

## ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA İDARİ GÖZALTI VE DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLER\*

Fatma TAŞDEMİR\*\* - Erdinç ÖZDEMİR\*\*\*

### Öz

İdari gözaltı, adli gözaltıdan farklı olarak, güvenlik esasına dayalı, cezalandırıcı nitelikte olmayan ve yürütme erki tarafından emredilen istisnai bir tedbirdir. İdari gözaltının amacı, geçmişteki davranışlarından dolayı kişileri cezalandırmak değil, güvenlik için tehdit oluşturduğu değerlendirilen bireylerin düşmanca eylemlere girişmelerini önlemektir. Karşı tarafa mensup olanları yakalama ve alıkoyma, silahlı çatışmanın doğasında var olan bir özelliktir. Uygulayanı devlet olsun devlet dışı aktör olsun, karşı tarafı özgürlüğünden yoksun bırakma, silahlı çatışmalarda meydana gelen sıradan bir olaydır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ele geçirilen muharipler, savaş esiri olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılabilmektedir. Ancak muharip statüsünün olmadığı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yakalanan karşı taraf mensuplarının hangi esas ve usullere göre gözaltında tutulacağı konusu tartışmalıdır. Bu makalede günümüz silahlı çatışmalarının önemli birer aktörü olan devlet dışı silahlı aktörler tarafından uygulanan gözaltı tedbirinin yasal dayanağı olup olmadığı tartışılacaktır. Makale iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, önleyici gözaltı kavramı tanımlanmış ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında özellikleri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise devlet dışı silahlı aktörlerin uyguladıkları önleyici gözaltının yasal dayanakları tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet Dışı Silahlı Aktörler, Güvenlik Amaçlı Gözaltı, İdari Gözaltı, Önleyici Gözaltı, Uluslararası İnsancıl Hukuk.

## INTERNMENT IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND NON-STATE ARMED GROUPS

### Abstract

Being different from criminal detention, internment (administrative detention) in a non-punitive quality is based on security grounds and is an exceptional measure ordered by the executive power. The purpose of internment is to prevent individuals considered to be security threats from engaging in hostile acts, not to punish them for their past conducts. Capturing and holding members of the adversary is an inherent feature of armed conflict. Whether carried out by state or non-state parties the deprivation of

\* Bu makale Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı'nda yürütülmekte olan "Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Güvenlik Amaçlı/Önleyici Gözaltı" adlı yüksek lisans tez çalışmasından yararlanarak yazılmıştır.

\*\* Doç. Dr. Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, tfatma@gazi.edu.tr

\*\*\* Yüksek Lisans Öğrencisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Genel Kamu Hukuku Bölümü, tulayerdincozdemir@gmail.com

*liberty of the adversaries is an ordinary occurrence in situations of armed conflict. In international armed conflicts, captured combatants may be deprived of liberty as 'prisoner of war.' However, in non-international armed conflicts where there is no such a status, it is a controversial issue on what grounds and procedures captured adversaries can be detained. The present article discusses whether there is a legal basis of detention by non-state armed groups as significant actors of the contemporary armed conflicts. The article consists of two main parts. The term of internment is identified in the first and examined in the context of the non-international armed conflict. The second part deals with the legal basis of the internment carried out by non-state armed groups.*

**Keywords:** *Armed Non-State Actors, Security Detention, Administrative Detention, Preventive Detention, International Humanitarian Law.*

## Giriş

İnsanlık tarihinde çatışmaların yaşanmaya başlamasından itibaren savaş meydanlarındaki insanların, özellikle de yenilenlerin, kaderi esaret ya da ölüm olmuştur. Savaşıyan taraf, karşı tarafın askeri gücünü azaltmak veya tamamen yok etmek için düşman kuvvetlerini ya yakalayıp esir etmeye ya da öldürmeye çalışmıştır. Maksat, karşı tarafta yer alan şahısların, esir etmede muhasamat bitene dek, öldürmede ise ilelebet düşmana hizmet etmelerini engellemektir.

Özgürlükten yoksun bırakılma (*Deprivation of liberty*), silahlı çatışma durumlarında meydana gelen sıradan ve muhtemel bir sonuçtur. İster hükümet güçlerince ister devlet olmayan taraflarca ifa edilsin, karşı tarafı yakalama ve alıkoyma, savaşın ve silahlı çatışmanın doğal bir sonucu olmaya devam edecektir. (ICRC, 2013: 3) Her gözaltı türünde var olan temel yükümlülük ise, özgürlüğü kısıtlanan kişilere insanca muamele edilmesidir. (Dörmann, 2012: 349)

Günümüzde savaşlar, her ne kadar özünde değişmese de, klasik anlamda bir savaştan ziyade uzun bir zaman dilimine yayılan ancak kısa süreli sıcak temasların yaşandığı ve kesin bir galibinin olmadığı silahlı çatışmalara dönüşmüştür. Bu tür savaşlarda devletlerin yanı sıra devlet olmayan birimler de yer almaktadır. (Karaosmanoğlu, 2011: 21) Siyasi hedeflerine ulaşmak için düzenli askeri operasyonlar icra edebilen ve bir toprak parçası üzerinde başarılı bir kontrol sağlayıp sürdürebilen (Yeşiltaş ve Kardaş, 2018: 7) bu silahlı birimler bu çalışmada devlet dışı silahlı aktör olarak anılmaktadır.

Devlet dışı silahlı aktörlerin de bir taraf olduğu günümüz silahlı çatışmaları uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılmaktadır. Bu tür çatışmalar, Cenevre Sözleşmelerine taraf bir devletin ülkesi üzerinde bu devletin silahlı kuvvetleri ile bir veya birden fazla silahlı grup arasında ya da bu grupların birbiri arasında meydana gelen süreğen (*protracted*) silahlı mücadelelerdir. (ICRC, 2008: 5) Bu makalenin konusunu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda devlet dışı silahlı aktörler tarafından uygulanan gözaltı tedbirinin, uluslararası hukukta yasal bir dayanağının olup olmadığı oluşturmaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hem devlet tarafının hem de devlet olmayan tarafın söz konusu tedbiri uyguladıkları katıksız bir gerçektir. Saf uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda –

yani sadece bir devletin ülkesinin sınırları içerisinde- (*pure non-international armed conflict*) devletler bunu iç hukuklarına göre çözmeyi tercih ederken, - birden fazla devletin toprakları üzerinde cereyan eden- ülke dışı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda (*extra-territorial non-international armed conflict*) durum karmaşıktır. Devlet dışı silahlı aktörlerin ise, her iki durumda gözaltı tedbirini uygularken yasal dayanaklarının ne olacağı son derece tartışmalı bir konudur. Bu makalede devlet dışı silahlı aktörlerin meşru olarak bu tedbiri uygulayıp uygulayamayacakları ve yasal dayanakları ele alınacaktır. Bu bağlamda makalede ilk olarak önleyici gözaltı kavramının tanımı, amacı ve özellikleri üzerinde durulacaktır. Ardından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmada önleyici gözaltının nasıl uygulandığı ele alınacaktır.

## 1. ÖNLEYİCİ GÖZALTI

### 1.1. Önleyici Gözaltının Tanımı

Enterne etme (*internment*)<sup>1</sup> veya idari gözaltı (*administrative detention*), özgürlükten yoksun bırakmanın özel bir türüdür ve silahlı çatışma hallerinde, enterne edilene karşı ileri sürülen cezai suçlamalar hariç olmak üzere, yürütme erki tarafından düzenlenen veya yürütülen özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelmektedir. (ICRC, 2013: 10) Yani, cezai bir yaptırım değil, önleyici - idari bir tedbirdir. (Pictet, 1958b: 343)

İdari gözaltı, silahlı çatışma esnasında güvenlik sebebiyle ya da çatışmanın olmadığı durumlarda, gerekli koşullar sağlandığı takdirde, devletin güvenliğini veya kamu düzenini sağlamak amacıyla emredilen istisnai bir kontrol tedbidir. (Pejic, 2005: 375-376) Temelinde tedbiri uygulayan otoritenin güvenlik endişesi yatmaktadır. Bu nedenle yöneldiği amaç, söz konusu otoritenin emniyetini sağlamaktır.

Günümüzde devletler tarafından daha çok devletin güvenliğini veya kamu düzenini korumak için, özellikle terörist eylemleri önlemek amacıyla bu eylemlere bir karşılık olarak kullanılmaktadır. (Davidson ve Gibson, 2009: 326-327)

İdari gözaltı (*internment*), uluslararası insancıl hukukta gözaltına alan otoritenin güvenliği için ciddi birer tehdit olduğuna inanılan şahısların, kendilerine yönelik adli bir suçlama olmaksızın, alıkonulmalarını ifade etmek için kullanılmakta olan bir terimdir. (ICRC, 2011: 8)

İdari gözaltı, özellikle gözaltına alan otoritenin güvenliği için bir tehdit sergilediği varsayılan şahısları, yargılama olmaksızın, alıkoyma pratiğidir. Bu nedenledir ki, suçla ilgili olmayan, disipline edici ya da cezalandırıcı amaç gütmeyen zorunlu bir özgürlükten yoksun bırakma çeşididir. Daha ziyade, tehdit olarak değerlendirilen şahısların hareketleri ve etkinlikleri üzerinde en sıkı tedbir olarak uygulanmaktadır. (Sassoli, 2015a)

Pejic'in yapmış olduğu çalışmaya göre idari gözaltı için uygulanabilir genel esaslar şöyledir:<sup>2</sup> (Pejic, 2005: 380-383)

1 “Enterne etme”, “idari gözaltı”, “önleyici gözaltı” ve “güvenlik amaçlı gözaltı” kavramları eş anlamlı olarak ve birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

2 Pejic'in yapmış olduğu çalışma esnasında ‘Silahlı Çatışmalar ve Diğer Şiddet İçeren Durumlardaki İdari Gözaltı için Usul İlkeleri ve Güvenceler’ başlığını taşımaktadır. Yazar bu maddeleri

- İdari gözaltı, istisnai bir tedbirdir.
  - İdari gözaltı, adli takibatın (ceza soruşturmasının) alternatifi değildir.
  - İdari gözaltına, herhangi bir ayırım yapılmadan, sadece şahsi ve vaka temelinde (*case-by-case basis*) başvurulabilir.
  - İdari gözaltı tedbiri uygulanmasına sebep olan şartlar ortadan kalktığıında derhal bu tedbire son verilmelidir.
  - İdari gözaltı tedbiri, meşruiyet (hukukilik) ilkesine uygun olmalıdır.<sup>3</sup>
- Uygulanan gözaltı tedbirinin alıkonulanın kişilik haklarını ihlal etmemesi için bazı usuli güvenceler (*procedural safeguards*) de önerilmiştir. Buna göre gözaltına alınan şahıs; (Pejic, 2005: 384-391)
- İdari gözaltı tedbirinin nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkına sahip olmalıdır.
  - Kayıt altına alınma ve idari gözaltına tahsis edilmiş bir yerde tutulma hakkına sahip olmalıdır.
  - Yabancı uyruklu ise, uyrukları ve yakınları ile görüşme hakkına sahip olmalıdır.
  - Bu tedbire, mümkün olan asgari gecikmeyle itiraz edebilme hakkına sahip olmalıdır.
  - Bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından bu tedbirin meşruiyetine ilişkin hukuki denetim yapılmalıdır.
  - Hukuki destek almasına izin verilmelidir.
  - Devam eden gözaltının meşruiyetine ilişkin periyodik denetim hakkına sahip olmalıdır.
  - Kendisinin veya yasal temsilcisinin duruşmalarda bizzat hazır olma hakkına sahip olmalıdır.
  - Aile üeleriyle görüşme yapma ve ziyaret edilme hakkına sahip olmalıdır.
  - Sağlık durumunun gerektirdiği tedavi ve bakım hakkına sahip olmalıdır.

---

1949 Cenevre Sözleşmeleri –özellikle Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Dördüncü Sözleşme- ve 1977 Ek Protokoller ile 1966 BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükümlerinden çıkarım yaparak sıralamıştır. Bu çalışma, 2005 yılında Uluslararası Kızılhaç Dergisi'nde yayımlanmıştır. (Pejic, 2005) Ayrıca 2007 yılında Cenevre'de düzenlenen 30'uncu Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda sunulan Uluslararası Kızılhaç Komitesi Raporunda Ek-1 olarak yayımlanmıştır. Yazar bir başka makalesinde söz konusu ilkeleri ve güvenceleri liste halinde sıralamıştır. Bkz. Pejic, J. (2011). The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye. *International Review of the Red Cross*, 93 (881), 1-37.

- 3 Literatürde uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilecek idari gözaltının yasal dayanağının Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesinin şu maddeleri olabileceği kabul edilmektedir.

*Madde 42 - (Enterne veya zorunlu ikamet yerleri)*

*Korunan kişilerden enterne edilmeleri veya zorunlu ikametgâhlara yerleştirilmelerine, sadece, Alkoyan Gücün güvenliği bunu gerekli kılarca emredilebilecektir.*

*Madde 78/1 (Güvenlik Tedbirleri. Enterne edilme ve zorunlu ikamet. İtiraz hakkı)*

*İşgal eden Güç, zorunlu güvenlik nedenleriyle, korunan kişilerle ilgili emniyet tedbirlerinin alınmasını gerekli görürse, bu kişileri, en fazla, zorunlu ikamete veya enterne etmeye tabi tutabilir.*

Bu makalede bahsi geçen antlaşma metinleri, aksi belirtilmedikçe, Genelkurmay Başkanlığı tarafından 2010 yılında basıma hazırlanan Silahlı Çatışma Hukuku ile ilgili Uluslararası Hukuk Metinleri adlı eserden alınmıştır.

- Gözaltı koşulları ve muameleye ilişkin talepte bulunma hakkına sahip olmalıdır.
- Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) tarafından erişilebilir olmalıdır.

## 1.2. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Önleyici Gözaltı

1949 tarihli [Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin] Cenevre Sözleşmeleri<sup>4</sup>nin ortak 3'üncü maddesi<sup>5</sup> ve 1954 tarihli [Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin] La Haye Sözleşmesi'nin 19'uncu maddesinde<sup>6</sup> bahsedilen "uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar" kavramı söz

- 4 1949 tarihli Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmeleri:
- i. Silahlı Kuvvetlerin Savaş Alanındaki Hasta ve Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme
  - ii. Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme
  - iii. Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme
  - iv. Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi
- 12 Ağustos 1949 tarihinde Cenevre'de düzenlenen, aynı tarihte ve yerde Türkiye tarafından imzalanan Sözleşmelere Türkiye herhangi bir çekince veya beyan eklememiştir.
- 5 *Madde – 3 (Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar)*  
*Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesinde meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda, çatışmanın her bir Tarafı, en azından, aşağıdaki hükümleri uygulamakla yükümlü olacaktır:*
1. Silahlarını bırakmış olan ve hastalık, yaralanma, yakalanma veya başka bir nedenle çatışma dışı kalmış (hors de combat) silahlı kuvvetler mensupları da dâhil olmak üzere, çatışmalara doğrudan iştirak etmeyen kişiler, her koşulda, ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum veya zenginlik ya da benzer herhangi bir kritere göre ayırım yapılmaksızın, insanca muamele görecektir.  
*Bu amaçla, her ne zaman ve nerede olursa olsun, yukarıda anılan kişilere aşağıda belirtilen hareketler yasaktır ve de yasak olarak kalacaktır:*
  - a. Kişilerin hayatına veya kişilere yönelik şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, acımasız davranış ve işkence;
  - b. Rehin alma;
  - c. Kişisel onuru zedelemeye yönelik eylemler, özellikle küçük düşürücü ve alçaltıcı muamele;
  - d. Uygar uluslarca vazgeçilmez olduğu kabul edilen tüm yargısal güvenceleri sağlayan düzenli, kurulu bir mahkeme kararı olmaksızın ceza verilmesi ve bu cezaların infazı.
2. *Yaralıları ve hastaları çatışma alanlarından toplanacak ve tedavi edilecektir.*  
*Uluslararası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız bir insani kuruluş, çatışmanın Taraflarına hizmetlerini sunabilecektir.*  
Çatışmanın Tarafları, ayrıca bu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamının ya da bir kısmının özel anlaşmalar yoluyla yürürlüğe konulmasına çalışacaktır.
- Yukarıdaki hükümlerin uygulanması, Çatışmanın Taraflarının yasal statüsünü etkilemeyecektir.*
- 6 *Madde – 19 (Uluslararası mahiyette olmayan çatışmalar)*
1. Uluslararası mahiyette bulunmayan ve Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesinde gerçekleşmekte olan bir silahlı çatışma halinde, çatışmanın taraflarından her biri, bu Sözleşmenin en azından kültürel varlıklara karşı saygı gösterilmesiyle ilgili hükümlerini uygulamakla yükümlü olacaktır.
  2. Çatışmanın tarafları, özel anlaşma yoluyla, bu Sözleşmenin diğer hükümlerinden bir kısmını veya tamamını yürürlüğe koymağa gayret edeceklerdir.
  3. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilâtı bu yolda, çatışmanın taraflarına hizmetlerini sunabilir.
  4. Yukarıdaki hükümlerin uygulanması, çatışmanın taraflarının hukuki durumlarını etkilemeyecektir.

konusu sözleşmelerde tanımlanmış değildir. Ancak, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda uygulanacak silahlı çatışma hukuku kurallarını ayrıntılı şekilde düzenleyen 1977 tarihli [1949 Cenevre Sözleşmelerine] Ek II No'lu Protokolün<sup>7</sup> 1'inci maddesinde, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların bir tanımı yapılmıştır. (Aslan, 2008: 265) Buna göre uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramı, *bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkân verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesinin bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmaları kapsamaktadır.*

Yani, hükümetin silahlı güçleri ile bir veya daha fazla silahlı grup arasında ya da bu silahlı gruplar arasında, (Cenevre Sözleşmelerine taraf olan) bir devletin ülkesinde meydana gelen süregelen (*protracted*) silahlı karşılaşmalardır. Bu çatışmaların belirli bir asgari yoğunluk seviyesine ulaşması ve çatışmaya müdahil tarafların belirli bir asgari örgütlenme düzeyine erişmiş olması gerekmektedir. (ICRC, 2008: 5) Maalesef uluslararası silahlı çatışmaların aksine, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hakkında çok az şey söylemektedir. I. Ek Protokol 102 maddeden oluşmakta iken, II. Ek Protokol sadece 28 madde içermektedir ve hükümlerinin bazıları I. Ek Protokol hükümlerinin birer kopyasıdır. (Kalshoven ve Zegveld, 2011: 142)

### **1.2.1. Ayırt etme ilkesi ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda statü sorunu**

Bir savaşta veya silahlı çatışmada muharıpler ile siviller arasında ayırım yapma zorunluluğu uluslararası silahlı çatışma hukukunun temelinde yer almaktadır. (Dinstein, 2004: 82) Ayırt etme ilkesi (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 3)<sup>8</sup> (*The principle of distinction*), hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir bir kuraldır. Uluslararası Adalet Divanının Nükleer Silahlar davasına, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin özellikle Tadic, Martić ve Kupreškic davalarına ve Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Arjantin La Tablada'da meydana gelen olaylara ilişkin içtihatları siviller ile muharıpleri ayırt etme zorunluluğunun uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir teamül kuralı olduğuna ilişkin ilave kanıt oluşturmaktadır. (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 3-8)

Ancak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir muharip kavramı bulunmamaktadır: Yani ne bu çatışmalara doğrudan katılan devlet dışı aktörler için muharip statüsü, ne de bir sivil bu çatışmalara doğrudan katıldığında kendisine bağlı kalan muharip dokunulmazlığı veya savaş esiri hakları söz konusudur. (aktaran Crawford, 2015: 15)

Bir uluslararası silahlı çatışma ise, devletler arasında ve gerekli koşulları sağladığı takdirde, bir devlet ile bir ulusal kurtuluş hareketi arasında cereyan eden silahlı

7 18.02.2018 itibariyle 3 devletin imzacı, 168 devletin taraf olduğu II. Ek Protokol Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır.

8 Kural 1. – Bir çatışmanın tarafları, siviller ile muharıpleri her zaman birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırıları yalnızca muharıplere yönelik olabilir. Sivillere karşı saldırı yapılamaz.

çatışmadır. (Pejic, 2012: 80) Statü temelli olan insancıl hukukun temel ilkelerinden biri olan ayırım esasına göre, bir silahlı çatışma durumunda iki farklı kategoride insan bulunmaktadır: Savaşanlar (muharıpler) ve savaşmayanlar (siviller). Bu kuralın kökeni, “savaşan tarafların silahlı kuvvetleri, muharip ve muharip olmayanlardan teşekkül edebilir.” diyen 1907 tarihli Lahey Sözleşmelerinde bulunmaktadır.<sup>9</sup> Bunu “nizami harpte (düzenli savaşta) bütün düşmanlar iki genel sınıfa ayrılmaktadır – yani muharipler ve muharip olmayanlar veya düşman devletin silahsız vatandaşları.” diyen ABD’nin 1863 tarihli Kara Ordularının Yönetimine İlişkin Talimnamesine kadar geriye götürmek mümkün gözükmemektedir.<sup>10</sup> Söz konusu hüküm, şu anda ise, I. Ek Protokolün 43’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında<sup>11</sup> yer almaktadır. (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 12)

Muharıpler, çatışan Taraflardan birinin silahlı kuvvetlerine mensup olup da sağlık personeli ve din görevlileri dışında kalan şahıslardır. Doğrudan muhasamata katılma hakkına sahiptirler. Bundan dolayı, insancıl hukuk kurallarına uygun hareket ettiklerinde salt muhasamata katıldıkları için soruşturmaya tabi tutulamazlar. Bu duruma Muharip Bağışıklığı (*Combatant Immunity*) adı verilmektedir. (aktaran Hill-Cawthorne, 2016: 36)

Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu’nun da belirttiği gibi, “muharip bağışıklığı (ya da muharip dokunulmazlığı) özünde düşman muhariplerini öldürme veya yaralama ve diğer askeri hedeflerini yok etme iznidir.” (Inter-American Commission, 2002: 68) Çatışmalara katılan muharipler sadece insancıl hukuk kurallarını ihlal ettikleri, özellikle de savaş suçu işledikleri için yargılanabilirler.

Muharip statüsü sadece uluslararası silahlı çatışmalarda mevcuttur. Savaş esiri gibi statü temelli sınıflar uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bulunmamaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen antlaşma hükümleri de benzer bir “muharip” terimini ne tanımlamakta ne de içermektedir. (Goodman, 2009: 49-50)

Bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada devlet dışı savaşanlar, uluslararası hukuk normlarını ihlal edip etmediklerine bakılmaksızın, sıradan iç hukuk ihlalleri de dâhil olmak üzere, gerçekleştirdikleri tüm düşmanca eylemlerden dolayı yargılanabilirler. Buna ilaveten savaş esiri statüsü, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda var olmadığı için böyle bir hakka sahip olamazlar. (Cerone, 2006) Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için en temel dayanak noktası kabul edilen Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3’üncü maddesi dahi bu çatışmalarda ele geçirilen hükümet karşıtı güç mensuplarına savaş esiri muamelesi yapılmasını kabul etmiş değildir. (Pazarıcı, 2012: 570) Bu nedenle bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada yakalanan hükümet karşıtı güç mensupları sadece adi birer suçlu konumundadırlar.

9 1907 (IV) Kara Savaşının Kanunları ve Adetleri ile ilgili Sözleşmeye Ek Kara Savaşının Kanunları ve Adetlerine İlişkin Yönetmelik Madde 3.

10 Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863. Article 155. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110> Erişim Tarihi:16.02.2018

11 Madde 43/2 – (Silahlı kuvvetler)

Çatışmanın bir Tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar (Üçüncü Sözleşmenin 33’üncü maddesi kapsamındaki sağlık personeli ve din görevlileri dışında kalanlar) muhariplerdir, bir başka deyişle doğrudan muhasamata katılma hakkına sahiptirler.

Son zamanlarda muharip (*combatant*) terimi yerine savaşı (*fighter*) tabiri kullanılmaya başlamıştır. Buna göre savaşçılar (*fighters*) silahlı kuvvetler mensupları veya muhalif taraf silahlı güçleri ya da diğerk örgütlü silahlı gruplar veyahut muhasamata (çatışmalara) doğrudan katılanlardır. Bu kuvvetlerin veya grupların sağlık ve din personeli, çatışmalara doğrudan katılmıyorlarsa savaşçı kabul edilmezler ve özel korumaya tabidirler.<sup>12</sup>

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda incelenmesi gereken bir diğerk kişi kategorisi ise çatışmalara katılan sivillerdir. Uluslararası silahlı çatışmalarda muharip kategorisinin dışında kalan herkes sivil dir. Bu durumu kıyas yoluyla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uyguladığımızda savaşçı (*fighter*) olmayan herkesin sivil olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Siviller çatışmalara katıldığında ise bu durum değişmektedir.

II. Ek Protokolün 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, sivil kişiler "doğrudan muhasamata katılmadıkları müddetçe" uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında meydana gelen saldırılardan korunmaktadırlar. Çatışmalara katılan siviller ise bu korumadan mahrum kalmaktadır. Bu noktada "muhasamata doğrudan katılma" tabirinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Söz konusu kavram 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3'üncü maddesinde bulunan "çatışmalara doğrudan iştirak etmeyen kişiler"e kötü muamelede bulunma veya bu kişilere saldırma yasağından yola çıkarak geliştirilmiştir. (Schmitt, 2010: 24)

"Muhasamata doğrudan katılma" (Direct participation in hostilities) ifadesinin kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu "muhasamata doğrudan katılma" ifadesinin "doğaları ya da amaçları itibariyle, düşmanın personeline ya da mallarına gerçek zararlar vermek olan eylemler" olarak anlaşıldığını belirtmiştir. (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 23)

Muhasamata doğrudan katılma anlamına gelen fiiller, şu koşulları sağlamalıdır: (Melzer, 2009: 46)

- a. Fiilden kaynaklanan muhtemel zarara ilişkin bir eşik (Belli bir fiilin muhasamata doğrudan katılma olarak nitelendirilebilmesi için bir çatışma tarafının askeri operasyonlarını veya askeri kapasitesini olumsuz yönde etkilemesi gereklidir.) (Melzer, 2009: 50)
- b. Fiille beklenen zarar arasında bir doğrudan nedensellik bağı (Doğrudan nedensellik koşulunu sağlamak için, belirli bir fiille hem bu fiil hem de bu fiilin bütünleyici parçasını oluşturduğu koordineli askeri harekât arasında bir doğrudan nedensel ilişki olmalıdır.) (Melzer, 2009: 51)
- c. Fiille çatışmanın tarafları arasında cereyan eden çatışmalar arasında bir savaşı ilişkisi (Savaşı ilişkisi koşulunu sağlamak için bir fiil, özellikle bir çatışma tarafının lehine ve diğerkinin aleyhine olarak gereken zarar eşığıne doğrudan neden olmak için tasarlanmış olmalıdır.) (Melzer, 2009: 58)

Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) nin muhasamata doğrudan katılma kavramına ilişkin düzenlemiş olduğu İkinci Uzmanlar Toplantısı'ndan çıkan sonuçlar ise şöyledir: (Bothe, 2004: 18)

12 International Institute of Humanitarian Law (2006). The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict. *Israel Yearbook on Human Rights*, 36, para. 1.1.2



- a. Bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada, savaşçılar (*fighters*) ve siviller olmak üzere, uluslararası insancıl hukukta farklı statülere sahip bulunan iki sınıf bulunmaktadır.
- b. Siviller korumadan faydalanırlar ancak muhasamata doğrudan katılan siviller geçici olarak korumasız kalırlar.
- c. Hem savaşçılar hem de korunmasız siviller (*unprotected civilians*) meşru askeri hedef teşkil ederler.
- d. Savaşçılar, silahlı kuvvetlerini ya da diğer örgütlü silahlı gruplarını oluşturduğu bir çatışma tarafının idari örgütüne mensup kişilerdir.
- e. Savaşçılar, bahsedilen örgüte mensubiyetleri boyunca bu statüye sahiptirler.
- f. Savaşçı olmayan kişiler sivilidir ve sadece çatışmaya müdahil oldukları süre boyunca korumalarını kaybederler.
- g. “Doğrudan muhasamata katılma” tabirinin anlamı, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda esasen aynıdır.

Ayırt etme ilkesini tanımlamak kolaydır, zor olan ise, bu ilkenin askerler ve diğer savaşçılar (*fighters*) tarafından muharebe sahasında uygulanmasıdır. (Watkin, 2010: 646) Muharipler, kendilerini sivillerden ayrı tutmalıdırlar, yani muharip olarak gözle ayırt edilebilir olmak zorundadırlar. İkinci olarak, saldırıları yöneltirken muharipler ile siviller arasında ayırım yapmak zorundadırlar. Yani sadece muharipler (veya diğer meşru askeri hedefler) hedef alınabilirler. Siviller çatışmalara doğrudan katılmadıkları müddetçe hedef alınamazlar. (Crawford, 2015: 14)

Bir kişinin şüphe halinde nasıl sınıflandırılacağı sorusu karmaşık ve zordur. Uluslararası silahlı çatışmalar için, I. Ek Protokol (m.50/1) “şüphe halinde, söz konusu kişinin sivil olarak kabul edileceğini” açıkça belirterek sorunu çözmeye çalışmaktadır. Ancak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, bir kişinin statüsüne ilişkin şüphe durumu devletlerin uygulamalarında hiç ele alınmamıştır. Bu nedenle, bu alandaki teamül hukukuna ilişkin hiçbir sonuç çıkarılamaz, fakat sivil halkın saldırılardan korunmasını kuvvetlendireceği için bu konuda açık bir kuralın varlığı arzu edilen bir durumdur. Bu açıdan, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da, uluslararası silahlı çatışmalarda öngörüldüğü gibi, mevcut durumun şartları ve zorlukları göz önüne alınarak bir saldırıyı haklı göstermeye yeter bilginin bulunduğunu tespit etmek için dikkatli bir değerlendirme yapılması uygun görünmektedir. Yani statüsü şüpheli her şahsa otomatik olarak saldırılamaz. (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 25-26)

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda siviller de gözaltına alınabilir ama gözaltı için hukuki zemin uluslararası hukukta değil, ulusal hukukta bulunmaktadır. Bu göz ardı edilen bir şey değildir. Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmelerinde yer aldığı üzere, bu tür silahlı çatışmalarda gözaltına alma yetkisi ve gözaltına itiraz etme hakkını düzenlemektedir çünkü savaşta iki veya daha fazla egemenin bulunması, ulusal hukukun uygulanmasını imkânsız hale getirmektedir. (Rona, 2007: 240)

Esasında statü sorunu, ayırım ilkesinin doğal bir sonucudur. Farklı kategoriler olmadan ayırım yapılamaz. Çünkü savaş mağdurlarının korunması, uluslararası insancıl hukukun düzgün bir şekilde uygulanmasına ve bu ise düzgün sınıflandırmaya bağlıdır. (Wilmshurst, 2012: 116) Meşru askeri hedefleri ortaya çıkarmak

için ayırım yapmak zorunludur; ancak ayırım yapmak, yani savaşı sivilden ayırtmak, günümüzün savaşları olarak tabir edilen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hiç de kolay değildir.

### 1.2.2. İçkin Bir Hak Olarak Önleyici Gözaltı ve Keyfi Gözaltı Yasağı

Bir silahlı çatışmaya ilişkin nedenlerden dolayı bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması anlamına gelen alıkonulma (*detention*), uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmaların değişmez ve kaçınılmaz bir sonucudur. (ICRC, 2011: 8) Ancak bu tedbir keyfi olarak uygulanmamalıdır. Diğer hukuk sistemleri (insan hakları hukuku) gibi insancıl hukuk da keyfi gözaltını yasaklamıştır. (ICRC, 2014: 1) Örneğin öngörülemez şekilde uygulandığında, toplu cezalandırma (*collective punishment*) biçimi olarak kullanıldığında, bu tedbiri haklı kılan şartlardan daha uzun süre uygulandığında ve teyit edilmemiş ya da hatalı teşhisten kaynaklandığında söz konusu gözaltı tedbiri keyfidir. (ICRC, 2015: 14)

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 28 Ekim 2014 tarihinde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği başlıklı 9'uncu maddesine<sup>13</sup> ilişkin 35 numaralı Genel Yorumu kabul etmiştir.<sup>14</sup> Bu yorumun 15'inci paragrafında devletlerin adli bir soruşturma bağlamında olmayan ve bazen idari gözaltı veya enterne etme diye tabir edilen güvenlik amaçlı gözaltı tedbirini uygulamaları durumunda söz konusu tedbirin keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmaya dair ciddi riskler taşıdığını belirtmiştir. Komite'ye göre çok istisnai durumlarda mevcut, doğrudan ve zorunlu bir tehdit, böyle bir tehdit sergileyen kişinin gözaltına alınmasını haklı kılabılır. Elbette ki bu durumun ispat yükü gözaltı tedbirini uygulayan devletin üzerindedir ve gözaltı süresi uzadıkça bu yük artacaktır.<sup>15</sup>

Ancak 35 numaralı Genel Yorum, yayımlandığı andan itibaren güvenlik amaç-

13 9. Madde (Özgürlük ve güvenlik hakkı)

1. Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.
2. Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma sebepleri hakkında gözaltına alındığı sırada ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir.
3. Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkûm edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata başlanabilir.
4. Gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.
5. Hukuka aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir.

[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin133.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf) Erişim Tarihi: 17.02.2018

14 United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 35 (Article 9: Liberty and security of person) (General Comment No. 35)

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11) Erişim Tarihi:17.02.2018

15 General Comment No. 35, para.15

lı gözaltı konusunda açıkça yol gösterici olmadığı için ciddi eleştiriler almıştır.<sup>16</sup> Örneğin 64'üncü paragrafın ilk iki cümlesi, haklı olarak, insancıl hukukun silahlı çatışma durumlarında insan hakları hukukunun veya 9'uncu maddenin yerini almayacağını kabul etmektedir. Ancak “uluslararası insancıl hukuk tarafından yetkilendirilen ve düzenlenen ve uluslararası insancıl hukuka uygun olan güvenlik amaçlı gözaltı ilke olarak keyfi değildir.” diyen üçüncü cümlesi, ilke olarak insancıl hukukun hangi yönlerinin güvenlik amaçlı gözaltıyı keyfi olmayan hale dönüştürdüğünü açıklamadığı için ve uluslararası silahlı çatışmalarla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukuk arasında hiçbir ayırım yapmadığı için eleştirilmiştir. Belki de yorumun 64'üncü paragrafının üçüncü cümlesi uluslararası silahlı çatışmalara doğrudan atıf yapan 66'ncı paragrafı ile birlikte okunduğunda keyfi gözaltına ilişkin kuralların uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili olmadığı ve bundan dolayı bu tür silahlı çatışmalarda keyfi gözaltına karşı tek korumanın insan hakları hukuku kaldığı ileri sürülebilir. (Shaheed, 2014a) Çünkü gözaltı, insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun kesişme noktasında yer alan en karmaşık konulardan birisidir. (Horowitz, 2014)

35 numaralı Genel Yorumun 17'nci paragrafına göre; tutuklama veya gözaltına almanın MSHS tarafından garanti alınan hakların hukuka uygun bir şekilde uygulanmasına yönelik bir yaptırım olarak uygulanması ve geriye dönük olarak bir cezalandırma aracı olarak kullanılması söz konusu tedbiri keyfi hale getirir.<sup>17</sup> Ayrıca herhangi bir yasal dayanaktan yoksun olan tutuklama veya gözaltı aynı zamanda keyfidir.<sup>18</sup>

Diğer taraftan, özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakma, uluslararası örf adet hukuku tarafından da yasaklanmıştır. Devletlerin uygulamasına göre bu kural, gerek uluslararası, gerekse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası örf adet hukuku normu oluşturmaktadır. (Henckaerts ve Doswald-Beck, 2005: 385)

“Gözaltına almanın keyfi olmaması gerektiğini emreden ilke hem uluslararası insancıl hukukun hem de insan hakları hukukunun parçasıdır. Uluslararası hukukun bu iki dalı arasında farklılıklar bulunmakla beraber gerek uluslararası insancıl hukuk gerekse insan hakları hukukunun amacı, -özellikle güvenlik alanında- belli ihtiyaçlara dayalı olan gözaltı gerekçelerini belirterek ve kayıpları engellemek ve gözaltına alma zorunluluğunun düzenli olarak doğrulanmasını sağlamak için bazı şartlar öngörerek, keyfi gözaltına alma uygulamalarını engellemektir.

Cenevre Sözleşmeleri'nin her birinde, silahlı bir çatışmanın taraflarının kişileri özgürlüklerinden mahrum bırakırken dayanabileceği gerekçelere ilişkin kurallar bulunmaktadır.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme ve

16 Shaheed, F. (2014a). UN HRC's General Comment 35 on the Right to Liberty and Security: A Missed Opportunity? *Just Security* (November 19, 2014). Shaheed, F. (2014b). UN HRC's General Comment 35 on the Right to Liberty and Security: A Missed Opportunity? (Part Two) *Just Security* (November 20, 2014), Horowitz, J. (2014). Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention. *Just Security* (November 21, 2014). Goodman, R. (2015). Authorization versus Regulation of Detention in Non-International Armed Conflicts. *International Law Studies*, 91, 155-170.

17 General Comment No. 35, para.17

18 General Comment No. 35, para.11

Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri, kimsenin keyfi bir gözaltı ya da tutuklamaya konu olamayacağına hükme bağlamaktadırlar.<sup>19</sup>

Bir devlet, herhangi bir silahlı çatışmaya girdiğinde üstlendiği en önemli sorumluluklardan biri de gözaltı kurumudur. Silahlı çatışma sırasında en bilinen çeşit gözaltı ise, karşı tarafın silahlı kuvvetleri tarafından yapılanıdır: Bir devletin silahlı kuvvetleri, mümkün olduğunda, karşı tarafın silahlı kuvvetlerini, -tekrar- silaha sarılmalarını önlemek maksadıyla, muharebe sahasında alıkoyacaktır. (Deeks, 2009: 403)

Bir silahlı çatışmanın sonucunda ölenlerin olması kadar yakalananların da olması doğal karşılansa bile bu durumun çatışmanın taraflarına gözaltına alma hususunda içkin<sup>20</sup> bir hak (*inherent right*) verdiğini söylemek güçtür. Bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada kişileri gözaltına almak için insancıl hukukta bir hak'tan ziyade bir yetkinin (*authority, power*) olduğu genellikle kabul görmektedir. Bunun da silahlı çatışma pratiğinden ve çatışma taraflarının kendileri için ciddi bir güvenlik tehdidi kabul ettikleri kişileri yakalayabilmeleri ve bu kişileri bir tehdit sergiledikleri müddetçe gözaltında tutabilmeleri düşüncesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. (Chatham House ve ICRC, 2008: 3-4) Bu durum, tarafların muharebe sahasında sahip oldukları gücün bir sonucudur.

Yine de devletler, kişileri yargılama olmaksızın gözaltında tutmaktan ziyade, soruşturmalı ve gerekiyorsa cezalandırmalıdır. Çünkü adli (cezai) ve idari (güvenlik amaçlı) gözaltının her ikisi de insanları özgürlüklerinden yoksun bırakmalarına rağmen, neredeyse her zaman için, adli gözaltı tedbiri esasa ve usule ilişkin daha sağlıklı güvenceler içermektedir. (Hakimi, 2012: 1410)

## 2. ÖNLEYİCİ GÖZALTI VE DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLER

### 2.1. “Devlet Dışı Silahlı Aktör” (DDSA) Kavramının Tanımı ve Karakteristik Özellikleri

Devlet dışı aktör kavramı, genellikle, gerçek anlamda bir devlet olmayan bütün varlıkları içermektedir ve sıklıkla silahlı grupları (*armed groups*), terör örgütlerini (*terrorists*), sivil toplumu (*civil society*), dini grupları (*religious groups*) veya şirketleri (*corporations*) kastetmek için, bazen de hükümetler arası örgütleri (*inter-governmental organizations*) kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Çatışma sonrası barışı tesis etme bağlamında ise, devlet dışı aktör, devletin kontrolü dışındaki silahlı grupların bir kısmını ima etmek için literatürde kullanılmaktadır. (Clapham, 2009)

DDSA kavramının genel kabul görmüş bir tanımı yoktur. Bununla birlikte DDSA denildiğinde; i) hedeflerine ulaşmak için şiddet kullanmaya istekli ve bu kabiliyete sahip; ii) düzenli ordu, başkanlık muhafızları, kolluk ya da özel kuvvetler gibi resmi devlet kurumlarına entegre olmamış; iii) politika, askeri operas-

19 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966), madde 9, para. 1; Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989), madde 37, bent 1 b); Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), madde 7, para. 3; Afrika İnsanın ve Halkların Hakları Şartı(1981), madde 6; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), madde 5, para. 1

20 İçkin kavramı, bir şeyin doğasında var olan, var olmak için o şeyin dışında herhangi bir şeye ihtiyaç olmayan anlamında, *inherent*'in karşılığı olarak kullanılmıştır.

yonlar, kaynaklar ve altyapı bakımından belli bir derecede özerkliğe sahip yapılar anlaşılmaktadır. Buna göre bazı DDSA'lar şunlardır: başkaldıranlar (*rebels*), gerilla savaşçıları (*guerrilla fighters*), milis kuvvetleri (*militias*), yarı-milis kuvvetler (*paramilitaries*), kabile reisleri (*clan chiefs*), büyük adamlar (*big men*), savaş ağaları (*warlords*), terör örgütleri, mafya, paralı askerler (*mercenaries*), özel askeri şirketler (*private security companies*) ve çapulcular (*marauders*). (Schneckener, 2007: 10-12) Bu DDSA'ların çoğunluğu iki ortak özelliği paylaşmaktadır. Bunlardan birincisi, şiddet yöntemlerini kullanarak uluslararası hukuk tarafından yapılan muharip - muharip olmayan ayırımına çok büyük bir önem vermemeleridir. İkincisi, 1990'lardan bu yana giderek artan şekilde ulus ötesi ağlar ve ulus ötesi bağlantılar yoluyla faaliyet göstermeleri ve böylece yeni hareket alanı kazanmalarıdır. (Schneckener, 2007: 12)

Uluslararası silahlı çatışmalarda, taraflar devlet olduğu için her bir devlet, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi nedeniyle, onayladığı insancıl hukuka ilişkin anlaşmaları uygulamakla yükümlüdür. Ayrıca örf adet adı altında var olan yükümlülükler de uluslararası meşru kişiliklerinin doğal bir sonucu olarak devletleri bağlamaktadır. Ancak taraflardan en az birinin devlet olmayan silahlı grup olduğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, sorun, insancıl hukuk kurallarının bu grupları bağlayıp bağlamadığı ve eğer bağlıyorsa, nasıl bağladığından kaynaklanmaktadır. (Hill-Cawthorne, 2016: 99)

“Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hukuku, DDSA'ların silahlı çatışmanın taraflarından biri olduğunu öngörmektedir ve bu çatışmaların temel kurallarını içermektedir. Fakat bu aktörlerin insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu tutulması meselesi bu hukuk alanında açık ve tartışmasız bir biçimde yer almamaktadır.” (Albayrak, 2016: 320)<sup>21</sup>

Bu konu tartışmalı olmakla birlikte son yıllarda DDSA'ların da devletler gibi insancıl hukuk kuralları ile bağlı olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. Örneğin, 2004 yılında Sierra Leone Özel Mahkemesi çatışmanın tarafı olan DDSA'ların da insancıl hukukla bağlı olduğuna hükmetmiştir.<sup>22</sup>

21 İnsancıl hukuk kurallarının DDSA'ları nasıl bağladığına dair yaklaşımlar için bkz. Murray, D. (2015). How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-state Armed Groups. *Journal of Conflict & Security Law*, 20 (1), 101-131. Taşdemir, F. (2017). İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk Ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu. *Akademik Hassasiyetler*, 4 (7), 1-22. Zegveld, L. (2002). *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. Sassoli, M. (2010). Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law. *International Humanitarian Legal Studies*, 1, 5-51.

22 “... (s)adece devletler uluslararası antlaşmalara taraf olabile de, bir silahlı çatışmanın bütün taraflarının, devlet olsun devlet dışı aktör olsun, uluslararası insancıl hukuk ile bağlı olduğu kuralı artık iyice oturmuştur. Uluslararası örf adet hukuku, uluslararası toplum içerisinde genel davranış kurallarını betimlemektedir, bu nedenle belli bir hükümete düşman olan silahlı gruplar bile bu kurallara uymak zorundadır. Devlet dışı birimlerin uluslararası insancıl hukuk belgelerinin ihtiva ettiği kurallarla bağlı oldukları, yani mensuplarının eylemlerinden sorumlu oldukları ve karşı taraflar veya dış dünya tarafından sorumlu tutulabilecekleri de belirtilmektedir. Bundan dolayı Sierra Leone'deki çatışmanın bütün tarafları, uluslararası insancıl hukukta yer alan çocukların askeri amaçlarla kullanılma yasağı ile bağlıdır.” Special Court For Sierra Leone, Prosecutor v.Sam Hinga Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E) Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) Date of Decision: 31 May 2004, para.22

Dünya üzerindeki silahlı çatışmalarda devlet dışı aktörlerin artan katılımı sonucunda akademik yazın, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda devlet dışı aktörler tarafından uygulanan gözaltının hukuki ve usuli temellerini tartışmaya başlamıştır. (Yale Law School, 2015: 44)

## 2.2. Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Önleyici Gözaltı Yetkisi ve Sorumluluğu

Uluslararası silahlı çatışmalarda gözaltı tedbiri yoğun bir şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri, elde tutulan savaş esirleri ve sivillerin gözaltı koşullarını düzenleyen 100'den fazla hüküm içermektedir. Ancak konu uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olduğunda Cenevre Sözleşmelerinde yer alan tüm detaylar kaybolmakta ve ortada sadece ortak 3'üncü maddenin önemli olmasına rağmen çok genel koruması, ilaveten II. Ek Protokolün tamam olmayan koruması ve örf adet hukukunun her zaman tartışmaya açık genel kuralları kalmaktadır. (Mahnad, 2013: 33-52) Ortak 3'üncü madde ve II. Ek Protokolün bazı hükümleri, uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki gözaltı kurumunun koşullarını ve işleyişini düzenlemesine rağmen çatışmanın taraflarına açıkça gözaltına alma yetkisi vermemektedir.

Bundan dolayı, uluslararası silahlı çatışmalar ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir hukuk arasındaki eşitsizlik, hukukun mevcut süreçte tartışılmakta olan herhangi bir alanından daha çok dikkat çekmektedir. (ICRC, 2015: 14)

Bir devlet ile bir DDSA arasında meydana gelen tipik bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada – ilke olarak bir çatışmanın bütün taraflarına eşit olarak uygulanan - insancıl hukuk kuralları, aslında eşit olmayan taraflara birçok şekilde uygulanmaktadır. (Casalin, 2011: 744)

Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında, hükümet tarafında yer alan silahlı kuvvetler mensupları, uluslararası olmayan silahlı çatışma hukukuna uygun meşru güç kullanma hakkına sahiptirler ve silahlı çatışmaya ilişkin olarak böyle yaptıkları için genellikle ülkenin iç hukukunu da ihlal etmezler. Diğer yünden hükümete başkaldıran tarafta savaşanlar için muharip statüsünün yokluğu, çatışmanın yürütülmesinde ifa ettikleri bütün şiddet içerikli eylemlerin ülkenin iç hukukunda cezalandırılabilir birer suç olacağı anlamına gelmektedir. (Boothby, 2012: 433)

Bununla birlikte uluslararası insancıl hukuk kurallarının çatışmanın tarafları olan devletler ve silahlı muhalif gruplar için eşit yükümlülükler meydana getirdiği genellikle kabul edilmektedir. (Hefes, 2015: 229; La Rosa ve Wuerzner, 2008: 327-328) Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda gözaltı tedbirini düzenleyen ortak 3'üncü madde ve II. Ek Protokolün ilgili hükümlerinden ve Cenevre Konferansı'nda devletlerin tartışmalarından anlaşılmaktadır ki, bu hükümlerin devletlere ve DDSA'lara eşit olarak uygulanması amaçlanmıştır. (Murray, 2017: 438) Ancak iç hukuk açısından bakıldığında devletler ile bu devletlerin ülkesinde faaliyet gösteren DDSA'lar arasında meydana gelen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sadece hükümet yetkilileri, çatışma ile ilgili nedenlerden dolayı bireyleri gözaltına alabilmektedir. Gözaltı için meşru bir hukuki zeminin yokluğu, aslında, *jus ad bel-*

*luma* ilişkin bir sorundur.<sup>23</sup> (Heffes, 2015: 233-235) Geçmişte yaşanan bazı belirsizliklere rağmen insancıl hukuk kurallarına göre, ne bu kuralları uygulamak çatışma taraflarının yasal statülerine etki eder ne de bu kuralların uygulanması herhangi bir gayrimeşru kuvvet kullanımını meşru kılar. (Heffes, 2015: 235)

Dahası, Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3'üncü maddesinin en çarpıcı özelliği, madde hükümlerinin uygulanmasının çatışmanın taraflarının hukuki statüsünü etkilemeyecek olmasıdır. Buradaki "hukuki statü" terimi, ne olursa olsun, ne iddia ederse etsin ya da kendisine ne unvan verirse verirsin, çatışmanın bir tarafının bu maddeyi uyguladığı için karşı tarafın kazanamayacağı yeni uluslararası statüyü kastetmektedir. (Pictet, 1958a: 44)

Uluslararası silahlı çatışmalarda, devletler, muhasamat (*hostility*) süresince emsalleri tarafından gerçekleştirilen öldürme ve yakalama eylemlerini normal kabul etmektedirler. Ama Heffes'e göre, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda devletler, bazı vatandaşları tarafından diğer vatandaşlarına karşı belirli bir hukuki yetkinin kullanılmasını kabul etmeye pek hazır görünmemektedirler. (2015: 237) Ancak bu görüş isabetli değildir. Karşı taraftakilerin ilgili devletin vatandaşı olmaları önemli değildir. Vatandaşlıktan ziyade devletten farklı bir örgüte mensubiyet söz konusudur. Her devlet, gücün olabildiğince sadece kendi tekelinde olmasını ister, gücü emsalleri de dâhil olmak üzere bir başkasıyla paylaşmak istemez. Günümüz uluslararası sistemde devletlerin egemen eşitliği ilke olarak kabul edildiğinden, devlet diğer devletlerin gözaltına alma yetkilerinin de var olduğunu kabul etmektedir, ama devlet dışı aktörler için aynı şey geçerli değildir.

Van Amstel'in DDSA'lar tarafından uygulanan gözaltına ilişkin çalışmasında bu tedbirin yasal dayanağı olabilecek üç husus incelenmiştir. Özünde uluslararası silahlı çatışmaları esas alan 1949 Cenevre Sözleşmelerinin bazı hükümlerinin kıyas yoluyla uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması iki silahlı çatışma türünün birbirinden çok farklı olması nedeniyle<sup>24</sup> görüldüğünden çok zordur. Çatışmanın tarafları arasında yapılan özel bir antlaşma ile karşı tarafa mensup olanları özgürlükten yoksun bırakmanın düzenlenmesi ise iki tarafın anlaşması uygulamada düşük bir ihtimal olduğundan pek mümkün gözükmemektedir. Son olarak tek taraflı bağlanma yolu ise, DDSA yapacağı tek taraflı bildiri ile böyle bir bağlanma içine girdiğinde devletlerin bunu ne kadar ciddiye alacağı veya DDSA'nın bu kararına ne kadar ciddiyetle bağlı kalacağı olasılıkları düşünüldüğünde yine pek sağlam bir yol olarak kabul edilemeyecektir. (2012, 178-189)

23 *Jus ad bellum*, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmanın, yani silahlı çatışmaya girmenin, ne zaman meşru olduğunu tanımlarken, (...) *jus in bello*, bir silahlı çatışmada neyin meşru olduğunu tanımlar. (...) İnsancıl hukuk, *jus in bello* kapsamında sadece düşmanın askeri potansiyelini zayıflatmak olabilen çatışmanın amacına ulaşılması için gerekli şiddet miktarını sınırlayarak ve muhasamatta doğrudan yer almayan ya da artık yer almayanları koruyarak, *jus ad bellum* kapsamında ise, bu amacın meşru olup olmadığını kontrol ederek silahlı çatışmalarda kuvvet kullanımını kısıtlamaktadır. (Sassoli, 2007: 242)

24 İki çatışma türü arasındaki temel farklardan birisi de şahısların hakları belirlenirken uluslararası silahlı çatışmalarda şahısların statüsünün, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ise eylemlerinin dikkate alınmasıdır. (Van Amstel, 2012: 179)

İnsancıl bir bakış açısıyla bakıldığında, uluslararası olmayan silahlı çatışma mağdurları da uluslararası silahlı çatışma mağdurları ile aynı kurallar tarafından korunmalıdır. Çünkü aynı sorunlarla yüzleşmekte ve aynı korumaya ihtiyaç göstermektedirler. (Sassoli, Bouvier ve Quintin, 2011: 1)

Nitekim son zamanlarda, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma kuralları birbirine daha çok yakınlaşmıştır. İki branş arasındaki azalan mesafe, uluslararası olmayan silahlı çatışma hukukundaki boşlukları doldurmak için uluslararası silahlı çatışma hukukundaki hükümleri kullanma düşüncesini yeniden kuvvetlendirmektedir. (Van Amstel, 2012: 177-178)

Devletler, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda DDSA'lara muharip veya savaş esiri statüsü vermeyi reddetmelerinde yer alan aynı nedenlerden dolayı gözetilme için de bir yasal dayanak oluşturmayı kabul etmemektedirler. (Yale Law School, 2015: 5)

Sassoli'ye göre, devletler uluslararası olmayan silahlı çatışma hukukunun DDSA'lara değil, sadece devletlere idari gözetilme için yasal bir dayanak sağladığını iddia edemezler. Çünkü insancıl hukukta böyle bir yasal dayanak varsa insancıl hukuk bir silahlı çatışmanın her iki tarafı için her zaman aynı olduğundan bu durum da herkes için geçerli olmalıdır. (2015b: 5)

DDSA'lar, düşman silahlı kuvvetlerini çatışmadan alıkoymak (Heffes, 2015: 246) maksadıyla karşı tarafa mensup olanları özgürlüklerinden yoksun bırakırlar. Yakalamada (*capture*) amaç, yakalanan şahsın düşmana hizmet etmesini engellemektir. Yakalanan şahıs, silahsızlandırılır, ondan sonra mümkün mertebe cepheden uzak bir yere götürülür, kendisine insanca muamele edilir ve zamani geldiğinde takas edilir, ülkesine iade edilir ya da serbest bırakılır. (Lennon, 2015: 1024)

Sassoli'ye göre, "silahlı çatışmanın tarafları karşı tarafa mensup şahısları silah kullanmaktan men ederek bir askeri avantaj kazanmak maksadıyla gözetilme alır. Ancak DDSA'lar yasal olarak hükümetin silahlı güçlerini gözetilme alamazsa yakalamış olduğu düşman savaşçıları salıvermek ya da öldürmekten başka bir seçeneği kalmayacaktır. Birinci seçenek karşı tarafın askeri potansiyelini arttıracığı için gerçekçi olmayacak, ikinci seçenek ise bir savaş suçu (*war crime*) teşkil edecektir." (2010: 19)

Eğer çatışma taraflarının herhangi bir iç hukuka göre değil de insancıl hukuk altında aynı hak ve yükümlülükler sahip olduğu düşünülürse, savaşın eşitliği ilkesi, gözetilme alma yetkisini açıklamada yararlı olabilir. Tabii ki, bu kesinlikle, tarafların her yönden değil, sadece insancıl hukuk kapsamındaki hakları ve ödevleri açısından eşit oldukları anlamına gelmektedir. (Heffes, 2015: 241) İnsancıl hukuk silahlı çatışmanın taraflarını eşitlemez ya da (savaşın eşitliği ilkesi) her konuda tarafların eşit haklara, ödevlere ve yetkilere sahip oldukları anlamına gelmez. Sadece insancıl hukuk kapsamında söz konusu tarafların aynı hak ve ödevlere sahip oldukları anlamına gelir. (Hill-Cawthorne ve Akande, 2014)

Bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada tarafların her birini bağladığı öne sürülen insancıl hukukun özü budur. (Heffes, 2015: 239) Çünkü uluslararası insancıl hukuk, muhasamatta (çatışmalarda) yer almayan ya da artık yer almayacak olan şahısları korumak isteyen bir kurallar bütünüdür. (Heffes, 2015: 248)



Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan gözaltı tedbirine ilişkin uluslararası hukukta bir hukuki boşluk bulunmaktadır. Bundan dolayı devletlerin bu konuda uluslararası bir düzenleme yaparak, başka hususlarda olduğu gibi, kendilerini ve dolayısıyla uyruklarını bu hükümlerle bağlı kılmaları gerekmektedir. Söz konusu düzenlemenin DDSA'ları nasıl bağlayacağı hususu ise başka bir çalışmanın konusu olduğundan burada ele alınmayacaktır.

## Sonuç

Karşı tarafa mensup bireyleri özgürlüklerinden mahrum bırakma (*deprivation of liberty*), uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da dâhil olmak üzere tüm silahlı çatışmalarda meydana gelen kaçınılmaz bir olaydır.

Adli bir suçla ilgili olmayan ve cezalandırıcı amaç gütmeyen idari - önleyici gözaltı, özellikle gözaltına alan otoritenin güvenliği için ciddi bir tehdit sergilediği düşünülen şahısları, yargılama olmaksızın, alıkoyma pratiğidir.

Herhangi bir yasal dayanaktan yoksun –yani hukuka aykırı- olan tutuklama veya gözaltı aynı zamanda keyfidir. Bu tedbirin uygulanması gibi keyfi olarak uygulanma yasağı da evrenseldir. Bu konuda tüm otoriteler hemfikirlerdir.

Bir silahlı çatışmanın sonucunda ölenlerin olması kadar yakalananların da olması doğal karşılansa bile bu durumun çatışmanın taraflarına gözaltına alma hususunda içkin bir hak (*inherent right*) verdiğini söylemek güçtür. İnsancıl hukuk kapsamındaki bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada kişileri gözaltına almak için silahlı çatışma pratiğinden ve çatışma taraflarının kendileri için ciddi bir güvenlik tehdidi kabul ettikleri kişileri yakalayabilmeleri ve bu kişileri bir tehdit sergiledikleri müddetçe alıkoyabilmeleri düşüncesinden kaynaklandığı genellikle kabul görmektedir.

Eğer çatışma taraflarının herhangi bir ulusal hukuk değil de uluslararası insancıl hukuk altında aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu düşünülürse, savaşın eşitliği ilkesi (*the principle of the equality of belligerents*) gözaltına alma tedbirini açıklamada yararlı olabilir.

DDSA'lar yasal olarak hükümet silahlı güçlerini gözaltına alamazlarsa yakalamış oldukları düşman savaşçıları ya salıvermeleri ya da öldürmeleri gerekecektir. Salıvermek için yakalamalarını beklemek anlamsız olacağı gibi, öldürmelerini göze almak da insancılık ile bağdaşmayacaktır.

Diğer taraftan, DDSA'ların uluslararası hukuka uygun davranmalarını istiyorsak, onlara en başta hukukun ne olduğunu anlatabilmeliyiz. İlk önce uluslararası hukukun gözaltına almaya müsaade ettiğini, en azından, gözaltına almayı yasaklamadığını söyleyebilmeliyiz. Ancak uluslararası hukukta DDSA'ları bu konuda bağlayan veya gözaltı uygulamalarını düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, hâlihazırda DDSA'ların gözaltına alması hususunda –ne antlaşma temelli ne de örf adet temelli- uluslararası hukukta yasal bir dayanağın var olduğunu söylemek zordur. Bu durum savaşçılar ve siviller açısından sıkıntı yaratmaktadır. Çünkü silahlı çatışmaların en sık rastlanılan durumlarından biri olan alıkoyma (*detention*) ile ilgili hukuki bir boşluk vardır. Bu durumda yapılması gereken, devletlerin

ve DDSA'ların uygulamakta oldukları gözaltı tedbirine ilişkin hukuki bir düzenleme yapmak ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda DDSA'lar tarafından gözaltına alınan kişiler için daha az koruma sağlayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olacak bir eşitsizliği yasaklamaktır. Aksi takdirde çatışma ortamında mağduriyet yaşayacak olanlar, devlet ya da devlet dışı silahlı aktör gibi tüzel kişiler değil, gerçek kişiler olacaktır. Unutulmamalıdır ki, uluslararası insancıl hukukun amacı, silahlı çatışma ortamındaki insanı ve insanlık onurunu korumaktır. Ancak bu düzenleme ile DDSA'ların yasal statülerinin değişmeyeceği vurgulanmalıdır ki, devletler söz konusu düzenlemeye olumlu bakabilsinler. İnsancıl hukuk kurallarına göre, ne bu kuralları uygulamak çatışma taraflarının yasal statülerine etki eder ne de bu kuralların uygulanması herhangi bir gayrimeşru kuvvet kullanımını meşru kılar.

### Kaynakça

- Albayrak, G. (2016). Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsancıl Hukuk Sorumluluğu ve Suriye Krizi., F. Taşdemir (Ed.). *Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk*. Ankara. Nobel, 315-338.
- Aslan, M. Y. (2008). Savaş Hukukunun Temel Prensipleri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (79), 235-274.
- Bothe, M. (2004). Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict. Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, The Hague: ICRC.
- Boothby, W. H. (2012). *The Law of Targeting*. Oxford: Oxford University Press.
- Casalin, D. (2011). Taking Prisoners: Reviewing the International Humanitarian Law Grounds for Deprivation of Liberty by Armed Opposition Groups. *IRRC*, 93 (883), 743-757.
- Cerone, J. (2006). Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld. *ASIL Insights*, 10 (17), (July 14, 2006).
- Chatham House ve ICRC. (2008, 22-23 September). Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict [Öz]. London. Erişim adresi: <https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/il220908summary.pdf>
- Clapham, A. (2009). Non-State Actors. In *Postconflict Peace-building: A Lexicon*. Vincent Chetail, (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 200-212. Erişim adresi: <https://ssrn.com/abstract=1339810>
- Crawford, E. (2015). *Identifying the Enemy*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidson, T. ve Gibson, K. (2009). Expert Meeting on Security Detention Report. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 40, 323-381.
- Deeks, A. S. (2009). Administrative Detention in Armed Conflict. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 40, 403-436.
- Dinstein, Y. (2004). *Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. New York: Cambridge University Press.
- Dörmann, K. (2012). *Detention in Non-International Armed Conflicts*. In Watkin, K. ve Norris, A. (Eds). *Non-International Armed Conflict in the Twenty-First Century*. Military Bookshop, Newport, 347-368.

- Genelkurmay Başkanlığı (2010). *Silahlı Çatışma Hukuku ile ilgili Uluslararası Hukuk Metinleri*. Ankara: Genelkurmay Basımevi.
- Goodman, R. (2009). The Detention of Civilians in Armed Conflict. *American Journal of International Law*, 103, 48-74.
- Goodman, R. (2015). Authorization versus Regulation of Detention in Non-International Armed Conflicts. *International Law Studies*, 91, 155-170.
- Heffes, E. (2015). Detentions by Armed Opposition Groups in Non-International Armed Conflicts: Towards a New Characterization of International Humanitarian Law. *Journal of Conflict & Security Law*, 20(2), 229-250.
- Henckaerts, J. M. ve Doswald-Beck, L. (2005). *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: Beta
- Hill-Cawthorne, L. ve Akande, D. (2014). Locating the Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts: A Rejoinder to Aurel Sari. *EJIL Talk* (June 2, 2014).
- Hill-Cawthorne, L. (2016). *Detention in Non-International Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Horowitz, J. (2014). Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention. *Just Security* (November 21, 2014).
- ICRC (2008). How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law? *ICRC Opinion Paper*.
- ICRC (2011). 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent (October 2011). Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflicts. *ICRC Report*.
- ICRC (2013). Strengthening Legal Protection for Persons Deprived of their Liberty in relation to Non-International Armed Conflict. Regional Consultations 2012-13 Background Paper, *ICRC Background Paper*.
- ICRC (2014). Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges. *ICRC Opinion Paper*.
- ICRC (2015, 27-29 April). Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Geneva, Switzerland. *ICRC Background Document*
- Inter-American Commission on Human Rights*, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L./V/II.116 Doc.5 Rev.1 Corr., 22 October 2002.
- International Institute of Humanitarian Law (2006). The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict. *Israel Yearbook on Human Rights*, 36
- Kalshoven, F. ve Zegveld, L. (2011). *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press.
- Karaosmanoğlu, A. L.(2011). Yirmibirinci Yüzyılda Savaşı Tartışmak: Clausewitz Yeniden. *Uluslararası İlişkiler*, 8(29), 5-25.
- La Rosa, A. M. ve Wuerzner, C. (2008). Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law. *International Review of Red Cross*, 90 (870), 327-341.
- Lennon, C. (2015). Detainees in the Global War on Terrorism Aboard Guantanamo Bay. *Touro Law Review*, 31(4), 1013-1041.
- Mahnad, R. (2013). *Beyond Process: The Material Framework for Detention and the Particularities of Non-International Armed Conflict*. In Terrt Gill (Ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law*. The Hague: Asser Press, 33- 52.

- Melzer, N. (2009). *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC: Geneva
- Murray, D. (2015). How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-state Armed Groups. *Journal of Conflict & Security Law*, 20 (1), 101-131.
- Murray, D. (2017). Non-State Armed Groups, Detention Authority in Non-International Armed Conflict, and the Coherence of International Law: Searching for a Way Forward. *Leiden Journal of International Law*, 30, 435-456.
- Pazarıcı, H. (2012). *Uluslararası Hukuk*. (11. Baskı). Ankara: Turhan.
- Pejic, J. (2005). Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence. *IRRC*, 87 (858), 375-391.
- Pejic, J. (2011). The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye. *International Review of the Red Cross*, 93 (881), 1-37.
- Pejic, J. (2012). Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and Use of Force. In Elizabeth Wilmshurst (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford: Oxford University Press. 80-116.
- Pictet, J. (Ed.) (1958a). *Commentary: Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva: ICRC.
- Pictet, J. (Ed.) (1958b). *Commentary: Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva: ICRC.
- Rona, G. (2007). An Appraisal of US Practice Relating to 'Enemy Combatants'. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 10, 232-250.
- Sassoli, M. (2007). *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?* In Michael Schmitt ve Jelena Pejic (Eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sassoli, M. (2010). Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law. *International Humanitarian Legal Studies*, 1, 5-51.
- Sassoli, M., Bouvier, A. ve Quintin, A.(2011). *How Does Law Protect in War?* ICRC. Part I, Chapter 12.
- Sassoli, M. (2015a). "Internment" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Sassoli, M. (2015b). *Detention in Non-International Armed Conflicts: Can the Legal Framework Applicable to Internment in International Armed Conflicts be Replicated?* XXXVIII Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law: Distinction Between International and Non-International Armed Conflicts: Challenges for IHL?
- Schneckener, U. (2007). *Armed Non-State Actors and the Monopoly of Force*. In Bailes, Alyson, Ulrich Schneckener ve Herbert Wulf, *Revisiting the State Monopoly on the Legitimate Use of Force*, Erişim adresi: <http://www.wulf-herbert.de/DCAFPP24Wulf.pdf>
- Schmitt, M. (2010). The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. *Harvard National Security Journal*, 1, 5-44.
- Shaheed, F. (2014a). UN HRC's General Comment 35 on the Right to Liberty and Security: A Missed Opportunity? *Just Security* (November 19, 2014).
- Shaheed, F. (2014b). UN HRC's General Comment 35 on the Right to Liberty and Security: A Missed Opportunity? (Part Two) *Just Security* (November 20, 2014).

- Taşdemir, F. (2017). İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu. *Akademik Hassasiyetler*, 4 (7), 1-22.
- United Nations Human Rights Committee General Comment No.35 (Article 9: Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35 (December 16, 2014). Erişim adresi: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11)
- Van Amstel, N. (2012). In Search of Legal Grounds to Detain for Armed Groups. *International Humanitarian Legal Studies*, 3, 160-191.
- Watkin, K. (2010). Opportunity Lost: Organised Armed Groups and the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretative Guidance. *New York University Journal of International Law and Politics*, 42, 641-695.
- Wilmshurst, E. (2012). Conclusions. In Elizabeth Wilmshurst (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford: Oxford University Press. 80-116.
- (Yale Law School) Center for Global Legal Challenges. (2015). State Responsibility for Non-State Actors that Detain in the Course of a NIAC; Yale Law School. 1-42.
- Yeşiltaş, M. ve Kardaş, T. (2018). Introduction: The Phenomenon of Non-state Armed Actors and Patterns of Violent Geopolitics in the Middle East. In Yeşiltaş, M. and Kardaş, T. (Eds). *Non-State Armed Actors in the Middle East. Geopolitics, Ideology, and Strategy*. Palgrave Macmillan, 3-20.
- Zegveld, L. (2002). *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

### Extended Abstract

Warfare has changed in modern times, though the same in essence. There are not protracted armed conflicts anymore, rather than conventional wars, extended to a wide range of time but with instant active hostilities and no winner at the end. There are non-state actors waging war against the states in these conflicts.

There are two types of armed conflicts under international humanitarian law. International armed conflicts are those waged between states, or between a state and a national liberation movement provided that the requisite conditions have been fulfilled. Non-international armed conflicts are protracted armed confrontations occurring between governmental armed forces and the forces of one or more armed groups, or between such groups arising on the territory of a State [party to the Geneva Conventions]. The armed confrontation must reach a minimum level of intensity and the parties involved in the conflict must show a minimum of organization.

Deprivation of liberty is an ordinary and expected consequence of armed conflicts carried out by both states and non-state actors. Captivity in war is ‘neither revenge, nor punishment, but solely protective custody, the only purpose of detention is to prevent captured individuals from returning to the field of battle and taking up arms once again to serve the enemy. There is a security need in the root of the detention of enemy combatants.

“Internment” is the term used in international humanitarian law term to denote the detention of a person believed to pose a serious threat to the detaining

authority's security, without the intention of bringing criminal charges against such person. That is, not a criminal but an administrative and exceptional measure implemented by the executive power.

One of the fundamental principles of the international humanitarian law is the principle of distinction. The requirement of distinction between combatants and non-combatants (civilians) lies at the root of the law of non-international armed conflict. However, status-based categories (such as prisoner of war) do not exist in non-international armed conflict. And treaty provisions of the international humanitarian law regulating non-international conflicts do not include or define the term "combatant."

Instead, the term 'fighter' is used to describe the armed forces of non-state party and individuals who directly participate in hostilities. According to international humanitarian law everyone except the fighters must be deemed as civilians. And civilians directly participate in hostilities must be immune from the attacks occurring in armed conflicts.

In order to find out legal targets to make distinction is necessary and compulsory. However, to discern fighters from civilians in non-international armed conflicts is not easy. Besides, internment must not be carried out arbitrarily. Because arbitrary deprivation of liberty is forbidden by both international humanitarian law and international human rights law.

Internment, as a common occurrence of an armed conflict, is an inherent power rather than an inherent right of the parties to the conflict. It is an exceptional measure that can only be ordered on permissible grounds under the international law. That is, any internment must be necessary for imperative reasons of security.

The provisions of treaty-based international humanitarian law regulating detention during non-international armed conflict were intended to apply equally to states and to non-state armed groups. A non-state armed actor is an organized group, which is able to exercise successful and sustained control over a territory to carry out concerted military operations to achieve political goals. Non-state armed actor's common features may include the following: being organized and operating outside state control; use of violence to achieve political and military objectives, and the irregularity of military actions and semi-state structure to operationalize objectives.

Internment is regulated in detail in the law of international armed conflict. The 1949 Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention) expressly contemplates that states will undertake such detentions of civilians, but the law of non-international armed conflict is silent about it. The treaty-based and customary international humanitarian law does not provide an explicit legal basis for internment in non-international armed conflicts.

From a humanitarian point of view, the victims of non-international armed conflicts should be protected by the same rules as the victims of international armed conflicts. Because they face similar problems and need similar protection. Unlike the law of international armed conflicts, states have refused to establish a legal

basis for detention in non-international armed conflicts for the same reasons states refuse to give non-state actors combatant or prisoner of war status.

Consequently, there is a legal gap in international law about the legal basis of the internment implemented in non-international armed conflicts. Therefore, states should create an international legal instrument to bind themselves and non-state actors in order to banish this less protective situation for people detained.