan kaldırılmaması gerektiğine işaret edilmiştir⁶⁴⁹. *Suominen* bu düşüncenin de uluslararası camiada aslında hiçbir zaman tamamen benimsenmediğini ifade etmektedir⁶⁵⁰. Günümüz uygulamasında da bu anlayışın çok da açıklama kabiliyeti kalmadığı vurgulanmış ve anlayışın yerini “*ayırım kuramı*”nın (*theory of differentiation*) aldığı ifade edilmiştir⁶⁵¹.

1.3. Ayırım Kuramı

Bu yaklaşıma göre uluslararası andlaşmalar arasında belli bir ayırmda bulunmak gerekmektedir. Bazı andlaşmaların hukuki geçerliliklerinin silahlı çatışma durumundan kural olarak etkilenmemesi gerekmektedir. Bu mahiyette andlaşmalar, arasında

⁶⁴⁶ International Law Commission, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁴⁷ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 72.

⁶⁴⁸ Rüdiger Wolfrum, “Purposes and Principles of International Environmental Law”, **German Yearbook of International Law**, Volume 33, (1990), s. 328'den aktaran Lohbeck, **a.g.e.**, s. 73.

⁶⁴⁹ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 73.

⁶⁵⁰ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 123–124.

⁶⁵¹ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 73.

uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarını, insan hakları andlaşmalarını, uluslararası hukukun *jus cogens* sayılan kurallarıyla *erga omnes* yükümlülükleri ve son olarak uygulanması silahlı çatışma haline uygun düşebilen veya özel olarak silahlı çatışma hallerine uygulanmak üzere hazırlanmış çok taraflı andlaşmaları saymak mümkündür⁶⁵².

Bu yaklaşıma göre yukarıda zikredilenlerin dışında kalan andlaşmaların taraflar tarafından askıya alınması mümkündür. Eğer böyle bir askıya alma gerçekleşmezse bu andlaşmalar da geçerliliklerini muhafaza edecektir.

Son olarak, bu kurama göre geçerliliklerini kaybedebilecek olan andlaşmaları da, tespit etmeliyiz. Bazı andlaşmalar içerdikleri hükümler vasıtasıyla açıkça silahlı çatışma hallerinde uygulanmamalarını öngörmüşlerdir. Bu andlaşmalar kendi hükümleri gereğince geçerliliklerini kaybedecektir. Başka bir andlaşma türü de mahiyetleri icabı silahlı çatışma ile uyumsuz olan andlaşmalardır. Barış andlaşmaları veya ticaret andlaşmaları bu çeşit andlaşmalara örnek verilmektedir⁶⁵³. Bunlar da çatışmaların başlaması ile birlikte hukuki etkiden mahrum kalacaklardır.

Günümüzde çoğunlukla kabul edilen öğretiyeye göre, savaşın kendiliğinden bir sözleşme-feshedici etkisi yoktur; fakat bazı andlaşmaların feshedilebilmesi mümkündür⁶⁵⁴. Savaşın uluslararası andlaşmalar üzerindeki etkisi hakkında verilmiş bazı kararların incelenmesi bu konuda bize yol gösterici olacaktır. Bu hususta verilmiş daha fazla sayıda yerel mahkeme kararı mevcut iken, uluslararası karar sayısı çok fazla değildir⁶⁵⁵.

1.4. Konu Hakkındaki Mahkeme Kararları

Uluslararası hukukun kaynaklarından birini de mahkeme kararları oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, ulusal mahkeme kararlarını da devletlerin uluslararası hukuk uygulamalarının bir yansıması, bir göstergesi olarak görmek mümkündür. Hatta bir hukuk pratiğinin en itibarlı delilini bu kararlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla ikincil

⁶⁵² Lohbeck, **a.g.e.**, s. 73, Vöney, **a.g.m.**, s. 22.

⁶⁵³ Lohbeck, **a.g.e.**, s. 73.

⁶⁵⁴ Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 124.

⁶⁵⁵ Aynı, s. 116.

bir fonksiyon olarak bu kararlar yapılageliş hukukunun da ne olduğunu, hangi yönde geliştiğini göstermektedir.

Savaşın andlaşmalar üzerindeki etkisi konusu hakkında ilgili sayılacak bir karar Daimi Hakem Heyeti tarafında verilen “Kuzey Atlantik Kıyısı Balıkçılık” kararıdır⁶⁵⁶. Daimi Hakem Heyeti, 7 Eylül 1910 tarihinde verdiği kararında şu tespitte bulunmuştur⁶⁵⁷.

“Bugünkü modern haliyle uluslararası hukuk birçok andlaşma yükümlülüklerinin savaş sebebiyle ortadan kalkmadığını tanımaktadır, bu yükümlülükler en fazla askıya alınmaktadır.”

Techt vs. Hughes Davası’nda⁶⁵⁸ Yargıç Cardozo da benzeri tespitlerde bulunmuştur. Yargıç’a göre⁶⁵⁹;

“Bugün uluslararası hukuk, savaş ile birlikte otomatik olarak andlaşmaları ortadan kaldırmamaktadır... Bu konuda savaşın gereklerini de dikkate alarak, olabildiğince faydacı (*pratiquement possible*) bir yaklaşım sergilemektedir.”

Cardozo’ya göre; bir andlaşmanın savaştan etkilenip etkilenmediğinin, etkilendi ise bunun nasıl gerçekleşeceğinin, “hükümün savaşın eşliğinde olan bir milletin politikaları veya güvenliği ile uyumlu olup olmadığının, yani muhtemelen *sadece* barış

⁶⁵⁶ Permanent Court of Arbitration, **The North Atlantic Coast Fisheries Case, Great Britain v. United States of America**, Lahey 7 Eylül 1910, **Reports of International Arbitral Awards**, (R.I.A.A.) Vol XI s. 173–202. Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için; Erle Richards, “The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, New Series Vol.11 No.1 (1910), s. 18-27.

⁶⁵⁷ Permanent Court of Arbitration, **The North Atlantic Coast Fisheries Case, Great Britain v. United States of America**, <<<http://www.pca-cpa.org/upload/files/North%20Atlantic%20AWARD%20ONLY.pdf>>> ; Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 116; International Law Commission, **a.g.e.**, s. 13.

⁶⁵⁸ Bu dava, Amerikan vatandaşı *Hannigan*’ın kızları arasındaki bir miras davasıdır. Mirasbırakan *Hannigan*’ın kızları olan Amerikan vatandaşı *Hughes* ile kız kardeşi olan ve Avusturya-Macaristan İmparatorluğu vatandaşı bir kişi ile evli olan *Techt* arasındaki davadır. A. L. Sainer (Ed.), **Law is Justice, Notable Opinions of Mr. Justice Cardozo**, (New York: Ad Pres Ltd. 1938), s. 48 vd.

⁶⁵⁹ Sainer, **a.g.e.**, s. 60.

zamanı için öngörülüp görülmediğinin” incelenmesi yoluyla bulunması ve sonrasında hükmün geçerliğine veya geçersizliğine hükmedilmesi gerekmektedir⁶⁶⁰.

“LAFICO v. Burundi” davasında⁶⁶¹ tahkim heyetinin verdiği kararda ise uluslararası andlaşmaların uygulanmasının diplomatik veya konsolosluk ilişkilerinin bozulmasından etkilenmesinin uluslararası hukukla uyuşamayacak bir düşünce olduğu ifade edilmiştir. Tahkim Heyetine göre;

“Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nden kaynaklanan en yetkin ve güncel doktriner metne göre, silahlı çatışmaların varlığı dahi uluslararası andlaşmaların uygulanmasını askıya alamamaktadır”⁶⁶².

Enstitü’nün kararda bahsi geçen yorumuna göre ise “bir silahlı çatışmanın başlaması ile kendiliğinden (*ipso facto*) ne uluslararası andlaşmalar hükümsüz kalacak ne de bunların uygulanması askıya alınacaktır”⁶⁶³.

Uluslararası Adalet Divanı 1980 tarihli *Tahran Rehineler Davası*’nda⁶⁶⁴ davayı inceleme yetkisini haiz olduğuna karar verirken; bu yetkinin, diğer başka unsurların yanı sıra, ABD ve İran arasında akdedilmiş bulunan 1955 tarihli Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları adlı andlaşmadan⁶⁶⁵ da kaynaklandığını ifade etmiştir. *Suominen*’in de işaret ettiği gibi, burada dikkat çekici olan konsolosluk ve diplomatik temsilcilik çalışanlarına yapılan tüm kötü muamelelere ve bu olaylar neticesinde bozulan devletlerarası ilişkilere rağmen Divan bu andlaşmayı feshedilmiş, askıya

⁶⁶⁰ International Law Commission, **a.g.e.**, s. 10.

⁶⁶¹ The LAFICO and the Republic of Burundi Case, 96 **I.L.R.** s. 279–333 (1994). Dava hakkında daha fazla bilgi için; Takuhei Yamada, “State of Necessity in International Law, A Study of International Judicial Cases”, **Kobe Gakuin Hogaku (The Law and Politics Review)**, Volume 34, (2005), s. 139–143.

⁶⁶² Boelaert-Suominen, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁶³ *Annuaire*, Institute of International Law, Vol. 61. II, (1986), s. 281’den aktaran; The LAFICO and the Republic of Burundi Case, **I.L.R.** Volume 96, (1994), s. 305.

⁶⁶⁴ **U.S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case**, 1980 **I.L.M.**, Vol. 19.

⁶⁶⁵ Andlaşmanın metni için bkz. http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html.

alınmış yahut uygulaması mümkün olmayan bir andlaşma olarak görmemiş olmasıdır⁶⁶⁶.

Aynı andlaşma daha sonra karşılaştığımız “*Oil Platforms Case*”de de Divan’ın geçerli gördüğü ve belli bir nispette uyguladığı bir andlaşma olmuştur. ABD’nin bu andlaşmanın uygulanma bulmaması gerektiği görüşüne katılmayan Divan verdiği kararında, andlaşmanın açık bir şekilde belli bazı konuları kendi kapsamı dışında tutmadığını dolayısıyla bu andlaşmadan kaynaklanan hakların ihlalinin silahlı çatışma kadar diğer bazı eylemlerle de mümkün olduğuna işaret etmiştir. Divan’a göre, ABD tarafından gerçekleştirilen askeri eylemlerin, bu andlaşmayı ihlal etmiş olma potansiyelini haizdir⁶⁶⁷. Bu kararda da ilginç olan husus Divan’ın zikredilen andlaşmayı ABD Deniz Kuvvetleri’nin üç İran petrol platformunu tahrip etmesinden sonra uygulamayı tercih etmesidir⁶⁶⁸.

Divan’ın verdiği Nikaragua kararında da benzeri bir hüküm verilmiştir. Bu davada Nikaragua ile ABD arasında imzalanan 1956 tarihli Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşmasına atıfta bulunmuş, ABD’nin eylemleri ile bu andlaşmayı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Divan bu davada da ilgili andlaşmanın ABD tarafından ihlal edildiğini ifade etmiştir. Divan’a göre bu eylemleri ile ABD, bu andlaşmanın konu ve amacından mahrum kalması sonucunu yaratmak ister şekilde davranmıştır⁶⁶⁹.

Divan, ABD ve İran arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği bu iki kararında, içerik olarak ticari ilişkileri düzenlemeye yönelik olan bir uluslararası andlaşmanın güç kullanma ile ilgili ortaya çıkabilecek bazı sorunları tamamen kendi kapsamı dışında görmediği yorumunda bulunmaktadır. Bu yorum ise, savaş ve barış halinin kesin ayrımına dayanan eski görüşün artık uygulama bulmadığı sonucuna götürmektedir. *Suominen*’in de hatırlattığı üzere andlaşma silahlı çatışma durumuyla ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir⁶⁷⁰. Dolayısıyla Divan aksine bir andlaşma

⁶⁶⁶ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁶⁷ Case Concerning Oil Platforms, Preliminary Objection, **ICJ Reports** 1996, Par. 38. << <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/7287.pdf> >>.

⁶⁶⁸ Boelaert -Suominen, **a.g.e.**, s. 118.

⁶⁶⁹ Aynı, s. 118.

⁶⁷⁰ Aynı, s. 118.

hükmü olmaması durumunda andlaşmaların silahlı çatışmalar devam ederken de uygulanmasını öngören düşünceyle paralellikleri olan bir yaklaşım sergilemiştir.

1.5. Doktrin'in Konu Hakkındaki Görüşlerinden Bazı Örnekler

Kararları takiben, kendisi aslında başlı başına bir araştırma konusu olabilecek olan bu konu hakkında doktrinin nasıl bir yaklaşım sergilendiğinin kısaca incelenmesinde fayda vardır. Savaş veya silahlı çatışmaların andlaşmalar üzerindeki etkisi üzerine oldukça fazla akademik çalışma yapılmıştır. Bunlardan ilki yukarıda zikredilmiş olan 1912 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsü raporudur. Yine 1935 tarihli Harvard Andlaşmalar Hukuku Araştırması da, konu hakkında ciddi bir incelemede bulunmuştur. Bu da bize göstermektedir ki, konu akademik ilgiyi kendisine çekmiş ve de inceleme konusu edilmiştir.

Zeki Mesut Alsan 1955 yılı basımı eserinde ilk olarak bu konu hakkında iki ayrı yaklaşım olacağından bahseder. Bu tasnife göre, birinci yaklaşım gereği bütün andlaşmaların feshedilmesi gerekmektedir. *Alsan* bu görüşü tasvip etmemektedir. Bu ilk görüşü açıkça reddeden (yukarıda bahsi geçen 1912 tarihli) Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün raporuna, onu olumlayarak, atıfta bulunan *Alsan*'a göre bir başka görüş daha vardır. Bu görüşe göre *asıl olan* andlaşmaların harp zamanı dahi “meriyet”lerini devam ettirmeleridir. Çünkü toptan gerçekleştirilecek bir andlaşma fesih silsilesi çatışmalar sonrası barışın yeniden tesisini zorlaştırmaktadır⁶⁷¹. Bu ise doğru bir yaklaşım değildir. Doğru olan andlaşmaların bağlayıcılığın devamını esas kural olarak kabul etmek ve ancak gerektiği zaman andlaşmaların feshini öngörmektir⁶⁷². *Alsan* buradaki yaklaşımı ile ayırıcı kuramın mükemmel bir örneği olarak tebarüz etmektedir. Tüm andlaşmalara hukuki bağlayıcılık tanımayarak “devam etme kuramından” ayrılan *Alsan*, devamlılığı sona erecek andlaşmaların ayırt edilmesi işlemini gerektiren bir kuram ortaya koyduğundan ayırıcı ekolde sayılmak gerekir.

⁶⁷¹ *Alsan* burada hukuka savaş sonrası barışı en azından bir ihtimal olarak mümkün kılma görevi atfederek *Kant*'a benzer bir yaklaşım sergilemektedir.

⁶⁷² Zeki Mesut Alsan, *Yeni Devletler Hukuku, Prensipler-Şahıslar*, (İkinci basım. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955), s. 627.

Hüseyin Pazarcı da bu konuya çalışmasının birinci cildinde yer vermiştir⁶⁷³. İlk başta savaşların andlaşmalara etkisi konusunun 1969 Viyana Sözleşmesi'nde yer almadığını hatırlatan⁶⁷⁴ *Pazarcı* daha sonra uluslararası andlaşmaları üçlü bir ayırıma tabi tutmuştur. O'nun tasnifine göre birinci olarak hususan çatışma hali için öngörölmüş andlaşmalardan bahseden *Pazarcı*, bu hukuki metinlerin doğal olarak uygulama bulacağı tespitinde bulunur. Hatta *Pazarcı* tamamen çatışma hali öngörölerek hazırlanmamış andlaşmaların dahi, eğer bu andlaşmaların çatışma haline ilişkin kısımları mevcut ise, en azından bu kısımları ile bağlayıcı olmaya devam edeceğini ifade etmiştir.

Pazarcı'ya göre siyasal nitelikli andlaşmalar çatışmaların başlaması ile sona erecektir. Bu kategoriye örnek olarak ittifak andlaşmaları, saldırmazlık andlaşmaları yahut dostluk-işbirliği andlaşmaları dâhildir. *Pazarcı*'nın tasnifinin son andlaşmalar grubunu ise, çatışmaların uygulamasını durdurmadığı ancak askıya aldığı andlaşmalar oluşturmaktadır. Göröldüğü üzere *Pazarcı* da ayırım kuramını temsil etmekte, bu yaklaşımı benimsemektedir.

İlyas Doğan ise ilk başta “savaşın patlak vermesi *bütün* antlaşmaların sona ermesine yol açmaz” tespitinde bulunur. Bu genel tespitin ardından hangi tür andlaşmaların sona ermeyeceğinin analizine girer. *Doğan* çatışmaların başlaması nedeniyle uygulaması sona ermeyecek andlaşmalar arasında “(g)ereği yerine getirilmiş kesin bir statü temin etmiş andlaşmalar”ı ilk olarak sayar⁶⁷⁵. Bu andlaşmalardan anlaşılması gerekenler arasında sınır tespit eden andlaşmalar ile toprak parçasını belli

⁶⁷³ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap**, (Gözden Geçirilmiş Dokuzuncu Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s. 198 vd.

⁶⁷⁴ Viyana Sözleşmesi'nin 73. maddesinde silahlı çatışmaların başlaması nedeniyle ortaya çıkacak herhangi bir sorun hakkında herhangi bir şey ifade edilmediği açıkça belirtilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu bu hususu kendisi tarafından hazırlanmış olan taslak maddelere bilinçli olarak eklemekten imtina etmiştir. Komisyona göre; “bu konunun etüt edilmesi kaçınılmaz olarak BM Şartı'nın kuvvet kullanma veya kullanma tehdidine ilişkin hükümlerinin de incelemeye tabi tutulmasını gerektirecektir; bu mesele ise andlaşmalar hukukuna ilişkin bu güncel çalışma bağlamında gerektiği kadar ele alınamayacak bir konudur.”.

Komisyon, sözleşmede 73. madde olacak olan taslak 69. madde hakkında da şu şerhi düşmüştür; “(Komisyon'a göre), günümüz uluslararası hukuku ışığında, devletlerin arasında silahlı çatışmaların başlaması tamamıyla anormal bir durum olarak düşünölmelidir. Çatışmanın hukuki sonuçlarına ilişkin kurallar devletlerarası normal ilişkilere uygulanacak uluslararası hukukun bir parçasıymış gibi kabul edilmemelidir.”; aktaran International Law Commission, **a.g.e.**, s. 4-5.

⁶⁷⁵ İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, (Birinci basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2008), s. 105-106.

bir devlete terkini gören andlaşmaları saymak gerekir⁶⁷⁶. *Pazarcı* gibi *Doğan*'a göre de, devletlerarası barışı tesis eden veya benzeri siyasi içerikleri olan andlaşmalar savaşıla beraber sona erecektir ve çatışmaların bitiminde de bu andlaşmalar otomatik olarak yeniden geçerlilik kazanmamaktadır. Görüleceği üzere *Doğan* da çatışmanın bütün andlaşmaları ortadan kaldıracağını öngören arkaik kuramı apaçık reddetmekte ve ayırırda bulunma kuramını benimsemektedir.

Michael Bothe de, yaptığı bir konferans konuşmasında bu yaklaşımı olumlu bulmuştur. O'na göre düşman konumundaki devletlerin arasında dahi kaldırılmayan yahut askıya alınamayan bazı hukuki yükümler söz konusu olacaktır. Çevresel yükümleri de bu türden yükümler olarak görmek doğrudur⁶⁷⁷.

L. C. Green de benzer sayılabilecek bir görüşü savunmuştur. *Green*'e göre uluslararası insancıl hukuk, *lex specialis* olduğundan, silahlı çatışmalar sırasında esas ve öncelikli olarak belirleyici olan bir hukuk dalıdır⁶⁷⁸. Buna göre, eğer insancıl hukuk ve çevresel andlaşma metinleri arasında herhangi bir zıtlık söz konusu değilse o zaman çevresel hukuka dair andlaşmanın maddelerinin de uygulama bulması mümkün olabilir.

Herdegen de kural olarak, devletler arasındaki siyasal mahiyetteki andlaşmaların çatışmanın başlaması nedeniyle sona ereceğini veya askıya alınacağını ifade etmektedir. Ancak bu tüm andlaşma türleri için geçerli olmamaktadır. *Herdegen* de basit bir şekilde ifade etmiş dahi olsa burada andlaşmalar arasında belli bir ayırırda gitmektedir⁶⁷⁹.

Thomas Buergenthal'in de belli bir ayırırda gittiğini, belli bazı andlaşmaların uygulamasının silahlı çatışma zamanı dahi devam edeceğini ifade ettiğini görmekteyiz. Yazara göre, uygulaması devam edecek andlaşmalar arasında savaş hukuku veya insancıl hukuka ilişkin olanların yanı sıra insan haklarına ilişkin olup da çatışma zamanı dahi uygulanmasını öngören hükümleri içeren andlaşmalar da mevcuttur⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ Doğan, **a.g.e.**, s. 106.

⁶⁷⁷ Aktaran Kirchner, **a.g.e.**, s. 89.

⁶⁷⁸ Green, **a.g.e.**, s. 226.

⁶⁷⁹ Matthias Herdegen, **Völkerrecht**, (Dritte Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2004), s. 130.

⁶⁸⁰ Buergenthal/Murphy, **a.g.e.**, s. 129.

Görüldüğü üzere bugün için ayırımında bulunma kuramının baskın olarak kabul edildiğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu durumda *hangi* uluslararası hukuk metinlerinin *nasıl* uygulanacağını tespiti de gereklidir. Hangi metinlerin çatışmalar sırasında uygulama bulacağını cevabını verebilmek için ilk olarak hangilerinin uygulamadan kalkacağını tespiti gerekmektedir. Çünkü kural olarak, andlaşmaların hukuki etkilerini –belli kayıt ve kısıtlamalarla dahi olsa- tanıyan ve ancak şartları olduğunda çatışmalara andlaşmaları ortadan kaldırııcı bir etki tanıyan düşüncenin kendisini kabul ettirdiğini ortaya koyduk. Ancak bunu gerçekleştikten sonra, çatışmalar sırasında uygulama bulması muhtemel andlaşma türlerinin incelenmesine geçilebilir.

1.6. Uygulama Bulamayacak Andlaşmalar

Her şeyden önce siyasi özellik taşıyan uluslararası andlaşmaların bu andlaşmaya taraf olan devletlerin savaşı sonucunda ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kategoriye giren andlaşmaların çatışmalar sırasında uygulanması mümkün değildir. Bu andlaşmalara örnek olarak ittifak andlaşmaları, saldırmazlık andlaşmaları ve özellikle işbirliği andlaşmaları gösterilebilir. Taraf ülkeler arasında süre giden dostane ilişkilerin varlığına bu andlaşmaların uygulanması çok yakından bağlı olduğundan bu sonucu doğal karşılamak gerekmektedir. Bu mahiyetteki andlaşmalar tarafından öngörülen hareket tarzının sıkı bir şekilde taraflar arasındaki ve siyasal mahiyette olan “iyi” ilişkilere bağlı olması nedeniyle, silahlı bir çatışmanın varlığı durumunda ilgili andlaşma ile öngörülmüş işbirliğinin devamının beklenmesi doğru ve gerçekçi bir beklenti olmayacaktır.

1.7. Uygulanacak Andlaşmalar

Uygulama bulması kuvvetle muhtemel olan andlaşmaları burada kısaca incelemeyi düşünmekteyiz. Her şeyden önce çevresel koruma hakkında yapılmış bir uluslararası andlaşma, kendi hükümlerinin silahlı çatışmalar esnasında da uygulama bulacağını öngörmüşse, o zaman bu andlaşmanın kural olarak, uygulama bulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁸¹.

⁶⁸¹ Ancak burada belli bir tespite bulunmak gereklidir. Bu mahiyetteki andlaşmalar, askeri gerçeklik göz önünde bulundurularak hazırlanmış değildir. Daha ziyade barış zamanı için öngörülmüştür. Eğer savaş zamanı için kısıtlayıcı yahut kısıtlamayı kısıtlayıcı herhangi bir kayıt bu mahiyetteki andlaşmalarda

Yine savaş kavramıyla çelişmeyecek mahiyette olan andlaşmaların da uygulamasının devam edeceğine doktrince işaret edilmiştir⁶⁸². Hiç şüphesiz ki jus cogens hüküm haline gelmiş veya gelecek olan ve uluslararası çevre hukuku andlaşmalarından doğan hukuk kuralları da jus cogens mahiyetlerinden dolayı silahlı çatışmalar zamanında da uygulama bulmaya devam edecektir. Ancak bunun için belli bir andlaşma kaynaklı hükmün jus cogens haline geldiğinin ispatı gereklidir⁶⁸³. Bu ise ispatlanması müşkül bir husus olsa gerek diye düşünmekteyiz.

Başka bir uluslararası andlaşma da objektif statü kuran andlaşmalar olmaktadır. Bunlar da sırf bu yönleri itibariyle ve eğer kendisi çatışmanın nedeni değilse silahlı çatışma sırasında saygı görececek hukuki düzenlemelerden olmaktadır. Bunlara örnek olarak devletler arasındaki sınırları tespit eden andlaşmaları gösterebiliriz. *Meray* bu konuda “Hudutlar geniş ölçüde her iki memlekete halkının tabiiyetini ve vecibelerini tayin ve tespit ettiğine göre, barışta olduğu gibi harpte de muharip Devletlerin siyasi sınırları belli olmalıdır” tespitinde bulunmakta, aynı pozisyonu almış olan *Anzilotti* ve de *Dupuis*’ye atıfta bulunmaktadır⁶⁸⁴.

Kaldı ki, sınır antlaşmalarının değiştirilmesi mümkün olsaydı, insancıl hukukun önemli bir parçası olan işgal hukukunun uygulanması da ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalmış olurdu. Gerçekten de, bir silahlı çatışma sırasında, düşmana ait bir bölgeyi ele geçiren devlet, o sınır bölgesini daha önceden tespit etmiş sınır andlaşmasının çatışma nedeniyle sona ermesine dayanarak, o bölgeyi kendi devletine katacak ve bu şekilde insancıl hukuk hükümlerini uygulamaktan kaçınabilecektir. Bu ise önemli bir hukuki müessese olan işgalin ve de işgal ile ilgili hukuk hükümlerinin anlamsızlaştırılması ve de uygulamasının imkânsızlaştırılması demektir. Bu sonucun ise günümüz uluslararası hukuk ve de hususan insancıl hukuk hükümleri karşısından kabul edilmesi mümkün değildir. Silahlı çatışmalar yoluyla toprak kazanımı ise uluslararası hukukun asla tecviz etmeyeceği türden bir konudur. Bu nedenlerle sınır andlaşmalarının

mevcut değilse, o zaman bu andlaşmaların genel bir “askeri gereklilik” bakış açısıyla uygulanmasını oldukça olası görmekteyiz.

⁶⁸² Vöneky, **a.g.m.**, s. 32.

⁶⁸³ Aynı, s. 32.

⁶⁸⁴ Meray, **a.g.m.**, s. 165.

ve benzeri konulardaki andlaşmaların silahlı çatışma zamanlarında da bağlayıcılıklarını koruması gerektiğini düşünüyoruz. Bu zaten tartışmalı da olmayan ve üzerinde fikir birliğine ulaşılmış bir meseledir.

1.8. Uygulamanın Nasıl Gerçekleşeceğine Dair

Uluslararası Çevre Hukuku'nun bazı kararlarının uygulama bulmasının mümkün olduğunu tespit ettikten sonra, bu uygulamanın nasıl gerçekleşmesi gerektiğinin de tespiti gereklidir. Bu konuda birbirinden ayrılan görüşlerin varlığı mevcuttur. Baskın olmayan görüşe göre, Uluslararası Çevre Hukuku *lex specialis* olduğundan silahlı çatışmaların devam ettiği zaman zarfında da ilk olarak uygulanmalıdır. Baskın görüş ise doğrudan uygulamanın nadiren mümkün olacağını, esas itibariyle insancıl hukuk hükümleri ışığında belli bir adaptasyona tabi tutulduktan sonra bu kuralların uygulanmasının mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

Bizce de silahlı çatışmalar sırasında Uluslararası Çevre Hukuku'nun *lex specialis* olarak uygulanması pek mümkün değildir. Buna engel bazı vakıalar söz konusudur. Her şeyden önce uluslararası çevre hukuku, genel yapısı itibariyle, barış hukuku kapsamında değerlendirilecek bir daldır. Kabaca ifade etmek gerekirse, uluslararası andlaşmalar yoluyla, kural olarak kasti olmayan şekillerde ortaya çıkan çevresel kirlenmenin önünü almaya çalışan bir daldır ve istisnai hükümler hariç, savaş zamanı kullanım hakkında direkt olarak herhangi bir şey söylemeyen bir çalışma alanıdır. Uluslararası Çevre Hukuku bu konu hakkında kendisini öne çıkarıcı hiçbir veri sunmamaktadır. Bu yüzden biz de baskın görüşe katılmaktayız. Kaldı ki Uluslararası Adalet Divanı da benzeri bir tavrı takınmıştır.

Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde Divan, bazı Uluslararası Çevre Hukuku andlaşma veya sözleşmelerinin, en azından bazı maddelerinin yapılageliş hukuku haline gelmiş olabileceğini söylemiştir⁶⁸⁵. Özellikle devletlerin kendi yaptıkları eylemleri sonucu diğer devletlere zarar vermeme yükümünün bunlardan biri olduğunu altını

⁶⁸⁵ Görüşün internetteki dosyası için bkz; <<http://www.icj-cij.org/doCKET/files/95/7495.pdf?PHPSESSID=ccbdb54126b530d3b3b4c1d4cfed62ef>>.

çizerek ifade etmiştir⁶⁸⁶. Ancak Divan’a göre yine de bu tespit dahi, barış hukuku kapsamındaki bu çevresel kuralların savaş zamanı uygulama bulacak emir ve yasaklar olarak görülmesinin önünü açmamaktadır. Bununla demek istediğimiz şudur; Divan bu kabulden sonra dahi bu kuralların, savaşan devletleri bağlayan, onlara belli şekilde davranma yükümü getiren emir ve yasaklar olmadıklarını ifade etmektedir. Bu hükümler kesin davranış kısıtlamaları (*obligations of total restraint*) olarak görülemez⁶⁸⁷.

Yine Divan’a göre, bu andlaşmalarda mevcut hükümler devletlerin kendilerini koruma haklarını da ellerinden almayacaktır. “Bununla birlikte devletler, neyin gerekli ve orantılı olduğunu tespit ederken çevresel faktörleri de hesaba katmalıdır...”⁶⁸⁸. Görüldüğü üzere burada Divan çevresel kuralların dolaysız bir şekilde uygulanmasını salıklamamaktadır. Daha ziyade bu andlaşmaların, insancıl hukuk ilke ve maddelerinin uygulanması sırasında ana yapıya eklemelenmesi, bu çevresel hukuka ait düzenlemelerin belli bir dönüşüme uğrayarak (mümkün olduğu yer ve zamanda) işletilmesini tavsiye etmektedir. Divan da bu görüşüyle barış hukuku kapsamındaki çevresel düzenlemelerin uygulama bulmasını kabul etmiş; ancak bunların dolaysız bir yasak yaratmayacaklarını ve fakat *lex specialis* olarak öncelikli olarak uygulanması gereken insancıl hukukun yanı sıra ve transörme edildikten sonra uygulama bulmasını kabul etmiş görünmektedir.

Devletlerin kendi silahlı kuvvetleri için hazırladıkları *Manual* olarak adlandırılan kitaplar bize belli konulardaki devlet uygulamaları veya opinio jurisleri hakkında ipucu verecek önemli metinlerdir. Bu kitaplar vasıtasıyla devletler silahlı kuvvetleri personeline, kitabın hazırlandığı anda o devletin uluslararası hukuk olarak kabul etmekte olduğu kurallar tanıtılmaktadır. Dolayısıyla bu kitapların belli şartlar altında ispat değeri söz konusu olabilecektir⁶⁸⁹. Konumuzla ilgili olarak bu askeri elkitaplarının

⁶⁸⁶ Matheson, **a.g.e.**, s. 775. Bu ilke aslında hem Trail Smelter tahkiminde hem de Korfu davası kararında tespit edilmiş bir ilkedir; aktaran Richard Desgagné, “The Prevention of Environmental Damage in Time of Armed Conflict: Proportionality and Precautionary Measures”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Vol.3 (2000), s. 120.

⁶⁸⁷ Desgagné, **a.g.m.**, s. 121.

⁶⁸⁸ Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, para. 30.

⁶⁸⁹ Vöneky, **a.g.e.**, s. 147.

hemen hiçbirisinin ilgili bir hükmü içermediği doktrinde ifade edilmektedir⁶⁹⁰. Bunun bir istisnasını, 1995 tarihli olan ve askeri operasyonlarda çevre hukuku konusunda bir alt bölümü mevcut bulunan Amerikan Kara Kuvvetleri El Kitabı oluşturmaktadır. Bu kaynağa göre⁶⁹¹;

“In cases not covered by the specific provisions of the LOW, civilians and combatants remain under the protection and the authority of principles of humanity and from the dictates of public conscience. This includes protections established by treaties and customary law that protect the environment during periods of peace (if not abrogated by a condition of armed conflict)”

Görüldüğü üzere Amerikan Kara Kuvvetleri’ne göre; eğer belli bir vakıa savaş hukuku hükümlerince düzenlenmiyorsa, siviller ve savaşanlar insaniney ve kamusal vicdanın koruması altında olacaklardır. Bu korumaya barış zamanı çevreyi koruyan andlaşmalar ve de yapılageliş hukuku da dâhil olmaktadır. Ancak parantez içinde eklenen ibare burada dikkat çekicidir. Bu andlaşmalar ve de yapılageliş hukukunun, yani UÇH’nın, silahlı çatışmanın bir şartı tarafından ortadan kaldırılması değiştirilmesi mümkün görülmüştür. Demek oluyor ki çevreyi koruyan barış zamanı hükümleri ancak belli bir konuda savaş hukuku hükmü olmadığı takdirde ve silahlı çatışma şartları tarafından izin verildiği kapsamda uygulama bulması mümkün bir hukuk yapısı olarak görülmektedir, Amerikalı yetkililer tarafından. Bu sonucu biz de doğru bulmaktayız.

1.9. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Konu Hakkındaki Taslak Maddeleri

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2000 yılında silahlı çatışmaların, uluslararası hukuk andlaşmaları üzerindeki etkisi konusunda çalışmaları başlatmayı teklif etmiş ve konuyu uzun dönem çalışma programına dâhil etmiştir⁶⁹². 2004 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurul’u, Komisyon’un konuyu aktüel

⁶⁹⁰ Vöneky, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁹¹ Aktaran Vöneky, **a.g.e.**, s. 148.

⁶⁹² UNEP Raporu s. 46.

gündemine almasını onaylamıştır. Bu gelişmeden itibaren çeşitli raporlar ve çalışmalar hazırlanmıştır. Tüm bu çalışmaların ve hazırlanan farklı raporların ışığında Komisyon bir taslak maddeler metninin hazırlanmasına önayak olmuştur⁶⁹³.

Nihai olmayan bu taslak maddeler metninin üçüncü maddesine göre;

“Silahlı çatışmaların başlaması, a) silahlı çatışmanın tarafı olan devletler arasındaki; b) çatışmanın tarafı devlet ile üçüncü bir devlet arasındaki uluslararası andlaşmaların uygulanmasını mecburen (*necessarily*) sona erdirmez veya askıya almaz ”

Metnin 4. maddesine göre ise bir uluslararası andlaşmanın sona erdirilmesi, askıya alınması veya bu andlaşmadan geri çekilmenin söz konusu silahlı çatışma nedeniyle mümkün olup olmadığının tespiti için Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (yorum hakkındaki) 31. ve 32. maddelerine müracaat edilmelidir. Ayrıca, bu iki maddeye ilaveten; silahlı çatışmanın doğası ve kapsamı, silahlı çatışmanın andlaşma üzerindeki etkisi, andlaşmanın konusu ve andlaşmaya taraf ülke sayısını da göz önüne almak gerekmektedir. Taslak 5. maddeye göre, konusu gereği silahlı çatışmalarda uygulama bulması gereken uluslararası andlaşmaların uygulanması kısmen veya tamamen engellenemeyecektir. Taslak 7. madde ile bir andlaşmanın açıkça öngörmesi durumunda silahlı çatışmalar sırasında da uygulanmaya devam edeceği kurallaştırılmıştır. Bu iki madde ile bir andlaşmanın mahiyeti⁶⁹⁴ yahut bünyesinde mevcut bir hüküm gereği silahlı çatışmalar sırasında uygulanmasının gerekli olduğu durumlar düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Görüldüğü üzere bu taslak metin de andlaşmaların devamını kural olarak kabul ederken, şartlara veya andlaşmanın içinde mevcut hükümlere bağlı olarak uygulamanın durdurulması, askıya alınması yahut sona erdirilmesinin de mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Bu anlayışa göre hareket edildiğinde andlaşmanın ve silahlı çatışmanın

⁶⁹³ United Nations General Assembly, A/CN.4/L.727/Rev.1. 6 Haziran 2008. Taslak metin için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G08/616/92/PDF/G0861692.pdf?OpenElement>. Metnin 2. ve 5. maddelerinde değişiklik yapan netin için bkz: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G08/620/70/PDF/G0862070.pdf?OpenElement>.

⁶⁹⁴ İnsancıl hukuk hükümlerini ihtiva eden bir andlaşmanın, bu sonucu açık bir biçimde öngören ayrı bir “icra” maddesi bulunmasa dahi, silahlı çatışmalar sırasında uygulanması gerekliliği aşikârdır.

özel şartları göz önünde bulundurularak, durumun kendine has koşulları ışığında hareket etmek gerekecektir.

Taslak 4. madde ilk olarak yorum kurallarından bahsetmektedir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. ve 32. maddeleri, bu maddede açıkça bahsedilmiştir. Yorum hakkındaki bu hükümleri buraya koyarak Uluslararası Hukuk Komisyonu iradeci bir yaklaşım sergilemiştir. Bu yaklaşıma göre önemli olan tarafların iradeleridir ve bu iradeler belirleyici kabul edilmelidir. Eğer taraf iradelerinde, söz konusu andlaşmanın çatışma sırasında uygulanması hususunda olumlu veya olumsuz bir sonuca ulaşılıyorsa, o zaman bu iradeye saygı duyulacaktır. Ne zaman ki 31. ve 32. maddelerle⁶⁹⁵ tespit edilmiş yorum kuralları gereği belli bir sonuca ulaşamıyorsa, maddede sayılan diğer unsurları da göz önüne almak gereklidir. Ancak açık andlaşma hükmüne rağmen olayın şartlarından, tarafların andlaşmanın icrasına devam etmek istemedikleri anlaşılabilirse o zaman da tarafların söz konusu andlaşmayı hala icra etme yükümlülükleri olmalı mıdır? Uluslararası hukukun diğer hükümlerince aranan şartlara uymak kaydıyla, taraf devletlerin ilgili andlaşmayı feshetme veya askıya alma hakları vardır⁶⁹⁶. Ancak ilgili maddelerde mevcut şartların mevcudiyeti halinde bu haktan istifade edebilmek mümkündür. Sırf savaş durumunun varlığı nedeniyle bir fesih veya askıya almanın bu madde ile öngörülmediği aşîkârdır; çünkü ilgili diğer hükümlerde savaş asla bir sona erdirme sebebi olarak düzenlenmemiştir⁶⁹⁷. Kaldı ki, eğer silahlı çatışmanın varlığı feshin veya askıya almanın yeter şartı kabul edilirse tüm bu taslak maddeler metninin anlamsızlaşması sonucunu hâsıl olacak, sadece silahlı çatışmanın varlığına dayanan taraf devlet andlaşmayı feshedecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun konu hakkındaki çalışmaları hala devam etmektedir.

⁶⁹⁵ Maddelerin Türkçe çevirisi için bkz.

<<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>>.

⁶⁹⁶ Taslak metnin 8. maddesi.

⁶⁹⁷ Viyana Andlaşmalar Sözleşmesinin 73. maddesi silahlı çatışma konusunda sessiz kaldığını açıkça ifade etmektedir.

1.10 Bölümün Değerlendirilmesi

Uluslararası Çevre Hukuku, baskın olarak andlaşmalar hukuku şeklinde doğmuş ve gelişmiş bir hukuk dalıdır ve bu özelliğini hala devam ettirmektedir. Bu çevre hukuku andlaşma ve sözleşmelerinin genel olarak ikili bir mekanizma çerçevesinde tasarlandığından bahsedilebilir. İlk olarak soyut bir şekilde hukuki yükümlülükler tespit edilir. Bu soyut yükümlülükler uygulama bulmak için hala belli bir somutlaştırmaya ihtiyaç duymaktadır. Genellikle de ozon tabakası gibi çevrenin belli bir bileşeninin korunmasına ilişkin bir amaç benimsenmiştir. Burada bahsedilen ozon tabakasının gereken özen gösterilerek yahut gerekli tedbirlerin alınmasıyla korunması şeklindeki bir genel yükümlülük maddesidir⁶⁹⁸. Ayrıca kaza sonucu ortaya çıkmış çevresel zararın engellenmesi veya ortaya çıkmışsa yok edilmesine yönelik andlaşmalar da vardır. İkinci olarak ise bu tespit edilmiş genel yükümlülüğün icra ve icbarı için daha kesin kural ve standartlar getirilir. Belli bazı zararlı olabilecek faaliyetler örneğin yasaklanmış olabilir yahut çevreyi kirleten parçacıkların doğaya salınımının azaltılması için bazı teknolojik aksamın kullanımı zorunlu tutulmuş olabilir. Ancak bu icbar mekanizmalarının çok da gelişmiş olduğundan bahsetmek mümkün görünmemektedir. Hele ki silahlı çatışma gibi ulusal problemler zamanında bunların tatmin edici bir hukuki koruma sağlayacağı şüphelidir.

Bu bahsedilen ikili mekanizma ile çevresel korumanın sağlanması amaçlanır. Fakat görüldüğü üzere bunlarda genellikle belli bir devlete kendi ülkesinde uygulanması amacıyla bir takım yükümlülükler getirilmektedir ve genel olarak da askeri olmayan konularda düzenlemeler öngörülmektedir⁶⁹⁹. Bu da ciddi sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Askeri konulara ilişkin olarak da bu andlaşmalar sessiz kalmaktadır. Silahlı çatışma sırasında taraflar birbirlerine zarar verme kastı taşımaktadır. Bu nedenle daha ziyade kasti olmayan çevresel zararları engellemeye yönelik hukukun bu konuda fayda sağlaması ihtimalini düşük bulmaktayız. Tüm bunların ışığında uluslararası çevre hukuku andlaşmalarının savaş zamanı tamamen uygulanmalarının dahi yeterli bir koruma sağlamaktan zaten uzak olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Kaldı ki bu şekilde bir uygulama olmayacak, askeri gereklilik bakış açısıyla yoğrulmuş bir hukuk dalının

⁶⁹⁸ Desgagné, **a.g.m.**, s. 123.

⁶⁹⁹ **Aynı**, s. 123.

etkisiyle belli bir uyarlama cihetine de gidilecektir. Bunun genel olarak uluslararası çevre hukuku hükümlerinin koruyucu etkisi üzerinde kısıtlayıcı bir rol oynayacağını düşünüyoruz.

Burada son olarak, silahlı çatışmaların genel olarak andlaşmalar özelde de çevre hukukuna dair andlaşmalar üzerindeki etkisinin yeni sayılabilecek bir tarihte gündemimize oturduğunu hatırlatalım. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu konudaki çalışmaları da devam etmektedir. Dolayısıyla konunun gelecekte daha açık bir şekilde çözüme kavuşturulacağını düşünüyoruz. Yine de savaş ve barış arasında bir dikotomi olduğunu düşünen klasik anlayıştan sıyrılmış olduğumuzu veya en azından bu konuda belli bir eğilimin oluştuğunu ifade edenlere⁷⁰⁰ biz de katılıyoruz. Günümüz için andlaşmaların ortadan kaldırılmasın veya askıya alınmasının otomatik bir şekilde gerçekleşmediğini görüyoruz. Günümüz için iki ayrı hukuki rejimin bazen çakıştığını, baskın olarak insancıl hukukun ama onun yanı sıra ve de *lex specialis* olarak *onun yol göstermesi* ile çevre hukukunun da uygulama bulduğunu veya bulabileceğini düşünen yazarlara katılmaktayız.

⁷⁰⁰ Güncel bir örnek olarak bkz: UNEP Raporu s. 34.

SONUÇ

Silahlı çatışmalar esnasında çevreyi korumayı dolaysız olarak amaçlayan hukuk kuralları incelendiğinde, ortaya çevrenin korunması konusunda tatmin edici bir fotoğrafın çıktığını iddia edebilmek kolay değildir. Her ne kadar doktrinde bu konuda kesin bir mutabakata varıldığını söylemek mümkün değilse de belli bir çoğunluğun da bu fikirde olduğunu söylemek bize mümkün görünmektedir. Bu yetersiz korumanın sebebi, UİH’de çevreyi korumayı amaçlayan veya bu korumaya katkıda bulunan düzenlemelerin hiç olmamasından kaynaklanmamaktadır. *Schmitt*’in de ifade ettiği gibi bu mahiyette sayılabilecek düzenlemelerin sayısı kesinlikle az sayılamaz⁷⁰¹. Bu ise bizi uygulama eksikliğinin yanı sıra incelenen düzenlemelerin yapılarına içkin ve onlardan kaynaklanan bir takım problemlerin varlığı üzerine düşündürmelidir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse uluslararası insancıl hukukunun birincil amacının insanların korunması olduğu aşikârdır. Bu nedenle, genel olarak insanları etkilemeyen veya görünürde etkilemeyecek çevresel zararların çatışmalar sırasında yaratılması hakkında insancıl hukuk sessiz kalma eğiliminde olacaktır. Örnek vermek gerekirse, insancıl hukuk bazı yerleşim olmayan alanların çölleştirilmesine veya ağaçsızlandırılmasına, bu eylemler dolaysız olarak insan hayatı kaybına neden olmadığından bir itirazda bulunmayacaktır⁷⁰². Görüldüğü üzere, mesele insancıl hukukun çevresel koruma konusunda yaklaşımıdır. Günümüz çevre hukuku ve de hareketlerinin aştığı veya tam olarak aşamasa dahi, en azından demode olarak betimlediği insan-merkezli yaklaşımın insancıl hukuk tarafından hala kullanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta insandan da önce bu hukuk dalının, tersine kuvvetli bir eğilime rağmen, hala alabildiğince *devlet-merkezli* olması söz konusudur. Bu nedenlerle çevreye ciddi bir önem atfedilememekte, çevresel unsurlar da hala yeteri kadar korunamamakta ve önemli tehdit altında kalmaya devam etmektedir.

ÇEVMOD ile başlamak gerekirse, bu sözleşmenin uygulanabileceği olaylar genellikle, doktrinde –biraz da istihza amacıyla- *science fiction* silahlar olarak adlandırılan, çevre manipülasyonu araç ve silahlarının kullanıldığı olaylar ile sınırlı

⁷⁰¹ Schmitt, **a.g.m.**, Humanitarian Law and the Environment, s. 266.

⁷⁰² Al Duaij, **a.g.e.**, s. 96–97.

kalmaktadır. Sözleşmenin kendisi, görece olarak oldukça düşük bir uygulama ön şartı öngörmüştür. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, “yaygın”, “uzun süreli” ve “şiddetli olma” şartlarından sadece birinin gerçekleşmiş olması halinde, ki içerik olarak da bunlar daha alçakgönüllü ölçütlerle tanımlanmışlardır, sözleşme uygulama alanı bulabilecektir. Ancak bu düşük eşiklere ulaşması gereken silah çeşitleri halen çok az kullanılan belki de hiç kullanılmayan fütüristik tarzda silahlar olduğundan, bu sözleşmenin herhangi bir ehemmiyeti olduğunu iddia etmek ciddi bir tavır olmayacaktır. *Dieter Fleck*’e göre ÇEVMOD, kendisinin uzun ve başarılı uluslararası hukuk kariyerinde karşılaştığı *en önemsiz* uluslararası hukuk belgesi olmaktadır⁷⁰³.

ÇEVMOD ile aynı zaman diliminde görüşülen I. Ek Protokol’ü hazırlayanlar, hiç şüphesiz ÇEVMOD’un içeriğinden ve uygulama alanından haberdardı. Dolayısıyla aynı dönemin çocuğu olan bu iki sözleşmenin aynı kasıtlı dizaynın sonucu olduğunu çıkarsamak zor olmayacaktır. Ek Protokol’de uygulama eşiği ÇEVMOD’dan farklı olarak oldukça yüksek tespit edilmiştir. Aslında bu oldukça talihsiz bir gelişmedir, çünkü Protokol’de herhangi bir spesifik silah türüne inhisar ettirilmiş bir düzenleme mevcut olmayıp bilakis her türlü teknoloji istimali sonucu hasıl olacak çevresel zararın bu düzenleme kapsamına alındığını görmekteyiz. Evvela malum üç şart, “yaygınlık”, “uzun sürelilik” ve “şiddetlilik” ya müphem bırakılarak herhangi bir içeriğe kavuşturulamamış ya da bu şartların varlığına hükmedilebilmesi için gerçekten çok ağır, ancak istisnaen ortaya çıkacak durumların varlığı şart koşulmuştur. Tüm bunlar yetmezmiş gibi bu üç şartın her birinin aynı anda aranması da bu ilgili hükümlerin uygulanmasını neredeyse imkânsız kılmıştır.

ÇEVMOD ve I. Ek Protokol’ü birçok müspet özelliği bünyesinde bulunduran metinler olarak görmekteyiz. Bununla beraber, tüm bunlar gerçekleştirilirken çok ciddi eksikliklerin bu metinlerde varlık bulduğunu da tespit etmekteyiz. Diyebiliriz ki belgeler bir eliyle verdiklerini diğer eliyle toplamış, dolayısıyla sonuçta tatmin edici olmayan ve çevre konusundaki endişeleri gün geçtikçe büyüyen kamuoyunun beklentilerini karşılayamayan hukuki rejimler ortaya çıkmıştır.

⁷⁰³ Hourcle, **a.g.m.**, s. 676.

Şüphesiz ki silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunmasına dolaylı katkıda bulunan başka bir takım UİH ve UÇH hükümleri mevcuttur. Bunlar arasında çalışmamızda incelediğimiz I. Ek Protokolün bazı maddeleri de vardır. Bu hükümlerin birincil amacı sivillerin korunması ve benzeri konular olabileceği gibi, orantısız güç kullanımı gibi bir takım UİH prensiplerine uyulmasının sağlanması da olabilir. Bu özellikteki hükümlerin elbette çevresel korunmaya da katkı sağlayacağı aşîkârdır. Ancak bu hükümlerin hem amaçsal önceliklerinin başka olması, hem de kural olarak “askeri gereklilik” ilkesi karşısında geri plana itilebilirlikleri karşısında silahlı çatışmalar esnasında çevresel korunmaya yeterli katkıda bulunamayacaklarını düşünmekteyiz. Yine bu tip belli unsurları korumaya yönelmiş ayrı ayrı andlaşmalar çevre dediğimiz olgunun sadece bazı alt-bölümlerini korumayı amaçlamaktadır. Bu ise *kapsamlı* bir koruma rejiminin ortaya çıkmasına mani olacaktır.

Uluslararası insancıl hukukun geleneksel ilkeleri de önemli yol gösterici prensiplerdir. Bunların bazılarının *jus cogens* mahiyetinde olduğu dahi doktrinde iddia edilmektedir ki bu çok da yanlış olmayan bir yaklaşımdır. Fakat bu genel kuralların kesin davranış kuralları getirmemeleri ve de “askeri yararlılık”, “oluşan zarar” gibi bazı soyut menfaat-zarar dengeleştirmelerini askeri idarecilerden (hem de savaş zamanı) talep etmesi söz konusudur. Bu dengeleme işlemine ilişkin talebin ise savaş şartları altında tatmin edici sonuçlar doğurmayacağını düşünmekteyiz. Ulusal ölüm veya kalımın söz konusu olduğu savaş zamanında askeri karar alıcıların insancıl korumayı göz ardı edici tavırları benimsemeleri uzak bir ihtimal olarak kabul edilmemelidir.

Askeri gereklilik ilkesinin ise şiddeti kısıtlayıcı etkisi kadar, şiddeti meşrulaştıran bir etkisi de söz konusudur. Savaş sırasında her asker veya komutan devletini kurtarmakta olmazsa olmaz bir görev üstlendiğini düşünecektir ki, bu ihtimal çok da yanlış olmayabilir. Savaş harekâtı esnasında hangi eylemin hangi sonucu doğuracağını önceden kesin bilmek mümkün olamaz, olsaydı sürpriz saldırılar, ani baskınlar, şaşırtma manevraları ve karşı casusluk operasyonlarından tamamen vazgeçmek gerekirdi. Hatta savaşlar masa başında simüle edilir, kazananlar bu şekilde tespit edilir. Hâlbuki her zaman için bir *sürpriz sonuç*, her zaman için de bir *öngörülemezlik faktörü* vardır. Bu da yapılan hemen her eylemin askeri açıdan pek önemli bir gereklilik arz ettiği düşüncesine askeri karar alıcıları sevk edecektir. Askeri

gereklilik ilkesinin ciddi ve de kapsamlı bir çevresel koruma sağlamayacağını, hatta sağlanmış olan korumayı da iptal edici bir etki yaratabileceğini düşünmekteyiz.

Martens maddesinin ise kendisinden beklenen, daha doğru ifadeyle kendisine atfedilen bazı görevleri yerine getiremeyeceğini düşünüyoruz. Bizce *Martens* yeni bir kural getirme potansiyeli olmayan bir düzenlemedir, kendisi de yeni bir kurallaştırma değildir. *Martens*'in amacı, belli konularda yapılageliş hukukunun ve de hukuk genel ilkelerinin de uygulanması gerekliliğine işaret etmektir. Bu nedenle bu maddeden ilham alarak yeni bir korumanın sağlanması mümkün görünmemektedir.

Bir diğer kural öbeğini, barış hukuku bünyesinde gördüğümüz Uluslararası Çevre Hukuku (UÇH) sözleşmeleri ve hükümleri oluşturmaktadır. Ancak bu sözleşmelerin evvela silahlı çatışmalar esnasında uygulanabilirlikleri sorunu önümüze çıkmaktadır. Yine, bu uygulanabilirlik *farz edilse* dahi genel olarak kullanmamız gereken ölçümüz insancıl hukuk ve bu hukuk bünyesinde mevcut olan “askeri gereklilik” ilkesi olmaktadır. Bu ilkenin ise kısıtlayıcı ilkesinden hemen yukarıda bahsetmiştik. Kaldı ki UÇH'nın, kendi doğasından kaynaklanan, başka sorunları da mevcuttur.

Evvela UÇH sözleşmeleri kural olarak *inter partes* uygulama öngörmektedir. Korunma, savaş zamanı devam edecekse dahi, sadece sözleşmenin tarafları arasında gerçekleştirilebilecek, taraf olmayan devletler için koruma mümkün olmayacaktır. Doktrinde işaret edilen başka bir sıkıntı da UÇH hükümlerinin uygulanması, gerektiğinde yürütülmesi için istenilen derecede kurumlaşma seviyesine ulaşamadığıdır. Sayılan tüm bu gerçekler ışığında UÇH'nın da, silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması için yeterli ve tatmin edici bir hukuki yapı sunamadığı ortaya çıkmaktadır. Bunlara ilaveten UÇH'nın yapısal olarak da silahlı çatışmalara uygulanmaya uygun olmadığına inanıyoruz. UÇH genel olarak istem dışı ortaya çıkan kirlenmelerde parmağı olan devletlerin sorumluluklarını tespit eden ve onlara bir takım yükümlülükler yükleyen bir hukuk dalıdır. Kasti zarar vermenin tecviz edildiği silahlı çatışmalara uygulanması bu nedenle çok verimli bir yol olarak görünmemektedir.

Netice itibariyle tezin temel varsayımının doğru olduğu tespit edilmiş ve silahlı çatışmalar esnasında çevrenin korunması konusunda uluslararası hukukta bir yetersizlik olduğu kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

Genel Eserler

- Alsan, Zeki Mesut. **Yeni Devletler Hukuku, Prensipler-Şahıslar**. İkinci basım. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955.
- Başak, Cengiz. **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Bederman, David J. **International Law Frameworks**. Second Edition. New York: Foundation Press, 2006.
- Beyerlin, Ulrich. **Umweltvölkerrecht**. München: Verlag C.H. Beck, 2000.
- Buerghenthal, Thomas and Sean D. Murphy. **Public International Law in a Nutshell**. Fourth Edition. Thompson-West Publishing, 2007.
- Cassese, Antonio. **International Law**, Second Edition. Oxford University Press, 2005.
- Doğan, İlyas. **Devletler Hukuku**. Birinci basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2008.
- Dougherty, James E. and Robert L. Pfaltzgraff. **Contending Theories of International Relations**. Third Edition. New York: Harper Collins Publishers, 1990.
- Grotius, Hugo. **Savaş ve Barış Hukuku, Seçmeler**. Çeviren Seha Meray, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967.
- Herdegen, Matthias. **Völkerrecht**. Dritte Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- Kaboğlu, İbrahim. **Çevre Hakkı**. İstanbul: Cep Üniversitesi-İletişim Yayınları, 1992.
- Kaldor, Mary. **New & Old Wars, Organized Violence in a Global Era**. Second Edition. Cambridge UK: Polity Press, 2006.
- Kalshoven, Frits. **Constraints On The Waging Of War**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

- Kant, Immanuel. **To Perpetual Peace: A Philosophical Sketch**. Çeviren: Ted Humphrey, Hackett Publishing Company, 2003.
- Kaya, Muhittin. **Silah ve Atış Bilgisi**. Ankara: Bilim Yayıncılık, 1995.
- Kempen, Bernhard and Christian Hillgruber. **Völkerrecht**. München: Verlag C.H. Beck 2007.
- Kennedy, David. **Of War and Law**. Princeton University Pres, 2006.
- Kimminich, Otto und Stefan Hobe. **Einführung in das Völkerrecht**. Achte Auflage. Tübingen und Basel: A. Francke Verlag, 2004.
- Mathieu, Jean-Luc. **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**. İletişim Yayınları-Presses Universitaires De France, 1994.
- McCaffrey, Stephen C. **Understanding International Law**. First Edition. LexisNexis, 2006.
- Meray, Seha. **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**. Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977.
- Moir, Lindsay. **The Law of Internal Armed Conflict**. First Edition. Cambridge University Press, 2002.
- Müllerson, Rein. **Ordering Anarchy, International Law in International Society**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- Nussbaum, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: Macmillan Company, 1954.
- Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap**. Dokuzuncu basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.
- _____. **Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap**. Birinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.

Pictet, Jean. **Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**. ICRC Publ., Geneva, 1952.

Pictet, Jean. **The Principles of International Humanitarian Law**. International Committee of the Red Cross, Geneva (tarihsiz).

Sander, Oral. **Siyasi Tarih 1918–1994**. Dördüncü basım. Ankara: İmge Kitabevi.

Sands, Philippe. Paolo Galizi. **Documents in International Environmental Law**. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Pres, 2004.

Satzger, Helmut. **Internationales und Europäisches Strafrecht**. Zweite Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2004.

Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000.

Tütüncü, Ayşe Nur. **İnsancıl Hukuka Giriş**. Brinci basım. İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

_____. Tartışma Metni, **Güncel Olaylarda Milletlerarası Hukuk, Söyleşiler**. Birinci basım. İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, 2003.

Vitzthum, Wolfgang Graf (Ed.). **Völkerrecht**. Vierte Auflage. Berlin: De Gruyter Recht Lehrbuch, 2007.

Von Glahn, Gerhard and James Larry Taulbee. **Law Among Nations. An Introduction to Public International Law**. Eighth Edition, New York: Pearson Education, 2007.

Von Heinegg, Wolff and Volker Epping. **International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipsen**. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2007.

Werle, Gerhard. **Völkerstrafrecht**. Zweite Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2007.

Monografiler

Acer, Yücel. **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**. Ankara 2004.

Aksar, Yusuf. **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku**. Birinci basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Al-Duaij, Nada. **Environmental Law of Armed Conflict**. Basılmamış Doktora Tezi, Pace University School of Law, 2002, <http://digitalcommons.pace.edu/lawdissertations/1>.

Arkin, William M., Damian Durrant and Marianne Cherni. **On Impact: Modern War and the Environment- A Case Study of the Gulf War**. London: Greenpeace Study, May 1991.

Arno, Anthony. **Kuşatma Altında Irak, Yaptırımların ve Savaşın Ölümcül Etkileri**. İstanbul: Everest Yayıncılık, 2006.

Barnaby, Wendy. **Virüs Saldırıyor: Biyolojik ve Kimyasal Savaşa Doğru**. Birinci Basım. İstanbul: Timaş Yayınları, 2003.

Batur Yamaner, Melike. **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**. İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007.

Bodansky, Daniel. **Effects of Military Activity on the Environment, Final Report**. Erste Auflage. Berlin: Erich Schmidt Verlag, Mayıs 2003.

Boelaert-Suominen and Sonja Ann Jozef. **International Environmental Law and Naval War, The Effect of Marine Safety Conventions During International Armed Conflict**. Newport Papers, Nr. 15, 2000.

- Bothe, Michael, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf. **New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949**. Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- Bothe, Michael. **Das Völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen, Kritische Würdigung und Dokumentation der Rechtsgrundlagen**. Köln-Bonn: Carl Heymanns Verlag KG, 1973.
- Eifan, Meshari K. **Head of State Criminal Responsibility for Environmental War Crimes: Case Study: The Arabian Gulf Armed Conflict 1990–1991**. Pace University, Basılmamış Doktora Tezi, 2007.
- Grunawalt, Richard, J. John E. King and Ronald S. McClain (eds.). **Protection of the Environment During Armed Conflict**. Newport: Rhode Island, International Law Studies, Naval War College, 1996.
- Henckaerts, Jean-Marie and Louise Doswald-Beck. **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**. Fourth Edition. New York: Cambridge University Press, 2009.
- Holert, Tom and Mark Terkessidis. **Entsichert, Krieg als Massenkultur**. Cologne: KiWi Verlag, 2002.
- Höchner, Kurt M. **Schutz der Umwelt im Kriegsrecht**. Zurich: Schulthess Verlag, 1977.
- Hulme, Karen. **War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold**. Leiden: NLD, Brill Academic Publishers, 2004.
- Keskin, Funda. **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş Karışma ve Birleşmiş Milletler**. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1998.
- Kirchner, Andree. **Umweltschutz während bewaffneter Konflikte**, Hamburg: Basılmamış Doktora Tezi, Hamburg Üniversitesi, 2002.

- Koppe, Erik Vincent. **The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment During International Armed Conflict.** Oxford: Hart Publishing, 2008.
- Lanier-Graham, Susan D. **The Ecology of War, Environmental Impacts of Weaponry and Warfare.** New York: Walker and Co., 1993.
- Leitmeier, Werner Josef. **Humanitaere Forderung und militaerische Notwendigkeit - Art. 58. lit. A des I. Genfer Zusatzprotokolls und seine Auswirkung auf die Verteidigungsplanung der Bundesrepublik Deutschland.** Basılmamış Doktora Tezi, Regensburg Üniversitesi, 1985.
- Lohbeck, Wolfgang. **Umwelt und Bewaffneter Konflikt: Dilemma ohne Ausweg?.** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Hamburg, 2004.
- Lutz, Dieter S. **Zur Legalität und Illegalität kriegerischer Handlungen.** Bonn: IFS-Forschungsberichte, Februar 1983.
- Öktem, A. Emre. **Terörizm. İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları.** İstanbul: Derin Yayınları, 2007.
- Perna, Laura. **The Formation of The Treaty Law of Non-International Armed Conflicts.** First Edition. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Roberts, Adam and Richard Guelff. **Documents on the Laws of War.** Third Edition. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Rosenblad, Esbjörn. **International Humanitarian Law of Armed Conflict – Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems-.** Stockholm 1977.
- Sandoz, Yves, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (Eds.). **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949.** International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers 1987.

Schmitt, Michael N. Charles Garraway, Yoram Dinstein. (Drafting Committee), **The Manual on The Law of Non-International Armed Conflict (with Commentary)**. San Remo: International Institute of Humanitarian Law, 2006.

Smith, Jerry. **Kıyamet Silahı HAARP**. İstanbul: Koridor Yayıncılık, 2007.

Spieker, Heike. **Völkergewohnheitlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt**. UVB-Universitaetsverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochumer Schriften, 1992.

Töner-Şen, Semin. **Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı**. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

Vöneky, Silja. **Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten**. Beiträge zum Ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag, 2001.

Witteler, Stephan. **Die Regelungen der neuen Verträge des humanitären Völkerrechts und des Rechts der Rüstungsbegrenzung mit direktem Umweltbezug**. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 1993.

Yalçinkaya, Haldun. **Savaş: Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı**. Ankara: İmge Kitapevi, 2008.

Yaman, Ahmet. **İslam Devletler Hukukunda Savaş**. İstanbul: Beyan Yayınları, 1998.

Makaleler

Adede, Andronico O. "Protection of The Environment in Times of Armed Conflict: Reflections on the Existing and Future Treaty Law", **Annual Survey of International and Comparative Law**, Volume 1, 1994.

Altıntaş, Hakan. "Savaşların Çevresel Boyutu ve Ekosistem Üzerindeki Geri Dönüşü Olmayan Etkileri" **Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, No.8, 2003.

- Aydın, Öykü Didem. “Yakın Geçmişte Yaşanan Önemli bir Çevre Sorunu: Körfez Savaşı ve Çevresel Etkileri” **Edebiyat ve Hukuk**, <www.edebiyatvehukuk.org>
- Baker, Betsy. “Legal Protection for the Environment in Times of Armed Conflict”, **Virginia Journal of International Law**, Volume 33, 1990–1991.
- Blix, Hans. “Arms Control Treaties Aimed at Reducing the Military Impact on the Environment ” **Essays in International Law in Honour of Manfred Lachs**, Martinus Nijhoff 1984.
- Bothe, Michael. “Violence beyond the State. The International Law Approach” **Behemoth. A Journal on Civilisation**, Vol. 1, 2009.
- _____. “Environmental Destruction as a Method of Warfare: Do We Need Law?” **Disarmament**, Volume 15, No.2, 1992.
- Bunker, Alice Louise. “Protection of the Environment during Armed Conflict: One Gulf, Two Wars”, **RECIEL**, Volume 13, Number 2, 2004.
- Cannizzaro, Enzo. “Contextualizing Proportionality: Jus Ad Bellum and Jus In Bello in the Lebanese War” **International Review of the Red Cross**, Volume 88, Number 864, 2006.
- Chetail, Vincent. “The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”, **International Review of the Red Cross**, Vol 85, No. 850, 2003.
- Cohan, John Alan. “Modes of Warfare And Evolving Standards Of Environmental Protection Under The International Law of War”, **Florida Journal of International Law**, Volume 15, 2002–2003.
- Cullen, Anthony. “Key Developments Affecting The Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, **Military Law Review**, Volume 183, 2005.

- Desgagné, Richard. "The Prevention of Environmental Damage in Time of Armed Conflict: Proportionality and Precautionary Measures", **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 3, 2000.
- Dinstein, Yoram. "Protection of the Environment in International Armed Conflict", **Max Planck UNYB**, Vol. 5, 2001.
- Dörmann, Knut. "Dissemination and Monitoring Compliance of International Humanitarian Law", (in) Wolff von Heinegg, Volker Epping (Eds.), **International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipsen**. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2007.
- Driver, Mark C. "The Protection of Cultural Property During Wartime", **Review of European Community & International Environmental Law**, Volume 9, No.1, 2000.
- Drumbl, Mark. "Waging War Against The World: The Need to Move From War Crimes To Environmental Crimes", **Fordham International Law Journal**, Volume 22, 1998–1999.
- Elder, David A. "The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949", **Case Western Reserve Journal of International Law** Vol. 11, 1979.
- Falk, Richard. "The Shimoda Case; A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki", **American Journal of International Law**, Volume 59, 1965.
- Fleck, Dieter. "Friedrich von Martens: A Great Lawyer from Paernu" **Baltic Defence Review**, Volume 2, No.10, 2003.
- Forrest, Craig J. S. "The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts", **California Western International Law Journal**, Volume 37, No 2, 2007.

- Freeland, Steven. "Human Rights, the Environment and Conflict: Addressing Crimes against the Environment", **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, Volume 2, No.2, 2005.
- Garibian, Sévane. "Crime Against Humanity", **Online Encyclopedia of Mass Violence**. <<[<http://www.massviolence.org/Crime-against-Humanity>](http://www.massviolence.org/Crime-against-Humanity)>>
- Gasser, Hans Peter. "A Note from the Editor", **International Review of the Red Cross**, No. 317, 1997.
- Greenwood, Christopher. "Historical Development and Legal Basis" (in) Dieter Fleck (Ed.) **Humanitarian Law in Armed Conflicts**. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- Greenwood, Christopher. "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law", **International Review of the Red Cross**, No. 316, 1997.
- Henckaerts, Jean-Marie. "Towards Better Protection for the Environment in Armed Conflict: Recent Developments in International Humanitarian Law", **Review of European Community & International Environmental Law**, Vol. 9, No. 1, 2000.
- Houchins, Deborah L. "Extending the Application of the ICJ's July 8, 1996, Advisory Opinion to Environment-Altering Weapons in General: What is the Role of International Environmental Law in Warfare?", **Journal of Land, Resources and Environmental Law**, Volume 22, No. 2, 2002.
- Hourcle, Laurent R. "Environmental Law of War", **Vermont Law Review**, Volume 25, Number 3, 2000-2001.
- Huang, Ling-Yee. "The 2006 Israeli-Lebanese Conflict: A Case Study For Protection of The Environment in Times of Armed Conflict", **Florida Journal of International Law**, Volume 20, Number 1, 2008.

Hulme, Karen. "Taking Care to Protect the Environment Against Damage: A Meaningless Obligation?", **International Review of the Red Cross**, Volume 92, Number 879, 2010.

_____. "Armed Conflict, Wanton Ecological Devastation and Scorched Earth Policies: How the 1990–91 Gulf Conflict Revealed the Inadequacies of the Current Laws to Ensure Effective Protection and Preservation of the Natural Environment", **Journal of Armed Conflict Law**, Volume 2 1997.

Jessica C. Lawrence, Kevin Jon Heller "The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime" <<<http://ssrn.com>>>

Kahn, Paul W. "Nuclear Weapons and The Rule Law", **International Law and Politics**, Volume 31, 1999.

Karakehya, Hakan. "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, 2008.

Khan, Daniel-Erasmus. "Eine Erinnerung an Solferino (24 Juni 1859): 150 Jahre Rotkreuzbewegung und Modernes Humanitäres Völkerrecht", **JuristenZeitung**, Vol. 64, No.12, 2009.

Lamm, Vanda. "Protection of Civilian Nuclear Installations in Time of Armed Conflict" **Nuclear Law Bulletin**, Volume 73, 2004.

Leibler, Anthony. "Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law", **California Western International Law Journal** Volume 23, Number 1, 1992–1993.

Maresca, Louis G. "The Prosecutor vs. Tadic: the Appellate Decision of the ICTY and Internal Violations of Humanitarian Law as International Crimes", **Leiden Journal of International Law**, Volume 9, Issue 1, 1996.

- McManus, Keith P. "Civil Liability for Wartime Environmental Damage: Adapting the United Nations Compensation for the Iraq War", **Boston College Environmental Affairs Law Review**, Volume 3, Issue 2, 2006.
- Meray, Seha. "Harbin Andlaşmalara Tesiri", **Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi**, Cilt III, No. 3–4, 1948.
- Meron, Theodor. "The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience", **American Journal of International Law**, Volume 94, 2000.
- Meyer, David A. "The 1954 Hague Cultural Property Convention and its Emergence into Customary International Law", **Boston University International Law Journal**, Volume 11 1993.
- Orellana, Marcos A. "Criminal Punishment for Environmental Damage: Individual and State Responsibility at a Crossroad", **Georgetown International Environmental Law Review**, Volume 17, Issue 4, 2005.
- Pazarcı, Hüseyin. "Uluslararası Hukuka Göre Çevrenin Savaş Sırasında Korunması", **Prof. Dr. Gündüz Ökçün'e Armağan, S.B.F.D.** Cilt 47, Sayı 1–2, 1992.
- _____. "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", **Prof. Dr. Bülent Nuri Esen Armağanı**, Ankara 1977.
- Reichberg, Gregory. Henrik Syse, "Protecting the Natural Environment in Wartime: Ethical Considerations from the Just War Tradition", **Journal of Peace Research**, Vol. 37, no. 4, s. 463 (2000).
- Richards, Erle. "The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration", **Journal of the Society of Comparative Legislation**, New Series Vol.11 No.1, 1910.
- Richards, Peter J. and Michael N. Schmitt. "Mars Meets Mother Nature: Protecting the Environment During Armed Conflict", **Stetson Law Review**, Vol. 28, s.1052, (1999).

- Roscini, Marco. "Protection of Natural Environment in Time of Armed Conflict" (in) L. Doswald-Beck, A. R. Chowdhury, J. H. Bhuiyan (Eds.), **International Humanitarian Law: An Anthology**. I. Bası. Nagpur, India: LexisNexis Butterworths Press, 2009.
- Schindler, Dietrich. "International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation", **Journal of the History of International Law** Vol.5, Number 2, 2003.
- Schmitt, Michael N. "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", **Virginia Journal of International Law**, Volume 5, Number 4, 2010.
- _____. "Humanitarian Law and the Environment", **Denver Journal of International Law and Policy**, Volume 28 2000.
- _____. "War and the Environment: Fault Lines in the Prescriptive Landscape", **Archiv des Völkerrechts**, Volume 37, 1999.
- _____. "The Environmental Law of War: An Invitation to Critical Reexamination", **US Air Force Academy Journal of Legal Studies**, Vol.6, 1995–1996.
- Schwabach, Aaron. "Environmental Damage Resulting from the NATO Military Action Against Yugoslavia", 25 **Columbia Journal of Environmental Law**, 2000.
- Sharp, Peter. "Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court", **Virginia Environmental Law Journal**, Volume 18, 1999.
- Shelton, Dinah. "Environmental Rights", (in) Philip Alston (Ed.), **People's Rights**. Oxford University Press, 2005.
- Soygüt, Mualla Buket. "Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesi Çerçevesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları", **Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayını Sayı: 5, 2007.

- Szalai, Aniko. "Hungarian Experiences Regarding the Effect of World Wars on International Treaties", **Acta Societatis Martensis**, Volume 3, 2007/2008.
- Taşdemir, Hakan. Ruhsar Müderrisoğlu, Hicran Tülüce. "12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol (I. Ek Protokol)", **Kamu-İş**, Cilt 7, Sayı 2, 2003.
- Topal, Ahmet Hamdi. "Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl:29, Sayı 1–2, 2009.
- Uzun, Elif. "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 3 Sayı 2, s. 26 (2003).
- Van Baarda, Th. A. "Moral Ambiguities Underlying The Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics", **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 11, 2008.
- Vité, Sylvain. "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations", **International Review of the Red Cross**, Volume 91 Number 873, 2009.
- Vöneky, Silja. "A New Shield for the Environment: Peacetime Treaties as Legal Restraints of Wartime Damage", **RECIEL**, Volume 9, Number 1, 2000.
- Vrdoljak, Ana Filipa. **Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law**. (<http://ssrn.com>)
- Weinstein, Tara. "Prosecuting Attacks that Destroy the Environment; Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?", **Georgetown International Environmental Law Review**, Volume 17, 2004–2005.

Wolfrum, Rüdiger. “Purposes and Principles of International Environmental Law”,
German Yearbook of International Law, Volume 33, 1990.

Yamada, Takuhei. “State of Necessity in International Law, A Study of International
Judicial Cases”, 34 **Kobe Gakuin Hogaku (The Law and Politics Review)**
(2005).

Diğer Kaynaklar

Institute of International Law. **Annuaire**. Volume 61. II, 1986.

International Law Commission, **The Effect of Armed Conflict on Treaties: An
Examination of Practice and Doctrine**, Memorandum by the Secretariat,
A/CN.4/550, 57th Session 2005.

Israel Ministry of Foreign Affairs, Responding to Hizbollah Attacks from Lebanon;
Issues of Proportionality. Legal Background 25 June, 2006.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, **International
Court of Justice Reports**, 1996.

Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua. (Nicaragua v. Unites
States of America), Merits, Judgment, **International Court of Justice Reports**,
1986.

Permanent Court of Arbitration, The North Atlantic Coast Fisheries Case, Great Britain
v. United States of America, [http://www.pca-
cpa.org/upload/files/North%20Atlantic%20AWARD%20ONLY.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/North%20Atlantic%20AWARD%20ONLY.pdf) .

The LAFICO and the Republic of Burundi Case, **I.L.R.** Volume 96, 1994.

U.S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case, **International Legal Materials**,
Volume19, 1980.