

PAPER DETAILS

TITLE: Düşmanlıkların Yürütülmesinde Orantılilik İlkesi: Teorik Ve Pratik Zorluklar

AUTHORS: Adem Özer

PAGES: 271-284

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3399932>

Düşmanlıkların Yürütülmesinde Orantılılık İlkesi: Teorik ve Pratik Zorluklar

Adem Özer¹

Araştırma Makalesi

Öz

Düşmanlıkların yürütülmesi esnasında sivil kayıpların ve sivil nesnelere verilen zararın azaltılmasının alternatif yollarını arayan devletler, silahlı çatışma esnasında uluslararası silahlı çatışma hukuku olarak da bilinen uluslararası insancıl hukuk kurallarının ehemmiyetine özel bir önem atfetmektedirler. Orantılılık ilkesi ise uluslararası insancıl hukuk ile askeri hukukun birleştiği noktayı temsil etmektedir. Hedefleme döngüsü esnasında orantılılık ilkesine ilişkin hukuki analiz, saldırıdan elde edilmesi beklenen askeri avantaj ile beklenen ikincil zararın karşılaştırılmasını sağlamaktadır. Ancak askeri avantaj ile ikincil hasarın ölçülmesi ve karşılaştırılmasının zor ve tartışmalı olduğu hem teorik hem de pratik uygulamalarda kendisini göstermektedir. Bu bağlamda söz konusu zorlukların ele alınması ve analiz edilmesi çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası İnsancıl Hukuk, Orantılılık İlkesi, İkincil Zarar, Askeri Fayda, Aşırılık

Makale Hakkında

Gönderim Tarihi
11.09.2023
Kabul Tarihi
20.09.2023

The Principle of Proportionality in the Conduct of Hostilities: Theoretical and Practical Challenges

Abstract

States are seeking alternative ways to reduce civilian casualties and damage to civilian objects during the conduct of hostilities and attaching special importance to international humanitarian law, also known as international law of armed conflict. The principle of proportionality represents the point where international humanitarian law and military law meet. Legal analysis of the proportionality principle during the targeting cycle provides a comparison of the expected military advantage from the attack with the expected collateral damage. However, it is difficult and controversial to measure and compare military advantage with collateral damage, which shows itself in both theoretical and practical applications. In this context, addressing and analyzing these difficulties constitutes the main purpose of the study.

Keywords

International Humanitarian Law, Principle of Proportionality, Collateral Damage, Military Advantage, Excessiveness

Article Info

Received
11.09.2023
Accepted
20.09.2023

¹ Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, ademmozerr@gmail.com & adem.ozer@hbu.edu.tr, 0000-0002-6443-1032.

Giriş

Savaşların doğasındaki yıkım, günümüzde şekil ve boyut değiştirerek artmaktadır. Bilhassa silahlı çatışmaların yoğun olarak meydana geldiği bölgelerdeki askerî harekâtlar, sivil can kayıplarına ve sivil nesnelerin tahrip edilmesine ve yok edilmesine neden olmaktadır. Sivilleri ve sivil nesneleri korumak için silahlı kuvvetlerin, düşmanlıkların yürütülmesine ilişkin uluslararası silahlı çatışma hukuku olarak da bilinen uluslararası insancıl hukuk ilke ve kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Bu insicamda, askeri gereklilik ve insani mülahazalar arasındaki dengenin bir tezahürü olarak da zikredilen orantılılık ilkesi, hem uluslararası nitelikte olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normudur; hem de uluslararası insancıl hukukun temel bir ilkesi olmakla birlikte, uluslararası hukukun temel bir kaynağıdır (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 49). Orantılılık ilkesine atfedilen bu hususiyet ise, söz konusu ilkenin uluslararası hukuktaki boşlukları doldurmaya yönelik bir araç ya da uluslararası hukukun diğer kurallarını yorumlamanın veya hukukî muhakemeyi desteklemenin bir aracı olmasından ve uluslararası hukuk sisteminin temeli veya onun sistematik karakterini güçlendirmenin bir enstrümanı olmasından kaynaklanmaktadır (Maroonian, 2022).

Beklenen ikincil zararın, beklenen askerî avantaja göre, aşırı olmamasını gerektirerek düşmanlıkların yürütülmesi esnasında sivillerin ve sivil nesnelerin korunmasına ilişkin temel bir kural olarak beliren orantılılık ilkesi (Pomson, 2021), 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokollerde düzenlenmiş olsa da söz konusu ilkeye ilişkin hükme, zımnen rastlanmaktadır. Bu nedenle, hükmün orantılılığa bağlılığının gerçekleşmesi dört kriterden (biri temel, üçü yardımcı kriter) birinin vücut bulması ile mümkündür: Bunlardan *ilki ve temel olanı*, uluslararası insancıl hukuk kurallarında yer alan yükümlülüğün niteliği ile ilgilidir; diğer bir ifadeyle, bir hükmün davranış yükümlülüğü içermesi durumunda söz konusu ilke kendiliğinden uygulanmaktadır; *ikincisi*, yeterli, aşırı, gerekli ve zorunlu gibi bazı kavramlar, orantılılığın uygulanmasını dolaylı yoldan ima etmektedir; *üçüncüsü*, bazen hüküm, bağlama bağlı olarak uygulanmasını belirtmektedir; *dördüncüsü* ise uluslararası hukukun muhtelif alanlarında –insan hakları hukuku gibi- bir kuralın istisnası veya derogasyonu olduğunda, orantılılık bir koşul olarak devreye girmektedir (Maroonian, 2023). Ancak orantılılık ilkesinin anlaşılması teorik kapsamda sunulan çerçevenin aksine farklı denge ve dinamiklerin test ve tespit edilmesini gerektirmektedir. Bir yandan askerî harekâtın amaçlanan hedefi siviller değil, düşman güçleridir. Düşmanlıklara katılanlar, sivillere ve sivil nesnelere zarar verileceğine ilişkin bilgi sahibi olsa bile, ikincil zararların olası harekâtın sağlayacağı askerî avantaja göre aşırı olmaması halinde, askerî harekât sürdürülebilmektedir. Öte yandan da meşru bir hedefe harekât düzenlendiğinde ve harekâtın sivillere aşırı zarar vereceği durumlarda, askerî harekât sınırlandırılmakta ve askerî avantajdan vazgeçilmektedir. Bu nedenle, her iki durumda orantılılık ilkesinin nasıl dengeleneceğini tam olarak belirlemek hem normatif açıdan hem de uygulama açısından son derece karmaşık bir hal almakta ve haklar ile çıkarların dengelenmesi silahlı çatışmaların doğasından kaynaklanan belirsizlik ile olanaksız hale gelmektedir (Cohen, 2010: 8-10). Bütün belirsizliğe rağmen, düşmanlıklara katılan taraflar, orantılılık ilkesine uymak ve mümkün olan her türlü önlemi almak zorundadır (Gillard, 2018: 3)

İnsan yaşamına ve onuruna atfedilen değer, askeri avantajlar karşısında değerlendirilmesi zordur. Bu çerçevede orantılılık ilkesi, modern silahlı çatışma hukukunun kutsal üçlüsünün yani ayırım gözetme ilkesi ve askerî gereklilik ilkeleriyle bir parçasını oluşturan ahlaki ve hukuki bir norm olarak ortaya çıkmaktadır (Kilcup, 2016: 247). Ancak söz konusu zorluk aşılrsa dahi, sivil hedefleri etkileyen saldırılarla ilgili olarak orantılılık ilkesinin uygulanmasına ilişkin teorik ve pratik zorluklar mevcudiyetini sürdürmektedir. Söz konusu zorlukların ele alınması ve tetkik edilmesi çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle, orantılılık ilkesinin tarihsel süreç içerisindeki değişimi ve dönüşümü ele alınacak ve ilgili ilkenin karakteristik unsurları üzerinde ayrıntılı bir tartışma yapılacaktır. Akabinde ise devlet uygulamalarında ve yargı kararlarında orantılılık ilkesinin pratikte nasıl ele alındığı örnekler dâhilinde incelenecektir.

1. Orantılılık İlkesinin Tarihsel Değişim ve Dönüşümü

Tarihsel referanslar, silahlı çatışma hukukunun karakteristik bir yapısı olarak askeri gereklilik ve ayırım gözetme ilkelerinin yansısı orantılılık ilkesinin zuhur ettiği spesifik tarihi belirlemede farklılık göstermektedir. Ancak, orantılılık ilkesinin tarihsel değişim ve dönüşümünün anlaşılması, ilkenin normatif yönünün tespit edilmesinde ve devlet uygulamalarında nasıl karşılık bulduğunun belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Tıpkı St. Petersburg Deklarasyonu'nda vurgulandığı üzere,

savaşta tek meşru amaç düşmanın askerî güçlerini zayıflatmak ve düşmanı, mümkün olan en az sayıda kişi kaybıyla ve maddi hasarla teslim olmaya zorlamaktır. Bu vurgu üzerinden orantılılık ilkesi, savaşan tarafların takdir yetkisini sınırlandırmak için hususi geliştirilmiş bir refleks olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, sivillere yönelik kayıpların ve sivil nesnelere yönelik hasarların önlenmesine ilişkin modern orantılılık nosyonu James Kilcup’a göre, yeni bir tarihe sahiptir ve günümüzde kabul edilen modern orantılılık ilkesinin normatif çerçevesi, 1970’lerde ortaya çıkmıştır (Kilcup, 2016: 250). Nitekim savaş yöntemi olarak yüksek irtifa bombardımanın silahlı çatışmalarda kullanılmasıyla sivillerin ve sivil nesnelerin silahlı çatışmalarda doğrudan askerî hedef haline gelmesi, ilkenin tarihsel koşullara yanıt olarak formüle edilmesine olanak tanımıştır.

Bir askerî harekâtta kaynaklanan kayıpların, beklenen askerî avantaja göre, aşırı olmamasını gerektiren orantılılık ilkesini spesifik olarak ilk düzenleyen sözleşme, 1977 tarihli I Numaralı Ek Protokol’dür (UK Military of Defence, 2004: 25). Keza, saldırıda orantılılık ilkesi, I Numaralı Ek Protokol Madde 51(5)(b) ve Madde 57(2)(b)’de yinelenmiştir:

“Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askerî avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilebilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızî şekilde sebep olması beklenilecek saldırılar.” (I Numaralı Ek Protokol, 1977, Madde 51(5)(b))

“Bir saldırı, hedefin beklenen somut ve doğrudan askerî avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilebilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızî şekilde sebep olması beklenilecek saldırılara karar vermekten kaçınılmalıdır.” (I Numaralı Ek Protokol, 1977, Madde 57(2)(b))

İlgili maddelerde ilkenin içeriği, sivillere ve sivil nesnelere yönelik saldırıları yasaklamaktadır (International Law Association Study Group, 2017: 351). Ayrıca askeri hedeflere olan saldırılar, eğer beklenen doğrudan askeri avantaja göre, aşırı derecede can ve mal kaybına neden olacaksa ilgili maddeler dâhilinde saldırıların yasaklanması gerektirmektedir (Thürer, 2011: 14). Orantılılık ilkesi elzem olan zihinsel işlem, koşulların bütünlüğü içinde ölçülmesi gereken karmaşık, değere dayalı ve duruma göre karar almayı içermektedir (Geiß, 2015: 14). Şayet orantılılık ilkesine aykırı bir durum söz konusu olursa, askerî karar alıcı saldırıları iptal etmeli veya askıya almalı ya da yeniden planlamalıdır (UK Military of Defence, 2004: 25).

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü Madde 8(2)(b)(iv) *“beklenen somut ve doğrudan askerî –genel- avantajlara kıyasla açıkça aşırı olacak şekilde sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelerin zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması(...)* (Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 8(2)(b)(iv))” ifadesiyle orantılılık ilkesine yer vermiş, bu ilkenin ihlali ise *“savaş suçu”* olarak değerlendirilmiştir (Gisel, 2018: 8). Diğer bir ifadeyle, sivil kayıplarla sonuçlanan saldırılar kendi başlarına savaş suçu oluşturmamaktadır; ancak, gerekli olanın ötesinde gerçekleştirilen saldırılar, sivillerin açıkça hayatına ve sivil nesnelerin yıkımına neden oluyorsa orantılılık ilkesi ihlal edilebilmekte ve söz konusu eylemler ise savaş suçlarına sebebiyet verebilmektedir (Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, 1987: 685; Vogel, 2011: 124). Bu minvalde orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi neticesinde devletlerin sorumluluğu ve askerî komutanlar/karar alıcılar için de bireysel cezaî sorumluluk gündeme gelmektedir (Kilcup, 2016: 249).

Hem I Numaralı Ek Protokol hem de UCM Roma Statüsü’nde orantılılık ilkesine ilişkin yapılan tanımlar yapısal olarak benzer olsa da, Roma Statüsü’nün şartları i) niyet ve bilgi gereklilikleri yoluyla daha yüksek bir eşik değeri yaratmakta; ii) *“somut ve doğrudan”* -genel bir- askerî avantaj bağlamında sivillerin yaralanma veya zarar derecesini ölçmekte ve iii) *“genel”* teriminin kasıtlı olarak dâhil edilmesiyle orantılılık hesaplamalarında daha fazla esneklik sağlanmaktadır (Kilcup, 2016: 254).

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), 1996 tarihli Nükleer Silahların Kullanımına İlişkin İstişarî Görüşü’nde, askeri hedeflere ulaşmak için elzem olandan daha büyük bir yıkım ve zayiata neden olan silahların kullanılmasının yasak olduğu vurgulanmış ve orantılılık ilkesinin teamül hukukundan kaynaklandığını, dolayısıyla sözleşmelere devletlerin taraf olup olmadığına bakılmaksızın ilkenin bütün

tarafarla eşit bir şekilde uygulanacağı ve bağlayıcı bir kural olduğu belirtilmiştir (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996: 35, prg. 78, 79). UAD'nin İstisari Görüşü'ne paralel olarak Enzo Cannizzaro, belirli bir durumda davranışı öngören belirli bir kuralın bulunmaması, her zaman tarafların istediklerini yapma özgürlüğüne sahip oldukları anlamına gelmediğini, tehdit tutarlılığının ve hatta nükleer silah kullanımının değerlendirilemeyeceğini, her özel durumun ancak somut durumların ışığında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Cannizzaro, 2006: 786).

Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı tarafından hazırlanan “*Uluslararası İnsancıl Teamül(Örf-Adet) Hukuku*” adlı çalışmada Kural 14'te “*Beklenen doğrudan ve somut askerî avantaja göre, sivil halk arasında aşırı düzeyde yaşam kaybına, yaralanmaya, sivil malların zarar görmesine ya da bunların hepsine birden neden olabilecek saldırılarda bulunmak yasaktır*” (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 49) açıklamasıyla orantılılık ilkesine yer verilmiştir. Orantılılık ilkesi, askerî hedeflere saldırıldığında geçerlidir -askerî gereklilik olan yıkımı yasaklamaz veya siviller veya sivil nesnelerin yokluğunda düşman askerî kuvvetlerinin angajman derecesini sınırlamaz- (Field Manual 3-24 MCWP 3-33.5, 2014: prg. 13.27), öte yandan saldırılardan kaynaklanan beklenen can kaybı ve mülke verilen zararın, kazanılması beklenen somut ve doğrudan askerî avantajla ilgili olarak aşırı olmaması gerekmektedir (Kolb ve Hyde, 2008: 48). Bu yönüyle orantılılık ilkesi bağlamında sivil kişilerin ve sivil nesnelerin askerî bir amaca yönelik bir saldırıdan tesadüfen etkilenebileceği kabul edilmektedir; dolayısıyla, bir saldırının hukuka uygun olabilmesi için askerî komutan ölüm, yaralanma ve hasarın “*beklenen somut ve doğrudan askerî avantajla ilgili olarak aşırı olmadığını*” belirlemelidir (Jensen, 2013: 205).

Ulusal, stratejik ve taktik düzeyde karar vericiler tarafından uygulanan orantılılık ilkesi, sonuçtan ziyade süreç odaklıdır. Öte yandan, orantılılık ilkesi, devam eden kümülatif bir temelden yoksundur; bu nedenle ilke, belirli bir saldırıya göre hesaplanmalıdır (Dinstein, 2004: 123). Bu çerçevede, askerî bir harekâtın orantılılığı belirlenirken genel resmin tamamına ve bağlama büyük önem verilmelidir, diğer bir ifadeyle saldırıdaki orantılılık, duruma göre ve her olay için ayrı ayrı ele alınan ve doğası gereği öznel bir tespittir (Boogaard, 2015: 261). Dolayısıyla, sivillere ve sivil nesnelere yönelik olası ikincil zararın ne olacağına ilişkin değerlendirme, fiili saldırı başlatılmadan önce tanımlanmalıdır (Gunawan et al., 2019: 358).

Askerî operasyonları planlarken mümkün olan tüm önlemleri almaları beklenen askerî karar alıcılar, operasyonların sivil nüfus için oluşturabileceği riski ölçebilmek için o esnada mevcut olan bilgilere bağlı kalmalıdır. Bu nedenle orantılılık, askerî karar alıcıların ve komutanların, bir saldırının istenmeyen ikincil zararlarına karşı, söz konusu saldırının meşru yıkıcı etkisini tartmaları gereken bir dayanak noktası olarak görülmelidir (Field Manual 3-24 MCWP 3-33.5, 2014: prg. 13.26). Öte yandan, hukukî çerçeve, askerî karar alıcılar için birtakım prosedürleri zorunlu kılmaktadır. Söz konusu prosedürler, saldırıların yalnızca meşru hedeflere yönlendirilmesini ve saldırının askerî bir hedefe planlı olarak gerçekleştirilmesini öncelemektedir (Crowe ve Scheuber, 2013: 56). Başka bir ifadeyle, söz konusu prosedür, ayırım gözetme ilkesiyle “*hangi şeylere saldırılabileceği*”, orantılılık ilkesiyle de “*hangi şeylere nasıl saldırılabileceği*” ile ilgilidir (Chengeta, 2016: 111). Böylelikle orantılılık ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecek, ancak orantılılık ilkesinin “*bir tür tartışma ve ihtilaflı çağrıştıran*” (Watkin, 2005: 4) bir kavram olduğu; nicel unsurlar ile nitel unsurlar arasında yani, “*ölçülebilen sivil kayıplar ile ölçülemeyen askerî avantajlar farklı olduğunda makul ölçüde mutlak bir denge kurulamayacağı*” (Fenrick, 1982: 91) ve belirli bir eylem tarzından beklenen askerî avantajlar ile sivillere ve sivil nesnelere, bundan kaynaklı zararlar arasında “*denge kurmanın korkunç ve imkânsız olduğu*” (Amoroso et al., 2018: 14) da muhtelif kesimlerce öne sürülmektedir. Söz konusu iddiaların arka planının ele alınması ise orantılılık ilkesinin karakteristik unsurlarının detaylandırılması ile mümkündür.

2. Orantılılık İlkesinin Karakteristik Unsurları ve Kavramsal Tartışmalar: İkincil Zarar, Askerî Avantaj ve Aşırılık

Orantılılık ilkesinin düşmanlıkların yürütülmesinde uygulanabilir olması, ilkenin karakteristik unsurlarının ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını elzem kılmaktadır. Ancak bu hususa ilişkin akademik çevreler arasında çeşitli tartışmalar ve iddialar söz konusu olmaktadır: Daniel Thürer, çeşitli hukuk dallarında –bilhassa anayasa hukukundaki temel haklar ve uluslararası insan hakları- kullanılan araç ve metotlar aracılığıyla, orantılılık ilkesinin yapılandırılmasını önemsemekte ve üç aşamalı bir test önermektedir (Thürer, 2011: 75):

- *Birinci aşamada*, söz konusu askerî harekât, askerî gerekliliği temsil eden bir hedefe ulaşmak için yeterli ve makul bir araç olmalıdır;
- *İkinci aşamada*, askerî harekât sırasında meydana gelen ikincil zarar aşırı olmamalıdır;
- *Üçüncü aşamada* ise orantılılık ilkesi, askerî gereklilik ve insanî mülahazalar arasında bir denge oluşturmalıdır (Thürer, 2011: 75-76).

Öte yandan Michael N. Schmitt ise orantılılık ilkesinin uygulanabilirliği ve anlaşılmasındaki zorlukların giderilmesinde metnin ayrıştırılmasını ve münferit bir şekilde ele alınmasını gerekli görmektedir:

• Bir saldırının orantılılığının değerlendirilmesi asla nihai sonuçlara dayalı olarak yapılmamalı, bunun yerine, “*beklenen veya tahmin edilen*” gibi kavramlara ilişkin değerlendirme saldırganın saldırı planlarken, karar verirken ya da gerçekleştirirken ikincil zarar ile askerî avantajla ilgili makul beklentilere odaklanmalıdır; ancak, beklenti veyahut tahminlerin beklenenin ötesinde sonuçlar ortaya çıkarabilme potansiyeline sahip olduğu da göz ardı edilmemelidir (Schmitt, 2020: 153);

• Orantılılık ilkesinde vurgulanan beklenen ikincil zarar ile askerî avantajın dengelenmesi gerekliliği, ilkenin yanlış yorumlanmasına ve farklı şekillerde uygulanmasına neden olmaktadır. Böyle bir yorum ve uygulama, ilkenin içeriğindeki bazı gerçekliklerin yadsınmasına neden olmaktadır (Schmitt, 2020: 154). Diğer bir ifadeyle, orantılılık ilkesi gereği olan saldırıdan beklenen ikincil zarar, askeri avantaja göre “*aşırı*” olduğunda, silahlı saldırının yasaklanması veya askıya alınması ya da iptal edilmesi gerçekliği bu nedenle göz ardı edilmektedir;

• Orantılılık ilkesi, saldırı üzerinde bir dereceye kadar kontrol uygulayanlar için geçerlidir; bu durum bilhassa askerî karar alıcılar, saldırıyı planlayanlar ve operasyonu yürüten kişilere kadar uzanmaktadır (Schmitt, 2020: 155).

Orantılılık ilkesinin uygulanabilirliği, diğer bir ifadeyle uygunluk testinin yapılması yukarıdaki ve önceki paragraflarda belirtilen hususiyetlere azamî özen gösterilmesini gerekli kılmakta ve ikincil zarar, askerî avantaj ve aşırı gibi müphem ve tartışmalı olan kavramların tahlil edilmesi, teorik tartışmalar hakkında bir çerçeve sunmaktadır.

2.1. İkincil Zarar (Collateral Damage)

Orantılılık ilkesi, ikincil zarar kavramından da anlaşılabilceği üzere, askerî harekâtların siviller ve sivil nesneler üzerinde oluşturabileceği ikincil etkilerle alakalıdır. Yves Sandoz, Christophe Swinarski ve Bruno Zimmermann’a göre, sivillerin ve sivil nesnelerin maruz kaldığı tehdit/tehlike, sivilleri ya da sivil nesneleri konumlarından (muhtemelen askeri bir hedefin içinde veya yakınında), araziden (toprak kaymaları, seller vb.), hava koşullarından (görüş mesafesi, rüzgâr vb.), kullanılan silahların hedeflenmesinden (yörünge, menzil, kullanılan cephane vb.), ilgili askerî hedeflerin özel niteliğinden (mühimmat depoları, yakıt tankları/depoları, yerleşim alanlarında veya yakınında askerî öneme sahip ana yollar vb.) ve savaşın teknik yetilerinden (amaçlanan hedefe ulaşılamadığında rastgele bomba atılması) kaynaklanmaktadır (Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, 1987: 684, prg. 2212).

Orantılılık ilkesine göre, “*beklenen somut ve doğrudan askerî avantaj*” ile “*sivillerin kaybı, yaralanması ve sivil nesnelere verilen hasar veya bunların kombinasyonunun mukayesesi*” gerekli bir parametredir (Melzer, 2016: 19; Giseler, 2018: 9). Keza, I Numaralı Ek Protokol Madde 51 ve 57’de belirtilen orantılılık ilkesi kapsamında aşırı ikincil zarara neden olabilecek saldırılar yasaklanmıştır. Yasağın lafzı, nesnel bir standardı yansıtmış olmasına rağmen, hangi saldırının bu yasağa gireceğinin belirlenmesi öznel; ancak, bunun askerî karar alıcı tarafından özverili ve iyi niyetli bir şekilde yapılması gerektiği konusunda yaygın bir kanaat vardır (Gardam, 2009: 106). Diğer yandan, I Numaralı Ek Protokol’de sivillerin ölümü, sivillerin yaralanması ve sivil nesnelerin zarar görmesi gibi üç tür zarar kategorize edilmiştir. Dolayısıyla ikincil zarar hem sivillere hem de sivil nesnelere verilen zararı kapsayan bir kavramdır; ancak, birtakım belirsizlikler kavramın anlaşılmasında tartışmalara neden olmaktadır. Söz konusu tartışmalar şu şekilde kategorize edilebilmektedir:

Birincisi, sivillerin yaralanmasına ilişkin ifadede belirtilen yaralanmanın ne olduğuna ilişkin ortak bir tanım yoktur.

Türkçe Sözlükte “*canlı üzerinde beden ve ruh açısından önemli ve kapsamlı incinme ve yaralanma belirtileri bırakan yaşantılar*” (TDK, 2023) olarak tanımlanırken, Oxford Learner’s Dictionaries’te de benzer bir tanım söz konusu iken, esas vurgu “*zarar ve hasar*” kavramları üzerinde yapılmıştır (Oxford Learner’s Dictionaries, 2023). Öte yandan saldırı olarak değerlendirilebilecek bir askerî operasyon için herhangi bir yaralanmanın geçerli olduğuna ilişkin tartışmalarda Tallinn El Kitabı’nda” (...) *yaralanmaya eş değer ciddi bir hastalığı ve ciddi zihinsel ıstırapı*” kapsayacak şekilde genişletmenin makul olduğu iddia edilmektedir (Schmitt et al., 2017: 417, Kural 92). Görüldüğü üzere yaralanmaya ilişkin içeriğin dar kapsamlı mı yoksa geniş kapsamlı mı olacağına ilişkin belirsizlik, farklı değerlendirme ve tartışmalara neden olmaktadır.

İkincisi; I Numaralı Ek Protokol Madde 52(1) uyarınca, askeri hedef olarak nitelendirilmeyen nesneler sivil nesnelerdir.

Sivil amaçlar için kullanılan nesneler, askerî hedefler olarak telakki edildiğinde birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır; zira bunlar aynı anda hem sivil hem de askerî amaçlar –bilhassa şehir ve gerilla savaşlarında- için kullanılabilir. Nesnelerin bu tür kullanımı “*çift kullanımlı nesneler* (dual-use objects)” olarak adlandırılmaktadır. Çift kullanımlı nesnelerden ne 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nde ne de Ek Protokoller’de bahsedilmiştir (Chakrabarty, 2019). Çift kullanımlı nesneler hem sivil hem de askerî işlevlere hizmet etmektedir; örneğin, nehir üzerindeki köprüden, çiftçinin ürettiği ürünleri pazara götürmesi ve aynı zamanda tankın geçmesinde bu köprü’nün kullanılması, nesnenin bu niteliğe sahip olduğunu göstermektedir (Shue ve Wippman, 2022: 562). Hâlihazırda sivil altyapı, askerî amaçlarla kullanılmakla birlikte, sanayileşmiş ülkelerde elektrik üretim istasyonları ve petrol arıtma tesisleri gibi birçok temel altyapı, ekseriyetle hem sivil hem de askeri amacı yerine getirmektedir (Shue ve Wippman, 2022: 562). Bu niteliği haiz nesnelere ilişkin farklı yorumlar ve tartışmalar söz konusu olmuştur: Marc Sassoli, I Numaralı Ek Protokol’ün lafzına göre, saldırının siviller üzerindeki etkisi amaçlanıyorsa, çift kullanımlı bir nesneye saldırı, hukuka aykırıdır; ancak, bu özel kurala uyulmasının savaşın dinamik doğasından dolayı imkânsız olduğu da bir gerçektir (Sassoli, 2003: 7). Henry Shue ve David Wippman ise bir nesnenin doğası, konumu, amacı veya kullanımı nedeniyle askeri bir operasyonda etkili bir katkı ve askeri avantaj sağlıyorsa, o zaman bu nesneler meşru hedef haline gelmektedir; dolayısıyla, sivil nesnelerin sivil hayata katkısına dikkat edilmesine gerek yoktur ve bu durum ise, kuvvet kullanılmasına yol açacaktır (Shue ve Wippman, 2022: 562-563). Bu duruma ilişkin tartışmalar yaygın olsa da literatürde yaygın kullanıma sahip muhteviyat Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı tarafından oluşturulmuştur. Buna göre, çift kullanımlı nesne, askerî bir hedeftir; saldırının, nesnenin sivil kısmı veya bileşeni üzerindeki etkisi veya eş zamanlı kullanımı veya işlevi, orantılılığın değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır (Gisel, 2018: 37-38).

Üçüncüsü; bir saldırının etkilerini ya da ikincil zararı doğrudan ve dolaylı/uzun vadeli sonuçlar olarak kategorize etmek mümkündür.

Yukarıdaki tanımlarda da belirtildiği gibi “*sivil can kaybı, sivillerin yaralanması veya sivil nesnelerin zarar görmesi*” doğrudan ikincil zarar olarak ele alınmaktadır. Doğrudan etkiler, saldırının birinci dereceden sonuçlarıdır ve araya giren olaylar veya mekanizmalar tarafından değiştirilmez/değiştirilemezler (Schmitt et al., 2017: 473, Kural 113). Silahlı çatışma esnasında sivillerde meydana gelen ölüm veya yaralanma, diğer yandan sivil nesnelerde meydana gelen yıkım ya da maddi hasar, bu kategoride ele alınabilmektedir. Yani ikincil zararlar, bir saldırıyı ilk bakışta orantısız hale getirmeyecektir; keza silahlı çatışma hukuku askerî harekâtın bir neticesi olarak bazı sivil kayıpların görülme sıklığını kabul etmektedir (Crawford ve Pert, 2015: 37). Öte yandan, bazen orantılılık analizine dâhil edilecek ikincil zararın, saldırının doğrudan neden olduğu zararın ötesine geçip geçmediği, bazen de dolaylı zarara neden olup olmadığı sorgulanmaktadır. Yoram Dinstein’a göre, orantılılık ilkesi, askerî bir hedefin doğru bir şekilde tanımlanmış olması ve münhasır saldırı hedefi olması, sivillerin ve sivil nesnelerin vurulması olasılığını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü siviller, hedefin içerisinde bulunabilir; siviller, askerî bir hedefin yakınında ikamet edebilir, çalışabilir veya o an oralarda bulunabilir; siviller, teknik bir arıza, olumsuz hava muhalefeti, eksik bilgi, hatalı istihbarat gibi nedenlerle de hedef haline gelebilirler (Dinstein, 2004: 119). Bu türden kayıplar istenmeyen ancak, dolaylı yoldan meşru ikincil zararı oluşturmaktadır. Uluslararası Hukuk Derneği Çalışma Grubu (International Law Association (ILA) Study Group) tarafından hazırlanan raporda “*devletlerin çeşitli askerî el kitapları ve beyanlarından mülhem, uzun vadeli etkilerin, yani fiili saldırıdan çok sonra meydana gelen dolaylı etkilerin, makul olarak öngörülebilir olduğu ölçüde dikkate alınması gerektiği*”

belirtilmiştir (International Law Association Study Group, 2017: 354). Örneğin, su dağıtım tesislerine yapılan bir saldırı neticesinde, sivil nüfusa su dağıtımını gerçekleştirilemiyorsa, saldırının ortaya çıkardığı etkiler netice itibarıyla dolaylıdır. Dolaylı ikincil hasar, sivil nüfus açısından korku, panik, huzursuzluk ve rahatsızlık gibi etkiler içermez; ancak, silahlı çatışma esnasında askeri karar alıcılar, saldırının tüm etkilerini analize dâhil etmeleri gerekmektedir (Schmitt, 2020: 154).

2.2. Askeri Avantaj (Military Advantage)

Orantılılık ilkesinin merkezinde yer alan askeri avantaj kavramının, uluslararası insancıl hukukta tanımı yapılmamıştır (Gisel, 2018: 8). Kavram, orantılılık ilkesinin hem bir bileşeni hem de nesnenin, sivil bir nesne olup olmadığını belirleyen askeri hedef tanımının bir parçasıdır. Kavramın bu yönü, sivil-muharip ve sivil nesne-askeri nesnenin nasıl ve ne şekilde tanımlanması gerektiğine ve çeşitli faktörlere atfedilmesi gereken birçok faktörün değerlendirilmesine olanak tanımaktadır (Boogaard, 2015: 261).

Askerî olan avantajlar, orantılılık ilkesinin amaçlarına uygundur ya da uygun olmalıdır. Askerî avantaj, sadece saldırının doğrudan etkilerinden değil, bir saldırının askeri harekât üzerindeki etkisinden kaynaklanmaktadır. Askerî avantaj, doğası gereği, politik, psikolojik, sosyal, ahlaki ve ekonomik bir avantaj değildir, ayrıca sivil nüfusun moral ve motivasyonu üzerindeki etki de orantılılık anlamına gelmemektedir; dolayısıyla, askeri avantaj mutlak surette “askerî” olmalıdır (International Law Association Study Group, 2017: 363).

Orantılılığa ilişkin değerlendirmeler söz konusu iken, “*somut ve doğrudan*” askeri avantaj dikkate alınmalıdır. Kavramın müphem doğasına rağmen, söz konusu askeri avantaj tanımlanabilir, ayırt edilebilir ve yakın zamanlı olmalıdır. Askeri avantajın “*somut, doğrudan ve askerî*” olma zorunluluğu sınırlandırıcı hüviyete sahip olmakla beraber, çok önemli işlevleri yerine getirmektedir. Buna göre, “*somut*” kavramı, ölçülebilir, diğer bir ifadeyle, gerçek bir etkinin varlığını öngörmekte; “*doğrudan*” kavramı ise nedensellik bağlantısını ifade etmektedir (Schmitt, 2020: 154-155). Somut ve doğrudan kavramlarının kullanımı varsayımsal ve spekülatif bir avantajdan ziyade, somut ve algılanabilir bir avantaj fikrini yansıtmakta ve bir saldırının hukukî açıdan etkileri, askeri avantajın somut ve doğrudan doğası ile ilgilidir (Schmitt et al., 2017: 474, Kural 113; Watkin, 2005: 19, 22). Somut ve doğrudan askeri avantajın değerlendirilmesi, izin verilen ikincil hasar düzeyine etkisini ve bir saldırının orantılılık ilkesini ihlal edip etmediğini, bu nedenle uluslararası insancıl hukuk kural ve ilkeleri kapsamında saldırının yasak olup olmadığını belirlediği için önem taşımaktadır (Gisel, 2018: 9). Şayet, askeri harekât, muhtemel askeri avantajla orantısız ikincil zarara neden oluyorsa ya da belirsiz ise, askeri avantaj ölçülememekte, dolayısıyla söz konusu orantısızlık hedefleme olanağını ortadan kaldırmaktadır (Vincze, 2017: 28). Ayrıca, askeri avantajın değerlendirilmesi, geçerli bir zamansal ve coğrafi sınırlar dahilinde dikkate alınmalı ve saldırıların uzun vadeli kümülatif etkisinin dahil edilmesine izin vermek yerine, askeri avantajın nispeten kısa vadede olması sağlanmalıdır (Gardam, 2009: 102). Hülasa, askeri avantaj değerlendirmesi, o esnada geçerli olan koşullara göre yapılmalıdır.

Avantajın askeri olma şartı, hedeflemeyi düzenleyen hukuki çerçevede en önemli kısıtlayıcı faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Askeri avantaj, silahlı çatışmanın yalnızca izole edilmiş ya da belirli bir bölümünden değil, bir bütün olarak kabul edilen eylemlerden beklenen avantaja ifade etmektedir (Schmitt et al., 2017: 442-443, Kural 100). Genel olarak, askeri avantaj taktik kazançlarla sınırlı değildir; ancak, bir savaş stratejisinin tüm bağlamıyla, diğer bir ifadeyle askeri avantaj, operasyonel ve stratejik etkilerle ilgilidir (Gisel, 2018: 12-13). Kısacası, bir bütün olarak ele alınan saldırı kavramının, tüm savaşa değil, belirli bir operasyona veya bir dizi ilgili operasyona atıfta bulunmaktadır. Bu tür bir saldırı hakkında herhangi bir karar verirken, mevcut bilgiler ışığında, sorumlu askeri komutan tarafından askeri avantaj değerlendirilmelidir (Vincze, 2017: 27). Diğer yandan bir saldırı esnasında askeri karar alıcı tarafından beklenen, askeri avantaj, yalnızca kazanılan bir zeminde ve düşman silahlı kuvvetlerini zayıflatmaktan ya da yok etmekten ibarettir (Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, 1987: 685, prg. 2218).

Askeri avantajla ilgili tartışmaların diğer bir boyutunu da “*bir ordunun kendi kuvvetlerini korumasına*” ilişkin konu oluşturmaktadır. Bir ordunun kendi kuvvetlerini korumaya çalışması meşru olsa dahi, bu doğrultuda gerçekleştirilen hukuka aykırı eylem ve davranışlar kabul edilebilir değildir. Öte yandan askeri harekâta katılanlar, sivillerin korunmasına özen gösterirken, kendileri için bazı risk unsurlarını kabul etmelidir. Bu nedenle, ordunun ya da silahlı kuvvetlerin korunması, orantılılık ilkesine uyulmaması için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Başka bir ifadeyle, düşmanlıklara katılan tarafların,

kendi kuvvetlerini korumasını askeri bir avantaj olarak hesaba katmak, uluslararası insancıl hukukun sivilere ve sivil nesnelere sağladığı korumayı zayıflatmak için bir neden olamaz. Bu durum, silahlı kuvvetlerin korunması hususunu, orantısız bir saldırıyı haklı çıkarmak için kullanılamayacağını ilan etmektedir (Gisel, 2018: 23). Saldıran kuvvetlerin korunması hiçbir zaman orantılılık ilkesinin temeli olmamasına rağmen, gerçekte, saldıran kuvvetlerin güvenliği, saldırı ile elde edilebilecek avantaja dâhildir (Boogaard, 2015: 274).

2.3. Aşırılık (Excessiveness)

Meşru ile meşru olmayan bir saldırı arasında farkı belirlemek için orantılılık ilkesi bağlamında kodlanan kavram “aşırılık”dır. Askeri karar alıcının değerlendirmeleri kapsamında aşırılığın kategorize edilmesi, askeri karar alıcıya mutlak bir takdir yetkisi bıraksa da bu durum objektif bir standarttır (Crotofof, 2015). Orantılılık ilkesi, operasyonel gerçeklikleri bünyesinde barındırmakta ve kurallara riayeti belirli bir karar yelpazesinde izin vermektedir. Aynı zamanda askeri karar alıcı tarafından beklenen ikincil zararları aşırı olacak şekilde değerlendirme potansiyeli, ilkeye ilişkin objektif sınırların belirlenmesinde etkili olmaktadır (International Law Association Study Group, 2017: 369). Neyin aşırı ikincil zarar olduğuna dair askeri karar alıcı tarafından karar vermek, orantılılık ilkesi kapsamında en az değinilmiş ve ele alınmış bir kavram olarak ortaya çıksa da söz konusu olabilecek karar, belirleyici bir aktör olarak askeri komutanlar tarafından talep edilmekte ve uygulanmaktadır. Bu bağlamda, hedef doğrulama bir süreçtir, saldırı esnasında hedef askeri değilse ya da koşullar değişmişse ve aşırı ikincil zarar tespit edilmişse askeri komutan, saldırıyı ya askıya almalı ya da iptal etmelidir.

Uluslararası insancıl hukukta “aşırılık” kavramının kabul edilmiş bir tanımı yoktur; ancak, mutlak bir matematiksel karşılaştırma içermediği de aşıkardır (Schmitt et al., 2017: 473, Kural 113). Bu nedenle, uluslararası insancıl hukuk kapsamında orantılılık ilkesi değerlendirilirken, nicel ve nitel faktörler “aşırılığın” belirlenmesi noktasında önemli rol oynamaktadır (International Law Association Study Group, 2017: 368). Ancak aşırı kavramına ilişkin literatürde yapılan referanslar, yanlış nitelendirmelerden kaynaklanmaktadır; yani orantılılık ilkesi çerçevesinde ele alınmak istenen ikincil zararın derecesi değildir, daha ziyade ikincil zarar ile askeri avantaj arasındaki ilişkidir (Schmitt, 2020:154). Diğer yandan unutulmamalıdır ki, sivil ve sivil nesnelere dönük ağır sonuçların olması silahlı çatışmalarda bazen kaçınılmazdır; ancak, bu durum beklenen askeri avantajın çok yüksek olduğu zamanlarda söz konusu olabilmektedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, 1996 tarihli Nükleer Silahların Kullanımına İlişkin İstisnâ Görüşü’nde “(...) bir bütün olarak ele alınan uluslararası hukukun mevcut durumu ve emrindeki olgunun unsurları göz önünde bulundurulduğunda Divan, hayatta kalmanın tehlikede olduğu bir durumda, bir devlet tarafından nükleer silahların kullanımının hukuka aykırı olup olmayacağı konusunda kesin bir sonuca varamadığını” bildirmiştir (ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996: 35, prg. 96, 97).

Orantılılık ilkesine ilişkin kavramsal tercihler belirli tartışmaların ürünü olarak özellikle I Numaralı Ek Protokol müzakereleri sırasında kendisini göstermiştir: “Aşırılık” kavramı tercih edilerek, “orantısız (disproportion)” ifadesinin öznelliği bertaraf edilmeye çalışılmış; ancak, aşırı kavramı “gereğinden fazla” anlamına geldiği için öznellik sorunun çözülüp çözülmediği ise pek açık değildir (Watkin, 2005: 8). Aşırı kavramı, I Numaralı Ek Protokol Madde 51 ve 57’de yinelenmiş, UCM Roma Statüsü’nün bir savaş suçu standardı olarak orantılılık kuralının ifade edilmesinde aşırı kavramına “açıkça (clearly)” sıfatını eklemesi, ilgili kuralın beklenen somut ve doğrudan askeri avantajla ilgili olarak aşırı derecede ikincil zarara neden olması beklenebilecek saldırıları yasaklar yorumunu yansıtmaktadır (Schmitt, 2006: 293). Öte yandan, “aşırılık” kavramı “kapsamlı (extensive)” kavramı ile karşılaştırılmaktadır; bunun nedeni ise kavrama ilişkin yanlış imalardan kaynaklanmaktadır (Dinstein, 2004: 121).

Önceki paragraflarda yer alan tartışmalar gösteriyor ki neyin “aşırı ikincil zarar” anlamına geldiğini belirlemek basit bir analiz olmadığı gibi böyle bir belirlemede izlenecek sistematik de net değildir. Bu hususta belirleyici olan dinamik, askeri karar alıcının aşırılığı değerlendirirken temel aldığı parametrelerdir. Ancak aşırılığın belirlenmesinde nitel ve nicel unsurların değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu noktada sübjektif değerlendirme ve yorumların ortaya çıkma olasılığı, askeri karar alıcılar tarafından iyi niyet ve sağduyu aracılığıyla aşılabilecek ve objektif bir yaklaşım söz konusu olabilecektir (Sandoz, Swinarski ve Zimmermann, 1987: 683-684, prg. 2208; Gisel, 2018: 52-53).

3. Orantılılık İlkesinin Uygulanmasındaki Zorluklar: Devlet Pratikleri ve Yargı Kararları

Orantılılık ilkesi, düşmanlıkların yürütülmesine ilişkin tüm kurallar arasında en belirsiz ve hem yorumlama hem de uygulama açısından uluslararası insancıl hukukun en karmaşık ve yanlış anlaşılan ilkelerinden biridir (Boogaard, 2015: 260). Başka bir ifadeyle, orantılılık ilkesi, sivil kaybın beklenen askeri avantajla bağlantılı olarak aşırı olmayacağına dair hızla değişen koşullarda, durum bazında niteliksel bir yargı gerektiriyor olmasından, uluslararası insancıl hukuk kapsamında yorumlanması ve uygulanması en muğlak olanlar ilkelerden biridir (ICRC, 2014: 82). Bu nedenle orantılılık ilkesinin uygulanması, bir saldırının hukukiliğine ilişkin değerlendirmede farklı komplikasyonlar içermektedir (Schmitt, 2020: 153). Orantılılık ilkesinin uygulanmasındaki söz konusu komplikasyonlar, ilkenin muhteviyatından ziyade, ölçülebilir olmayan faktörlerin değerlendirilmesinde ve karşılaştırılmasında yatmaktadır (Dost, 2018: 366).

Uluslararası insancıl hukukun temel bir normu olma statüsüne rağmen orantılılık ilkesi, farklı sözleşmelerde kodlanmış ve formüle edilmiş olsa da bu ilkenin geçerliliği reddedilmeksizin muhtelif eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu eleştiriler ise, ilkenin uygulanabilirliğine ilişkindir. Önceki paragraflarda belirtilen hususiyetlerin yanı sıra “*beklenen, askeri avantaj ve aşırı*” gibi anahtar kavramların tanımları yapılmamıştır (Henderson ve Reece, 2018: 837) ve bu kavramlar, sürecin doğası gereği öznel ve kesin olmayan tartışmalı kavramlardır (Gardam, 2009: 98-99). Bu koşullarda, bu kavramların içeriğinin tahlili ve tasnifi çok zor bir standart olarak ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, bütüncül bir değerlendirme yapmanın önünde önemli bir engel teşkil eden bu müphemlik, ilkenin farklı mülahazaları ele alan zihinsel bir süreç olduğu gerçeğinin ve mutlaklık ve objektiflik boyutunun reddi anlamına gelmektedir; bu durum ise, ilkenin subjektivitesine dair öğeleri ön plana çıkarmaktadır (Dinstein, 2004: 122). Benzer yaklaşıma sahip olan Michael N. Schmitt, askeri avantajın değerini, ikincil zarar ve tesadüfi yaralanmayla objektif olarak değerlendirmenin imkânsız olduğunu vurgularken, bu zorlukların i) değerlendirmenin doğasından kaynaklı zorluktan, ii) yasaklayıcı standardın, ikincil zarar ve tesadüfi yaralanmadan ziyade kapsamlı tanımlanmasından, iii) “*somut ve doğrudan*” askeri avantaj kriterinin müphemliğinden ve iv) “*aşırılık*” kavramından kaynaklandığını iddia etmektedir (Schmitt, 2006: 294). Ayrıca Schmitt, silahlı çatışmalarda aşırılığa odaklanmanın ikincil zarar, tesadüfi yaralanma ve askeri avantajın kesin olarak ölçülebileceği şeklindeki hukukî kurguyu önlediği ve nihayetinde temel meselenin o esnada geçerli koşullar ışığında uygunluk olduğunu vurgulamaktadır (Schmitt, 2006: 294-295). Öte yandan Laurent Gisel ise orantılılık ilkesinin genel terimlerle ifade edildiğini ve bu nedenle, ilkeyi belirli koşullar kümesine uygulamanın zor olduğunu, bunun ise nicelikler ile değerler arasında karşılaştırmanın meşakkatli olmasından kaynaklandığını ileri sürmektedir (Gisel, 2018: 8). Gisel ek olarak, askeri karar alıcılar tarafından ilkenin uygulanmasının büyük ölçüde değişebileceğini ve ilkenin kesinlikten yoksun olduğunu da yadsımamaktadır (Gisel, 2018: 8-9). Hedef tamamen askeri ise orantılılık ilkesinin gerekli olmadığını vurgulayan Vivek Sehrawat, ilkenin uygulanmasından kaynaklı zorlukların minimize edilmesi için tüm seçeneklerin göz önünde bulundurulmasını, yani hedefleme kararları verilirken hedefin tespit edilmesini, doğrulanmasını, zamanlamasını, kullanılan savaş araç ve yöntemlerinin seçilmesini ve sivillere uyarı yapılmasını gerekli görmektedir (Sehrawat, 2017: 8).

Orantılılık ilkesinin normatif düzenden kaynaklı birtakım zorluklarına önceki paragraflarda değinilmişti. Ancak bu zorlukları teorik olmanın ötesinde devlet uygulamalarında ve yargı kararlarında da müşahade etmek mümkündür:

NATO tarafından Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin bombalamasına ilişkin oluşturulan Komite'nin hazırlamış olduğu nihaî raporda, orantılılık ilkesiyle alakalı tespitler dikkat çekicidir: “*Orantılılık ilkesiyle ilgili temel sorunsal, orantılılığın var olup olmadığı değil, orantılılığın ne anlama geldiği ve nasıl uygulanacağıyla ilgilidir. Meşru yıkıcı etki ile istenmeyen ikincil zararlar arasında kabul edilebilir bir ilişki olması gerektiğini söylemek nispeten basittir. (...) Orantılılık ilkesini genel terimlerle formüle etmek, orantılılığı belirli koşullar bağlamında uygulamaktan çok daha kolaydır. Zira karşılaştırma ekseriyetle nicel veriler ve değerler arasında farklılık göstermektedir. Sivil bir insan hayatının değeri, bir askeri hedefi ele geçirmekten daha kolay değerlendirilemez* (NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2000: prg. 48)”. Ayrıca ilgili kararda orantılılık ilkesinin uygulanmasına karar verildiğinde belirsiz/çözünsüz kalan birtakım soruların belirdiğini Komite göz ardı etmemektedir. Buna göre; i) kazanılan askeri avantaj ve muharip olmayanların yaralanması ve/veya sivil nesnelerin zarar görmesi için verilecek göreceli değerler nelerdir? ii)

Maliyetlerin toplamına ne dâhil edip ne hariç tutulacaktır? iii) Zaman ve mekândaki ölçüm standardı nedir? iv) Bir askeri karar alıcı, sivil ve/veya sivil nesnelere verilen zararı sınırlamak için kendi kuvvetlerini tehlikeye atmakla/maruz bırakmakla ne ölçüde sorumludur? (NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2000: prg. 49). Komite, yukarıda zikredilen sorulara verilecek yanıtların zorluğuna değinerek, bu zorlukların duruma göre, çözülmesi gerektiği, cevapların ise askeri karar alıcının geçmişine ve değerlerine bağlı olarak farklılık gösterebileceği tespitinde bulunmuştur (NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2000: prg. 59). Dolayısıyla, farklı doktrinel geçmişe ve farklı derecelerde savaş deneyimine veya ulusal askeri geçmişe sahip askeri karar alıcılar, her durum ve koşulda aynı fikirde olmaları ihtimal dâhilinde değildir. Ancak, göreceli değerlerin belirlenmesi, makul askeri komutanın varlığıyla mümkün olabilecektir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi “Prosecutor v. Galić” Davası’nda Yargılama Dairesi “(...) ayırım gözetme ilkesinin pratik uygulaması, bir saldırıyı planlayan veya başlatanların, sivilleri olabildiğince korumak ve saldırıya uğrayan hedeflerin sivil ve/veya sivil nesneler olduğunu doğrulamak için mümkün olan tüm önlemleri almalarını gerektirir. (...) Bu tür kayıpların meydana gelmesi bekleniyorsa, saldırıya devam edilmemelidir. Sivilleri ve sivil nesneleri olabildiğince korumak/ayırt etmek için, bir saldırının orantılılığını değerlendirirken saldıran tarafa yol göstermelidir (...)” (Prosecutor v. Galić, IT-98-29-T, Trial Judgement, 2003: prg. 58)” ifadesiyle I Numaralı Ek Protokol’de yer alan ayırım gözetmeyen saldırıların açık bir şekilde yasaklanmasının tüm çatışmalarda geçerli olan teamül hukuku kuralını yansıttığına ve bu tür eylemlerin orantılılık ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir (Henderson ve Reece, 2018: 837). Ayrıca kararda, bir hedefin askeri niteliği belirlendikten sonra, askeri karar alıcıların orantılılık ilkesine mutlak tabiiyeti en önemli unsurlardan biri olarak ifade edilmiştir.

“The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.” davasında İsrail Yüksek Mahkemesi, orantılılık ilkesinin varlığını gözetmiştir: “Orantılılık ilkesi, silahlı çatışmalarla ilgili uluslararası hukukun önemli bir parçasıdır. Bu ilke, teamül kuralı niteliğindedir. Orantılılık ilkesi, askeri operasyon muhariplere ve askeri nesnelere yönelik olduğunda veya silahlı çatışmalarda sivillerin doğrudan yer aldıkları sırada zuhur eder; ancak, siviller de zarar görür. Kural, askeri operasyonlar esnasında masum sivillere verilen ikincil zararın orantılı olması gerektiği yönündedir. Bir ordu üssünde çalışan siviller gibi askeri bir hedefin içinde bulunmaları nedeniyle siviller de zarar görebilir; siviller, askeri hedeflere yakın yerlerde yaşadıklarında, çalıştıklarında veya bu hedeflere yakın yerlerden geçtiklerinde zarar görebilirler; bazen bir hata nedeniyle siviller askeri hedeflerden uzakta olsalar dahi zarar görebilirler; bazen siviller askeri bir hedefe saldırıya karşı “canlı kalkan” olarak hizmet etmeye zorlanabilir ve bunun neticesinde zarara maruz kalabilirler. Tüm bu durumlarda ve diğer benzer durumlarda kural, masum sivillere verilen zararın, diğerlerinin yansırı, orantılılık ilkesinin gerekliliklerini yerine getirmesidir” (The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al., 2006: prg. 42). Ayrıca Mahkeme, kararın devamında orantılılık ilkesine ilişkin geleneksel testin değerlendirme kriterlerini zikretmiştir. “Orantılılık testi, (...). Diğer bir ifadeyle, uygun askeri hedefe ulaşmanın sağladığı avantaj, zarar gören masum sivillere verilen zararla orantılı ise, saldırı orantılıdır. Bu değerlere dayalı bir testtir. Çatışan değerler ve çıkarlar arasındaki dengeye dayanmaktadır. (...) Masum sivillere verilen zarar, saldıran tarafın avantajı ile orantılı olmadığında, saldırı orantısız ve yasaktır” (The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al., 2006: prg. 45). Öte yandan Mahkeme, sivillere verilecek zararda orantılılığa dikkat kesilirken, belirli durumlarda da orantılılık ilkesinin uygulanmasındaki zorluklardan da bahsetmektedir: “(...) Nitekim düşmanlıklarda yer alan bir sivil, hayatını tehlikeye atmakta ve bir savaşan gibi ölümcül bir saldırının hedefi olabilmektedir. O öldürmeye izin verilir. Ancak, masum bir sivilin zarar gördüğü her durumda orantılılık gereklidir. Bu nedenle, teröriste verilen zararın, yakındaki masum sivillere verilen ikincil zararı da beraberinde getirdiği bir durumda, orantılılık şartları yerine getirilmelidir. Orantılılık kuralı, masum sivillere zarar verme konusunda geçerlidir. (...) Bu dengeyi gerçekleştirmek zordur. Burada da anlaşmazlık alanını daraltıp, duruma göre ilerlemek gerekir. (...) Nitekim iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da amaçlar araçları haklı çıkarmamaktadır. Devletin gücü sınırsız değildir. Tüm savaş araçlarına izin verilmemektedir” (The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al., 2006: prg. 46).

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi “Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski” davasında mülkiyetin tahrip edilmesinin askeri gereklilik ile gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini değerlendirirken, I Numaralı Ek Protokol Madde 51’de vücut bulan orantılılık ilkesini referans

göstermiş ve ilkenin uygulanabilirliğine ilişkin saptama da bulunmuştur: “*Orantılılık ilkesi, askeri gerekliliğe özgüdür ve askeri gerekliliğin ilk tanımlarında zaten yansıtılmıştır. Mülke verilen zarar, saldırıdan önce somut ve doğrudan askeri avantajla orantısız olmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, kişilere ve mülke karşı gereksiz ve akıldışı kuvvet kullanımı yasaktır. Askeri hedeflere yönelik bir saldırının orantılı olmadığını belirlerken, failin saldırıyı planlaması ve elindeki bilgileri makul bir şekilde kullanması/değerlendirmesi içinde bulunduğu koşullarda sahip olduğu bakış açısını yansıtmaktadır*” (Prosecutor v. Boskoski ve Tarculovski, 2008: prg. 357).

İsrail tarafından “*Gazze Yardım Filosu*”na yapılan saldırının akabinde dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon’un talimatıyla oluşturulan “*Soruşturma Paneli*”, hazırlamış olduğu raporda orantılılık ilkesinin karakteristik yapısına vurgu yapmıştır: “*Aynı zamanda, gelecekte benzer olaylardan kaçınılacaksa ablukanın uygulanma şekli özel dikkat gerektirir. Önlem ve orantılılık ilkeleri dâhil olmak üzere uluslararası insancıl hukukun temel normlarına saygı gösterilmelidir. Çok sayıda yolcu taşıyan askeri olmayan bir gemiye, doğrudan kuvvet kullanımı düşünüldüğünde, askeri karar alıcılar ve planlamacılar yasal yükümlülüklerini göz önünde bulundurmalı ve bu gerçekler ışığında sağduyulu ve ihtiyatlı davranmalıdır. (...) Kuvvet, bir kez kullanıldığında, gerekli, orantılı ve ikincil zarar riskine karşı özen gösterilmiş olmalıdır. Riskin büyük olduğu bu tür durumlarda, kuvvet seviyesinin aşırı boyutlara ulaşmaması önemlidir*” (Report of the Secretary-General’s Panel, 2011: prg. 162).

Nihayetinde kapsamlı bir hukuk ilkesi olan orantılılık ilkesi için bir dereceye kadar belirsizlik makul karşılanabilir; ancak orantılılığın mevcut normatif yapısının bu denli müphem olması, uluslararası mahkemelerinin henüz konuyla ilgili doğrudan içtihat sağlamamış olmasına dayanmaktadır.

Sonuç

Uluslararası insancıl hukukta orantılılık hem kural hem de ilke biçimini almaktadır. Orantılılık ilkesinin kapsamı geniştir ve çeşitli biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Orantılılık ilkesinin bir norm olarak mevcudiyeti tartışılmazdır, küresel ölçekte beliren silahlı çatışmalarda ekseriyetle askeri karar alıcılar tarafından orantılılık ilkesi gözetilmekte ve uygulanmakta ya da uygulanmaya çalışılmaktadır. Ancak silahlı çatışmalarda orantılılık ilkesinin uygulanması her zaman kolay bir durumu ifade etmemektedir. Bazen sivillere ve sivil nesnelere yönelik riski minimize etmeye yönelik yapılacak bir saldırı yöntemi, saldıran tarafa dönük riskin boyutunu arttırabilme potansiyeline sahiptir. Nitekim bu hususa ilişkin belirsizlik, yani saldırganın kabul etmesi gereken riskin derecesi konusunda normatif düzen net değildir. Ancak hem uluslararası anlaşmalar hukuku hem de uluslararası teamül hukuku uyarınca, askeri karar alıcının orantılılık değerlendirmesi kaçınılmazdır.

Uluslararası insancıl hukuk düşmanlıklara katılan taraflara, kontrolleri altındaki kuvvetlerin her düzey ve koşulda, orantılılık ilkesinin gerekliliklerine uymalarını sağlamak için gerekli olan önlemleri almalarını zorunlu tutmaktadır. Söz konusu zorunluluk ise hem uluslararası insancıl hukukun hem de özelde orantılılık ilkesinin bağlayıcı olmasından kaynaklanmaktadır. Orantılılık ilkesine düşmanlıklara katılan taraflar adına görev icra eden herkes tarafından uyulması da zorunludur, aksi durumda ise söz konusu ihlaller, savaş suçlarına varan eylemlere dönüşebilmektedir. Saldırı esnasında orantılılık ilkesinin ihlal edileceğine ilişkin kanı söz konusu olursa, askeri komutan saldırıları ya iptal etmeli ya da askıya almalıdır.

Kaynakça

- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri (Cenevre Sözleşmeleri) (2008). (Yay. Haz.) Melike Batur Yamaner; Emre Öktem; Bleda Kurtarcan; Mehmet C. Uzun (Yay. Haz.), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:42.
- Amoroso, D. et al.(2018). “Autonomy in Weapon Systems: The Military Application of Artificial Intelligence as a Litmus Test for Germany’s New Foreign and Security Policy”, Heinrich Böll Foundation.
- Boogaard, J. V. D. (2015). “Proportionality and Autonomous Weapons Systems”. Journal of International Humanitarian Legal Studies, (6), 247-283.
- Cannizzaro, E. (2006). “Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war”. International Review of the Red Cross, 88(864), 779-792.
- Chakrabarty, I. (September, 2019). “Reformulating Rules on Dual Object Targeting”. The Groningen Journal of International Law, Erişim adresi: <https://grojil.org/2019/09/30/reformulating-rules-on-dual-object-targeting/>.
- Chengeta, T. (2016). “Measuring Autonomous Weapon Systems against International Humanitarian Law Rules”, Journal of Law and Cyber Warfare, 5(1), 63-137.
- Cohen, A. (2010). Proportionality in Modern Asymmetrical Wars. Jerusalem: Jerusalem Center for Public Affairs.
- Crawford, E. ve Pert, A. (2015). International Humanitarian Law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Crootof, R. (2015). “Autonomous Weapon Systems and Proportionality”. Völkerrechtsblog. Erişim adresi: <https://voelkerrechtsblog.org/autonomous-weapon-systems-and-proportionality/>
- Crowe, J. ve Scheuber, K. W. (2013). Principles of International Humanitarian Law. Cheltenham: Edward Elgar.
- Dinstein, Y. (2004). The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dost, S. (2018). “Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(12), 361-399.
- Fenrick, W. (1982). “The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare”, Military Law Review, (98), 102-107.
- Field Manual 3-24 MCWP 3-33.5 (May, 2014). Insurgencies and Countering Insurgencies.
- Gardam, J. (2004). Necessity, Proportionality and the Use of Force by States. Cambridge: Cambridge University Press.
- Geiß, R. (2015). The International-Law Dimension of Autonomous Weapons Systems. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Gillard, E. C. (2018). Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment. London: Chatham House: The Royal Institute of International Affairs.
- Gysel, L. (2018). The Principle Of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities Under International Humanitarian Law (International Expert Meeting 22–23 June 2016 – Quebec). International Committee of the Red Cross and Social Sciences and Humanities Research Council of Canada.
- Gunawan, Y., Aulawı, Mohammad Haris Aulawi, Andi Rizal Ramadhan (2019)., “Command Responsibility of Autonomous Weapons Systems under International Humanitarian Law”. Indonesian Law Journal, 7(3), 351-368.

- Henckaerts, J. M. ve Beck, L.D. (2005). Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt 1: Kurallar. (Çev.) A. Emre Öktem ve Diğerleri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Henderson, I. ve Reece, K. (2018). “Proportionality under International Humanitarian Law: The “Reasonable Military Commander” Standard and Reverberating Effects”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 51(3), 835-856.
- ICJ Rome Statute (1998). Erişim adresi: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.
- ICRC (2014). “Applying International Humanitarian Law“, Expert Meeting Autonomous Weapon Systems Technical, Military, Legal And Humanitarian Aspects Geneva, Switzerland 26 to 28 March 2014.
- ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 2000.
- ICTY, Prosecutor v. Galić, IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 December 2003.
- International Court Of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.
- International Court Of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.
- International Law Association (ILA) Study Group (2017). “The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law: Challenges of 21st Century Warfare”. *International Law Studies*. (93), 322-388.
- Jensen, E. T. (2013). “Cyber Attacks: Proportionality and Precautions in Attack”. *International Law Studies*, 89(1), 198-217.
- Kılcup, J. (2016). “Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War”. *Chicago Journal of International Law*, 17(1), 244-272.
- Kolb, R. ve Hyde, R. (2008). *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*. Oxford—Portland Oregon: Hart Publishing.
- Maroonian, A. (March, 2023). “Contextualization of The Principle of Proportionality in IHL: Criteria and Examples”. *Articles of War*, Erişim adresi: <https://lieber.westpoint.edu/contextualization-principle-proportionality-ihl-criteria-examples/>.
- Maroonian, A. (October, 2022). “Proportionality in International Humanitarian Law: A Principle and a Rule”. *Articles of War*, Erişim adresi: <https://lieber.westpoint.edu/proportionality-international-humanitarian-law-principle-rule/>.
- Melzer, N. (2016). *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
- Oxford Learner's Dictionaries, “Injury”, Erişim adresi: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/injury?q=%09injury>.
- Pomson, O. (2021). “Proportionality and Civilian Use of a Military Objective”. *Opinio Juris*, Erişim adresi: <http://opiniojuris.org/2021/06/24/proportionality-and-civilian-use-of-a-military-objective/>.
- Prosecutor v. Boskoski ve Tarculovski (Trial Judgment), IT-04-82-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 July 2008.
- Report of the Secretary-General’s Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident September 2011.

- Sandoz, Y., Swinarski, C. ve Zimmermann, B. (Eds.) (1987). Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva: International Committee of the Red Cross & Martinus Nijhoff Publishers.
- Sassòli, M. (2003). Legitimate Targets Of Attacks Under International Humanitarian Law. Harvard: Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University.
- Schmitt, M. N. ve diğerleri (eds.) (2013). Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations: Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt, M. N. (2006). "Faultlines in the Law of Attack". S. Breau and A. Jachec-Neale (eds.), Testing the Boundaries of International Humanitarian Law. British Institute of International & Comparative Law.
- Schmitt, M. N. (2013). "Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics". Harvard National Security Journal Features, 1-37.
- Schmitt, M. N. (2020). "International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities". Ben Saul and Dapo Akande(Eds.). The Oxford Guide to International Humanitarian Law. Oxford: Oxford University Press.
- Sehrawat, V. (2017). "Autonomous weapon system: Law of armed conflict (LOAC) and other legal challenges". Computer Law & Security Review, 33(1), 315-337.
- Shue, H. ve Wippman, D. (2002). "Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions". Cornell International Law Journal, 35(3), 559-579.
- The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al., Supreme Court of Israel, 14 December 2006.
- Thurer, D. (2011). International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers Publishing.
- Türk Dil Kurumu (2023). "Yaralanma". Erişim adresi: <https://sozluk.gov.tr/yaralanma>.
- UK Military of Defence (2004). The Joint Doctrine and Concepts Centre (JDCC): The Joint Service Manual of The Law of Armed Conflict. Joint Service Publication 383.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü. (2002). Erişim adresi: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm.
- Vincze, V. (2017). "The Role of Customary Principles of International Humanitarian Law in Environmental Protection". Pécs Journal of International and European Law. (II), 19-39.
- Vogel, R. J. (2011). "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict". Denver Journal of International Law and Policy, 39(1), 101-138.
- Watkin, K. (2005). "Assessing Proportionality: Moral Complexity And Legal Rules". Yearbook of International Humanitarian Law, (8), 3-53.