

İNSANCIL HUKUKTA MARTENS KAYDI

Mete ERDEM*

ÖZET

Martens kaydı, işgalci güçlere karşı silaha sarılan direnişçi sivillerin hukuki statüsüne ilişkin bir mesele hakkında ortaya çıkan diplomatik çıkmazı aşmak için 1899 tarihli II no'lu La Haye Sözleşmesinin girişine eklenmiştir. Buradaki beyan, savaş hukuku kuralları tam olarak tedvin edilene kadar, sivil ve muhariplerin yerleşmiş uygulamalar, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanın emirlerinden çıkartılabilecek uluslararası hukuk prensiplerinin koruması altında kalacağını ifade eder. Martens kaydı daha sonra insancıl hukuku andlaşmalarında tekrar edilmiş, savaş suçlarına ilişkin uluslararası yargı kararlarında zikredilmiş ve giderek artan bir şekilde uluslararası hukuk öğretisinde inceleme ve yorum konusu olmaya başlamıştır. Martens kaydı ve içerdiği unsurlar dar ve geniş anlamda çeşitli yorumlara tabi kılınmıştır. Daraltıcı yorum, akdi bir düzenlemeye rağmen uluslararası teamül hukukunun uygulanabilirliğinin devam edeceğini hatırlatır. Buna karşılık geniş anlamda, hukukta boşluk doldurma işlevi gören serbest maddi hukuk normlarını teşkil eder. Azami genişletici yorum ise, uluslararası insancıl hukukun farklı ve bağımsız kaynakları olarak bir norm yaratma işlevini atfeder. Çalışma her bir durumda bu tür genişletici yorumların uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ilişkin yerleşmiş usul ve süreçlerle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi, rızaya dayanan niteliği ile de uyumlu olmadığını göstermeyi amaçlar.

* Yrd. Doç. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Malatya. Bu çalışma, TÜBİTAK tarafından sağlanan araştırma desteği ile Max Planck Uluslararası Hukuk Enstitüsü-Heidelberg'de yapılan uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna ilişkin bir monografi projesi kapsamında hazırlanmıştır. Yazar bu makalede emeği geçen kişilerden, görüş ve yorumlarından yararlandığı Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Yargıcı *Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum*'a; yaptığı yapıcı eleştiri ve önerileri için makeleyi değerlendiren *gizli hakeme*; ve engin hukuk bilgisi ve tecrübesiyle yaptığı eleştiri, yorum ve düzeltmeleriyle çalışmanın son hale gelmesini sağlayan, bir zaman İnönü Üniversitesi Hukuk Baş Müşaviri ve halen Genel Sekreteri Av. *Metin Bulut*'a minnetle teşekkür borçludur.

Anahtar Kelimeler: Mantens Kaydı, Uluslararası Hukuk, İnsancıl Hukuk

THE MARTENS CLAUSE AND HUMANITARIAN LAW

ABSTRACT

The Martens clause was inserted into the preamble to the 1899 Hague Convention (II) to overcome a diplomatic impasse in reaching an agreement on the issue of the status of resistant fighters who took up arms against an occupying force. It reads that until a more complete code of the laws of war is issued, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, derived from the established uses, from the laws of humanity, and from the dictates of public conscience. It was subsequently reiterated in a number of treaties, cited in judicial decisions on war crimes, and ever so often, examined and interpreted by the international legal scholarship. It is thus subject to various interpretations, both narrow as a reminder of the continued applicability of customary international law and expansive ranging from being a judicial interpretative tool, to being substantive free standing legal norms to function as a gap-filler, and at its broadest interpretation, to being new distinct and independent sources of international humanitarian law with the norm-creating function. In either way, the study aims to show that such expansive interpretations of the clause are at variance with the well-established procedures and processes of customary formation of international law and remain incompatible with its consensual nature.

Keywords: The Martens Clause, International Law, Humanitarian Law

I. Giriş

Savaş hukukunun dayandığı teamüller uzun bir tarihsel geçmişe sahiptir¹. Bu alanda 19. yüzyılın sonundan itibaren başlayan hukukun

¹ Genel olarak bkz. Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance and the Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) *passim*;

tedvini çalışmaları² içerisinde ortaya çıkan Martens kaydı, uluslararası ilişkilerde zaman içerisinde geniş ve kalıcı bir normatif etki yaratmıştır³. Bu etki, sadece savaş hukukunu düzenleyen uluslararası sözleşme ve belgelerde ifade edilen değişik formüller ile sınırlı kalmamıştır⁴. Ama bazen silahlı çatışmaların ötesinde barış zamanına genişletilerek, örneğin doğal çevrenin korunması için asgari standartlar ihdas eden bir uluslararası hukuk yaratma süreci olarak savunulmuştur⁵. Bu çok farklı görünüm altında Martens kaydının, kendisine atfedilen hukuki kapsam, normatif içerik ve bağlayıcı niteliği ile ‘uluslararası toplumun çağdaş hukuk söylencelerinden biri’ (*myth*) haline geldiği gözlenmektedir⁶. Bunun temel nedeni, ilk düzenlendiği biçimde, belli bir diplomatik soruna hukuki çözüm getirmek niyet ve gayretiyle, oldukça geniş ve soyut anlamda ifade edilmiş olmasıdır. İşte bu esneklik, Martens kaydını savaş hukukunun daha sonraki düzenlemelerinde sık sık yer verilen genel geçerli bir hüküm olarak devletler için cazip hale getirmiştir⁷. Ancak bu avantajın günümüzde insancıl hukuk bakımından bir olumsuz sonucu

Vaibhav Goel, ‘An Introduction to Origin, Evolution & Development of International Humanitarian Law’, in Md Jahid Bhuiyan Hossain, Louse Doswald Beck and Azizur Rahman Chowdhury (Eds), *International Humanitarian Law - An Anthology* (Hayrana: LexisNexis, 2009) 1-22.

² Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (İstanbul: Beta, 2006) 4-12.

³ Theodor Meron, ‘International Law in the Age of Human Rights: General Course in International Law’ (2003) 301 *Recueil des cours* 41; Nitekim, Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) 122, Martens kaydının bugün sahip olduğu hukuki etkisinin ilk önerildiği tarihte öngörülmediği ifade eder.

⁴ V.V. Pustogarov, ‘The Martens Clause in International Law’ (1999) 1 *Journal of the History of International Law* 125

⁵ Dinah Shelton & Alexander Kiss, ‘Martens Clause for Environmental Protection’ (2000) 30:6 *Environmental Policy and Law* 285 (The Martens Clause calls for the minimum standard that applies “until a more complete international code of environmental protection has been adopted.”)

⁶ Antonio Cassese, ‘The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky’ (2000) 11:1 *European Journal of International Law* 188.

⁷ *Id.*

vardır; o da, ‘Martens kaydının (genel) kabul gören bir yorumunun bulunmaması’ sorunudur⁸.

Çalışma, modern uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda⁹ Martens kaydının tarihsel gelişimi içerisinde nasıl yorumlandığını ve bu kayda hangi hukuksal sonuçların bağlandığını üç ana bölümde incelemeyi öngörür. İlk bölüm, Martens kaydının savaş hukuku içerisinde ortaya çıkışını tarihsel bağlamda ele alır ve bir hukuk kavramı olarak, uluslararası sözleşmeler içerisinde nasıl yerleştiğini ve geliştiğini tespit eder. İkinci bölüm, kaydın içeriğine ilişkindir. Burada amaçlanan, söz konusu uluslararası hukuk prensiplerinin çıkartılacağı ‘yerleşmiş uygulamalar’, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ tanımlamak ve bu unsurlara yüklenebilecek anlamların normatif etkilerini ortaya koymaktır. Son bölüm ise, uluslararası yargı kararları ve öğreti içerisinde Martens kaydının en dar yorumu ile en geniş yorumu arasında kayda hangi anlamların verildiği ve ne tür işlevlerin yüklendiğini tahlil eder. Bu tahlilde, kaydın farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak, hem uluslararası hukuk normu oluşturması, hem de norm yaratıcı kaynak şeklindeki rolünün, uluslararası teamül kurallarının oluşma süreç ve usulleri üzerindeki etkisi değerlendirilir. Araştırmada varılan sonuç, Martens kaydının bazı uluslararası yargı içtihatlarında bir yorum aracı olarak kullanılması eğilimi ve buna dayanarak öğretilde yapılan genişletici yorumların önerdiği işlevsel niteliklerin gerçekte ‘uygulanan uluslararası hukukta’ yeterli desteği görmediğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan inceleme, doğal hukukla ilişkili soyut ve belirsiz düşünceleri pozitif hukuk içerisinde kavramlaştırmak süretiyle, Martens kaydına norm ihdas edici bir işlev yükleme çabasının, uluslararası hukukun hem rızaya dayanan karakterine aykırı olduğunu ve hem de temel yapısal işleyişi içerisinde geçerlilik taşımadığını savunmaktadır.

⁸ Rupert Ticehurst, ‘The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict’ (1997) 317 *International Review of the Red Cross* 126.

⁹ Kavramsal açıdan bu çalışmada ‘savaş hukuku’, ‘silahlı çatışmalar hukuku’ ve ‘insancıl hukuk’ terimleri arasında bir fark gözetilmeden birbirinin yerine kullanılmıştır. Nedenleri için bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 52-5.

II. Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi

Martens kaydı, ilk kez 1899 yılında *La Haye*'de toplanan Birinci Dünya Barış Konferansında kabul edilen *Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemeleri* içeren II no'lu Sözleşmenin giriş kısmında yer almıştır:

“Savaş hukuku kurallarının daha tam bir kodu yapılana kadar, Yüksek Akit Taraflar kendileri tarafından kabul edilen Tüzüklerde bulunmaması halinde, halklar ve muhariplerin medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerinin koruması ve hükmü altında kalacağını beyan etmenin uygun olduğunu düşünürler.”¹⁰

Bu hüküm, savaş sırasında mevcut hukuk tarafından henüz düzenlenmemiş olan hususlarda boşluk bulunması halinde nasıl davranılması gerektiğine dair yol göstermek üzere konulmuştur.

Kara harbine ilişkin olan 1907 tarihli İkinci *La Haye* Barış Konferansının IV No'lu Sözleşmesinin girişi, aynı ifadeyi bazı sözcük farklılıklarıyla tekrar eder. Burada ‘halklar’ yerine ‘mukimler’, ‘uluslararası hukuk’ yerine daha eski bir terim olan ‘uluslar hukuku’ ve ‘gerekler’ yerine ise ‘emirler’ kullanılmıştır¹¹. Ancak bu değişikliklerin Martens kaydının orijinal amacından genel olarak bir anlam kayması yaratmadığı kabul edilir¹².

Martens kaydının ortaya çıkış amacı, Birinci *La Haye* konferansında karşılaşılan bir diplomatik çıkmaza hukuki çözüm bulmak arayışıdır. Konferansa katılan devletler, 1874 *Brüksel Beyannamesinin*

¹⁰ Dibace para.9 (tercüme yazarın), Leon Friedman (Ed), *The Law of War: A Documentary History - Volume I* (New York: Random House, 1972) 222.

¹¹ Dibace, para.8, *id.*, 309.

¹² Michael Salter, ‘Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause’ (2012) 17 *Journal of Conflict & Security Law* 405; cf. Jeremy Sarkin, ‘The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law, and Their Application since the Nineteenth Century’ (2007) 1 *Human Rights & International Legal Discourse* 150-1.

ülke işgali sırasında silahlı çatışmalara karışan kişilerin hukuki statüsünü düzenleyecek hukuk kurallarını tedvin ederken, söz konusu kodun kimlere uygulanması gerekeceği sorusu ile karşılaştılar. Savaşın hak ve yükümlülüklerine sahip olan ‘muharip’ kavramının içerisinde en başta ‘düzenli orduların askerleri’ vardı. Bunun yanında, kendileri için öngörülen bazı şartları taşımaları halinde, silahlı ‘milisler’ ve ‘gönüllü birliklerin’ de bunlara dahil edilmesi konusunda görüş birliğine varıldı¹³. Bu üç muharip sınıfına ek olarak, henüz işgale uğramamış bir ülkenin halkı içerisinde, yaklaşan düşmanı gören ama düzenli bir birlik haline gelmeye fırsat bulamadan işgale gelen orduya karşı kendi ihtiyarında derhal silaha sarılan kişilerin, savaş hukuku kural ve teamüllerine uydukları sürece, muharip sınıfına dahil edilmeleri kabul edilmişti¹⁴. Bu son durumun bir hukuki avantajı vardı. Nitekim silahlı çatışmalar sırasında muharip güçlerin bir parçası haline gelen bu kişiler, o an ister savaşıyor ister savaşıyor olsun, eğer düşman tarafından ele geçirilirse, savaş esiri olmak haklarına sahip olacak ve o şekilde muameleye tabi kılınacaktı¹⁵. Oysa bunların dışındaki hallerde, *levée en masse*¹⁶ işgal altına girmiş bir ülkede istilâcı orduya karşı silahla direnmek sivil kişiler için suç teşkil etmekteydi. Böylece işgalci güç tarafından *prima facie* suçlu sayılarak cezalandırılmak tehdidi altındaydılar¹⁷. Avrupanın güçlü ordulara sahip olan büyük devletleri, bu tür kişilerin infaz edilmek riskiyle

¹³ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 1. Madde, Friedman (1972), *The Law of War* 224; ayrıca bkz. 27 Ağustos 1874 tarihli Brüksel Beyannamesi IX. Madde, *id.*, 196.

¹⁴ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 2. Madde, *id.*, 225; 1874 Brüksel Beyannamesi X. Madde, *id.*, 196.

¹⁵ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 3. Madde, *ibid.*; 1874 Brüksel Beyannamesi XI. Madde, *id.*, 196.

¹⁶ Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 91.

¹⁷ Dieter Fleck, ‘Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu’ (2003) 10:2 *Baltic Defence Review* 22; Nitekim Cassese 1899’da ve sonrasında, en azından 1949’a kadar halihazırda işgal altında topraklarda yaşayan sivillerin işgalci güçlere karşı silaha sarılmalarına uluslararası teamül hukukunda cevaz verilmediğini ve bunun ancak belli şartların yerine getirilmesine bağlı olarak 1949 Cenevre Konferansında mümkün hale geldiğini ifade eder. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 198.

hareket eden çeteler, gerillalar ve francs-tireurs¹⁸ olarak muamele görmesi ve cezalandırılması görüşünü savunmaktaydılar¹⁹. Gerçekten 1899 *La Haye* Konferansı, daha önce hukuki bağlayıcılığı kabul görmemiş olan 1874 *Brüksel Beyannamesinin* öngördüğü bu fiili durumu, işgalci gücün sahip olduğu bir hukuki hak olarak ilk defa sözleşme marifetiyle düzenleme görüntüsü veriyordu²⁰. Buna karşılık daha küçük Avrupa devletleri, işgal altındaki ülkede istilâci güçlere karşı silahlı direnişte bulunan halkın hukuka uygun olarak muharip muamelesi görmesini talep ettiler. İşgal altında direnme hakkının tedvin edilmesine gerek kalmadan, genel uluslararası hukukun içerisinde bulunan örf ve adet kurallarının korumasına bırakılmasının daha uygun olacağı görüşünü öne sürdüler. Fakat silahlı direnişçileri, 1899 *La Haye Sözleşmesine Ek Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemelerin* 1 ve 2. maddelerindeki listeye sokmayı başaramadılar²¹. İşte bu noktada Belçika delegesi *M. Beernaert*, muharip statüsüne ilişkin maddelerin kabulüne itiraz etti²². Ona göre böyle bir düzenlemeden maksat, savaşı sadece devletler arasında bir hukuki durum olarak sınırlamak idi. *M. Beernaert*, bu durumun işgal altına giren ülkede sivil kişilerin doğal olarak sahip olması gereken yasal direnme hakkından mahrum edilmesi sonucunu vereceğini iddia etti. Bu yüzden de, muharip statüsünün sözleşmede düzenleme konusu yapılması yerine,

¹⁸ Devletin askeri emir komuta hiyerarşisinden bağımsız davranan düzensiz silahlı gruplar. İlk kez 1870 Fransız Prusya savaşı sırasında faaliyet gösteren düzensiz Fransız silahlı birlikleri olarak ortaya çıktılar.

¹⁹ Frits Kalshoven & Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging War: An Introduction to International Humanitarian Law* (3rd Ed., Geneva: ICRC, 2001) 22.

²⁰ Nitekim bir uluslararası anlaşma olarak kabul görmeyen 1874 tarihli Brüksel Beyannamesi, işgalin ülke topraklarını düşman ordunun otoritesi altına sokacağını ve bu otoritenin mevcut hukukun değiştirilmesi, askıya alınması, yerine yeni hukuk ikâme edilmesini kapsayacağını hükme bağlamıştı. Hukuken meşru addedilen muharip statüsü ise, işgal altındaki ülkenin vatandaşlarına işgale karşı silahlı direnme hakkını içermiyordu. III. Madde, Friedman (1972), *The Law of War* 194; Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 125-6.

²¹ Mary Ellen O'Connell, 'Historical Development and Legal Basis' in Dieter Fleck (Ed), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (Third Ed., Oxford: Oxford University Press, 2013) 33.

²² Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 126, Belçika delegesini Descamps olarak belirtir.

meselenin olduğu gibi uluslar hukukunun prensiplerini yansıtan medeni uluslara ortak olan açıkça yazılmamış hukukun düzenleme alanı içerisine bırakılması gerektiğini savundu²³. Böylece İsviçre ve İngiltere'nin desteği ile, Belçika işgalci güçlerin haklarını sınırlamak ve meşru muharip statüsünü, muğlak da olsa uluslararası teamül hukukunun dinamik gelişimine bırakmak teklifinde bulundu²⁴. Aralarında Rusya, Almanya ve Hollanda'nın bulunduğu büyük devletler ise bu görüşe itiraz ettiler²⁵. Diplomatik çıkmazın Birinci *La Haye* Dünya Barış Konferansını karada harbin düzenlenmesi bakımından başarısızlığa sürükleyebileceği korkusu ile,²⁶ Rus delegasyonu üyesi ve İkinci Komisyon başkanı olan *F.F. de Martens*²⁷ tarafından İkinci Alt Komisyon toplantısında yapılan bir uzlaşma teklifi, Konferansın 20 Haziran 1899 tarihli Beyannamesinin 3. paragrafı olarak kabul edildi²⁸. Böylece sözleşmeciler devletlerin orijinal niyeti, savaş sırasında bir hukuki yükümlülüğün sırf yazılı olarak bulunmadığı gerekçesiyle bazı 'öngörülemeyen meselelerin askeri komutanların keyfi kararlarına bırakılmasını' engellemek ve böylece hem sivilleri hem de muharipleri insanî koruma şemsiyesi altına almaktı²⁹.

²³ William I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law* (New York: Kraus Reprint, 1970) 216.

²⁴ *Id.*, 218.

²⁵ Cassese (2000), 'The Martens Cause' 194.

²⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 126-7.

²⁷ F.F. Martens, yaşadığı dönemin önde gelen uluslararası hukukçularından biriydi ve uluslararası hukukun gelişmesinde önemli bir rol oynamıştı. Martens'in kişisel geçmişi ve karakterinin etkisi günümüzde halen tartışılmaktadır. Bu konuda ilginç bir roman için bkz. Jaan Kross, *Professor Martens' Departure*, Translated from Estonian by Anselm Hollo (London: Harvill, 1994); ayrıca bkz. W.E. Butler, 'Professor Martens' Departure by Jaan Kross: Book Review' (1994) 88 *American Journal of International Law* 863-4.

²⁸ Martens hakkında bkz. Vladimir Pustogarov, 'Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) - a humanist of modern times' (1996) 312 *International Review of the Red Cross* 300-14; Fleck (2003), 'Friedrich von Martens' 19-26; Arthur Eyffinger, 'Friedrich Martens: A Founding Father of the Hague Tradition: The Fourth Friedrich Martens Memorial Lecture' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 13-43.

²⁹ Dibace para.8, 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair II No'lu Sözleşme, Friedman (1972), *The Law of War* 222; Kalshoven & Zegveld (2001), *Constraints on the Waging War* 22.

Bu amacı yerine getirmek üzere Martens kaydı, 1899 *La Haye* Sözleşmelerinin *Karada Harbin Kural ve Örflerine İlişkin* hükümlerinin yeniden görüşüldüğü 1907 *La Haye* IV No'lu Sözleşmesinin giriş kısmında tekrar zikredilmiştir³⁰. İki dünya savaşı arasında imzalanan *Savaşta Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Kullanımının Yasaklanmasına Dair 17 Haziran 1925 tarihli Protokolün* birinci paragrafında uygar ulusların kamuoyu tarafından zehirli kimyasal gazların savaşta kullanılmasının kınandığı belirtilmiş; üçüncü paragrafında ise, bunların ulusların vicdanı ve uygulamalarını bağlayan uluslararası hukukun bir parçası olarak yasaklanmasının evrensel biçimde kabul göreceğini ifade edilmiştir³¹. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan 1949 *Cenevre Sözleşmelerinin* fesihe ilişkin ortak hükümleri içeren 63/62/142/158. maddeleri, Martens kaydının bazı unsurlarına yer vermiştir. Buradaki amaç ise farklıdır: Cenevre Sözleşmelerini fesheden bir taraf devlet, anlaşmalar hukuku çerçevesinde artık sözleşme yükümlülükleriyle bağlı olmasa dahi, medeni halklar arasında yerleşmiş örf ve adetlerden, insancıl hukuk kurallarından ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan uluslararası hukuk ilkeleri dolayısı ile sahip oldukları yükümlülüklerini yerine getirmekten imtina edemeyecektir³². Böylece *Cenevre Sözleşmelerinden* çekilen bir imzacı devlet, uluslararası hukukun temel bazı kural ve ilkeleri ile bağlı kalmaya devam edecektir. Burada ifade edilmek istenen, şüphesiz öncelikle uluslararası teamül kurallarıdır³³. Nitekim bu ortak hükümler, *Cenevre Sözleşmelerinin* ne ölçüde teamül hukukunun bir parçası haline geldiği gösterir³⁴. Bu bakımdan 1969 Viyana

³⁰ *Supra* dipnot 11.

³¹ Friedman (1972), *The Law of War* 454.

³² *Id.*, 525 *et seq.*

³³ Emily Crawford, 'The Modern Relevance of the Martens Clause' (2006) 6 *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law* 13.

³⁴ 1949 Cenevre Sözleşmelerini onaylayan 196 devletin BM'e üye devlet sayısından fazla olduğu düşünülürse, Cenevre Sözleşmelerinin evrenselliğinin uluslararası teamül hukukuna dönüşmesinin getirdiği güçlükler ayrı bir tartışma konusudur. Theodor Meron, 'The Geneva Conventions as Customary Law' (1987) 81:2 *American Journal of International Law* 348-70, özellikle 348-58.

Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 43. maddesinde bulunan, andlaşmadan çekilmenin ilgili tarafı uluslararası teamül hukuku haline gelmiş olan bir andlaşmadaki yükümlülüklerinden kurtarmayacağını öngören hükmü ile uyumludur³⁵. Ancak *Abi-Saab*'a göre, ortak hükümlerin kapsamı sadece örf ve adet hukuku ile sınırlı değildir. Bunun ötesinde daha önce yapılmış olan andlaşmaların koruyucu hükümlerini de içeren, *önceki mevcut hukukun* yerleşmiş hem teamüli ve hem de sözleşmesel bütünü olarak görülmelidir³⁶.

1968 tarihli *Tahran İnsan Hakları Uluslararası Konferansı Nihai Senedinin* silahlı çatışmalar sırasında insan haklarının korunması hakkındaki 23 sayılı kararı, BM üyesi devletlere Martens kaydına uymaları çağrısında bulunmuştur³⁷. Bu çağrı kısa bir süre sonra görüşülmeye başlanan, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'de yanıt bulmuştur. Martens kaydına 1977 tarihli *Ek Protokol I*'in 1. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir:

"Bu Protokolün ya da diğer uluslararası anlaşmaların kapsamına girmeyen durumlarda, siviller ve muharipler, yerleşik teamüller, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklanan uluslararası hukuk ilkelerinin koruma ve hükmü altında kalır."³⁸

Bazı yazarlar, bu hükmün girişte değil ama bu şekilde Protokolün ana metninde yer alan esaslı bir maddenin içerisine dahil edilmesine önemli sonuçlar bağlar: *Pustogarov*'a göre, bu düzenleme tarzı Martens kaydının normatif hukuki kimlik kazanmasını sağlamıştır ve böylece ortak

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, done at Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, United Nations, *Treaty Series* Vol. 1155, 331.

³⁶ Georges Abi-Saab, 'The specificities of humanitarian law' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 275-6.

³⁷ Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran 22 April to 13 May 1968, A/CONF.32/41(New York: UN Publ., 1968) 18.

³⁸ Melike Batur Yamaner *et al.* (Eds), *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42 (İstanbul: Galatasaray Uni. & ICRC, 2009) 180; ayrıca bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 51-2.

uluslararası hukukun gelişmiş bir kuralı haline gelmiştir. Öyle ki, 'uluslararası insancıl hukuk evrensel ve bağlayıcı otoriteye sahip olduğu için', Martens kaydına teşmil etmek suretiyle, bir hukuk normu olarak bağlayıcı güç kazanmasına neden olmuştur³⁹. Buna karşı *Meron, Protokol I*'de ifade edildiği şekli ile Martens kaydının orijinal ahenk ve özgün hukuk mantığından mahrum edildiğini iddia eder. Nitekim, kullanılan sözcüklerdeki bu farklılığın, 'uluslararası hukuk ilkeleri' ile zaten onun bir unsurunu teşkil eden 'yerleşik teamülü' birleştirmesi sonucunda, diğer kaynaklar olarak görülen ve tedvin edilmemiş olan 'insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinin' sahip olduğu işlev, rol ve gerekliliği sorgulanır hale getirdiğini söyleyerek eleştirmiştir⁴⁰.

Öte yandan, 1977 tarihli *Ek Protokol II* ana metnin dışında sadece giriş kısmında, Martens kaydının daha zayıf bir ifadesine yer vermiştir: 'Yürürlükteki hukuk tarafından öngörülmeven durumlarda, insanların insaniyet ilkelerinin korunması ve kamu vicdanının emirleri altında kalmaya devam ettiğini' hatırlatmakla yetinir⁴¹. Nitekim, burada 'yerleşik teamül' ve 'uluslararası hukuk' kavramlarına atıfta bulunmaktan imtina edildiği görülür. *Bothe* ve diğerlerinin *Protokol II* için hazırladığı şerh, *yerleşik teamülün* ihmal edilmesinin nedenini şu ifade ile haklı gösterir: 'uluslararası olmayan uyumsuzluk için kurallar ihdas etmek teşebbüsü sadece 1949'a kadar geriye gider ve ortak 3. maddenin devletlerin uygulamasında kullanılması ise, uluslararası olmayan uyumsuzluk hakkında "yerleşik teamül" den bu şekilde konuşmaya imkân verecek kadar gelişmemiştir.'⁴² Ancak bunun yanında inkâr edilemeyecek bir başka

³⁹ Pustogarov (1999), 'Martens Clause' 130.

⁴⁰ 'Orijinal ifadenin sahip olduğu ahenkli [bütünlük] Protokolde yoktur. Yapanlar tarafından bu sonucun niyetlendiği veya farkedildiği tam olarak açık değildir', **alıntı** Meron (2000), 'The Martens Clause' 81; Ancak buna karşılık konferansa katılan Alman delegasyonu üyesi Fleck, bunun sadece bir liguistik yaklaşım sonucu olduğunu ve diplomatik konferansta öngörülen sonuçları etkilememesi gerektiğini belirtmektedir. Fleck (2003) 'Friedrich von Martens' 24; benzeri görüş için bkz. Pustogarov *id.*

⁴¹ Yamaner *et al.* (2009), *Cenevre Sözleşmeleri* 265.

⁴² Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf (Eds), *New Rules for Victims of Armed Conflict: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Second Edition, Leiden: Marinus Nijhoff, 2013) 709.

gerçek daha vardır; o da, devletlerin iç uyumsuzluklar bakımından geniş kapsamlı uluslararası yükümlülükler altına girmekte genel olarak sürekli isteksiz görünmesidir⁴³.

Yine aynı dönemde yapılmış olan 1980 tarihli *BM Aşırı Izdıraba Yol Açtığı veya Ayrım Gözetmeyen Etkileri Olduğu Düşünülen Bazı Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Hakkındaki Sözleşmenin* girişinde Martens kaydı tekrar edildiği gibi,⁴⁴ buna ek 1995 tarihli *Kör Edici Lazer Silahlarına İlişkin Dördüncü Protokol*,⁴⁵ 1997 tarihli *Anti-Personel Mayınların Kullanılması, Depolanması, İmali ve Naklinin Yasaklanması ve Bunların İmhası Hakkındaki Ottawa Sözleşmesi*,⁴⁶ 1998 tarihli *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü*'nde⁴⁷ ve 2008 tarihli *Patlayıcı Misket Mühimmatı Sözleşmesinin* girişinde⁴⁸ bu kaydın bazı unsurlarına açık veya zımnî göndermeler yapılmıştır.

III. İçeriği ve Unsurları

Orijinal görünümünde *F.F. de Martens*'in beyanı, uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmeyen hallerde, silahlı çatışmalara karışan sivil ve muharıplerin statüsünü uluslararası hukukun yazılı olmayan örf ve adet prensiplerinin hükmü ve koruması altına almak amacını taşımaktaydı. Bir anlamda, hukukta ortaya çıkabilecek olan *lacuna*'nın yaratabileceği keyfiyet tehlikesini önlemek üzere öne sürülen bir tedbir görünümü arz

⁴³ Meron (2000), 'The Martens Clause' 81.

⁴⁴ Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Laws of War* (Third Ed., Oxford: Oxford University Press, 2000) 520; ayrıca (1980) 19 *International Legal Materials* 1524.

⁴⁵ *Id.*, 535; ayrıca (1996) 35 *International Legal Materials* 1218.

⁴⁶ *Id.*, 648-9; ayrıca (1997) 36 *International Legal Materials* 1509.

⁴⁷ Text circulated as A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. Bkz. http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf; ayrıca (1998) 37 *International Legal Materials* 1999.

⁴⁸ Convention on Cluster Munitions (30 May 2008), (2009) 48 *International Legal Materials* 357.

etmekteydi⁴⁹. Bu bakımdan, uluslararası hukuk diğer hukuk sistemlerinden farklı değildir: eğer bir mesele bir çeşit kurallar bütünü tarafından düzenlenmiyorsa (mesela andlaşma hükümleri), o zaman gerekli şartları taşıdığı sürece bir başka çeşit hukuk kuralları (mesela teamül kuralları) bütününe tabi olabilir⁵⁰. Burada savaş hukuku kurallarının daha tam bir düzenlemesi yapılanaya kadar, henüz tedvin edilmemiş olan bazı uluslararası hukuk prensiplerinin ikâme etkisine sahip olabileceği öngörülmüştür. Martens kaydının ifade edildiği bütün şekillerde,⁵¹ uluslararası hukuk prensiplerini oluşturabilecek üç unsur sayılmıştır. Bunlar, (i). uygar ulusların arasında *yerleşmiş olan uygulamalar*, (ii). *İnsaniyet ilkeleri* ve (iii). *kamu vicdanının emirleridir*. O halde buradaki temel soru, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirleri vasıtasıyla, toplu düşünce ve toplumsal ahlakta (*morality*) hakim olan kuvvetli eğilimlerin nasıl hukukun bağlayıcı kuralları haline getirilebileceği hususunda ortaya çıkar. Bu soru, uluslararası yazılı düzenlemelerin yerine ikâme edilmesi öngörülen uluslararası hukuk prensiplerinin içerdiği bu üç unsurun tanımlanmasını gerekli kılar. Öyle ki, Martens kaydının kapsamının belirlenmesi ve yorumlanması, esas itibarıyla, bu tanımlara bağlı olacağı için, bu üç unsurun anlamı kaydın uygulanması bakımında da büyük önem taşır.

⁴⁹ Larsen, Martens kaydının silahlı çatışmalar sırasında ortaya çıkabilecek *non-liquet* durumunda boşluk doldurma işlevinin, artık insan hakları korumasına dayanan uluslararası insanî hukuk ile atıl hale gelmiş olduğunu iddia etmektedir. Kjetil Mujezinović Larsen, 'A 'Principle of Humanity' or a 'Principle of Human-Rightsism'?' in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 141.

⁵⁰ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 192.

⁵¹ Bunun bir istisnası, 1977 Ek Protokol II'deki düzenlemedir. Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts, 8 June 1977, UN Doc A/32/144, Appendix II (1977) 16 *International Legal Materials* 1442

1. Yerleşmiş Uygulamalar

İlk ifade edildiği şekli ile 'medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamalar' deyimini, o zamanın belli bir anlayışını yansıtır.⁵² *Pustogarov*, Martens tarafından kaleme alınan ve 1879 yılında bir Fransız hukuk dergisinde yayınlanan 'Merkezi Asya'da Rusya ve İngiltere' başlıklı yazıda, çağdaş uluslararası hukukun sadece uygar uluslararası var olan bir hukuk olarak tanımladığını aktarmaktadır⁵³. Ancak ulusları uygar olan ve olmayan ayırımına tabi tutan bu yaklaşımın, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kurulan BM sistemi içerisinde kolonileşmenin sona ermesi ile, ortadan kalktığını söylemek mümkündür⁵⁴. Daha önemli olan, yerleşmiş uygulamalardan maksadın 'devletlerin uygulamaları' şeklinde anlaşılması gerektiğidir⁵⁵. Nitekim *Pustogarov*'a göre, bununla ifade edilen, uluslararası teamül hukukudur⁵⁶. *Crawford* ise, kaydın teamüli niteliğinin 1977 *Ek Protokol I* ve 1980 *Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi* ile desteklendiğini iddia etmektedir⁵⁷. Ancak bu öneri, Martens kaydının hukuki içeriği ile teamül statüsünü açıklama yaklaşımından ibarettir. Görüleceği gibi, bu görüş içerik hususundaki yorum ve tartışmaları gidermekten uzak bir genelleme yapmak gayretinin ötesinde değildir.

2. İnsaniyet İlkeleri

Savaş kuralları ve adetleri, *her türlü* askeri amacın caiz olmadığı ve savaş sırasında tek meşru amacın, düşmanın askeri gücünü zayıflatmaktan ibaret olduğu esası üzerine kurulmuştur⁵⁸. Savaşın düşmana zarar veren

⁵² Martens'in bu anlayışı ayrıntılı bir şekilde Müllerson tarafından incelenmiştir. Bkz Reim Müllerson, 'F.F. Martens – Man of the Enlightenment: Drawing Parallels between Martens' Times and Today's Problems' (2014) 25 *European Journal of International Law* 831-46, özellikle 832-40.

⁵³ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 128: 'Martens'e göre, uygar olmayan ulusların uluslararası hukuka aykırı olan eylemlerinden ötürü sorumluluğu doğmaz, çünkü onlar uygar ulusların ilişkilerine dayanarak kurulmuş olan bu hukuku anlayamazlar. Bu yüzden bunlara uygulanması gereken, doğal hukuktur.'

⁵⁴ James Sloan, 'Civilized Nations' (2011) *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.12.

⁵⁵ Cassese (2000), 'Martens Clause' 314.

⁵⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132.

⁵⁷ Crawford (2006), 'The Modern Relevance' 6.

⁵⁸ 1968 St. Petersburg Beyannamesi, Friedman (1972), *The Law of War* 192.

yöntem ve araçları seçmek hususunda sınırsız bir yetkisi yoktur⁵⁹. Savaş eylemi nasıl ki bir askeri amacın gereği olarak yapıyor ise, insani düşünceler de silahlı çatışmalara bağlı olarak ortaya çıkan acı, ıstırap ve tahribatı sınırlamaya yöneliktir⁶⁰. Falk, 1968 *St Petersburg Beyannamesi* ile başlayan modern süreçte, muhariplere ve savaşın diğer mağdurlarına gereksiz acı ve ıstıraplar vermekten kaçınmayı öngören insaniyet gayesinin her şeyin merkezinde yer alığını ve daha en başından itibaren, askeri gerekliliğe dayanan mutlak iddiaların reddedilmesine sebep teşkil ettiğini söyler⁶¹. Bu anlamda insaniyet ilkeleri, askeri gereklilik ilkesine karşı bir denge unsuru teşkil eder; hukuk ise, askeri gerekliliğin insani düşünceler ile bağdaştırılması işlevini gören bir orta yol haline gelir⁶². Bütün silahlı çatışma durumlarında, düşmanı yenmek için hasmane tedbirler almak yetkisi ile silahlı çatışmaların kaçınılmaz bir yan sonucu olarak ortaya çıkan acı ve ızdırabı sadece bu askeri amacı sağlamaya yeterli olacak bir seviyede sınırlama yükümlülüğü arasında pratik bir denge sağlamak işlevi görür⁶³. Böylece hedeflenen her türlü sonuca varılması için, askeri gerekliliğin haklılık nedeni olarak kullanılması insaniyet ilkesi ile sınırlanır. O halde silahlı çatışmalar hukuku, özünde askeri gereklilik ve insaniyet ilkeleri arasında kurulacak bir dengeyi tanımlar⁶⁴. Bu denge orantılılık ile kurulur. Askeri gereklilik ile orantılı

⁵⁹ 1874 Brüksel Beyannamesi Madde XII, *id.*, 196.

⁶⁰ 'Askeri gereklilik veya uygunluk (yarar) pozitif hukuk kurallarının ihlalini haklı gösteremez. ... Askeri gereklilik veya yarar başka türlü uygun görülse bile, masum halkın (1907 La Haye Düzenlemelerinin 46, 47, 50. maddelerinde belirtilen) haklarına saygı gösterilmelidir.' **Alıntı** ABD Askeri Mahkemesi, Nuremberg 19 Şubat 1948 *ABD v List ve Diğerleri* (Hostages Trial), (1948) *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 647.

⁶¹ Richards Falk, 'The Environmental Law of War: An Introduction' in Glen Plant (Ed), *Environmental protection and the Law of War: A Fifth Geneva Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict* (London: Belhaven, 1992) 83.

⁶² Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2004) 16-20.

⁶³ Geoffrey Corn, 'Principle of Humanity' (2013) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 2.

⁶⁴ Michael N. Schmitt, 'Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delectate Balance' (2010) 50 *Virginia Journal of International Law* 798-9.

olmayan silah ve taktikler aşırısıdır. Bunların neden olacağı aşırı acılar, ızdırablar ve zararlar gereksiz olacağı için, insaniyet düşüncesi ile bağdaşmaz. Dolayısı ile hukuka aykırıdır⁶⁵. İşte bu denklemde insaniyet kavramının, gereksiz acı ve ıstırap vermeme ilkesine yapılan atıf ile açıklandığı görülür. Bu ise, insaniyet veya insanî terimlerin bağımsız uluslararası hukuk kavramı olmak niteliğini tartışılır hale getirir. Bazı yazarlar bu belirsizliğe karşı, insaniyet kavramını insan güvenliği ve refahı bakımından yorumlarlar; böylece insanlığın toplu olarak varlığı ve insan olmak dolayısıyla sahip olduğu değerler ile, bir insanın diğerine karşı olan davranışı arasında bir bağlantı kurmak için genel ve soyut tanımlar getirirler⁶⁶. Martens kaydı içerisinde kullanılan insaniyet kavramının, ‘insan olmak dolayısı ile’ belli bir düzeyde asgari davranış beklentisini ifade ettiği görülür⁶⁷. Ancak buna atfedilebilecek normatif değer, bunun hukuki olmaktan çok ahlaki niteliğinden kaynaklandığı görüşü öne sürülür⁶⁸. Burada sorulması gereken soru, sözde insaniyet ilkesinden çıkarılacak olan uluslararası hukuk prensiplerinden ne anlaşılması gerektiğidir⁶⁹.

Uluslararası hukukta insaniyet kavramına ne tür anlamlar yüklenmesi gerektiği sorunu, ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrasında Uluslararası Askeri Mahkemelerde görülen savaş suçlarına ilişkin davalarda ortaya çıkmıştır. Uluslararası ceza hukuku alanındaki ilk davalardan biri, Norveç Yüksek Mahkemesi tarafından 1946 yılında

⁶⁵ Yoram Dinstein, ‘The Principle of Proportionality’ in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 74-6 ve 79-80.

⁶⁶ Robin Coupland, ‘Humanity: What is it and How does it Influence International Law?’ (2001) 83 No.844 *International Review of the Red Cross* 949-89.

⁶⁷ *Id.*, 974-5.

⁶⁸ İnsaniyet ilkelerinin içeriği konusunda bkz. Pustogarov (1999), ‘The Martens Clause’ 133.

⁶⁹ Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen, ‘Introduction by the Editors: Is There a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law’ in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 1 *et seq.*

karara bağlanan *Klinge* davasıdır. Davanın konusu, ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesine cevaz verilip verilmemesine ilişkindir. Alman vatandaşı olan *Klinge*, Oslo'da 1944 Kasım ayından Almanya'nın teslim olduğu 1945 Mayıs ayına kadar Alman Güvenlik Polisi *Gestapo*'da asistan olarak görev yapmıştı. Bu süre zarfında, Norveç yurtseverlerine kötü muamele ve işkence yapmaktan sorumlu tutuldu. Eylemleri sonucu bir yurtseverin ölümüne neden olduğu için, hakkında savaş suçu işlediği iddiası ile dava açıldı. Almanya'nın Norveç'i işgali sırasında halen 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu yürürlükteydi. Ancak 1941 ve 1942 yıllarında sürgünde bulunan Norveç Hükümeti tarafından ceza kanununda yapılan değişikliklerle bazı ihanet, kötü muamele ve haksız alıkoyma suçları için ölüm cezası getirildi. Oysa Norveç Anayasasının 97. maddesi kanunların geriye yürümezliğine ilişkin açık hüküm içermekteydi. Buna rağmen *Klinge*, 1902 tarihli Ceza Kanununda yapılan değişiklikler ve daha sonra Anayasanın 97. maddesini askıya alan 4 Mayıs 1945 tarihli Kraliyet kararı uyarınca, ölüm cezasına çarptırıldı. *Klinge*, ölüm cezasına karşı Norveç Anayasa Mahkemesine itiraz etti. Temyiz savunmasını ise, ceza kanunun değiştirildiği tarihte anayasaya aykırı olması ve cezaların geriye yürütülemeyeceği gerekçelerine dayandırdı. Ancak itirazı çoğunluk adına reddeden Hakim *Skau*'nun verdiği gerekçeli karar, doğrudan Martens kaydı ve içerdiği unsurlara göndermede bulunarak açıklık getirmek çabası içerisinde olmuştur:

'İşkence sadece Norveç hukukuna göre açıkça yasaklanmamıştır. Ayrıca insaniyet kurallarına ve kamu vicdanının emirlerine de aykırıdır. Bu yüzden, davada sanık tarafından işlenen suçlar, *savaşın kural ve adetlerine* göre savaş suçlarıdır. Savaşın kural ve adetlerine göre, savaş suçları ölüm cezası dahil olmak üzere en ağır cezalarla cezalandırılabilir. Diğer bir deyimle, halihazırda bu davada muhakeme edilen eylemlerin suç karakteri ve tabi olacağı cezanın derecesi zaten uluslararası hukukun savaş hukukunun örf

ve adetlerine ilişkin kurallarında öngörülmüştür. Bu kurallar savaşı bir ülke olarak Norveç için de geçerlidir.⁷⁰

Norveç Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bu karar, özel bir öneme sahiptir. Çünkü ilk kez insaniyet kuralları ve kamu vicdanının emirlerini uluslararası hukuk normları olarak görülmüş ve Norveç hukukunun bir bütünleşmiş parçası olarak uygulanmıştır.

Öte yandan, 1948 tarihli *Krupp ve Diğerleri* davasında *Nuremberg* ABD Askeri Mahkemesi, Almanya'nın siyasi, mali, endüstriyel ve ekonomik hayatında en yüksek resmi mevkilerde yer alan Krupp Şirketinin sahibi *Alfried Krupp* ve 11 çalışanını savaş suçları ve barışa karşı suçlardan yargılamıştır. Sanıklar, bir dizi eylemlere katılmakla suçlanmıştır. Bu eylemler, Almanya'nın açtığı saldırı savaşları ve diğer ülkeleri işgalinin planlanması, hazırlığı ve icra edilmesi; işgal altındaki topraklarda bulunan kamu ve özel malların talan, tahrip ve sömürülmesi; buralardaki sivil halkın büyük çoğunluğunu zorla işçi yapmak üzere köleleştirilmesi ve sınır dışı edilmesi; bunu yaparken köle işçilere kötü muamelede bulunulması, işkence edilmesi ve öldürülmesi ve ayrıca savaş esirlerinin savaş operasyonlarında kullanılması, kötü muameleyle tabi tutulması ve öldürülmesi gibi olayları içermiştir. Krupp Şirketi, bu şekilde Almanya'nın demir-çelik ve kömür endüstrilerinde muazzam bir güç kazanmış ve Nazi hükümetinin en büyük silah üreticisi ve destekleyicisi konumuna gelmeyi başarmıştı⁷¹. Askeri Mahkeme, yargılama sırasında sanıkların 1907 IV No'lu *La Haya* Sözleşmesi hükümlerinin bir topyekûn savaşta uygulanamayacağı savunmasını reddetmiştir. Aksine Almanya'nın taraf olduğu 1907 *La Haya* Sözleşmelerinin 1939 tarihi itibarı ile artık teamül hukuku haline gelmiş olduğunu kabul etmiştir. Böylece *si omnes* şartının ötesinde,⁷² sadece akdî olarak değil, ama teamülü olarak da

⁷⁰ *Public Prosecutor v Klinge*, Norway, Supreme Court 27 February 1946, (1946) 13 *Annual Digests & Reports* 262-7, **alıntı** 262-3.

⁷¹ *In re Krupp and Others*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 30 Haziran 1948, (1948) 15 *Annual Digests & Reports* 620-1.

⁷² Klasik savaş hukukunda karşılıklılık ilkesi için bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 61.

Almanya üzerinde bağlayıcılık kazandığı teyit edilmiştir. Doğrudan 1907 *La Haye* Sözleşmesinin Girişinde beyan edilen Martens kaydına atıf yapan Mahkeme, şu ifadeyi kullanmıştır:

'Dibace göstermelik bir beyandan çok daha fazladır. Genel bir kayıttır. Sözleşmenin veya ona ek Düzenlemelerdeki mevcut hükümlerin savaş veya savaşa benzer hallerde ortaya çıkan bazı hususi meseleleri kapsamadığı zamanlarda, bu kayıt medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamaları, insaniyet kurallarını ve kamu vicdanının emirlerini uygulanacak hukukun bir ölçme aracı haline getirir.'⁷³

Bu beyanıyla mahkeme, uluslararası hukukun oluşumu sürecinde Martens kaydının içerdiği üç unsurun bir normatif değere sahip olduğunu açıkça tanımaktadır. Bu yönüyle daha sonraki yargısal içtihatlar bakımından insaniyet ilkesinin kullanılması önemli bir emsal teşkil etmiştir.

Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkelerinin dikkate alındığı diğer bir dava, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Hollanda Özel Yetkili Ceza Mahkemesinde görülen ve Özel Yetkili Yüksek Mahkemede temyiz edilen 1949 tarihli *Rauter* davasıdır⁷⁴. Yüksek Mahkeme, Hollanda'yı işgal eden Almanya'nın sivil halka karşı 'misilleme' yapmaya hakkı olup olmadığı meselesini incelerken, Martens kaydına göndermede bulunmuştur. Sanık *Hans Albin Rauter*, Haziran 1940 ile Mart 1945 arasında işgal altında bulunan Hollanda'da Alman S.S.'in en yüksek şefi, polis ve emniyet teşkilatının genel müdürü idi. Bu görevi ile, *Waffen S.S.* birliklerinin ve Hollanda'daki Alman polis teşkilatının baş komutanı ve ayrıca Hollanda polisinin nihai emniyet amiri olarak, ülkedeki kamu düzeninin muhafazası ve huzurun sağlanmasında en yüksek sorumluluğa sahipti. Bu bakımdan fevkalade geniş yetkilere sahipti. Bu yetkileri, kamu düzeni ve güvenlik alanında yürütmeye birlikte yasama gücünü de

⁷³ *Id.*, 622.

⁷⁴ *In re Rauter*, Holland, Special Criminal Court, The Hague, 4 May 1948, Special Court of Cassation 12 January 1949, (1949) 16 *Annual Digests & Reports* 526-7.

içermekteydi. İşgal süreci içerisinde, zamanla ülkede bir sistematik terör rejimi ihdas etmeye başladığı görüldü. Savaş sonrasında yakalanarak, savaş suçlusu olarak yargılanmak üzere Hollanda yetkililerine teslim edildi. Kendisine yöneltilen sekiz suçtan sadece biri, sivil halka karşı toplu misillemede bulunma iddiası idi. Sanık savunmasında, uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden ‘misliyle karşılık’ vermenin, karşı tarafın kendi eylemlerinin hukuka aykırı olduğu durumlarda, haklı hale geleceği iddiasını öne sürdü⁷⁵. Mahkeme bu savunmayı reddetti, çünkü burada söz konusu olan misilleme, işgal edilen devlete karşı değil, ama işgal altındaki devletin ülkesinde yaşayan sivil halka karşı yapılmış olan cezalandırıcı mahiyette ‘aynıyla karşılık vermek’ idi. Nitekim Mahkeme, 1907 *La Haye* Düzenlemelerinin 50. maddesiyle sivil halka karşı ortak veya birlikte sorumluluk doğurmayan bireysel meselelerde, mali ve sair nitelikte toplu cezalar verilmesinin açıkça yasaklandığına işaret etmiştir. Karar bu maddenin dayandığı temel fikri şöyle açıklamıştır:

‘yabancı ülkeyi işgal eden hiç bir güç, başkalarının yaptığı eylemlerden [sorumlu olmayan] masum kişilere karşı –o toprakların yasal hükümrani veya işgalcisinin kendi ülkesi topraklarında yapabileceğinden daha ziyade- sert tedbirler alamaz. Gerçekte bu tür bir davranış, işgal ettiği topraklar kadar kendi ülkesinde dahi yapılırsa, her bir adaletin ilkesine aykırı olur ve [*La Haye*] uluslararası sözleşmesinin dibacesine açıkça konulmuş olan [Martens kaydı] ile uyumlu değildir. Bu Sözleşmeye eklenen kurallara dahil olmayan hallerde, sivil halk ... medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insanîyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerinin koruması ve hükmü altında kalacaktır.’⁷⁶

⁷⁵ Nitekim bu anlamda Tütüncü misillemenin savaş hukukundaki yerini, ‘savaş hukuku kurallarının ihlâl edilmesi durumunda, normalde hukuka aykırı olacak bir eylemin, diğer taraf da hukuka aykırı uygulamalara başvurduğu için haklı görüldüğü bir zorlayıcı tedbir’ olarak tanımlamaktadır. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 155.

⁷⁶ *Id.*, 538-41.

Böylece Mahkeme, Martens kaydından yola çıkarak üç esaslı sonuca varmıştır. İlk olarak, 50. madde ile yasaklanan sivil halkı toplu cezalandırma amaçlı misillemelerin, aynı zamanda Martens kaydındaki insaniyet ilkelerini de ihlal ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca, ceza yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesinin uygulanmasının da, hukuk düzeni için aynı şekilde önem taşıdığı kabul edilen diğer başka ilkelerin uygulamasını engelleyecek şekilde bir normatif kesinlik arz etmediğini söylemiştir. Son olarak ise, insaniyet kurallarına ve kamu vicdanının emirlerine aykırı olan kasıtlı eylemlerin, henüz bir uluslararası kural ile açıkça yasaklanmamış olsa bile, bu ilkeler kapsamında halen cezalandırılabilir bir savaş suçu teşkil edebileceğine karar vermiştir⁷⁷.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan ve savaş suçlarının yargılandığı uluslararası askeri mahkemelerdeki bu davalara paralel olan farklı bir gelişmenin ortaya çıktığı görülür. Aynı tarihlerde bu kez Uluslararası Adalet Divanı, insaniyet düşüncesini genel uluslararası hukuk içerisinde dikkate almıştır. Nitekim 1949 tarihli *Korfu Kanalı* davasında Divan, Arnavutluk'un kendi karasuları içerisinde bulunan mayınların varlığını, burada seyreden gemilere bildirmeyi emreden bir uluslararası yükümlülüğü bulunduğunu tespit etmiştir. Nitekim bu yükümlülüğün, 'sadece savaş sırasında uygulanabilir olan 1907 VIII No'lu *La Haye Sözleşmesi*'ne değil, fakat iyi kabul gören belli genel ilkelere, yani: barış sırasında savaş zamanından bile daha fazla kesinlik arz eden *en temel insaniyet düşüncelerine* dayandığını' ifade etmiştir⁷⁸. *Meron*, insaniyet ilkelerinin buradaki en temel insaniyet düşüncelerinden farklı olmadığını söylerken, *Korfu Kanalı* kararından daha önce 1928 yılında *Naulilaa* davasında Hakemlik Mahkemesi tarafından insaniyet ilkelerinin hukuken

⁷⁷ *Id.*, 542, yine mahkemeye göre, özel ceza kanunu hakkındaki düzenlemenin 27(A) maddesinin insanlığa karşı yeni bir suç ihdas ettiği iddiası doğru değildir, çünkü gerçekte bu da söz konusu dibacedeki insaniyet kuralları tarafından kapsamaktadır.

⁷⁸ *Corfu Channel Case (UK v Albania) (Merits)*, 1949 (April 9) ICJ Reports 4, 22.

cevaz verilen misillemelerin kapsamını sınırlamak üzere uygulanmasını bir örnek olarak verir⁷⁹.

Uluslararası Adalet Divanı, en temel insaniyet düşüncelerini yansıtan kuralları esas alarak 1986 tarihinde *Nikaragua* davasında ‘insancıl hukukunun asli genel ilkeleri’ kategorisini genişletmiştir. Bu temel ilkelerden, 1949 Cenevre Sözleşmelerine ortak 3. Madde içerisinde ifade edildiği şekilde ‘en temel insaniyet düşüncelerine’ dayanan hem uluslararası ve hem de iç silahlı çatışmalarda uygulanabilecek olan kuralların belli bir özü çıkartılabilir.⁸⁰ Divan’a göre, ‘Amerika Birleşik Devletleri’nin davranışı, insaniyet hukukunun asli genel ilkelerine göre değerlendirilebilir’ ve 1949 Cenevre Sözleşmelerine ortak 3. maddede belirtilen belli kurallar ‘ayrıca uluslararası çatışmalara uygulanan daha gelişmiş kurallara ek olarak, asgari bir ölçüt teşkil eder.’⁸¹ Bu yorumuyla Divan’ın açıkça 1949 *Korfu Kanalı* kararındaki benimsediği yaklaşımı takip ettiği görülmektedir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin statüsü hakkında henüz kuruluş aşamasında BM Genel Sekreteri tarafından hazırlanan 1993 tarihli bir rapor, Uluslararası Adalet Divanı’nın yargı kararlarında en temel insaniyet düşüncelerini hukuki bir ölçüt olarak benimsendiğine işaret etmiştir. Böylece insaniyet ilkelerinin asli niteliğinin teyit edilmiş olduğu ama bu prensiplerden neler anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmediği belirtilmiştir.⁸² Ancak bu bakımdan, Irak’ın işgali altında bulunan Kuveyt’teki insan hakları durumunu incelemek üzere olarak atanan BM Özel Raportörünün çalışması,

⁷⁹ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82, Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique, (1928) 2 R.I.A.A. 1013,1026.

⁸⁰ Judith Gardam, ‘The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law’ (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 355.

⁸¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua v. US*, (Merits) (27 June) 1986 ICJ Reports 14, 113-4, para.218.

⁸² 1993 Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) para. 4, no 9, UN Doc S/25704, (1993) 32 *International Legal Materials*, 1163, 1191.

öncelikle Martens kaydının önemini vurgulamıştır. Arkasından en temel insaniyet düşünceleri kavramından anlaşılması gereken unsurları şöyle tanımlamıştır:

- i. Tarafların savaşın araç ve yöntemlerini seçme hakkı sınırsız değildir,
- ii. Askeri operasyonlara katılan kişiler ile sivil halka dahil olan kişiler arasında, sivillerin olabildiğince korunup esirgenmesi sonucunu verecek bir ayırımın yapılması gerekir, ve
- iii. bu şekilde sivil halka karşı saldırı düzenlenmesi yasaktır.⁸³

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, iki önemli davada vardığı içtihadını insaniyet ilkelerine dayandırmıştır. İlk olarak, 1996 tarihli *Martić* davasında Mahkemenin Yargılama Dairesi, ‘sivil bireyler kadar sivil halka yönelik bu tür saldırıda bulunmaya karşı [getirilen] yasak ile, savaşın araç ve yöntemlerini sınırlayan genel prensip ... bütün silahlı çatışmalara uygulanabilir olan bütün uluslararası insancıl hukukun temelini teşkil eden ... en temel insaniyet düşüncelerinden kaynaklanır’ görüşünü tekrar etmiştir⁸⁴. Yine 1998 yılında *Furundžija* davasında, Martens kaydının işkence yasağının uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiği iddiasının temel dayanağını oluşturduğunu söylemiştir⁸⁵.

Öte yandan, Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında sivillerin korunması alanında en temel insaniyet düşüncelerini yansıtan insancıl ilkelerin bir kataloğunu yaparken, genel olarak Cenevre hukuku çerçevesinde kalmıştı. Oysa daha sonra *Nükleer Silahların Tehdit veya Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* bu kez uluslararası silahlı çatışmalarda savaşın araç ve yöntemleri bakımından insancıl hukukun en temel ilkelerini *La Haya* hukuku kapsamında

⁸³ Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation, UN Doc E/CN.4/1992/26, para.36.

⁸⁴ *Prosecutor v. Martić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61, (13 March 1996) para.13.

⁸⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, No. IT-95-17/I-T, (10 December 1998), para.137.

incelemek imkanı doğmuştur⁸⁶. Bu temel ilkelerin özü itibarıyla insancıl karakterde olduğunu belirten Divan, bunlarla amaçlanan sivil halk ve sivil nesnelere korunması, muharipler ile muharip olmayanlar arasında ayırım gözetilmesi ve devletlerin sivilleri saldırının hedefi yapmaması olduğunu ifade etmiştir. Gereksiz acı ve ıstırap yasağı (sivillerin korunması) ile savaşın araç ve yöntemleri üzerindeki sınırlamalar ise, bunların bir sonucu olarak ortaya çıkar⁸⁷. Bu kapsamda Divan, Martens kaydının ‘teknolojinin hızlı evrimine karşı etkili bir araç olarak kanıtlanmış olduğuna’ işaret etmekle yetinmiştir⁸⁸. Bunun ötesinde Martens kaydının mahiyeti ve kapsamı hakkında yol gösterecek bir açıklamada bulunmadığı gözlenmiştir⁸⁹. Nitekim Divan, ‘süregelen varlığı ve uygulamasından şüphe duyulmayan Martens kaydını, insancıl hukukun kural ve ilkelerinin nükleer silahlara uygulanmasının pozitif bir teyidi olarak’ görmüştür⁹⁰. Cassese, Divan’ın sadece bu kadarla yetinmiş olmasını, kaydın içerik ve unsurlarına bir anlam yüklemek bakımından yetersiz kaldığı için eleştirmiştir⁹¹.

Yukarıda belirtilen uluslararası belge ve yargı kararlarında yer almasına rağmen, insaniyet ilkeleri içerik, anlam ve hukuki etki bakımından tam bir kesinlik arz etmekten uzaktır⁹². İnsaniyet ilkeleri, *a priori* savaşın mağdurlarını korumaya yöneliktir. Böylece insaniyet ilkeleri, silahlı çatışmalar sırasında sivil halkın ve sivil nesnelere korunmasını sağlayan *anthropocentric* bir kavram olarak ortaya çıkar ve

⁸⁶ Kararın uluslararası insancıl hukuk bakımından analizi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, ‘Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2003) 23 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 799 et seq.

⁸⁷ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 257 para. 78; ayrıca Tütüncü, *id.*, 801-9.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Gardam (2001), ‘The Contribution of the International Court of Justice’ 358-9.

⁹⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para.87.

⁹¹ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 205-7

⁹² Bu durum özellikle Mujezinović Larsen, Guldahl Cooper ve Nystuen, tarafından irdelenmiştir. Bkz. ‘Is There a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law’ in Larsen, Cooper and Nystuen (2013), *Searching for a ‘Principle of Humanity’* 8.

Cenevre hukuku kapsamında en temel iki ilkeyi barındırır. Bunlar, bir yandan karşı tarafı fazla ve gereksiz acı ve ızdıraba tabi kılma yasağı, yani düşmanı kısa zamanda teslim olmaya zorlamak için gereken yeterliliğin ötesinde zarar, acı ve ızdıraba neden olma yasağı; ve diğer yandan çatışmalarda yer almamış olan siviller ile, hastalık, sakatlanma, yaralanma ve esir alınma sonucu çatışma dışı kalan *hors de combat* kişilere insanca muamele etmek yükümlülüğüdür⁹³. Bu açıdan *Corn*, insaniyet ilkesini ‘muhariplerin ve çatışmalara artık katılmayan veya hiç bir zaman katılmamış olan bireylere her zaman insanca muamele edilmesini zorunlu kılarak, onları gereksiz acı ve ızdıraablardan koruyan bir ilke’ olarak tanımlamaktadır⁹⁴. Martens kaydı ile askeri amaçların insancıl düşüncelerle dengelenerek hukuki boşlukların doldurulması demek, *Schmitt*’e göre, insancıl hukuk hükmü tarafından açıkça düzenlenmemiş bir hususta, saldırı eylemini sadece askeri gerekliliğe dayanarak haklı çıkarmak değildir. Fakat savaş esnasında bu tür eylemlerin askeri gereklilik yanında, aynı şekilde insaniyete saygıyı da yansıtmaya gerekeceği anlamına gelir⁹⁵. Bununla beraber hukuken saygı gösterilmesi gereken insaniyet düşüncelerinin soyut karakteri, uluslararası hukukta iki anlam etrafında toplanmaktadır: İlk olarak, diğerlerine karşı davranış ve muamelede insan olmaya yakışan bir insanî niteliğin ifade edildiği insancıl duyarlılıktır. İkinci olarak, insanların toplu olarak ifade edildiği bir insanlık kavramıdır⁹⁶. Her iki anlamda amaç, insan hayatı, sağlığı ve iyiliğini korumaktır⁹⁷. Bunun arkasındaki ahlaki güç, insaniyet ilkesinin ‘evrensel bir etik’ olarak uygulanması gereğini açıklar⁹⁸.

⁹³ Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 86.

⁹⁴ Corn (2013), ‘Principle of Humanity’ para.1.

⁹⁵ Schmitt (2010), ‘Military Necessity and Humanity’ 800.

⁹⁶ Coupland (2001), ‘Humanity’ 972.

⁹⁷ Jean Pictet, ‘The Fundamental Principles of the Red Cross’ (1979) 19 No.210 *International Review of the Red Cross*, 130-149.

⁹⁸ Hugo Slim, ‘Sharing a Universal Ethic: The Principle of Humanity in War’ (1998) 2 *International Journal of Human Rights*, 28-48.

Fakat insaniyet ilkesinin hukuki etkisi fevkalade tartiřmalıdır⁹⁹. Bu etki nedir? Nasıl ortaya çıkar? Sadece Martens kaydının bir unsuru olarak, onun kapsamı içerisinde bulunan normatif işlevlerine katkıyla mı sınırlıdır? Yoksa kendi başına bağımsız bir hukuk normu olarak görülebilir mi?¹⁰⁰

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Dairesi, *Kupreškić* davasındaki 2000 tarihli kararında, silahlı çatışmalarda kısmen veya tamamen hukuka uygun olup olmadığı tartışma dışı kalan ve bu anlamda hukukun sözde gri alan içerisine giren birbiri ardına devamlı tekrarlanan münferit görünömlü saldırıların toplu etkisini değerlendirmek durumunda kalmıştır. Mahkeme, bu saldırı şeklinin 'insaniyet gereklerine aykırı olarak sivillerin can ve mal varlığını aşırı biçimde tehlikeye dönüştürebileceğini' düşünerek, yasak kapsamı dâhilinde görmüřtür¹⁰¹. Böylece tek başına hukuken yasaklanmayan bir dizi saldırı eyleminin, sonuçta insaniyet ilkesini ihlal ettiği gerekçesi ile bir bütün olarak toplu şekilde cezaya tabi tutulması, ancak Mahkeme tarafından insaniyet ilkesine bağımsız bir hukuk normu statüsü tanınmasıyla mümkün olmuştur. Fakat bu son derece tartişmalı bir içtihatır¹⁰².

Daha sınırlı bir yaklaşım, Kızıl Haç Uluslararası Komitesi Genel Kurulu tarafından kabul edilen 26 Şubat 2009 tarihli *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Altında Hasmane Çarpışmalara Doğrudan Katılma Kavramı Hakkında Yorumlayıcı bir Kılavuz* içerisinde görölmektedir. Bu Kılavuz, bir sözleşme ile 'açık düzenlemenin bulunmadığı hallerde, meşru askeri hedeflere karşı yapılan saldırılarda ne çeşit ve derecede kuvvete

⁹⁹ İnsaniyet kavramının normatif etkisi için bkz., Matthew Zagor, 'Elementary Considerations of Humanity' in Karine Bannelier, Theodore Christakis and Sarah Heathcote (Eds), *The ICJ and The Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case* (London: Routledge, 2012) 269-78.

¹⁰⁰ Larsen, Cooper and Nystuen (2013), 'Is there a Principle of Humanity' 6.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), 206-7 para.525-6.

¹⁰² Robert Cryer, 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study' (2006) 11 *Journal of Conflict & Security Law* 255.

cevaz verileceği, askeri gereklilik ve insaniyetin temel ilkelerine bağlı olarak belirlenmesi' gerekeceğini öngörmüştür¹⁰³. Böylece bu iki ilkenin - i.e. askeri gereklilik ve insaniyetin temel ilkeleri-, müsaade edilen askeri hareketin bütünü içerisindeki toplam etkisine uygulanak eşğin daha düşük bir seviyede değerlendirilmesine imkân tanıdığı düşünülmüştür. İki ilkenin birarada uygulanmasıyla, uluslararası insancıl hukuk tarafından açıkça yasaklanmamış olan genel bir seviyeden, somut olayın mevcut şartlarında meşru görülen bir askeri amacı başarmak için gerçekte sadece ne kadar gerekiyorsa o kadar silahlı kuvvet kullanılması doğal olarak daha düşük bir düzeyde bir zarara neden olacaktır¹⁰⁴. Bu öneriye esas teşkil eden insaniyet ilkesinin tanımı için, Kızıl Haç Kılavuzunun İngiliz Savunma Bakanlığı'nın Silahlı Çatışmalar Hukuku Talimatnamesinden alıntı yaptığı görülür. Klavuz, 'insaniyetin meşru askeri amaçların yerine getirilmesi için gerçekte gerekli olmayan acı, ızdırabların, yaralanma ve tahribatın verilmesini yasakladığını' beyan etmektedir¹⁰⁵. İngiliz Ordusunun Talimatnamesine göre, 'eğer düşman muharip yakalandığı veya yaralandığı için muharebe dışı kalmış ise, artık ona saldırmaya devam etmenin hiçbir askeri amacı yoktur. Bu sebeple, insaniyet ilkesi sivil halkların ve sivil nesnelerin saldırıdan muaf tutulması esasını teyit eder, çünkü siviller ve sivil nesnelerin askeri harekate hiçbir katkısı bulunmaz.'¹⁰⁶ Her ne kadar burada insaniyet ilkesinin bağımsız bir hukuki etkiye sahip olduğu izlenimi söz konusu ise de, *Larsen, Cooper* ve *Nystuen*'in yorumladığı gibi, insaniyet ilkesi sadece gereksiz acı, ızdırab, yaralanma ve tahribatı yasaklayan yerleşmiş bir hukuk ilkesinin ahlaki (*moral*) olarak haklılığını onaylamaktan öteye geçmez¹⁰⁷. Gerçekte

¹⁰³ Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, (2008) 90 No.872 International Review of the Red Cross, 1041.

¹⁰⁴ *Id.*, 1042

¹⁰⁵ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 23.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Larsen, Cooper and Nystuen (2013), 'Is there a Principle of Humanity?' 8.

Martens kaydından bağımsız olarak bir insaniyet ilkesinin bulunup bulunmadığı sorusuna, *Dinstein* ‘devletlerin uygulamasında, insaniyet ilkesine hiçbir zaman uluslararası teamül hukukunun normal uygulamasından bağımsız olarak dayanıldığına dair herhangi bir somut delil bulunmadığı’ yanıtını verir¹⁰⁸. Ona göre, insaniyet ilkesine yapılan göndermeler, oldukça gevşek ve yanıltıcıdır ve bir hukuk normu olarak değil ama hukuk-dışı düşünceler olarak, Uluslararası Adalet Divanı’nın 1949 *Korfu Kanalı* davasında ifade ettiği ‘en temel insaniyet düşünceleri’ çerçevesinde ve 1868 St. Petersburg Beyannamesinde kullanıldığı anlamda algılanmalıdır¹⁰⁹. Bu yaklaşım, genel olarak doktrine hakim olan görüşü yansıtır¹¹⁰.

3. Kamu Vicdanının Emirleri

Muharip ve sivil ayırımı gözetmeyen savaş teknikleri ile, gereksiz acı ve ızdıraqlara yol açan savaş eylemleri tanım itibarıyla orantılılığı aşar ve insaniyetsiz (*inhumane*) olarak kabul edilir. *Schmitt*, bu üçlü değerlendirmede insaniyet bir kenara bırakılırsa, başından itibaren yasaklanan eylemlerin insaniyetsizlikten ziyade insanlık dışı (*inhuman*) olduğunu söyler. Bunlar nerede ortaya çıkarsa çıksın tabiyatı gereği haksız ve yanlış olarak görülürler. İşte bu yüzden kamu vicdanının şuuruna aykırıdır ve kamu vicdanının emirlerini ihlal ettiği kabul edilir¹¹¹. Burada insaniyeti, askeri gereklilik ve ayırım yasağı gibi diğer ilkelerden bağımsız kılan, söz konusu eylemin yarattığı acı, ızdırab ve tahribat etkisi değil, ama *eylemin kendisinin niteliğidir*. Kategorik olarak insanlık dışı bir eylem olarak görülmesidir. Bunlar genellikle savaşın yöntem ve araçları bakımından getirilen bazı belli hususi sınırlamalar ve yasaklar şeklinde ifade edilirler¹¹². Çünkü bu tür eylemler, askeri gereklilik, ayırım yasağı

¹⁰⁸ Dinstein (2013), ‘The Principle of Proportionality’72-3.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82.

¹¹¹ Michael N. Schmitt, ‘Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict’ (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 61

¹¹² Michael N. Schmitt, ‘Humanitarian Law and the Environment’ (2000) 28 *Denver Journal of International Law & Policy* 308-9.

ve orantılılık ilkeleri ile haklı gösterilebilse dahi, özünde *insanlığa yakışmaz* ve *insaniyet gereği* olarak hukuk dışıdır.

Kamu vicdanının emirleri, toplum şuurunun yansımasıdır. İki aşamada ortaya çıkabilir. Alt aşamada, halkın duygularının toplu bir ifadesi olarak kamuoyunun bir çatışmaya taraf olanların davranışlarını etkilemesidir. Kamunun etkisi, belli bir davranış modeli yaratılması suretiyle uluslararası insancıl hukukun gelişmesine katkıda bulunabilir. Böylece kamuoyunun eğilimi, uluslararası hukukta halen gelişme aşamasında olan olgunlaşmamış bazı normların kendi hükümetleri tarafından ya teamül hukukunun bir beyanı olarak algılanması, ya da yeni bir kural oluşumu olarak tanınmasını teşvik edebilir¹¹³. Bu şekilde, Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen insanlık suçlarının uluslararası toplumun vicdanında yarattığı infial, BM Güvenlik Konseyi'ni harekete geçirmiştir. Konsey tarafından *Ad Hoc* Uluslararası Ceza Mahkemelerin kurulmasını sağlamış ve bu suçların faillerini adalet önüne getirmek üzere hukuki düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur¹¹⁴. *Kalshoven*, bazı yazarlara göre kamu şuurunun ayrı bir hukuk standartını oluşturduğunu söyler. Öyle ki, kamuoyunda ortaya çıkan güçlü bir talep, yeni bir kuralın ihdasını sağlayabilir. Buna örnek olarak ise, çevreye verilen tamiri olanaksız zararlar bakımından 'ekolojik zarar kriterinin' kabul edilmesi ve napalm bombaları ile yakıcı diğer silahların toplum bilincinde yarattığı infialin, bunların kullanılmasına karşı yasak getirilmesi şeklindeki etkisini gösterir¹¹⁵. Daha üst bir aşamada ise, kamu vicdanının emirleri devletler arasında *opinio juris*'i yansıtabilir¹¹⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası toplumun üyesi olan devletlerin hükümetleri, kamuoyundan gördükleri baskı sonucu, belli bir görüş etrafında toplanabilirler ve bu ortak görüş zamanla bir hukuki zorunluluk inancı yaratabilir. Uluslararası

¹¹³ *Id.*, 83.

¹¹⁴ Mark R. von Sternberg, 'A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the Elementary Dictates of Humanity' (1996) 22 *Brooklyn Journal of International Law*, 121-8.

¹¹⁵ Frits Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collective Essays* (Leiden: Martinus Nijhoff: 2007) 161-2.

¹¹⁶ Crawford (2006), 'Modern Relevance' 10.

kamuoyunun talepleriyle yaratılan bu etkinin önemi İtalyan Hükümeti temsilcisi tarafından, 1973 yılında 1949 Cenevre Sözleşmelerine Eklenen Protokol tasarılarının görüşüldüğü konferansa ilişkin olarak BM 6. (Hukuk) Komitesinde açık bir şekilde ortaya konmuştur: ‘insancıl andlaşmalar hukuku ancak kamu şuuruna kök saldığı ölçüde, tedrici olarak bütün devletlere uygulanabilen genel uluslararası hukuk haline dönüşmüştür.’¹¹⁷

1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde Yargıç *Shahabuddeen*, aşırı ve gereksiz acı ve ızdırabları yasaklayan bir teamül kuralının varlığını incelerken, savaşın yöntem ve araçlarının sınırlarını belirlerken uygulanması gereken testin, ortaya çıkan acı ve ızdırabın derecesi ile beklenen askeri avantaj arasındaki bir dengeye dayandığını söylemiştir¹¹⁸. Ona göre, bu dengenin sağlanmasında, ‘devletlerin kendisi kamu şuru ile yönlendirilir. ... [Söz konusu hukuk] ilkelerinin insancıl karakterini, kamu vicdanını dikkate almadan belirleyebilmek mümkün değildir. Böylece [karar verirken], belli bir çeşit silahın [*i.e.* nükleer] neden olduğu acı ve ızdırabın derecesini, öngörülebilir hiçbir askeri avantaj ile haklı gösterilemeyeceği emreden bir kamu vicdanını benimsemek yolu Divan’a açıldı.’¹¹⁹ Yargıç *Shahabuddeen* Divan’ın bu kararını, nükleer silahların kullanılması sonucu ortaya çıkması kaçınılmaz olan ve hiçbir şekilde maruz görülemeyecek acı ve ızdırabların, bundan amaçlanan askeri avantaja ne olursa olsun, yasaklanmasını talep eden evrensel kamu vicdanının emirlerini dikkate almadığı için eleştirmiştir. Toplum şuurunun etkisi, esasen insancıl davranışa ilişkin kamu duyarlılığının hukuka yansıtılması ihtiyacına dayanır. Nitekim Yargıç *Weeramantry*’nin *Danışma Görüşüne*

¹¹⁷ UN GAOR, 6th Committee, 28th Session, 1452nd Meeting, UN Doc. A/C.6/SR.1452 (1973), 306 para.46.

¹¹⁸ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 402, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹¹⁹ *Id.*, 403.

koyduğu muhalefet şerhinde irdelenen böyle bir ihtiyaçtır¹²⁰. ‘Savaş sonrası yıllarda insan hakları alanındaki muazzam gelişmeler, ... “insaniyet düşünceleri” ve “kamu vicdanının emirleri” gibi kavramların değerlendirmesi üzerinde zorunlu olarak etkide bulunmuştur. ... Küresel toplumun kamu şuuru böylece fazlasıyla güçlenmiş ve “insaniyet düşünceleri” ve “kamu vicdanının emirlerine” duyarlı hale getirmiştir.’¹²¹ Bundan hareketle, *Weeramantry*’e göre, eğer davada bu meseleler dünyanın genel kamu bilincine hitap eden sorular şeklinde ifade edilebilseydi, “kamu vicdanının emirleri” ile [nükleer] silahlar arasındaki uyumsuzluk daha açık bir belirginlik kazanarak, Divan’ı vardığı sonuçtan farklı bir karar almaya götürürdü¹²². *Crawford*, ‘kamu şuuru’ kavramının artık ‘dünya kamuoyu’ düzeyinde algılanabilmesinin giderek daha mümkün olduğuna işaret etmektedir. Nitekim tarihsel olarak ulusal orduların tamim ve talimatnameleri üzerinde bu tür etkilerin, özellikle eski İspanyol, 1958 İngiliz ve 1994 Avustralya askeri kılavuzlarında gözlemlendiğine dikkat çekmektedir¹²³. 1996 *Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde*, Avustralya ‘siviller, sivil hedefler ve çevre üzerinde fevkalade korkunç potansiyel etkilere sahip olan silahların, artık kamu vicdanının emirleri ile uyumlu olmadığı toplu kanıtını’ uluslararası hukukta nükleer silahlara uygulanan veya uygulanmayan bir dizi andlaşma ve belgede bulunduğunu iddia etmiştir¹²⁴.

Eğer Martens kaydı, önerildiği gibi, Mahkemeye kamu vicdanının emirlerini dikkate alarak yargısal hüküm tesis etme yetkisini verebiliyorsa, o zaman hukuki normun dayandırılacağı hâlihazırdaki kamu şuurunun nasıl belirlenmesi gerektiği önemli bir pratik sorun olarak karşımıza çıkar. O halde, bir davada hakim, kamunun o anki şuurunu

¹²⁰ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 487, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹²¹ *Id.*, 490.

¹²² *Id.*, 489.

¹²³ Crawford (2006), ‘The Modern Relevance’ 11.

¹²⁴ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 48 para. 33, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

objektif olarak tanımlayabilecek bu tür delilleri nerede aramalıdır? *Silahlı Çatışmalar Sırasında bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukuka Uygunluğu* davasında Uluslararası Adalet Divanı'na sunduğu görüşte Nauru Cumhuriyeti, bu tespitin kamu vicdanının emirlerini ifade eden hukuki yazışma ve belgelere dayanarak yapılması gerektiğini öne sürmüştür¹²⁵. Ancak uygulamada bu tarzda kamu vicdanının emirlerini yansıtan önemli sayıda ortak kararlar, beyannameler, hukuki metin taslakları ve diğer tür resmi belge ve yazışmaların, aslında genel olarak hiç bir resmi kuruluş veya hükümet adına hareket etmeyen ama savaş hukukunu değerlendirmeye ehil görülen özel kişi ve hükümetler dışı resmi olmayan kurumlar tarafından hazırlanmış olduğu görülür¹²⁶. Bunların belli bir siyasi amaç ve çıkarın ötesinde ne kadar güvenilir olduğu tartışma konusudur. Siyasi niteliğine rağmen ve hukuki bağlayıcılığı bulunmasa da, çok sayıda BM Genel Kurul kararı için aynı şey söylenemez. Bunların Martens kaydının kapsamı içerisindeki yasaklar bakımından, 20. yüzyılın ikinci yarısında şekillenen kamu şuurunun beyan edilmesine delil teşkil edecek en etkili hukuki gösterge olduğu ileri sürülebilir¹²⁷. Aynı görüş Yargıç *Shahabuddeen* tarafından 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde benimsenmiştir. *Shahabuddeen*, kamu şuru ile belirlenecek olan normatif standartların ihdası sırasında Divan'ın dikkate alması gereken hukuki otoriteye sahip kaynakları sayarken, Genel Kurul kararlarının nükleer silahların kullanılmasına dair mevcut toplumsal bilinç ve mantığın açık bir ifadesi

¹²⁵ Response to Submissions of Other States by the Republic of Nauru, part 2: second submission at 11-13, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66. <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/10923.pdf>

¹²⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132-3, kamu şuru hukukçular ve hukuki kurumlar tarafından uluslararası belgelerde ifade edilse de, hukuken formüle edilmesinde belirleyici rolün yargısal değerlendirmeye ait olduğunu öne sürer.

¹²⁷ Sean McBride, 'The Legality of Weapons of Social Destruction' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 406.

olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸. Bunun yanında Nükleer Silahlar davasında Avustralya, diğer uluslararası belgelerin kamu vicdanının bir ifadesi olarak dikkate alınması gerektiğini Divan'a sunmuştur: ‘.. Bütün bu belgeler, ister kendileri nükleer silahlara uygulansın ister uygulanmasın, doğal çevre, siviller ve sivil hedefler üzerinde potansiyel olarak böylesine felaket getiren etkilere sahip silahların artık kamu vicdanının emirleri ile bağdaşmadığının toplu kanıtını teşkil eder.’¹²⁹

Yukarıdaki tartışmalardan şu temel soru ortaya çıkar. Martens kaydı ile ‘kamu vicdanı’ standart alınarak, bütün silah ve savaş araçlarının, - meğer ki bunların kullanılması uluslararası teamül hukukunun (mesela gereksiz ve fazla acı ve ızdırab ilkesi gibi) iyi yerleşmiş belli bir kuralına aykırı olmasa dahi-, değerlendirilmesini öngören bağımsız bir kural uluslararası insancıl hukuka dahil edilebilir mi? Buna yanıt olarak Greenwood, ‘kamu vicdanının’ hukukun ayrı bir kuralının oluşumuna esas teşkil etmek üzere kullanılması bakımından son derece belirsiz ve müphem bir kavram olduğu ve pratik bir değeri bulunmadığını söyler. Bu yüzden de uluslararası hukukta ciddi bir destekten yoksun olduğu düşünülür¹³⁰.

IV. Yorumlanması ve İşlevleri

Martens kaydının içerisinde sayılan üç unsurun nasıl anlaşıldığı incelendikten sonra, uluslararası insancıl hukukun gelişmesi sürecinde kendisine hangi hukuki işlevler atfedebileceği önem taşır. Kaydın bir bütün olarak ilk önerildiği şekilde amaçlanan dar hedefin ötesinde, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra modern bir kavram olarak yarattığı ilgi, etki ve cazibe, uluslararası hukuktaki yerini oldukça

¹²⁸ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 410, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹²⁹ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 48, para.33.

¹³⁰ Christopher Greenwood, ‘Historical Development and Legal Basis’ in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Second ed., Oxford; Oxford Uni. Press, 2008) 34-5; Ayrıca aynı görüş için bkz. O’Connell (2013), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

tartışmalı bir hale gelmiştir¹³¹. İlk teklif edildiği görünümünde, pozitif hukuk tarafından düzenlenmeyen alanlardaki boşluk ve eksikliklerin, ahlaki ve etik değerler içeren *insanîyet* ve *vicdan* gibi doğal hukuk kavramları ile doldurulmaya çalışılması, normatif kesinlik bakımından bir belirsizlik ve şüpheyi beraberinde getirmişti. Buna rağmen Martens kaydı *Cassese* tarafından, 20. Yüzyıla girilirken ilk defa insanîyet kurallarına ilişkin bir soruya salt ahlaki bir mesele olmanın ötesinde pozitif bir perspektiften yaklaşmak teşebbüsü olarak görülmüştür. Çünkü bu anlamda uluslararası teamül hukuku kurallarının sadece ve münhasıran devletlerin uygulamalarından değil, ama ayrıca insanîyet ilkeleri ve kamu vicdanın emirlerinden de kaynaklanabileceği öngörülmüştü¹³². İçerik bakımından doğal hukuk soyutlamaları taşıyor olsa da, her hâlükârda Martens kaydı belli bir pratik gerçekçilikle çözüm üretme çabasını temsil etmektedir. Şöyle ki, savaş hukukunu düzenleyen *La Haya* Sözleşmelerinin kapsamı dışında kalan durumlarda, Martens kaydı ile siviller ve muhariplerin en temel seviyede asgari bir koruma altında kalmaya devam edeceğini garanti altına alınmıştır. Ancak daha sonra ortaya çıkan farklı tarzdaki düzenlemeler, bu korumayı savaş hukukunun bütün alanlarına teşmil edecek bir genellik ve esneklikte ifade edilmiştir.¹³³ Bunun sonucunda, muğlak ifadesi ve geniş uygulama kapsamı, kendisine yüklenebilecek anlam ve işlevleri kesin olarak belirlemekten uzak ve nasıl uygulanması gerektiğini izafi yorumlara bağlayan bir kavram haline getirmiştir.¹³⁴ Bununla beraber, Martens kaydının modern insancıl hukuk bakımından gerçek değeri, bu şekilde yoruma bağlı olan potansiyelinde yatmaktadır. İnsancıl hukuk doktrini ve yargısal içtihatlarda Martens kaydının, tamamen müstakil olmasa da birbirleri ilişkili ve kısmen örtüşen dört ayrı

¹³¹ Bu yaygın normatif tartışmaya Giladi tarafından fevkalade ilginç bir katkı tarihsel perspektiften yapılmıştır. Bkz. Rotem Giladi, 'The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause' (2014) 25 *European Journal of International Law* 857-69.

¹³² Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188-9.

¹³³ Meron (2000), 'The Martens Clause' 79.

¹³⁴ Salter (2012), 'Reinterpreting' 406.

yorumuna tabi tutulduğu ve buna bağlı olarak farklı hukuksal rollere sahip olduğu görülür. Bu yorumlar, Martens kaydını

- i. *Daraltıcı tanımlayarak,*
- ii. *Yargısal yorum aracı olarak,*
- iii. *Farklı ve bağımsız hukuk kaynağı olarak, ve*
- iv. *Ahlaki saikleri hukuk doktrine ithal eden bir araç olarak işlevler yükler*¹³⁵.

1. Daraltıcı Yorum

Daraltıcı yorum, Martens kaydını mevcut uluslararası hukuk kural ve ilkelerinin yorumlanması ile sınırlı tutar. İlk kez sunulduğu zaman öngörülen bir amacı yerine getirir. Şöyle ki, andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatır¹³⁶. Böylece uluslararası teamül hukuku, *La Haye Sözleşmelerinde kendisini açıkça ortadan kaldıran bir hüküm olmayan hallerde, geniş anlamda uygulanmaya devam edecektir, çünkü sözleşmede belli bir konuda hüküm bulunmaması demek hukuk yok anlamına gelmez*¹³⁷. Martens kaydının bu en çok kabul gören şekli, *Greenwood*'a göre, bir andlaşmada sırf herhangi bir konunun gözardı edilmiş olması hali, o konuda ortaya çıkabilecek bir mesele hakkında uluslararası hukukun da sessiz kalacağı anlamına gelmeyeceğini ifade eder. Bu anlamda Martens kaydı, bir akdî düzenlemenin –daha doğru bir ifadeyle, bilerek yapılmış da olsa ihmalin- uluslararası teamül hukukuyla sağlanan

¹³⁵ Helmut Strebler, 'Martens' Clause' in Rudolf Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3 (Amsterdam: North-Holland, 1982) 252-3; Jean-Marie Henckaerts, 'Martens Clause' in Antonio Cassese (ed), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford: Oxford Uni. Press, 2009) 411-2; Jochen von Bernstorff, 'Martens Clause' (2009) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.13.

¹³⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 131; Fleck (2003), 'Friedrich von Martens' 24.

¹³⁷ Shigerki Miyazaki, 'The Martens Clause and International Humanitarian Law' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 437.

korumayı engellemeyeceğini hatırlatma işlevi görür¹³⁸. Daha geniş bir yorum açısından, savaş hukukunu düzenleyen andlaşmalar hiç bir zaman bütün konularda tam bir tedvin yapamayacağı için, eğer bir davranış andlaşma ile açıkça yasaklanmamış ise, bu ona hukuken *ipso facto* müsaade edildiği anlamına gelmez¹³⁹. Cassese, bu anlamda yorumlandığında kaydın, *a contrario* (mefhum-u muhalif; *argumentum a contrario*) iddiayı reddetmek işlevini üstlendiğini söyler. Bu şekilde, *La Haye* Sözleşmeleri ile düzenlenmeyen meselelerde muhariplerin, uluslararası hukukun öteki alanlarından çıkartılabilecek diğer sınırlamaları göz ardı ederek, diledikleri gibi keyfi davranmalarını engeller¹⁴⁰. Kısaca, Martens kaydı *Lotus* varsayımına,¹⁴¹ yani ‘sınırlayıcı kural yoksa hareket serbestliği vardır’ şeklindeki pozitivist görüşe karşı bir durum yaratır.¹⁴² 1978 tarihinde silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası hukuk hakkında toplanan bir diplomatik konferansta Belçika temsilcisi tarafından belirtildiği gibi, Martens kaydının amacı, yazılı insancıl hukukun sadece tedricen gelişebildiğini açıklamak ve saygı gösterilmesi gereken bir ortak hukukun mevcut olduğunu göstermektir. Bu anlamda, resmen yazılı bir yükümlülüğün olmadığı yerde uluslararası hukuktan her zaman bir vecibe çıkartılabileceği için, *a contrario* varsayımı reddeden bir yorum ilkesi olarak görülmüştür¹⁴³. Gerçekten Martens kaydının yer aldığı 1899 *La Haye* orijinal düzenlemesindeki giriş metni, tarafların bu yöndeki niyetini açıklayıcı ifadeler içerir:

¹³⁸ Greenwood (2008), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

¹³⁹ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

¹⁴⁰ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 189.

¹⁴¹ *Case of the SS Lotus* (France v. Turkey), PCIJ, Series A, No. 10 (7 September 1927) 4, 18-9.

¹⁴² Ole Spiermann, ‘Lotus and The Double Structure of International Legal Argument’ in Laurence Boisson de Chazournes and Phellippe Sands (eds), *International Law, International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 131-52.

¹⁴³ 8 Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Law Applicable in Armed Conflicts, (1978) Official Records, Doc. CDDH/I/SR.3, para.11, alıntı Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 81.

‘mamafih uygulamada ortaya çıkabilecek bütün halleri kapsayacak düzenlemeleri hâlihazırda birlikte yapabilmek imkanı bulunamamıştır. Diğer yandan, Yüksek Akit Taraflar yazılı bir taahhüttün eksikliğinde, öngörülemeyen durumları askeri komutanların keyfi değerlendirmelerine bırakmamak niyetindedir.’¹⁴⁴

Tarafların bu niyetine göre, *La Haye* Düzenlemeleri ile savaşın kural ve teamülleri tedvin edilirken yapılan yazılı hükümlerin uygulanmasında bir boşluğun ortaya çıkması durumunda, *non liquet* sorununun Martens kaydı ile giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁵ Gerçekten bu açıdan, Martens kaydı bir *a contrario* önermeyi dışlamaktan öte faaliyet göstermez¹⁴⁶. 1995 tarihli bir kararında Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Kolombiya hukukunda 1977 Ek Protokol II’nin uygulanmasının anayasaya uygunluğunu denetlerken, Martens kaydının Protokol II ile yasaklanmamış bir eylemin hukuken caiz olduğu varsayımını ortadan kaldırdığını teyit etmiştir¹⁴⁷. Sözleşmeden kaynaklanan açık ve yazılı bir akdî yükümlülüğün bulunmadığı hallerde dahi, devletlere hala uluslararası teamülü yükümlülüklerinin bulunabileceğini hatırlatma işlevi görür. Böylece uluslararası hukuk kurallarının yazılı olarak açık ve net bir şekilde bulunmadığı durumlarda, savaşın araç ve yöntemleri hakkında bir sınırlama veya yasak bulunmadığı şeklinde varsayımının önüne geçer¹⁴⁸. 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu* hakkındaki *Danışma*

¹⁴⁴ Dibace para.8, Friedman (1972), *The Law of War*, 222.

¹⁴⁵ Daniel Bodansky, ‘Non Liqueur and the Completeness of International Law’ in Laurence Boisson de Chazournes and Phellippe Sands (eds), *International Law, International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 155-9.

¹⁴⁶ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict* (Oxford: Hart, 2008) 62.

¹⁴⁷ Marco Sassöli, Antoine A. Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law Volume III: Cases and Documents* (Third ed., Geneva: ICRC, 2011) Case No. 243.

¹⁴⁸ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 409.

Görüşüne ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı önünde İngiltere bu yaklaşımı benimsemiştir. İngiltere mütaalasında nükleer silahların kullanılmasına ilişkin hususi bir andlaşma yasağının bulunmadığı halde, Martens kaydı ile bunların kullanımının hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Aynı nedenle, Martens kaydının kendisinin nükleer silahların kullanımının hukuka aykırılığını ihdas edemeyeceği ama sadece bir *renvoi* işlevi göreceğini iddia etmiştir. Nitekim böyle bir yasak için, uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını gösterebilmek gerekir. İngiltere'ye göre, devlete uygulanabilir bir yasaklayıcı kuralın bulunmadığı halde, o devletin söz konusu eylemine cevaz verildiği kabul edilmelidir¹⁴⁹. Buna karşılık, aynı davada bu anlayış Rusya Federasyonu tarafından en daraltıcı yorumuyla Divan'a sunulmuştur: Martens kaydının konulma amacı, savaş hukuku kurallarının daha tam bir kodu yapılarına kadar uygulanması niyeti ile sınırlı idi. Öte yandan savaş hukuku kurallarını tedvin eden 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve bunlara Ek 1977 Protokolleri ile bu alanda tam bir kod yapılmıştır. Bu nedenle Martens kaydına ihtiyaç kalmadığı gibi, bu kayıt artık atıl hale gelmiştir¹⁵⁰. Ancak Rusya'nın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir¹⁵¹. Nitekim, Martens kaydına 1977 Ek Protokol I'in dibacesi yerine esas metin içerisinde yer verilmiş olması, kaydın normatif hukuki öneminin devam ettiğinin bir göstergesidir¹⁵². Ancak bu eleştiri, Martens kaydına atfedilen normatif niteliğin hukuken nasıl takdir edilmesi gerektiği sorusunu yanıtlamamaktadır. Eğer kaydın anlamı ve hukuki işlevi *a contrario* savları reddetmek ise, aslında zaten aşikar olana işaret etmenin ötesine geçmemektedir ve *Cassese*'nin ifadesi ile, 'yararsız ve gereksizdir', çünkü

¹⁴⁹ Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 54-5, para. 3.58, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

¹⁵⁰ Russian Federation, Written Submission on the Opinion Requested by the General Assembly, Compilations of Written Statements, ANW, 13 July 1995, 13.

¹⁵¹ Pustogarov (1999), 'The Martens' 130-1.

¹⁵² Ticehurst (1997), 'The Martens Clause' 127.

hukuken atıl olan bu işlev, sadece ahlaki ve siyasi değerleri göstermekle sınırlı kalmaktadır¹⁵³.

Buna karşılık *Hayashi*, bazı uluslararası yargı içtihatlarının incelenmesinden Martens kaydının teyit edici işlevinin genişletildiğini gözleyerek, *andlaşma kurallarının statüsü ne olursa olsun*, uluslararası teamül hukukunun varlığı ve rolünü hatırlatmasına bağlanan normatif etkinin artırıldığı sonucunu çıkarır¹⁵⁴. Divan 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu hakkındaki Danışma Görüşünde*, Martens kaydının ‘devam eden varlığı ve uygulanabilirliğinden, insancıl hukukun kural ve prensiplerinin nükleer silahlara uygulanmasının bir tasvibi olarak, şüphe edilmemesi gerektiğine işaret’ etmiştir¹⁵⁵. İngiltere ve Fransa gibi nükleer devletler kendileri bakımından Ek Protokol I’ın uygulanmasını nükleer silahların dışında sadece konvansiyonel silahlar ile sınırlı tutan çekinceler koyarak kabul etmişlerdi¹⁵⁶. Ancak *Hayashi*’ye göre, Divan tarafından Martens kaydının geniş yorumlanması, insancıl hukukun -akdî statüsü ne olursa olsun ve çekincelerin geçerliliğine bakılmaksızın- uluslararası teamül niteliğine haiz olan kurallarının uygulanmasının devam edeceğini göstermektedir¹⁵⁷. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Hadžihasanović* davasındaki 2002 tarihli kararında, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında askeri üstün, ihmalden ötürü bireysel cezai sorumluluğu konusunda Martens kaydına atıfta bulunmuştur¹⁵⁸. İç silahlı çatışmalara

¹⁵³ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 192-3.

¹⁵⁴ Mika Nishimura Hayashi, ‘The Martens Clause and Military Necessity’ in Howard M. Hansel (ed), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict* (Aldershot: Ashgate, 2008) 146.

¹⁵⁵ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 259-60 para. 86.

¹⁵⁶ Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 40-2, para. 3.45-3.47, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

¹⁵⁷ Hayashi (2008), ‘The Martens Clause’ 146.

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura* ICTY, IT-01-47-DP (Interlocutory Appeal On Decision On Joint Challenge To Jurisdiction, 12 November 2002)

uygulanan Ek Protokol II, komutanın sorumluluğuna dair hiçbir hüküm içermemektedir. Oysa uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan Ek Protokol I, üstün sorumluluğunu düzenlemektedir¹⁵⁹. Savunma, bu farklılığın protokolleri yapanların niyetini gösterdiğine işaret etmiştir. Akit tarafların bu kuralın iç çatışmalara uygulanmasını hiçbir zaman istemediklerini iddia etmiştir¹⁶⁰. Yargılama Dairesi bu eksikliğin varlığını kabul etmiştir. Ancak Martens kaydının varlığı, Protokol II'nin bu sessizliğinin *a contrario* yorumlanmasını engel teşkil ettiğini söylemiştir. Çünkü andlaşmadaki bu sessizlik otomatik bir müsaade anlamına gelmeyeceği gibi, bu tür durumlarda uygulanmaya müsait uluslararası teamül hukuku kurallarının bulunabilmesi olasılığını da ortadan kaldırdığı söylenemezdi. Sonuç olarak Daire, söz konusu edildiği tarihte uluslararası teamül kuralı olarak mevcut olan üstün sorumluluğu doktrinin, sivil savaşlara da aynı şekilde uygulanabileceğine hükmetti¹⁶¹. Yine *Hadžihasanović* davasının ilerleyen safhasında 2004 yılında, bu kez bazı şehir kasaba ve köylerin 'askeri gerekliliğin haklı kılmadığı kasıtlı tahribi' suçlamasına karşı, savunma bunun sadece uluslararası çatışmalara uygulanabilen Ek Protokol I ile yasaklandığını öne sürmüştür¹⁶². O halde iddia makamına düşen Yugoslavya savaşının bu kısmının ya uluslararası bir çatışma olduğunu göstermek, ya da kasıtlı tahrip yasağının iç çatışmalara da uygulanabileceğini kanıtlamaktı¹⁶³. Mahkemenin Yargılama Dairesi, askeri gereklilik ile haklı gösterilemeyen kasıtlı tahrip yasağının Ek Protokol II'de düzenlenmemiş olmasının, taraf devletlerin niyetinin bu yasağın iç silahlı çatışmalarda uygulanmasından bilinçli olarak imtina etmiş olduğunu gösterdiğini kabul etti¹⁶⁴. Ancak hemen sonra Martens kaydına atıf yapan Mahkeme, bilinçli olarak ihmal edilse

¹⁵⁹ 1977 Ek Protokol I, 86. Madde.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Hadžihasanović, Alagic, ve Kubura*, para.12.

¹⁶¹ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 147.

¹⁶² *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, ICTY, IT-01-47-T (Decision on Motions for Acquittal Pursuant to Rule 98bis of the Rules of Procedure and Evidence, 27 September 2004).

¹⁶³ *Id.*, para.93.

¹⁶⁴ *Id.*, para.98.

dahi, yazılı bir hükmün bulunmuyor olması, uluslararası teamül hukukunda mevcut olan paralel bir kuralın varlığını engellemeyeceği görüşünü benimseyerek, iç silahlı çatışmalar sırasında yerleşim alanlarının kasıtlı olarak tahrip edilmesinin uluslararası teamül hukuku kuralıyla yasaklandığına hükmetti¹⁶⁵.

Dar yorumları bu şekilde genişletilen yargı uygulamalarının, bir anlamda akdî düzenlemelerdeki hukuki boşlukları genel uluslararası hukukta bulunan geniş anlamli teamül kuralları ve temel insancıl yükümlülükler ile doldurduğu gözlenmektedir. Böylece Martens kaydına, askeri gereklilik ilkesinin tek başına bir haklılık sebebi olarak kullanılması karşısında dengeleyici işlev görmesi imkânı sağlanmıştır¹⁶⁶.

2. Yargısal Yorum Aracı Olarak

Görölmekte olan bir davada insancıl hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek şüphe ve belirsizlik halinde, Martens kaydı bir yargısal yorum aracı olarak kullanılabilir. Hakim, söz konusu insancıl hukuk kuralını ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ uyarınca yorumlar¹⁶⁷. Bu tür durumlar, somut olayın çeşitliliğinde ortaya çıkan ancak akdî düzenlemelerde öngörülemediği olan bir meseleyi içerir. Martens kaydı ise, bu hallerde uluslararası insancıl hukuk kural ve ilkelerinin uygulanmasından doğan belirsizlik veya şüpheyi gidermek üzere bir yorum aracı olarak yol gösterme işlevi üstlenir. Bundan maksat, ‘insaniyet’ ve ‘kamu vicdanı’ ile öngörülen hukuki gerekleri yerine getirmek için, söz konusu kural ve ilkelerin yorumlanması sırasında yine böyle soyut insanî ve vicdanî düşünceleri dikkate almaktır¹⁶⁸. Bu şekilde genişletilmiş yorumlama kıstasları, uluslararası insancıl hukukun dinamik tarzda yorumlanmasına imkân sağlayan bir yöntemi gerekli kılar. *Strebel*'e göre, dinamik yorum tekniği ile uluslararası hukukun yerleşmiş kural veya ilkelerinin ‘genelde yeni olaylar ve teknolojik gelişmeler’

¹⁶⁵ *Id.*, para.104.

¹⁶⁶ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 413.

¹⁶⁷ von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ para.13.

¹⁶⁸ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 190.

uygulanmasının yolu açılır¹⁶⁹. Nitekim 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde Uluslararası Adalet 'Divanı*, bu ilkeler hususunda aynı şekilde, ilk kez 1899 tarihli *Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair II No'lu La Haye Sözleşmesine* dâhil edilen ve bugüne kadar *askeri teknolojinin hızlı evrimine karşı etkili bir çare olarak kanıtlanmış olan Martens kaydına* atıfta' bulunarak dinamik yorum tekniğini benimsemiştir¹⁷⁰. Böylece dinamik yargısal yorum, halihazırda var olan kural ve ilkelerin genişletilmesi suretiyle, yeni teknolojik gelişmeler sonucu değişen savaş yöntem ve taktiklerini kapsayacak şekilde uygulanmasını olanaklı hale getirir¹⁷¹.

Gerçekten, herhangi bir mevcut kuralın yeni ortaya çıkan bir uygulama alanında kapsam ve uygulanabilirliği hakkında şüphe hâsıl olursa, kendisini o kuralın hukuken belirsiz veya kesin olmayan birden fazla muhtemel yorumu arasında bir çözüm aramak durumunda bulan mahkemeye yardımcı olacak bir araç rolü üstlenir. *Salter*'e göre, özellikle yeterince kapsamlı olmayan veya çelişen hukuki otoritenin bulunması ya da emsal teşkil edebilecek davaların yetersiz ve belirsiz olması hallerinde, Martens kaydı davayı gören hakime kendi içerisinde barındırdığı bu unsurlara en fazla etkiyi kazandıracak tarzda söz konusu olay ve hukuki olguların yorumlanmasını seçebilmek imkanını tanır. Çünkü bu tür bir seçim ile sadece hukuka değil, ama ayrıca onun arkasındaki insancıl politikalar ve gerekçelerin genel ruhu ve mantığına en uygun bir tercihin yapılabilmesi olanağı sağlanır. Bazen insaniyet ilkelerinin anlamı, insan hakları bildirileri gibi insancıl hukukun dışında kalan diğer başka hukuk alanları içerisinde daha ayrıntılı bir şekilde belirlenebilir. İşte bu durumda

¹⁶⁹ Strebel (1982), 'Martens Clause' 252.

¹⁷⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 257 para. 78.

¹⁷¹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (Eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: Martinus Nijhoff, 1987) 39: Martens kaydı 'belirtilen ilkelerin durum ve teknolojinin daha sonraki gelişmelerine bakılmaksızın uygulanabileceğini ileri süren bir dinamik unsur olarak görülmelidir.'

hakim Martens kaydını bir yargısal yorumlama aracı olarak kullanabilir ve bu tür insan hakları bildirilerinden yararlanarak insaniyete aykırılık teşkil edebilecek yorumların önüne geçebilir¹⁷². Diğer bazı durumlarda ise Martens kaydının bu dinamik işlevini, işgal hukukunu insaniyet ilkeleri ile birlikte uluslararası insan hakları hukukunun gelişen standartlarına bağlamak suretiyle yerine getirdiği görülür¹⁷³.

Martens kaydının yargısal yorum aracı olarak kullanıldığı ilginç bir dava, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Belçika'da görülen *K.W.* davasıdır¹⁷⁴. Sanık savaş sırasında işgal altında bulunan Belçika'da polis memuru olarak görev yapmıştı. Bu süre içerisinde Alman işgal ordusuna karşı silahlı direnişte bulunan ve tutuklanan birçok sivil kişiye kötü muamelede bulunarak, ciddi zararlar vermekle itham edilmişti. Savaş kural ve teamüllerini ihlal etmek suçu ile Brüksel Askeri Ceza Mahkemesinde yargılandı. Mahkeme, 1907 tarihli IV No'lu *La Haye* Sözleşmesine ek Düzenlemenin 46. maddesinde, istilacı güçlerinin işgal edilen ülkedeki halkın 'yaşam hakkına' saygı göstermekle yükümlü olduğuna işaret etti. Fakat Düzenlemelerde, işgal altındaki topraklarda yaşayanlara karşı 'şiddet uygulamak ve kötü muamele etmek' hususunda açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmuyordu. Böyle açık bir yasağın yokluğunda, Mahkeme Martens kaydına göndermede bulunarak, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden çıkartılabilecek olan uluslararası hukuk prensiplerinin ne olabileceğini araştırmaya başladı. Bu arayışta, 1948 tarihinde henüz kabul edilen *BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin* 5. maddesinde öngörülen, hiç kimseye işkence yapılamayacağı, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulmayacağı yasağını tespit etti. Mahkeme bu hükme dayanarak, sanık tarafından mağdurlara karşı yapılan eylemlerin, işkence ve kötü muamele teşkil ettiği saptadı. Böylece bu eylemlerin savaşın kural ve

¹⁷² Salter (2012), 'Reinterpreting' 413.

¹⁷³ von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' para.13.

¹⁷⁴ *K.W. Case*, Conseil de guerre de Bruxelles, Judgment (8 February 1950), (1949-1950) 30 *Revue de droit pénal et de criminologie* 562-8.

teamüllerine aykırı olduğu sonucuna vardı¹⁷⁵. Sonraki yargı içtihatlarında insancıl hukukun örf ve adet kurallarının tespit edilmesi bakımından bu davanın önemli bir etkisi olmuştur. *Cassese*, bu şekilde Martens kaydının bir yargısal yorum aracı olarak kullanılmasının, muğlak ve müphem olan insaniyet ilkelerinin yerine uluslararası belgelerde bulunan insan hakları standartlarını esas alarak hüküm kurmayı sağlayan doğru ve uygun bir yaklaşım olduğunu öne sürmüştür¹⁷⁶.

Daha sonra Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarında, yerleşmiş insan hakları standartlarının yol gösterici olarak kabul edilmesi yöntemi ile *La Haye* Düzenlemelerini genişletici yoruma tabi tutmak eğilimi benimsenmiştir. Nitekim bu kez Mahkemenin başkanı olmak sıfatı ile *Cassese*, Martens kaydının yargısal olarak yorumlanması ve öncelikle yargısal yorumun bir ilkesi olarak uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir. 2000 tarihli *Kupreškić* kararı bu görüşün oldukça tartışmalı¹⁷⁷ olan genişletici bir uygulamasını içerir:

‘bu kayıt, en azından, uluslararası insancıl hukukta bir kuralın yeterince kesin veya açık ve aşikâr olmadığı bir zamanda [insaniyet] ilkeleri ve [kamu vicdanının] emirlerine atıfta bulunmayı buyurur; bu hallerde ilgili kuralın amaç ve kapsamını bu ilke ve emirlere yapılacak atıf ile tanımlanması lüzumu vardır.’¹⁷⁸

Bu başlangıç noktasından hareket eden Mahkemenin, *Kupreškić* kararında Martens kaydının yargısal bir yorum aracı olarak kullanılmasında bir adım daha ileri gittiği görülür. Şöyle ki, kaydın içerdiği esnek unsurların, devletlerin uygulamasının eksik ve yetersiz olması yüzünden uluslararası insancıl hukukta tam olarak yerleşmiş ve kesinlik kazanmış bir teamül kuralının tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde dahi, bir şekilde uygulanmasına imkân sağlanmıştır.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 207.

¹⁷⁷ Cryer (2006), ‘Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel’ 256.

¹⁷⁸ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), para.525.

Böylece yeni örf ve adet kurallarının oluşmasını kolaylaştırıcı bir işlev ortaya çıkmıştır. Nitekim Mahkeme sivil halk ve sivil nesnelere karşı misillemede bulunma yasağı hususunda, Martens kaydının uluslararası teamül hukuku oluşumunun maddi unsuru olan ‘devletlerin uygulaması’ üzerindeki etkisini incelemiştir¹⁷⁹. 1977 tarihli Ek Protokol I, 51(6). madde ile düşman eline düşen sivillere karşı misillemede bulunmayı; ve 52(1). madde ile de sivil nesnelere karşı misillemede bulunmayı yasaklamıştır. Mahkeme, bu yasağın uluslararası teamül haline gelip gelmediği meselesini sorgulamıştır. Ancak böyle bir teamül kuralının tesis edilmesi için gerekli görülen, devletlerin henüz *yeterince yaygın ve tutarlı bir uygulama* içerisinde bulunmadığını tespit edilmiştir. Bu alanda Mahkeme, Martens kaydının bir sonucu olarak, teamülün subjektif unsurunu teşkil eden *opinio juris sive necessitatis*’in, devletlerin uygulamasından daha fazla bir role sahip olabileceğini kabul etmiştir. Böylece, Yargı Dairesinin uluslararası teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulaması hakkında ayrıntılı bir araştırma yapmaktan imtina ettiği gözlenmiştir. Onun yerine sadece *opinio juris*’e dayanarak, sivillere karşı yapılan misillemelerin yasaklanmasının bir uluslararası örf ve adet kuralı haline geldiği sonucuna varmıştır. *Hayashi*’ye göre, *Kupreškić* davası kararı Martens kaydının yargısal yorum aracı olarak kullanılması yöntemiyle, uluslararası teamülün oluşmasında *opinio juris*’e devletlerin uygulamasının üzerinde yer verilmesi gerektiğini öngören tek içtihat olma niteliğini taşımaktadır¹⁸⁰.

3. Farklı ve Bağımsız Hukuk Kaynağı Olarak

Martens kaydı, ‘medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden’ çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerine göndermede bulunur. Yukarıda ifade edildikten en dar anlamda, devletlerin arasında yerleşmiş uygulamalardan çıkartılabilecek uluslararası teamülün, andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, aksine yazılı bir hükmün

¹⁷⁹ *Id.*, para.527.

¹⁸⁰ Hayashi (2008), ‘The Martens Clause’ 148.

olmadığı durumlarda uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmak işlevini görür. Ancak bunun aksine azami genişletici bir yorum, Martens kaydının uluslararası hukukun kaynakları üzerindeki etkisine ilişkindir. Bunun bir sonucu, ‘insaniyet ilkeleri’ ile ‘kamu vicdanının emirlerini’ devletlerin uygulamalarıyla aynı seviyeye getirmesi şeklinde ortaya çıkar¹⁸¹. Ancak Martens kaydının unsurlarına devletlerin uygulamasına eşit bir statü tanımak, uluslararası hukuk teorisi bakımından fevkalade tartışmalı olan köklü bir değişimi öngörür. Martens kaydının kendisine, uluslararası hukukun biçimsel kaynakları olan uluslararası teamül, andlaşma ve genel hukuk ilkelerinin ötesinde, en azından uluslararası insancıl hukukun oluşumu bakımından esas teşkil edebilecek farklı ve bağımsız bir dayanak olmak işlevi atfedilebilir mi?¹⁸² Bir başka ifade ile, Martens kaydına *doğrudan* uluslararası hukuk normu yaratma işlevi yüklenebilir mi? Bu sayede ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ –an azından silahlı çatışmalar hukuku bakımından- uluslararası hukukun iki yeni kaynağı haline gelebilir mi? Daha sınırlı bir yorum ise, *dolaylı* norm yaratma işlevini öngörür ve ‘insaniyet ilkeleri’ ile ‘kamu vicdanının emirlerini’ birlikte uluslararası hukukun ilkeleri seviyesine çıkarmak ile yetinir¹⁸³. Bütün bu yorumların uluslararası teamül hukukunun oluşmasında maddi unsur olan *devletlerin uygulaması* ve sübjektif unsur olan *opinio juris sive necessitatis* arasındaki ilişki üzerinde incelenmesi gereken farklı etkileri vardır.

a. *Doğrudan Norm Yaratan Hukuk Kaynağı Olarak*

Martens kaydının savaş hukukuna dahil edildiği 1899 tarihinden itibaren çeşitli andlaşmalar ve özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra

¹⁸¹ Miyazaki (1984), ‘The Martens Clause’ 437, Martens kaydının içerisinde ifade edilen genel hukuk prensiplerinin, uluslararası hukukun genel prensiplerinin parçası ve silahlı çatışmalar hukukunun bir kaynağı olduğunu düşünür.

¹⁸² Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

¹⁸³ Bu görüş kısmen Al-Duaij tarafından öne sürülmüştür. Ancak Martens kaydını uluslararası hukukun genel ilkesi olarak kabul eden Al-Duaij, derin bir kavram kargaşası içerisinde *jus cogens* niteliği atfederek tanımlamaya çalışmıştır. Nada Al-Duaij, *Environmental Law of Armed Conflict* (New York: Transnational Publications, 2004) 92-103.

verilen yargı kararlarındaki tedrici kullanımları, öğretilerde bazı yazarları lafzi bir yorumla ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ devletin uygulamaları ile aynı seviyede çıkartarak, uluslararası hukuk prensiplerinin kaynağını teşkil ettiği sonucuna götürmüştür¹⁸⁴. 1949 *Cenevre Sözleşmelerindeki fesih hükümlerine atıfta bulunan Röling*’e göre, andlaşmaların artık bağlayıcılığını yitirdiği durumlarda dahi, Martens kaydında yer alan ‘medenî milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden’ çıkarılan uluslararası hukuk prensipleri halen bağlayıcı nitelikte olan belli bazı davranış kurallarını içermeye devam eder¹⁸⁵ ve böylece insaniyet ilkeleri, bağlayıcı kurallar yaratabilen bir hukuk kaynağı haline gelir¹⁸⁶. Diğer yandan *Strebel*, Martens kaydının sadece bu üç hukuk kaynağına atıfta bulunmakla yetinmediğine işaret eder. Bunun ötesinde, üç kaynağın herhangi birinden veya bunların toplu etkisinden kaynaklanan uluslararası hukuk prensiplerine de atıfta bulunduğunu iddia eder. Ona göre, kaydın uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin genel doktrin ile yeni gelişmeler ve gelecekte ortaya çıkabilecek durumlara uygulanması bakımından dikkate alınması gerektiğini söyler¹⁸⁷. Nitekim yazarlar bu en geniş yorumuyla Martens kaydının, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ ile doğrudan norm yaratan iki yeni hukuk kaynağı ihdas ettiğini kabul ederler¹⁸⁸. Bu azami genişletici işlev, Martens kaydına bir yorum aracı olmanın ötesinde, doğrudan esaslı normatif bir güç kazandırır. *Cassese*, bu niteliği ile Martens kaydının tarihte ilk kez

¹⁸⁴ Salter, modern insancıl hukukta Martens kaydının en geniş amaçsal yorum ile hem farklı ve bağımsız hukuk kaynağı olmak ve hem de yeni ve özgün norm yaratmak işlevini kazandığını savunur. Bkz. Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 428-32.

¹⁸⁵ Bernard V.A. Röling, *International Law in an Expanded World* (Amsterdam: Djambatan, 1960) 37-8.

¹⁸⁶ Bernard V.A. Röling, ‘The Law of War and the National Jurisdiction since 1945’ (1960) 100 *Recueil des cours* 351.

¹⁸⁷ Strebel (1982), ‘Martens Clause’ 252-3; ayrıca Fleck (2003), ‘Friedrich von Martens’ 24.

¹⁸⁸ Cassese bu görüş için G. Sperduti, *Lezioni di diritto internazionale* (1958) 68-74 gösterir. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 191 dn.6; von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ para.13.

uluslararası teamül hukukunun kural veya ilkelerinin sadece devletlerin uygulamasından değil, ama ayrıca insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden de çıkarılabileceğini gösteren bir doğal hukuk ile pozitivizm karışımını ifade ettiğine işaret eder¹⁸⁹.

İkinci Dünya savaşını takip eden yıllarda ortaya çıkan askeri mahkemelerin içtihat hukukunda, Martens kaydına uluslararası insancıl hukukun oluşması sürecinde biçimsel kaynak teşkil etmek işlevinin yüklenebileceğine ilişkin bu görüşlere destek olabilecek bazı örnekler bulmak mümkündür. Bu bakımdan en güçlü destek, *Nuremberg* ABD Askeri Mahkemesinin 1948 tarihinde *Krupp* kararında görülür. Bu davada, 1907 *La Haye* Sözleşmesinin 46-56. maddelerinde bulunan işgal altındaki ülkeyi yağmalama yasağının Almanya'yı bir sözleşme hükmü olmasının ötesinde teamül hukuku kuralı olarak da bağladığı kabul edilmiştir. Buna gerekçe olarak Mahkeme, *La Haye* Sözleşmesi veya ona ek Düzenlemelerde bulunan bu hükümlerin savaş veya savaşa benzer hallerde ortaya çıkan hususi meseleleri kapsamadığı hallerde, medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamalar, insaniyet kuralları ve kamu vicdanının emirlerinin 'uygulanması gereken hukuki bir belirleme aracı' haline geleceğini ifade etmiştir¹⁹⁰. Ancak *Nuremberg* Mahkemesi, Martens kaydının bu şekilde doğrudan norm yaratabilen bir hukuk aracı olmak niteliğine kararda *obiter dictum* olarak yer vermiştir. Bunun nedeni, *La Haye* sözleşmelerinde bu yasak hükümlerinin zaten yeterince açık ve belirgin olması yüzünden davaya doğrudan uygulanmış olmasıdır. Sonuçta, Martens kaydının farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak norm yaratmak üzere tek başına kullanılmasına gerek kalmamıştır¹⁹¹. Buna rağmen *Salter*, Mahkeme tarafından Martens kaydının bireysel cezaî sorumluluk yüklemeye müsait olan özgün bir hukuk normu yaratabilmek

¹⁸⁹ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188-9.

¹⁹⁰ *In re Krupp and Others*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 30 Haziran 1948, (1948) 15 *Annual Digests & Reports* 622.

¹⁹¹ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 204.

kabiliyetinin bu şekilde tanınmış olmasının bile, daha hususi ve az tartışmalı durumlarda kaydın bu işlevini haklı göstereceğini savunur¹⁹².

1949 tarihli *Rauter* davasında Hollanda Özel Yetkili Yüksek Mahkemesi, sanığın işlendiği tarihte iç hukukta suç teşkil etmeyen eylemlerinden daha sonra suçlu bulunması ve ölüm cezasına mahkûm edilmesinin, suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi yüzünden hukuka aykırı hale geldiği gerekçesi ile temyiz talebini, Martens kaydının azami genişletici bir yorumuna dayanarak reddetmiştir¹⁹³. Şöyle ki, Mahkeme savaş suçlarının varlığı bakımından 1907 *La Haye* Düzenlemelerinde yasaklanan belli bazı eylemlerin, aynı zamanda dibacede yer alan Martens kaydının kapsamı içerisinde düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısı ile bu şekilde iyi yerleşmiş uluslararası savaş kurallarının her kasıtlı ihlalinin, o tarihten beri bir uluslararası suç teşkil etmekte olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca davalının, Hollanda Özel Yetkili Ceza Mahkemesi tarafından söz konusu eylemlere karşı yeni bir ‘insanlığa karşı suç’ kategorisi ihdas ettiği iddiasını da geçersiz bulmuştur. Çünkü Martens kaydı ile yapılan, zaten insaniyet ilkelerine aykırılığın yasaklanmasıydı. Son olarak, geriye yürümezlik ilkesinin uygulanması sonucu, kasıtlı ihlali hukuk düzeni için geriye yürümezlik ilkesinin ihlali ile aynı derecede ağır sonuçlar verebilecek olan diğer ilkelerin, sırf daha önce açık bir ceza hükmüne tabi olmadığı için, uygulanmasının engellenemeyeceği öngörülmüştür¹⁹⁴. *Salter*’e göre, Mahkemenin red gerekçeleri iki hususta önem arzeder: Martens kaydının içerdiği normların hem ‘insanlığa karşı suçların’ tarihsel kaynağını oluşturduğunu gösterir ve hem de ihlali halinde uluslararası suç teşkil edecek olan bağımsız normlar statüsü kazandığını teyid eder¹⁹⁵. Buna karşılık *Cassese*, Mahkemenin red

¹⁹² Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 424.

¹⁹³ *In re Rauter*, Holland, Special Criminal Court, The Hague, 4 May 1948, Special Court of Cassation 12 January 1949, (1949) 16 *Annual Digests & Reports* 528.

¹⁹⁴ *Id.*, 542-3.

¹⁹⁵ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 424, Martens ‘kaydının orijinal halinde tek başına bir norm teşkil ettiği, veya en azından 1940’larda, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmak statüsünü kazanmış olduğu fikrini varsaydığını’ iddia eder.

sebeplerinden özellikle ilk ikisinin ‘oldukça muğlak, sığ ve yanılıcı’ olduğu gerekeşisi ile eleştirir¹⁹⁶.

Ancak suç ve cezaların geriye yürümezliğı ilkesi, Nazi savaş suçlarına ilişkin diğeri davalar sırasında da söz konusu olmuştur. 1946 tarihli *Klinge* davasında Norveç Yüksek Mahkemesi, Norveç Anayasasının 97. maddesindeki kanunların geriye yürümezliğı ilkesinin Temyiz Mahkemesinin hükmettiğı ölüm cezası üzerindeki etkisini incelemiştir. *Klinge*’nin suçlu bulunduğı ağır işkence eylemleri sadece Norveç hukuku tarafından açıkça yasaklanmamıştır. Ayrıca Martens kaydının içerdiği ‘insaniet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerine’ de aykırı olduğunu için, savaş suçu teşkil etmiştir. İşte bu yüzden ölüm cezası dahil en ağır cezaları gerektirdiğı sonucuna varılmıştır¹⁹⁷. Gerçekten ilk bakışta ‘insaniet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerinin’ Mahkeme tarafından uluslararası hukuk standartları seviyesine çıkartıldığı görülür¹⁹⁸. Oysa bu davada Martens kaydı, farklı ve bağımsız bir kaynak olarak norm yaratmaktan çok, 1907 *La Haya* Sözleşmelerinin 46. maddesinin geniş yorumlanmasını sağlayarak, düşman ülkenin sivil halkına işkence yapmanın yasak olduğu kuralını bu hüküm çerçevesinde göstermek üzere kullanılmıştır¹⁹⁹.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Birinci Yargı Dairesinin *Martić* davasında verdiği 1996 tarihli kararı, Martens kaydının doğrudan norm yaratan farklı ve bağımsız bir hukuki kaynağı olmak niteliğini kısmen tanımıştır. Tek taraflı bağımsızlığını ilan etmiş olan sözde *Sırp Krajina* Cumhuriyetinin devlet başkanı *Martić*, 2 ve 3 Mayıs 1995 tarihlerinde Zagreb şehrinin topa tutulmasını emretmişti. Bunun sonucunda, savaş hukukuna aykırı olarak çok sayıda masum sivil halkın ölümüne neden oldu. Ancak bu eylem, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 3. maddesinde bulunan ve Mahkemenin yetki

¹⁹⁶ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 205.

¹⁹⁷ *Public Prosecutor v Klinge*, Norway, Supreme Court 27 February 1946, (1946) 13 *Annual Digests & Reports* 263.

¹⁹⁸ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 426’da Cassese’ye atıf ile bu görüşü benimser.

¹⁹⁹ Bu değerlendirme için bkz. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 203.

alanına giren suç tanımları içerisinde açıkça sayılanlardan biri değildi. Buna rağmen Mahkeme, sivillerin bombalanmasını savaş suçu olarak nitelendirdi. Bunun gerekçesi, hem teamül hukukunda ve hem de akdî hukukta sivillere karşı saldırı yasağına ilişkin kuralları ihlal edilmiş olmasıydı. Bu noktada Mahkeme, sivillere karşı özellikle misilleme amaçlı saldırıların yasaklanmış olması kuralı ile savaşın araç ve yöntemlerini sınırlayan genel ilkenin ayrıca Martens kaydından kaynaklandığını ifade etmiştir²⁰⁰. *Salter*'e göre, belli bir hususi andlaşma hükmü ile açıkça düzenlenmeyen bu tür bir vahşete karşı Mahkeme tarafından, Martens kaydına savaş hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun bağımsız bir kaynağı olarak işlev görmek üzere doğrudan uygulanmasını sağlamak için bir genel prensip olmak niteliği atfedilmiştir²⁰¹.

Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde*, Avustralya'nın nükleer silahların kullanılması veya kullanılması tehdidinin insaniyet ilkelerine aykırı olduğu ve bu yüzden uluslararası teamül hukukunu ihlal ettiği savını değerlendirirken,²⁰² insancıl hukukun en temel iki ilkesi olan sivillerin korunması ve muhariplere gereksiz acı ve ızdıraba neden olacak bütün savaş araç ve yöntemlerinin yasaklanmasına ek olarak bu bağlamda Martens kaydına atıfta bulunmuştur. Divan, 'eğer silahların öngörülen bir kullanımı insancıl hukukun şartlarını karşılamıyorsa, bu tür bir kullanımda bulunma tehdidinin de bu hukuka aykırı olacağını' ifade etmiştir²⁰³. Ancak bu ifadeden nasıl bir sonuç çıkarılması gerektiği açık değildir.

²⁰⁰ *Prosecutor v. Martić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61, (13 March 1996) para.13.

²⁰¹ *Salter* (2012), 'Reinterpreting' 428.

²⁰² Australia's Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 45-57.

²⁰³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 257 para. 78.

İkinci Dünya Savaşından sonra benimsenen bu yargısal içtihatlarında *obiter dicta* olarak ifade edilen bazı genel beyanların dışında, Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan farklı ve bağımsız normların ihdas edildiğini gösteren bir karar bulunmamaktadır. Nitekim bu çalışma, şimdiye kadar herhangi bir uluslararası ya da iç hukuk mahkemesi tarafından uluslararası hukukun temel akdî ve teamüli süreçlerine eklenen yeni ve farklı hukuk kaynaklarının bulunduğu esas ile hüküm tesis ettiğini tespit etmemiştir²⁰⁴.

b. Dolaylı Olarak Norm: Uluslararası Hukuk İlkesi

Martens kaydı vasıtasıyla, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinin birlikte uluslararası hukukun prensipleri haline geldiği öne sürülmüştür. Ancak bu prensiplerin normatif içeriği ve düzenlediği davranışların tabi olacağı somut hukuki standartların ne olduğu tam olarak açıklanmış değildir. Bu yüzden, Martens kaydının ‘insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerini’ hemen ve doğrudan uluslararası hukuk standartları haline dönüştürmediği görülür. Fakat bunun yerine devletlerin uygulamasında dikkate alınması gerektiği öngörülür. Bunların normatif içeriğinin ise, uygulamada bulunacak olan devletler tarafından belirlenerek, hukuki standartların somutlaştırılmasına imkân sağlayacağı düşünülür. Böylece Martens kaydı ile *dolaylı* olarak uluslararası hukuk prensipleri seviyesine çıkartılan insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirleri, normatif bağlayıcılık niteliği kazanır. Bu niteliği uygulamada iki türlü işleyişe sahiptir. İlk olarak, belli bir dereceye kadar diğer uluslararası hukuk kurallarını tamamlayıcı işlev görebilir ve böylece o kuralların uygulanmasında ortaya çıkan hukuki boşlukları doldurma görevini yerine getirir.²⁰⁵ Ancak hukukun genel prensiplerinin bağımsız *şekli* bir kaynak olarak uluslararası hukukta boşluk doldurma işlevini uluslararası teamül kurallarının tespiti sürecinden ayırabilmek, özellikle bazı karmaşık somut

²⁰⁴ Benzeri bir tespit için bkz. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 208.

²⁰⁵ Giorgio Gaja, ‘General Principles of Law’ (2013) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.21;

ihtilafıya uygulanması bakımından, pek çok yönüyle güçlük arz eder.²⁰⁶ Buna rağmen, Martens kaydının *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri tarafından uluslararası suçlardan ötürü bireysel cezaî sorumluluğun ihdas edilmesi amacıyla, uluslararası anlaşmalar ve teamülde ortaya çıkan boşlukları doldurmak için oldukça liberal bir şekilde kullanıldığı görülmüştür²⁰⁷. İkinci bir işlevi ise, genel hukuk prensiplerinin ikame özelliğine delalet eder. Bazı uluslararası yargı kararlarında, Martens kaydına yapılan gönderme ile var olan muğlak veya müphem uluslararası teamül kurallarının yerine geçmek üzere, dolaylı olarak yeni normlar yaratıldığı görülür. *Hayashi*, bunu yer değiştirme işlevi olarak tanımlar²⁰⁸.

Martens kaydının ikame işlevi gören genel hukuk ilkeleri yaratabileceğine ilişkin ilk eğilim, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986 tarihli *Nikaragua'ya karşı ve içerisinde Askeri ve Silahlı Milislerin Faaliyetlerine* dair davada verdiği kararda görülebilir. Divan, ABD'nin eylemlerinin uluslararası insancıl hukukun en temel genel prensiplerine göre değerlendirilebileceğinden yola çıkmıştır. Böylece ABD'nin, bu temel prensipleri ifade eden *Cenevre* Sözleşmelerindeki fesih hükümleri içerisinde bulunan Martens kaydından kaynaklanan uluslararası yükümlülükler ile bağlı olduğunu belirtmiştir. İç silahlı çatışmaları düzenleyen 1949 *Cenevre* Sözleşmelerine ortak olan 3. Maddenin aynı zamanda Nikaragua ile ABD arasındaki uluslararası silahlı çatışmalara da uygulanabilecek bir asgari hukuki ölçüt teşkil ettiğini ifade etmiştir. Divan, bu haliyle 3. madde hükmünün 1949 tarihli *Korfu Kanalı* davasında ifade edilen '*en temel insaniyet düşüncelerini*' yansıttığı

²⁰⁶ Emmanuel Voyiakis, 'Do General Principles Fill 'Gaps' in International Law?' (2009) 14 *Austrian Review of International and European Law*, 253-6.

²⁰⁷ Bu konuda geniş bir inceleme için bkz., Fabiàn O. Raimondo, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008) özellikle 3. Bölüm; ayrıca Neha Jain, 'General Principles of Law as Gap-Fillers' Stanford Law School 2014 Junior Faculty Forum, 27-28 June 2014. http://conferences.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/06/Jain_General_Principles_of_Law_6-15-14.pdf

²⁰⁸ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 149.

sonucuna varmıştır²⁰⁹. İlginç olan Divan'ın, uluslararası teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulamasını araştırmaktan ziyade, Martens kaydı ve 'en temel insaniyet düşüncelerini' örf ve adet kurallarının yerine uluslararası normların kaynağı olarak sunduğu görülür.

Öte yandan 1949 *Korfu Kanalı* davasında, mayına çarpan iki İngiliz harp gemisinin yaşadığı can ve mal kaybı yüzünden, bu mayınların kanaldaki varlığını bildirmeyen ve gemileri maruz oldukları tehlikeden dolayı uyardırmayan Arnavutluk'un, uluslararası hukukta kendi suları içerisinde mayın sahası olduğunu uluslararası gemilere ihbar etmek yükümlülüğünün bulunduğu yargısına varılmıştı.²¹⁰ Divan'a göre, 'bu tür yükümlülükler, ... belli genel ve iyi benimsenmiş ilkelere dayanır, yani: *en temel insaniyet düşüncelerine*, [ve] barış zamanında savaştan bile daha çok kesinlik arz eder.'²¹¹ *Bedi*, en temel insaniyet düşünceleri ile Divanın *ortak insani değerlere* hitap ettiğini ve bunun ise, en başta insanın onur ve vakarına ilişkin değerler ile yaşam hakkına saygıyı içerdiğini söyler²¹².

1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* Uluslararası Adalet Divanı, savaşın araç ve yöntemleri ile bazı silahların kullanılmasının hukuka uygunluğu hususunda Martens kaydının etkisini değerlendirmiştir. Benzeri bir yaklaşımla, ayırım gözetmeyi, sivillere doğrudan saldırı yasağını, gereksiz acı ve ızdırağın yasaklanmasını ve savaşın araç ve yöntemlerini seçmede sınırlamanın bulunduğunu uluslararası hukukun ilkeleri olarak tanımlarken, devletlerin uygulamasını inceleme gereği

²⁰⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. US), (Merits) (27 June) 1986 ICJ Reports 14, 113-4, para.218.

²¹⁰ Malgosia Fitzmaurice, 'The Corfu Channel Case and the Development of International Law' in Nisuke Ando, Edward McWinney and Rüdiger Wolfrum (eds), *Liber Amicorum Judge Sigeru Oda* (The Hague: Kluwer Law, 2002) 136.

²¹¹ *Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania), Judgment, 12 December 1947, ICJ Reports 1947-48, 22.

²¹² Shiv R.S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of International Court of Justice* (Oxford: Hart, 2007) 107.

hissetmemiştir²¹³. Sadece *La Haye* ve *Cenevre* Sözleşmelerini belirterek uluslararası insancıl hukukun temel ilkelerinin teamüli niteliğine sahip olduğunu ima etmekle yetinmiştir.²¹⁴ Ancak teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulaması yerine, yine Martens kaydı ile en temel insanîyet düşüncelerine göndermede bulunmuştur²¹⁵.

Bu örnek kararlarda Martens kaydının devletlerin uygulamasının yerine esas alınması, *Hayashi*'yi Martens kaydının Divan tarafından her bir kararda belirlenen kuralların doğrudan hukuk kaynağı haline getirdiği sonucuna götürmüştür²¹⁶. Gerçekten bu durumda eğer tanımlanan hukuk normları teamüle dayanmıyorsa, o zaman uluslararası teamül hukuku yerine ikame edilen Martens kaydı dolayısıyla, 'en temel insanîyet düşüncelerinin' uluslararası insancıl hukuku prensiplerinin yükümlülük doğuran esaslı normlar haline gelmesinin şekli kaynağı haline geldiği düşünülebilir. Ne var ki, bu olası yorumlardan sadece bir tanesini teşkil eder. *Kalshoven*, en azından *Nikaragua* davası bakımından Martens kaydından çıkartılan hukuk prensiplerinin uluslararası yükümlülüğün farklı ve bağımsız kaynağı olarak görülebileceği görüşünü paylaşır²¹⁷. Buna karşılık *Greenwood*, Divan'ın *Nikaragua* davasında 1949 *Cenevre* Sözleşmelerine ortak olan 3. madde hükmünü uluslararası teamül hukukunun beyanı olarak asgari hukuki ölçüt kabul etmesi ve daha sonra bu ölçüte dayanarak karar vermesini yorumlarken, bunun uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna uygulanabilir herhangi bir hukuk geliştirme anlamına gelmediğini öne sürer.²¹⁸ Gerçekte bu kararlardan hiç biri, Martens kaydının mevcut belirsiz veya şüpheli teamül kurallarının yerine

²¹³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 257 para. 78.

²¹⁴ Meron (2000), 'The Martens Clause' 87.

²¹⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para.78 -79.

²¹⁶ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 149.

²¹⁷ Frits Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collected Essays* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007) 950-1.

²¹⁸ Christopher Greenwood, 'The International Court of Justice and International Humanitarian Law' in Charles Chernor Jalloh and Olifemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul Koroma* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015) 266.

ikame edilebileceği tezini açıkça telaffuz etmediği için, bu davaların sadece uluslararası teamül hukukuna dayanan farklı yorumları yansıttığı iddiası aynı derecede makul bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Nitekim *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* Divan, Martens kaydını daha önce var olan teamül hukuku olarak görerek, varlık ve uygulamasının halen devam etmekte olduğunu teyit etmiştir²¹⁹. Bu da *Meron*'a göre, Divan'ın en azından nükleer silahlar bakımından kullandığı hukuki ölçütü, kaydın içerdiği 'insaniyet ilkeleri' ve 'kamu vicdanı emirlerini' insancıl hukukun genel ilkeleri olarak esas almaktan ziyade, ayırım gözetme ilkesi ve gereksiz acı ve ızdırab vermek yasağı gibi savaş hukukunun örf ve adetlerine dayandırığını gösterir²²⁰. Gerçekten, uluslararası insancıl hukukun genel ilkelerinin, nükleer silah teknolojisinin ortaya çıkmasından önce oluşmasına rağmen, Divan tarafından yine de önceden var olan teamül hukuku olarak uygulanabilir görülmesi,²²¹ Martens kaydının bağımsız ve farklı uluslararası yükümlülükler doğuran bir hukuk kaynağı olduğu tezini benimsemediği anlamına gelir²²².

Ancak bu eğilimin geçerliliği, 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM) tarafından *Kononov v. Letonya* davasında verilen bir karar ile sorgulanır hale gelmiştir. Mahkemenin önündeki temel soru, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgal altındaki Letonya'da yapılan bazı eylemlerin daha sonra savaş suçu olarak nitelendirilerek cezalandırılmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde bulunan cezaî meselelerin kanuniliği (*nullum crimen sine lege*) ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkindi. 1944 yılında Letonya vatandaşı ve Sovyet kızıl partizanları üyesi olan *Kononov*, o sırada Alman askeri idaresi altında bulunan *Mazie Batie* köyüne karşı, Alman *Wehrmacht* ile işbirliği

²¹⁹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 259, para.84.

²²⁰ Meron (2000), 'The Martens Clause' 87.

²²¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 259, para.85-7.

²²² Aynı görüş için Greenwood (2015), 'The International Court of Justice' 269: '... Martens kaydının uluslararası insancıl hukukta diğer başka bir ifadesi bulunmayan bağımsız yükümlülüklerin dayanağını teşkil ettiği savı kabul' edilmemiştir.

yaptığı şüphesi üzerine düzenlenen cezalandırıcı mahiyetteki bir askeri harekâta katılmıştı. *Kononov*'un idaresindeki kızıl partizanlar, şüphelendikleri işbirlikçilerin bulunduğu iki eve yaptıkları silahlı baskın sonucu Alman silah ve cephaneleri buldular. Bunun üzerine orada bulunan altı erkeği infaz ettiler ve evleri o sırada içeride bulunan biri hamile üç kadınla birlikte yaktılar. Daha sonra 2004 yılında Letonya Yüksek Mahkemesi, 1993 tarihinde yürürlüğe giren Letonya Ceza Kanununun 68(3). maddesine dayanarak, *Kononov*'u savaş suçlarından ötürü mahkum etti²²³. Fakat AİHM Dairesi 2008 yılında sanığın başvurusunu haklı görerek, Sözleşmenin 7. maddesindeki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesinin Letonya tarafından ihlal edildiğine hükmetti.²²⁴ Buna karşılık Letonya'nın davayı AİHM Büyük Dairesi'ne taşıması üzerine, bu karar savaş suçundan hüküm verilmesinin Sözleşmenin 7. maddesini ihlal etmediği gerekçesi ile sanık aleyhine bozulmuştur²²⁵. Mahkeme, belli bazı özellikli savaş suçlarından dolayı bireysel uluslararası cezai sorumluluğun hukuki esasını oluşturacak yeterince açık ve güncel hukuk normlarını araştırırken, *Korfu Kanalı* davasına atıfta bulunmuş ve sonra, *Nükleer Silahlar Hakkındaki Danışma Görüşünde* Uluslararası Adalet Divan'ın, özellikle Martens kaydına dayanarak yaptığı tespiti tekrar etmiştir. Böylece, *La Haye* ve *Cenevre* Sözleşmelerinin en erken tarihler olarak, *Nuremberg* Uluslararası Askeri Mahkemelerinin kararları zamanında, 'uluslararası teamül hukukunun ihlaline hiçbir suretle müsaade edilmeyen ilkeleri' haline gelmiş olduğunu ifade etmiştir. Bunun nedeni ise, uluslararası insancıl hukukun silahlı çatışmalara uygulanan kurallarının çoğu özünde 'insana saygı' ve 'en temel insanîyet düşüncesi' esasına dayanmasıdır. Mahkemeye göre, 'Martens kaydını da içeren bu prensipler, mahkemeler tarafından savaş bağlamında eylem ve

²²³ ECtHR, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 24 July 2008, www.coe.int

²²⁴ Kararın eleştirel bir incelemesi için bkz., Guilia Pinzauti, 'The European Court of Human Rights's Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law: A Critical Discussion of *Kononov v. Latvia*' (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*, 1049-60.

²²⁵ Martin Arpo, 'The Martens Clause and International Crimes in Estonia' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 105.

davranışların nasıl değerlendirilmesi gerektiğini gösteren hukuk normlarını oluşturur.²²⁶ Bu tarzdaki azami genişletici bir yorumla, Düzenlemelerin 23(c). maddesindeki genel hükme atıfta bulunarak, söz konusu sivil köylülerin ve hatta aralarında çatışmalara iştirak etmiş muharriplerden *hors de combat* olanların savaş esiri iken kötü muameleye tabi kılınması, yaralanması veya öldürülmesinin, 1944 tarihi itibarıyla bile, savaş kural ve teamüllerinin ihlal edilmesi yüzünden savaş suçu teşkil ettiği sonucuna varmıştır²²⁷. İlginç olan AIHM'in, Letonya Ceza Mahkemesinin olayda hamile olan kadının yakılarak öldürülmesinin, 1949 *Cenevre* Sözleşmesinin 16. maddesinden çıkartılabilecek mağdur olmaya daha müsait kişiler kategorisine giren kadınlara tanınan özel bir korumanın ihlali dolayısı ile savaş suçuna neden olduğu gerekçesine kayıtsız kalmasıdır. Çünkü aksi takdirde 1949 *Cenevre* Sözleşmeleri veya 1945 *Nuremberg* Uluslararası Askeri Mahkemeleri kararları ile ihdas edilen cezai normların 1944 tarihinde yapılmış eylemlere uygulanması, AIHS 7. maddesindeki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesini ihlal anlamına gelecekti. Onun yerine bunlardan tamamen bağımsız olarak, özel korumanın ihlalinden ötürü bireysel cezai sorumluluğu ihdas ederken, AIHM ancak 'özel koruma' ifadesinin Martens kaydının getirdiği koruma bağlamında anlaşılması halinde, hamile olan *Krupniks*'in yakılarak öldürülmesi bakımından, sanığın ayrı bir savaş suçundan mahkum edilebilmesi için geçerli bir hukuki zeminin yaratılabileceğini düşünmüştür²²⁸. Bu açıdan bakıldığında Martens kaydı, içerisinde barındırdığı unsurları uluslararası insancıl hukukunun genel prensiplerine dönüştürerek, özellikle insaniyet düşüncelerinin kendi başına doğrudan bağımsız bir hukuki güç olarak devletler üzerinde normatif bağlayıcılık kazanmasını sağlar. *Salter*, Mahkemenin bu yorumuyla Martens kaydını insancıl ilkelere doğrudan uygulanabilen esaslı bir hukuk kaynağı olarak tanıdığını söyler. Bu şekilde insaniyet ilkelerinin hususi ve ayrıntılı

²²⁶ ECtHR Grand Chamber, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 17 May 2010, 70-1 para.215, www.coe.int.

²²⁷ *Id.*, 71 para.216.

²²⁸ *Id.*, 72 para.218.

sözleşme hükümlerindeki eksik ve boşlukları kapatmaya muktedir olan ‘bağımsız mevcut genel normlar’ olarak görüldüğünü iddia eder²²⁹.

c. *Uluslararası Teamül Hukuku Üzerindeki Etkileri*

Martens kaydının farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak rolü, uluslararası teamül hukukunun yaratılması süreçleri üzerindeki etkisi bakımından oldukça ilginç ve tartışmalı bir ilişkiyi gündeme getirir. Uluslararası Adalet Divanı Yargıcı *Shahabuddeen*, 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde bu ilişkinin niteliğini açıklayan bir teorik çerçeve geliştirmiştir²³⁰. Ona göre, Martens kaydı, Divan tarafından kararda teyit edildiği gibi, artık bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelmiştir. Bu yüzden, sahip olduğu normatif karakter daraltıcı yorumun içerdiği işlevi abesle iştilgal haline getirmiştir. Dolayısı ile, genişletici yorum içerisinde Martens kaydının lafzi okunması, ilk bakışta sözleşmelere dayanan uluslararası hukukta bırakılan boşlukları doldurma niyetini taşıdığını gösterir. Nitekim *Sarkin*, Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkelerinin hukuki başlangıç noktasının kaydın kendisi olmadığı iddia eder. Martens kaydı ile devletler tarafından sadece bu ilkelerin daha önceki mevcudiyeti bir andlaşma içerisinde teyid mahiyetinde kabul edilmiştir²³¹. Bu durumda, insaniyet ilkelerinin 1899 tarihli Martens kaydından önce teamül hukukunun bir parçası haline gelerek, andlaşmalardaki hukuki boşlukları doldurduğu düşünülür. Ancak *Sarkin* insaniyet ilkelerinin bir teamül kuralı olarak oluşumunu kanıtlayan devletlerin uygulamalarına dair herhangi bir delil gösteremediği için bu iddiası bir varsayımın ötesinde değildir. Ayrıca, *Shahabuddeen*'e göre, 1977 tarihli Ek Protokol I içerisinde kaydın düzenlendiği şekil, uluslararası teamül hukukunun oluşması için yeterli sayılabilecek

²²⁹ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 426 ve bu görüşünü desteklemek üzere Alman Bundesverfassungsgericht kararını örnek gösterir. 26 October 2004 2 BvR 955/00, *id.*, 430-1.

²³⁰ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 402, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 405.

²³¹ Sarkin (2007), ‘The Historical Origins’ 151.

‘yerleşmiş teamülün’ yanı sıra, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanı emirlerini’ uluslararası hukuk prensiplerini oluşturan kaynaklar haline getirmiştir. Bu ise Martens kaydının kendisini, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ uluslararası hukukun genel prensipleri haline dönüştüren bir hukuki otoriteyi içerdiğini gösterir. O halde önemli bir soru, ortaya çıkan uluslararası hukuk prensiplerinin tam olarak hangi hukuk standardını içerdiği hususudur. *Shahabuddeen*, belirlemenin savaşın araç ve yöntemlerindeki gelişmeler de dâhil olmak üzere, değişen koşulların ve uluslararası toplumun görünümü ile hoşgörü seviyesinin ışığında ilgili tarihte yapılmasının gerekeceğini önerir. Böylece prensiplerin kendisi aynı kalsa bile, uygulamada pratik etkileri ancak uygulandığı zaman içerisinde o günün değer yargısına göre değişecektir. Sonuç olarak belli bir dönemde caiz görülen savaş araç ve yöntemleri, bir başka dönemde yasaklanabilecektir. Bu ise insancıl hukukun dinamik boyutunu gösterir²³². Martens kaydının bu dinamik yapısı, Avustralya tarafından *Silahlı Çatışmaları Sırasında Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* sunulan şifahi görüşlerinde ayrıntılı bir şekilde vurgulanmıştır: ‘ne insaniyet kavramı, ne de kamu vicdanının emirleri durgundur. Bu yüzyılın başında uluslararası toplum tarafından kabul edilebilir addedilen bir davranış, bugün uluslararası toplum tarafından insanlık dışı görülerek lanetlenebilir.’²³³ Bu durumda belirleyici unsur, kamu şuurudur. Ancak, kamu vicdanının emirlerinin, adeta doğal hukuk kavramı gibi, uluslararası hukukun bağımsız biçimsel bir kaynağını mı teşkil ettiği; yoksa uluslararası hukukun maddi kaynağı olarak, işlevinin hukukun daha sonraki gelişmesine katkıda bulunmakla mı sınırlı olduğu tartışmalıdır²³⁴. Burada kamu vicdanının emirleri hukuki standardın ölçütü haline gelir. Martens kaydının içerdiği uluslararası hukuk ilkelerinin içeriği, değişen koşulların ışığında belirlenmek üzere gelecekte oluşacak kamuoyu

²³² Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen., 406.

²³³ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 39 para.10,

²³⁴ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411-2.

algısına bırakılmaktadır. Bu belirlemeyi yapacak olan devletlerdir. Devletler, insaniyet düşünceleri ve kamu şuuru tarafında herhangi bir zaman diliminde hangi hukuki standartların ihdas edilmesini beklediğini ve talep edildiğini tespit eder ve buna uygun olarak, uluslararası hukuk ilkelerinin bu standartları yansıtmalarını sağlar. O halde, Martens kaydı ile insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinin uluslararası hukukun ilkelerini oluşturarak uluslararası hukuk standartları seviyesine çıkması, ancak devletlerin bunu kabul etmesi ile mümkün olabilir. Bu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken nokta, devletlerin kamu şuurunu açığa vuran görüş ve inançları ile teamülün oluşum sürecindeki subjektif unsur, *opinio juris*'in farklı olmasıdır. Böyle olunca, teamüli hukuk yapma sürecinin maddi unsurunu teşkil eden devletlerin uygulaması artık aranmayacaktır. Bu durum geleneksel uluslararası hukuk teorisi içerisinde teamül oluşumu süreç ve usullerinden köklü bir ayrışmanın ifadesidir.

Martens kaydı vasıtasıyla 'insaniyet ilkeleri' ile 'kamu vicdanının emirlerini' devletlerin uygulamasının yanı sıra, uluslararası hukuk ilkelerinin tarihsel kaynağı olarak gösterilmesini yorumlayan *Cassese*, insancıl hukuku bakımından uluslararası teamül oluşumu üzerindeki etkisini farklı bir değerlendirmeye tabi tutar:

'devletlerin *uygulaması* şartının, insaniyet ilkeleri veya kamu vicdanının emirlerine dayanan bir kural ya da ilkenin oluşumuna uygulanması gerekli olmayabilir. Ya da en azından bu şart, farklı destekleyici unsur veya mantığa sahip olan kural ve ilkelerde olduğu gibi yüksek seviyede olmayabilir. Bir diğer ifade ile, Martens kaydının uluslararası hukuk üzerindeki etkisinin bir sonucu olarak, mesele insaniyet ilkelerini (veya kamu vicdanının emirlerini) yansıtan bir prensip veya genel kuralın ortaya çıkışının kanıtlanmasına geldiği zaman, uygulama (*usus*) şartı, ekonomik, siyasi veya askeri gerekler sonucu ilke veya kuralların ortaya çıktığı diğer durumlarda olduğundan daha az sıkı [gevşek] bir şekilde aranabilir. Aynı sebeple, *opinio juris* veya *opinio necessitatis* şartı özel bir öneme sahip olabilir. Sonuç olarak, belli

bir sayıda devlet ve diğer uluslararası sùjelerin bir ilke veya kuralın baēlayıcı deēeri veya onun devletler tarafından gözetilmesindeki sosyal ve ahlaki ihtiyaçlar hakkındaki hukuki görüşlerinin ifadesi, bir teamül kuralı veya ilkesinin oluşumuna imkân saēlayıcı olarak kabul edilebilir. Hukuki görüşleri destekleyecek olan yaygın ve tutarlı devlet uygulamaları olmasa ve hatta hiç bir uygulama bulunmasa bile, bu böyle olabilir. Bu şekilde, Martens kaydı (bu mevcut boyutuyla) insancıl hukukun sınırlı alanında, *opinio juris* veya *necessitatis*'i) normalde kabul edilenden daha yüksek bir mertebeye yükseltirken, aynı zamanda uygulama (*usus*) için öngörülen şartları geveştir.²³⁵

Cassese, en azından uluslararası insancıl hukuk alanında teamül oluşumu süreci bakımından, Martens kaydı ile *opinio juris*'e devletlerin uygulamasının (*uses*) üzerinde bir yer verir. Belli bir kural veya ilkenin baēlayıcı niteliēi hakkındaki genel bir *opinio juris*, yaygın ve uyumlu bir uygulama ile desteklenmese bile ve hatta hiç bir uygulama bulunmasa dahi halen teamül kuralının oluşmasına imkan saēlayabilecektir²³⁶.

Öte yandan *Hayashi*'nin öne sürdüēü Martens kaydının 'ikame işlevi'ne ilişkin teorisi, uluslararası teamül yerine uluslararası hukukun genel ilkelerini getirirken, uluslararası hukuk teorisinin temel unsurları ile çelişir. Şöyle ki, uluslararası teamül hukukunun oluşumunda bütün devletlerin açık rızasını veya oybirliēini aramasa bile, en azından belli bir oйдаşım (consensus) aranır. Ancak Martens kaydının getirdiēi genel prensipler, bu tür bir fikir birliēini yansıtmaz. Böylece *Hayashi*'ye göre, 'Martens kaydının ikame işlevinin ima ettiēi hukuk vizyonunda, devletler [hukuk yapma] kontrolünü kaybederler.'²³⁷

²³⁵ Cassese (2001), *International Law* 122.

²³⁶ Raimondo (2008), *General Principles of Law* 167-8.

²³⁷ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 150.

4. Ahlaki Saikleri Hukuk Doktrine İthal Eden Bir Araç Olarak

Martens kaydının 1899 *La Haye* Sözleşmelerine dahil edilmesinin arkasında yatan ahlaki (*moral*) saik, insaniyet ve kamu şuru ifadeleriyle lafzi düzenlemesine yansıtılmıştır. Savaşanlara, belli bir davranış açıkça yasaklanmamış olsa bile, insaniyet ilkeleri ile merhamet ve acıma duygularını rencide etmemesi hususunda yükümlülük getirilmiştir. Böylece bir ahlak ilkesi hukuka dâhil edilmiştir²³⁸. Kaydın dayandığı ahlaki değerlerin yarattığı hukuki etki, *Lord Wright* tarafından Nazi savaş suçlarına ilişkin yargı kararlarının yayınlandığı bir derlemeye yazılan önsözde, ‘Martens kaydının sadece birkaç kelime ile savaş hukukunu bütünüyle canlandıran ve harekete geçiren manevi niteliği’ içerisinde tanımlanmıştır²³⁹. Böyle bir ahlaki işleve sahip olan Martens kaydı, uluslararası insancıl hukukun gelişmesinin arkasında önemli bir güç olarak görülmüş ve insancıl hukukun tamamına teşmil eden bir normatif etkiyi sergilediği öne sürülmüştür²⁴⁰. Bu boyutu ile, henüz daha devletlerin uygulamasında yerleşmemiş veya uluslararası andlaşmalarda ifadesini bulmamış olan ahlaki, etik ve insancıl düşüncelerin, yargısal yorum ve uygulamalar şekillenirken dikkate alınması gereği ortaya çıkar²⁴¹. Yargıç *Weeramantry* 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde, ‘en temel insaniyet düşüncelerinin’ insanlığın gönlü ve şuru ile talep ettiği şeylerin bir ifadesi olduğunu söylemiş ve bunun çok kültürlü ahlaki ve dini örf ve adetlere dayandığını irdelemiştir²⁴². Böylece Martens kaydı sayesinde ahlaki ve etik değer yargıları kamu vicdanının emirlerine tercüme edilerek, bir pozitif hukuki kodun oluşması veya uygulanması sırasında bir etken olarak göz önüne

²³⁸ Robert Kolb & Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict* (Oxford: Hart, 2008) 62-3.

²³⁹ Lord Wright, Önsöz 15. Cilt, *Law Reports of Trials of War Criminals Volume XV*, xiii.

²⁴⁰ O’Connell (2013), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

²⁴¹ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 433.

²⁴² Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 477-82, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

alınır²⁴³. Bu şekilde nükleer silahların kullanılmasının veya tehdidinin hukuka aykırılığını iddia eden Avustralya, Meksika, İran Malezya ve Zimbabve, bunun insanîyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerini ihlal ettiği gerekçesine dayanırken aslında Martens kaydı vasıtasıyla doğal hukukun bazı unsurlarını uluslararası hukukun pozitif normları içerisine dahil etmek yönünde bir ortak görüş benimsemişlerdir²⁴⁴. Nitekim *Ticehurst*, Martens kaydının uluslararası hukukun pozitif normları ile doğal hukuk arasında böyle bir ilgiyi kurduğunu söyler. Doğal hukuk doktrini ile kurulan bu bağlantı, silahlı çatışmalar hukukunun sadece pozitif bir hukuk kodundan ibaret olmadığı, ama ayrıca bir ahlaki (*moral*) kodu da içermekte olduğu anlamına gelir²⁴⁵. Bunun üç pratik sonucu ortaya çıkar: ilk olarak, ahlaki kodun hukuk yapma usul ve süreçlerine dâhil edilmesi, büyük ve kuvvetli devletlerin yanında küçük devletlerin de insancıl hukukun gelişmesinde söz sahibi olmasını sağlar. Böylece uluslararası toplumun görüşlerinin bir bütün olarak temsil edilmesine imkan tanınmış olur²⁴⁶. İkinci olarak, mevcut uluslararası hukuk sisteminde merkezi ulus-üstü bir yasama gücü bulunmadığı için, genel kabul gören uluslararası ahlaki standartların oluşması ile bu standartları yansıtan pozitif normların uluslararası teamül veya andlaşmalar hukukunda ortaya çıkması arasında bazen geniş bir zaman aralığı olabilir. Benzeri gecikmeler, askeri teknolojiye hızlı ilerlemeler ile bunların sonucunda arzu edilmeyen etkilere sahip yeni gelişmiş silahların kullanılması, denetlenmesi ve yasaklanmasını düzenleyecek hukuki standartların geliştirilmesi arasında da yaşanabilir. İşte bütün bu durumlarda mevcut pozitif hukuk normları, insanları savaşın aşırı zararlı

²⁴³ Ancak hukuk ve ahlak (*morality*) arasındaki karmaşık ilişki, bu basitleştirmenin çok ötesinde doğal hukuk doktrini ile hukuki pozitivizm arasındaki tarihsel gelişmenin bir görünümüdür. Savaş suçlarının yargılanması bağlamında bu ilişkinin eleştirel bir analizi için bkz. Judith N. Shklar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964) 29-88.

²⁴⁴ Von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' para.12.

²⁴⁵ Ticehurst (1997), 'The Martens Clause' 133; aynı görüş için bkz. Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132 ve 134-5.

²⁴⁶ Ticehurst, *id.*

etkilerinden korumak hususunda yetersiz kalabilir. Bu bakımdan *Ticehurst*, Martens kaydının ahlak kodunu savaş hukukunun bir unsuru haline dönüştürerek, ahlaki saiklerin pozitif hukuk standartları içerisinde tanınması işlevini gördüğünü söyler²⁴⁷. Üçüncü olarak ise, doğal hukuk teorisinin en büyük zafiyeti olan sübjektif niteliği ve özellikle içerdiği soyut kavramların göreceli algılanması sorunu, *Ticehurst*'e göre, Martens kaydı tarafından 'kamu vicdanının emirlerinin' doğal hukukun belirlenmesinde objektif bir araç olarak ihdas edilmesiyle giderilebilir. Böylece bütün devletlerin uluslararası insancıl hukukun gelişmesine katılabilmesi imkânı doğar²⁴⁸. Ancak bazı yazarların, Martens kaydının bu işlevi ile doğal hukukun içerdiği ahlak kaidelerinin küçük devletler ve hatta bireylerin uluslararası hukukun oluşması üzerinde etki yaratmasına imkan veriyor olmasını azami genişletici yoruma tabi tuttuğu görülmektedir. Bu yazarlar, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinde ifadesini bulan bir ahlaki (*moral*) kodun uluslararası hukukun yeni ve bağımsız bir kaynağını teşkil ettiğini iddia etmişlerdir²⁴⁹. Buna karşılık, Martens kaydı ile doğal hukukun soyut ve izafi nitelikteki ahlaki kavram ve kurallarını pozitif hukukun bağımsız biçimsel kaynağı haline getiren bu görüşün, uluslararası hukukta karşılık bulduğunu söyleyebilmek mümkün değildir²⁵⁰. Buna rağmen *Salter*, Martens kaydının içerisinde kullanılan terimlerin hukuk öncesi ahlak kaideleri ve insaniyet düşüncesine göndermede bulunmasını, bu anlamda insancıl yükümlülüklerin evriminin ahlaki bir temele dayandığı iddiasını doğruladığını kabul eder ve buna örnek olarak, *Nuremberg* yargı kararlarını verir. ABD Askeri Mahkemesinin Martens kaydının içerdiği hukuki değeri olmayan veya sınırlı olan soyut ahlak ilkelerini, ceza hükümleri tesis ederken dayandığı pozitif hukuk ilkelerine tercüme etmek üzere kullanması böyle bir işlevi gösterir²⁵¹.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Sarkin (2007), 'The Historical Origins' 153.

²⁵⁰ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132.

²⁵¹ Salter (2012), 'Reinterpreting' 436.

Martens kaydının içerdiği ahlaki saikleri hukuk doktrine ithal eden bir araç olarak norm-yaratma işlevi yüklemek iddiası şüphe ve ihtiyatla karşılanmalıdır. Bu bakımdan, *Nuremberg* askeri yargı kararlarının gerçekte savaş galibi devletlerin kaybedenler üzerindeki dayatması olduğu düşünüldüğünde, emsal değeri tartışmalı bir görünüm arz eder. İnsanı düşüncelerin arkasındaki ahlaki (*moral*) güdüler ve siyasi ülkelerin, hukuk kuralları için bir ilham kaynağı teşkil edebileceği gerçeği 1966 tarihli *Güney Batı Afrika* davalarında kabul edilmiştir. Ancak Divan, ‘bununla birlikte, [b]u tür düşüncelerin kendisinin hukuk kuralları teşkil etmediği... ahlaki ideallerin etki sağlamayı öngördüğü hukuk kuralları ile karıştırılmaması gerektiği’ hususlarını açıkça ortaya koymuştur²⁵². Nitekim, *Güney Batı Afrika* kararı bu şekilde salt soyut ahlaki, etik, siyasal veya dini bir düşünce ve inanca dayanan bir süreç ile yeni hukuki olgular ithal etmenin mümkün olmadığını teyit etmiştir.

V. ÖZET VE SONUÇ

Martens kaydı, savaş kuralları ve teamüllerinin tedvin edilme sürecinin başladığı 19. Yüzyılın sonunda Birinci *La Haye* Barış Konferansında ortaya çıkan, işgal güçleri ile işgal altındaki ülke ve halklarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin belli bir diplomatik çıkmazı aşabilmek için önerilmiş orta yol çözümü olarak 1899 tarihli *La Haye Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemeleri* içeren II no’lu Sözleşmenin giriş kısmına dahil edilmiş ve 1907 *La Haye* Sözleşmesinde yer almıştır²⁵³. İlk uyuşmazlık konusundan bağımsız olarak o tarihten sonra yapılan pek çok anlaşmada tekrar edilmiş ve uluslararası yargı kararları içerisinde anılmıştır²⁵⁴. Son yüzyıl içerisinde bu derece yaygın bir biçimde ifade edilmesi, Martens kaydını modern insancıl hukukun en önemli ve bir o kadar tartışılan kavramlarından biri haline

²⁵² *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase), ICJ Reports 1966, 34-5.

²⁵³ Hull (1970), *The Two Hague Conferences* 215-22.

²⁵⁴ von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ paras.5-12.

getirmiştir²⁵⁵. Bunun en temel nedenlerinin başında, ilk formülünde yer alan ifadelerin özellikle gevşek, kesinlikten uzak, esnek ve şüpheli bir dille yazılmış olması gelir. Bu belirsizlik ve çok anlamlılığı pek çok şekilde istenildiği gibi farklı yorumlara imkân tanıdığı için, silahlı çatışmalar hukukunun tedvin çabalarında cazip bir kavram olarak varlığını sürdürmesini sağlamıştır²⁵⁶. Ancak bu avantajı, aynı zamanda yorumlanmasındaki bir fikir birliğinin önündeki en büyük engeli oluşturmuştur. Nitekim özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında Martens kaydı uluslararası hukukta birbiri ile yarışan ve çelişen pek çok yoruma müsait hale gelmiştir²⁵⁷. En dar ve geniş yorumların arasındaki yelpazede, hangi noktanın uluslararası hukukta genel kabul gördüğü kaydın içeriği, kapsamı ve uygulama alanının tanımlanmasına bağlıdır.

Martens kaydının ortaya çıkma nedeni, savaş hukukunun henüz tedvin edilmediği hususlarda düzenlenmemiş davranışların veya öngörülmemiş meselelerin muharebe alanındaki askeri komutanların keyfi kararlarına bırakılmasının önüne geçmektir²⁵⁸. Böylece savaş hukukunun kodifikasyonu tamamlanana kadar, siviller ve muhriplerin uluslararası hukuk prensiplerinin hüküm ve koruması altında kalmaya devam edeceği kabul edilmiştir²⁵⁹. Bilimsel ve teknolojik gelişmelerle zaman içerisinde değişen silah türleri ve savaşın yöntem ve araçlarının sürekli yeni durumlar yarattığı düşünürse, savaş hukukunun herhangi bir zaman dilimi içerisinde bütün olasılıklara cevap verecek şekilde tam olarak tedvin edilebilmesinin gerçekçi olmadığı malumdur. O halde, Martens kaydının halen ne kadar ilgili olduğu ve içerdiği uluslararası hukuk prensiplerinin uygulama kabiliyeti geçmişte olduğu gibi bugün de inkâr edilemez²⁶⁰.

²⁵⁵ Miyazaki (1984), 'The Martens Clause' 433-6.

²⁵⁶ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188.

²⁵⁷ Salter (2012), 'Reinterpreting' 405-7.

²⁵⁸ Kalshoven & Zegveld (2001), *Constraints on the Waging War* 22.

²⁵⁹ Friedman (1972), *The Law of War* 222.

²⁶⁰ Uluslararası Adalet Divanı, Martens kaydının devam eden varlığından ve uygulanabilirliğinden şüphe edilemeyeceğini teyit etmiştir. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 260 para.87; *Contra Rus Federasyonu Martens kaydının atıl hale geldiğini iddia etmiştir.*

Martens kaydı orijinal ifadesinde, andlaşma ile düzenlenmeyen bir davranışın, *Lotus* varsayımı ile, *ipso facto* serbest olmadığı ifade eder ve açıkça ‘yasaklanmayan serbesttir’ şeklinde *a contrario* iddiayı reddetmek işlevi görür²⁶¹. Andlaşmaya rağmen aksine açık düzenlemenin bulunmadığı bütün durumlarda uluslararası teamül hukukunun uygulamasının devam edeceğini hatırlatır²⁶². Böylece hukukta *non liquet* olasılığına mahal vermez ve boşluk doldurur. Bu dar yorum, Martens kaydının lafzi okumasının doğal ve mantıklı bir sonucudur.²⁶³ Ancak burada öngörülen andlaşma ile düzenlenmeyenin uluslararası teamül hukukuna tabi olacağı savı ve kayda atfedilen *a contrario* iddiayı reddetmek işlevi aslında bilinenin ötesinde bir yenilik getirmez²⁶⁴.

Bunun ötesindeki genişletici yorumlar ise öğretilerde tartışmaya açıktır ve Martens kaydının içerdiği uluslararası hukuk prensiplerini oluşturan unsurlara yüklenen anlamlara göre işlev kazanmasını sağlar. Uluslararası hukuk prensiplerinin çıkartılabileceği kaydın ilk unsuru, *yerleşmiş uygulamalar (usages établis)* teamül olarak anlaşılır²⁶⁵ ve genel olarak uluslararası teamül hukukuna delalet ettiği kabul edilir²⁶⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, Martens kaydının bu temel işlevi andlaşmanın ötesinde veya yokluğunda uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmaktadır.²⁶⁷ Ancak bunun ötesindeki iki unsura, *insaniyet ilkeleri (lois de l’humanité)* ve *kamu vicdanının emirleri (conscience publique)* hangi hukuki anlamların atfedilebileceği fevkalade tartışmalıdır. Sorun en yalın haliyle, Martens kaydının kendisinin, söz konusu bir davranışın yasaklanmasına esas teşkil etmek yönünde bir kapasitesinin

Written Submission of the Russian Federation on the Opinion Requested by the General Assembly, Compilations of Written Statements, ANW, 13 July 1995, 13.

²⁶¹ Strebel (1982), ‘Martens’ Clause’ 252; Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411; von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ paras.13.

²⁶² Greenwood (2008), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

²⁶³ Bodansky (1999), ‘Non Liquef’ 155 *et seq.*

²⁶⁴ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 192-3.

²⁶⁵ 1(2). Madde, 1977 Ek Protokol I, Sandoz, Swinarski & Zimmermann (1987), *Commentary* 33.

²⁶⁶ Crawford (2006), ‘The Modern Relevance’ 6.

²⁶⁷ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre, Martens kaydının kendisi bağımsız olarak uluslararası teamül statüsü kazandığı için,²⁶⁸ normatif karaktere sahiptir ve böylece devletlerin davranışlarını düzenleyen kurallar ihdas eder²⁶⁹. Ancak bu kuralların somutlaştırılması, halen içerdiği bu iki unsurun tanımına bağlıdır. İnsaniyet prensiplerinin, genel olarak ‘en temel insaniyet düşünceleri’ özdeşleştirildiği görülür²⁷⁰. Bu bakımdan insaniyet düşüncelerinin kökü, ahlaki değer yargıları şekillenen sosyo-politik bir tarihsel gelişim gösterir ve normatif niteliği doğal hukuk teorisi ile ilişkilendirilir²⁷¹. Eğer insaniyet düşüncesinin kendi başına pozitif veya normatif bir ilke olarak ilk kez Martens kaydı içerisinde ifade edildiği kabul edilirse,²⁷² o tarihten önce bir teamülü hukuk kuralı olarak varlığından söz edebilmek mümkün değildir²⁷³. Ancak Martens kaydının yorumlanması bakımından, insaniyet kavramının içerisindeki doğal hukuk doktrini ile ilişkili soyut ve sübjektif ahlaki, etik, siyasi veya dini düşünce ve inançların, nasıl pozitif hukuk standartlarına esas teşkil eden normatif maddi içerik sağlayacağı sorusu güncelliğini korur ve bir görüş, insaniyet düşüncelerinin kendi başına bağımsız bir hukuki ilke olarak ve hatta dolayısı ile norm yaratıcı etkiye sahip olamayacağını ileri sürer²⁷⁴. Bu açıdan insaniyet ilkelerinin maddi içeriğini, bir başka somut pozitif hukuk normu çerçevesinde değerlendirmek normatif karakter kazandırabilir²⁷⁵.

²⁶⁸ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para.78.

²⁶⁹ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 405, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

²⁷⁰ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82.

²⁷¹ Zagor (2012), ‘Elementary Considerations of Humanity’ 269-78.

²⁷² *Id.*, 274.

²⁷³ *Contra* Sarkin (2007), ‘The Historical Origins’ 151.

²⁷⁴ *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase), ICJ Reports 1966, 34-5.

²⁷⁵ Örneğin Pictet, insaniyet ilkelerini 1868 St. Petersburg Beyannamesi’nin girişindeki savaşın amaçları ile tanımlar. Bkz. Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985) 62; Uluslararası Adalet Divanı, Martens kaydını insancıl hukukun teamül kuralları olan, ayırım gözetme ilkesi ve gereksiz acı ve ıstıraplara neden olma yasağı ile birlikte tanımlamıştır. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para.78.

Bunu ötesinde, Martens kaydından bağımsız olan normatif karaktere sahip bir insaniyet ilkesinin varlığından bahsetmek fevkalade güçtür²⁷⁶. Ancak bir başka görüş, doğal hukukun bir parçası olan insaniyet düşüncelerinin dayandığı soyut ve sübjektif ahlak kodunu, Martens kaydının içerdiği bir diğer unsur olan kamu vicdanının emirleri dolayısı ile uluslararası insancıl hukukun pozitif normlarına bağlar²⁷⁷. Burada kamu şuuru, doğal hukukun içeriğini belirleyen objektif bir rol üstlenir ve belli bir zamandaki ahlak kodunun normatif hukuk standartlarına tercüme edilmesini sağlar²⁷⁸. Kamu şuuru, kamuoyu baskısı şeklinde olabileceği gibi, uluslararası toplum üyesi devletlerin *opinio juris*'un yansıması biçimini de alabilir²⁷⁹. Ancak kamu vicdanının emirleri oldukça soyut ve belirsiz bir kavramdır ve hangi uluslararası belgelerde, nasıl tespit edilmesi gerektiği sübjektif bir takdiri gerektirir. Bu yüzden bir hukuk ilkesine tek başına esas teşkil etmekten uzaktır²⁸⁰.

Ancak uluslararası yargı içtihatları ve öğretisi, andlaşma ile açıkça düzenlenmeyen veya belirsiz kalan durumlarda silahlı çatışmalar hukukunun uygulama alanını tespit ederken, Martens kaydının atıfta bulunduğu uluslararası hukukun prensiplerine ulaşabilmek amacıyla, bazen mevcut akdî veya teamülî kuralları yorumlamak için, bazen de norm ihdas etmek üzere, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinde bir hukukî otorite aramışlardır. Bu bakımdan Martens kaydının genişletici yorumu iki şekilde ortaya çıkar: İlk halde, yargısal bir yorum aracı olarak, uygulanacak uluslararası insancıl hukuku kuralı muğlak ve müphem ise, söz konusu kuralın kapsam ve gayesi, insaniyet ilkeleri ve kamu

²⁷⁶ Dinstein (2013), 'The Principle of Proportionality' 72-3.

²⁷⁷ Ticehurst (1987), 'The Martens Clause' 133.

²⁷⁸ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 487-90 ve Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 409-10, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

²⁷⁹ Meron (2000), 'The Martens Clause' 83-5.

²⁸⁰ Greenwood (2008), 'Historical Development and Legal Basis' 34-5; *Contra* Avustralya, Australia's Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995.

vicdanının emirleri dikkate alınarak belirlenir²⁸¹. Böylece Martens kaydı içerdiği unsurlar vasıtasıyla, uluslararası andlaşma hükümleri ve teamül kurallarının teknolojik gelişmeler ve yeni durumlara uygulanmasına imkan verecek dinamik bir tarzda yorumlanması için yol gösterici bir araç işlevi görür²⁸². Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatları Martens kaydını yargısal bir yorum aracı olarak kullanarak, en temel insaniyet düşüncelerini uluslararası hukukun prensibi olarak uygulamış ve ayrı bir rejim olarak uluslararası insan hakları hukuku içerisindeki standartları insancıl hukukun içerisine getirmiştir²⁸³. İkinci durumda azami genişletici bir yorum ile Martens kaydı uluslararası insancıl hukukunun geleneksel kaynaklarından farklı ve bağımsız bir kaynağı haline gelir. Böylece, insaniyet ilkeleri ile kamu vicdanının emirleri, uluslararası hukukun diğer biçimsel kaynakları olan andlaşmalar ve uluslararası teamüller ile en azından insancıl hukukun oluşumu bakımından aynı seviyeye çıkar²⁸⁴. Burada söz konusu olan Martens kaydının bu iki unsurunun doğrudan norm yaratan hukuk kaynağı olarak işlevi olduğu kadar, uluslararası hukuk prensipleri haline gelerek dolayısı ile normatif etki kazanmasıdır²⁸⁵. Bu son görünümünde normatif maddi içerik, uygulama zamanındaki kamu şuuru dikkate alınarak dolayısıyla tespit edilecektir²⁸⁶. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Muhakeme Dairesi en liberal yorumlarda bulunduğu 2000 tarihli *Kupreškić* kararında, '[Martens] kaydının "insaniyet ilkeleri" ve "kamu vicdanının emirlerini"' uluslararası hukukun bağımsız kaynakları seviyesine

²⁸¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), para.525.

²⁸² Strebler (1982), 'Martens' Clause' 252.

²⁸³ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Dale Stephens, 'Accountability for Violations of the Law of Armed Conflict and the Question of the Efficacy of International Criminal Law in Ameliorating Violence in Armed Conflict' in Jadranka Petrovic (Ed), *Accountability for Violations of International Humanitarian Law: Essays in Honour of Tim McCormack* (London: Routledge, 2016) 183-8.

²⁸⁴ von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' paras.13.

²⁸⁵ Salter (2012), 'Reinterpreting' 421-32.

²⁸⁶ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 406, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

yükseltmiş olduğu anlamına gelmediğini’ açıkça teyid ederken uluslararası uygulamanın böyle bir sonucu desteklemediği gerekçesine dayanmıştır²⁸⁷. Bu kararın Uluslararası Adalet Divanı’nın *Nükleer Silahlar Hakkındaki Danışma Görüşü* ile uyumlu olduğu söylenebilir. Her ne kadar çoğunluğun görüşü, ‘en temel insani düşüncelerin’ bağımsız norm ihdas eden genel bir prensip olduğunu açıkça reddetmedi ise de²⁸⁸, *Meron*’un da belirttiği gibi, ‘Divan tarafından kullanılan hukuki ölçüt, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden ziyade, ayırım gözetmek ilkesi ile gereksiz acı ve ızdıraba neden olmak yasağı idi.’²⁸⁹ Son yıllarda bazı yazarlar tarafından benimsenen azami genişletici yorum, Martens kaydına ve içerdiği unsurlara esaslı ve kendi başına hukuk normları olarak veya farklı ve bağımsız hukuk kaynağı haline gelerek norm yaratma işlevini en azından bazı uluslararası suçlar bakımından savunmuştur.²⁹⁰ Buna karşılık uluslararası uygulama, devletlerin henüz soyut ve belirsiz kavramlara dayanan insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerini bağlayıcı hukuk haline getirmeye hazır olmadığını göstermektedir²⁹¹. Ancak AİHM’nin 2010 tarihli *Kononov v. Letonya* kararı en azından insan hakları alanında uluslararası suçların ilgisi bakımından Martens kaydının norm ihdas edici işlevini kabul etmiş görünmektedir.²⁹² Bununla beraber bazı silahlı çatışma durumları karakteri itibarıyla olağan dışı niteliklere sahip oldukları için, uluslararası insancıl hukukun kapsamına girmediği gibi, Martens kaydının uygulanması da mümkün değildir. Örneğin teröre karşı savaş ve asimetrik silahlı çatışmalarda terörist suçlu olduğu için uluslararası insancıl hukukta meşru bir statüsü yoktur ve çözümler hukuki olmaktan çok siyasidir²⁹³. Diğer yandan, siber saldırılar bakımından silahlı

²⁸⁷ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), 206 para.525-6.

²⁸⁸ Zagor (2012), ‘Elementary Considerations of Humanity’ 282.

²⁸⁹ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 87.

²⁹⁰ Sarkin (2007), ‘The Historical Origins’ 150-8; Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 421-37.

²⁹¹ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 88.

²⁹² ECtHR Grand Chamber, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 17 May 2010, 70-1 para.215, www.coe.int.

²⁹³ Hans-Joachim Heintze, ‘Terrorism and Asymmetric Conflicts – A Role for the Martens Clause?’ in Thomas Giegerich (Ed), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement*,

çatışmalar hukukunda söz konusu olan boşluğun Martens kaydı vasıtasıyla yorum ve mukayese yapılarak doldurulması yine büyük güçlükler yaratır²⁹⁴. Bu özellikli alanlarda, Martens kaydının en azami genişletici yorumlarının dahi, yazara göre, yeni sorunlar ve durumlar karşısında yeterince dinamik çözümler üretmeye uygun olmadığını gösterir.

Martens kaydının uluslararası hukukun farklı ve bağımsız bir biçimsel kaynağı olarak yorumlanmasının, teamülün yerleşmiş geleneksel oluşma süreçlerine dolayısıyla etkisi olabileceği ileri sürülmüştür²⁹⁵. Bunun arkasındaki temel düşünce, andlaşma hükümlerinin dışında uygulanacak olan uluslararası hukuk prensiplerinin kaynaklandığı yerleşmiş teamüller, insaniyet ilkeleri ve kamu şuurundan birlikte çıkartılabileceği gibi, bunların herbirinin kendi başına ayrı ve bağımsız bir kaynak teşkil edebilecek olmasıdır; birinden çıkartılan uluslararası hukuk prensibinin geçerliliği, diğer iki unsuru ihlal etmesi koşuluna bağlı değildir²⁹⁶. Böylece, Martens kaydı ile uluslararası hukukun prensiplerinin ihdası, insaniyet ilkeleri ve kamu şuru bakımından yerleşmiş teamülden farklı bir norm yaratma sürecine tabi kılınabilir. Bundan hareket ile *Cassese*, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden çıkartılabilecek kuralların oluşumunda, uygar uluslar arasında yerleşmiş uygulamalar (*les usages établis entre nations civilisées*) şartının geleneksel durumlardan daha az *katılıkta* aranması gerektiğini ve bunun yerine *opinio juris sive necessitatis* hususi öncelikli bir konuma getirilmesini önerir²⁹⁷. Bu şekilde Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškić* davasında, Martens kaydını mevcut uluslararası kaynaklar sistemi içerisinde kullanarak, devletlerin uygulamaları için aranan şartları gevşetmek ve aynı zamanda insaniyet

Disarmament and the Laws of War 100 after the Second Hague Peace Conference (Berlin: Duncker & Humblot, 2009) 432-3.

²⁹⁴ Erki Kodar, 'Applying the Law of Armed Conflict to Cyber Attacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 109-12.

²⁹⁵ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 213-4.

²⁹⁶ Strebel (1982), 'Martens' Clause' 252-3.

²⁹⁷ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 214.

gerekleri ve kamu şuurunu yansıtan *opinio juris*'e normalde kabul edilenden çok daha yukarıda, devletlerin uygulamasının üzerinde bir mevkiye yükseltmek için, en azından insancıl hukukla sınırlı bir alanda genişletici bir yorum yapmıştır²⁹⁸. Ancak *Kupreškić* kararında ahlak (*morality*) ve teamülü denkleştirme gayreti ve *opinio juris*'e devletlerin uygulamasının üzerinde -veya bazen hiç uygulamanın bulunmadığı hallerde bile- tek başına bağlayıcı norm yaratmak etkisi tanınması doktrinde olarak sert bir şekilde eleştirilmiştir²⁹⁹. *Ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin yargısal aktivizm sergilediği bazı içtihatlarının dışında, Martens kaydının uluslararası hukukun teamüle ilişkin usul ve süreçlerinde bu derece köklü bir değişim etkisi yaratabileceği iddiasının kabul gördüğünü söylebilmek mümkün değildir³⁰⁰.

1899 tarihli *La Haye Birinci Dünya Barış Konferansında* Martens kaydının sunulmasının arkasındaki neden, konusu ve amacı insaniyet düşüncelerinden çok, görüşülmekte olan sözleşmenin imzalanabilmesi için acil ve zorlayıcı bir diplomatik çıkmazı aşmak niyeti olmasına rağmen, daha sonra devamlılık kazanarak silahlı çatışmalara ilişkin çok sayıda andlaşmaya dahil edilmesi, uluslararası yargı kararlarında ve öğretide yorumlanması, kaydın bir şekilde uluslararası toplumun insaniyet düşüncelerine dayanan hukuki gereksinimlerine cevap verebilmek yönünde kapasitesini gösterir³⁰¹. Ancak Martens kaydını yargısal bir

²⁹⁸ *Id.*; von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' paras.13; *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000) 207-8 para.527.

²⁹⁹ Christopher Greenwood, 'Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia' in H. Fischer, C. Kress and S.R. Lüder (Eds), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments* (Berlin: Verlag Arno Spitz, Berlin, 2001) 539 ve 550; Ilias Bantekas, 'reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law' (2006) 6 *International Criminal Law Review* 127; Yoram Dinstein, 'The Interaction between Customary Law and Treaties' (2006) 322 *Recueil des cours* 319-20.

³⁰⁰ Cryer (2006), 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel' 255-6; Zagor (2012), 'Elementary Considerations of Humanity' 283-5; Stephens (2016), 'Accountability' 185-8.

³⁰¹ Cassese, 1899 La Haye Konferansındaki hazırlık çalışmalarında Martens'in bu kaydı sunmasındaki gayesini oldukça ayrıntılı olarak incelemiştir. Cassese (2000), 'The

yorum aracı olarak kullanarak, azami genişletici bir yorum ile farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı haline getirmek, uluslararası teamül kurallarının oluşumu usul ve süreçlerine ilişkin yerleşik ve genel kabul gören pozitif hukuk düzenin köklü değişime uğraması anlamına gelir³⁰². Bu yüzden, norm yaratma işlevi yüklemek uluslararası hukukun karşılıklılık ve rızaya dayanan normatif karakteriyle çelişir³⁰³. Uygun olan, Martens kaydını uluslararası insancıl hukukun *de minimis* kuralı olarak görmek³⁰⁴ ve orijinal işlevi içerisinde andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmak rolü üstlendiğini düşünmektir³⁰⁵.

Martens Clause' 193-202, Ayrıca bkz. Hull (1970), The Two Hague Conferences 215-22; Pustogarov (1996), 'Fyodor Fyodorovich Martens' 309-14; Eyffinger (2012), 'Friedrich Martens' 22-8.

³⁰² Sarkin (2007), 'The Historical Origins' 153-8; Salter (2012), 'Reinterpreting' 421-32.

³⁰³ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 150.

³⁰⁴ Crawford (2006), 'The Modern Relevance' 16.

³⁰⁵ Greenwood (2008), 'Historical Development and Legal Basis' 34-5; Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 54-5, para. 3.58, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

