

TÜRK HUKUKUNDA VİCDANİ RED

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman Eren

Çukurova Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi



Özet

İnsan hakları hukukunda vicdani red konusu oldukça yeni ve tartışmalı bir konudur. Vicdani red geniş anlamda, pozitif hukukun öngördüğü zorunluluklara dini inançlar veya vicdani kanaatler doğrultusunda karşı gelmedir. Dar anlamda, savaş karşıtlığı ve zorunlu askerlik uygulamalarına karşı girilen bir sivil itaatsizlik eylemidir. Vicdani red hakkı kapsamında, zorunlu askerlik uygulamasına alternatif olarak, kamu hizmeti öngörülmektedir. Vicdani red hakkını doğrudan tanıyan, Türkiye'nin taraf olduğu bir insan hakları sözleşmesi bulunmamaktadır. 1982 Anayasası'nın vatan hizmeti kenar başlıklı 72. maddesinde, hem zorunlu askerlik uygulaması hem de alternatif kamu hizmeti uygulamasına olanak tanınmıştır. Bu konu tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştır. Türk hukukunda yasal düzeyde askerlik hizmeti zorunludur. Zorunlu askerlik hizmetine alternatif bir kamu hizmeti öngörülmemiştir. Zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmemek veya halkı askerlikten soğutmak yasalarla suç olarak düzenlenmiştir. Bu makalede Türk hukukunda, vicdani red sorunu Anayasal ve yasal dayanakları doğrultusunda ve yargı kararları ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vicdani red, Türk Hukuku, zorunlu askerlik, alternatif kamu hizmeti, insan hakları.

Conscientious Objection in Turkish Law

Abstract

Conscientious objection is a new and highly controversial issue in human rights law. Broadly conscientious objection is to disobey the obligations that are required by the positive law in accordance with one's religious beliefs or conscientious convictions. In a limited sense, it is an antimilitarist action of civil disobedience performed against obligatory military practices. As an alternative for obligatory military practices, public services are offered in terms of conscientious objection. There is currently no convention on human rights, which directly recognizes the right of conscientious objection and to which Turkey is a party. Both obligatory military practices and alternative public service practices are rendered possible in Article 72 with the side title "military service" of the Constitutional Law of 1982. This issue is completely left to the discretion of the legislative body. Military service is obligatory in legal terms in Turkish Law. No public services have been offered as an alternative to the obligatory military service. To evade obligatory military service or disinclining people from military services is denominated as crime by law. In this paper, the issue of conscientious objection in Turkish Law is reassessed in terms of Constitutional Law and its legal basis, and within the framework of civil jurisdictions.

Keywords: Conscientious objection, Turkish Law, obligatory military, alternative public service, human rights.

Türk Hukukunda Vicdani Red

GİRİŞ

Vicdani red hakkı, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, insan hakları hukukunun konusu olmaya başlamıştır. Bugün vicdani red hakkını doğrudan doğruya kabul eden uluslar arası insan hakları sözleşmesi bulunmamaktadır. Vicdani red hakkı daha çok, inanç özgürlüğü kapsamında ele alınmaktadır. Vicdani red hakkı, pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa inançlar ve vicdani kaygılar temelinde karşı çıkma olarak, bir çok farklı konuda, gündeme gelmektedir. Ancak en yaygın olan vicdani red eylemi, zorunlu askerlik uygulamalarına karşı yapılmaktadır. Bu soruna karşı, bir çok ülke, zorunlu askerlik uygulaması yanında, alternatif kamu hizmeti öngörmektedir.

Bu makalede, Türk hukukunda vicdani red sorunu ele alınmaktadır. Türk hukukunda askerlik hizmeti zorunluluktur. Çok sınırlı sayıda da olsa askerlik hizmetine karşı vicdani red eylemleri ile karşılaşmaktadır. Makalede, vicdani red konusunun Türk hukukundaki durumu incelenerek, yargı kararlarına sorunun nasıl yansıdığı araştırılmaktadır. Bu çerçevede, vicdani red kavramı, zorunlu askerliğin anayasal ve yasal dayanakları, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde vicdani reddin durumu ve Askeri Yargıtay kararlarında konunun nasıl değerlendirildiği ortaya konmaktadır.

I. VİCDANİ RED KAVRAMI

Vicdani red (Conscientious Objection) kavramı geniş anlamda, pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa ya da yapılmasına izin verdiği bir uygulamaya, inançlar ya da bir takım ahlaki veya politik değerler temelinde karşı çıkma olarak kullanılmaktadır. Bu kasmamda yasaların öngördüğü zorunlu askerliğe veya askeri harcamalara katılmama ya da yasaların izin verdiği kürtaja inançlar ya da ahlaki değerler kapsamında karşı çıkma gibi eylemler vicdani red olarak nitelenmektedir (JACQUES/BOGAERT, 2002:

132). Bir başka ilginç örnek de, zorunlu aşı uygulamasına karşı yapılan vicdani ret eylemleridir (SALMON/SIEGEL, 2001: 289-295).

Vicdani red eylemleri birbirinden farklı sebeplere dayanmaktadır. En yaygın olarak bilinen vicdani red, savaş ve askerlik karşıtlığıdır. Bu karşıtlık dini temelli olduğu gibi vicdani veya politik de olabilmektedir. Özellikle, Yehova Şahitleri'nin dini inançları gereği vicdani retçiliğe yöneldiği görülmektedir. Savaşa ve askerliğe karşı girişilen vicdani red, iki türdür. Her türlü savaşa ve askerlik hizmetine karşı çıkan "tümünden vicdani retçiler" (total conscientious objectors) ile, kitle imha silahları ya da nükleer savaşlar gibi seçici davranan "seçici vicdani retçiler" (selective conscientious objectors) şeklinde. Tümünden retçiler her türlü askerlik hizmetine karşı çıktıkları gibi alternatif hizmet programlarında yer almayı da reddetmektedirler. Buna karşın seçici retçiler silah kullanmayan, hayat kurtarmaya yönelik askeri birimlerde hizmeti kabul etmektedirler (COADY, 1997: 378).

Askerliğe karşı vicdani red hakkı, bu gün Avrupa ülkelerinden bir çoğunda kabul edilmektedir. Genellikle vicdani red hakkını tanıyan ülkelerde, zorunlu askerlik hizmeti yanında vicdani red hakkını kullananlara, alternatif bir kamu hizmeti öngörülmektedir. Öngörülen bu alternatif kamu hizmeti, askerlik süresinden uzun tutulmaktadır. Ülkelerin bazılarında zorunlu askerlik ve alternatif hizmet süreleri şu şekildedir: Almanya 9 ay askerlik veya 10 ay kamu hizmeti, Avusturya 18 ay ile 23 ay arasında askerlik veya 30 ay kamu hizmeti, Yunanistan 8,5 ay askerlik veya 13 ay kamu hizmeti, Finlandiya 180 gün zorunlu askerlik ya da 395 gün kamu hizmeti, İtalya 10 ay zorunlu askerlik ya da 10 ay kamu hizmeti, İsveç 7,5 ay zorunlu askerlik ya da aynı sürede kamu hizmeti, Portekiz 4 ay zorunlu askerlik ya da 7 ay kamu hizmeti, G. Kıbrıs 26 ay silahlı ya da 42 ay silahsız askerlik hizmeti (<http://www.savaskarshitlari.org>, 25.06.2005).

Vicdani red konusu, 1990'da Vedat Zencir ve Tayfun Gönül'ün vicdani retçi olduklarını açıklamasıyla ilk kez Türkiye'nin gündemine girmiştir. Daha sonra, İzmir Savaş Karşıtları Derneği Başkanı Osman Murat Ülke, 7 Ekim 1996 tarihinde TCK 155. maddesinde yer alan 'halkı askerlikten soğutma' suçunu işlediği gerekçesiyle, Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenen 'milli mukavemeti kırma' fiiline dayanılarak tutuklanmış ve yargılanmıştır. Mehmet Tarhan ise 27 Ekim 2001'de İnsan Hakları Derneği'nde bir basın toplantısı yaparak askerliği reddetmiş ve vicdani total retçi olduğunu açıklamıştır. Mehmet Tarhan, 8 Nisan 2005 tarihinde İzmir'de gözaltına alınarak askerlik şubesine teslim edilmiştir (<http://www.savaskarshitlari.org>, 25.06.2005). Vicdani red eylemleri Türkiye'de, isim isim bilinebilecek kadar sınırlı sayıda olmasına rağmen, uluslar arası savaş karşıtları ve vicdani redçi gruplar, bu konuda bir baskı kurma çabasına girmektedirler.

Vicdani red aslında bir sivil itaatsizlik örneğidir. Sivil itaatsizlik çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan bir kaçış şöyledir (ÖKÇESİZ, 1996:109-110):

- Sivil itaatsizlik, yasaya aykırı, kamuya açık, şiddetsiz ve vicdani olarak bir yasayı ya da bir hükümet politikasını veya kararını engellemek isteyen kimsenin eylemidir.
- Sivil itaatsizlik, yasaların ya da hükümet politikalarının değiştirilmesini amaçlayan ve kamuya açık bir tarzda gerçekleştirilen şiddetsiz, vicdani ve aynı zamanda siyasi nitelikli, yasaya aykırı bir edimdir.
- Sivil itaatsizlik, devlet gücünün, üçüncü kişilerce de açıkça görülebilir ve anlaşılabilir derecede, haksızlık olarak duyumsanan bir edimine karşı, kaba güç kullanılmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen bir protesto eylemidir.

Sivil itaatsizliğe ilişkin bu tanımlamalardan yola çıkarak vicdani red eylemine ilişkin şu unsurlar ortaya konabilir: İlk olarak bilerek yasalara aykırı gelme var. Örneğin askerlik bir anayasal ve yasal zorunluluk olmasına rağmen bilinçli bir karşı çıkma eylemine girilmektedir. İkinci olarak bu karşı çıkış eyleminde şiddete başvurulmamasıdır. Üçüncü olarak vicdani red eylemi gizlenmemekte, bunu kamuya duyurma ve kamu oyu desteği arama çabası içine girilmektedir. Dördüncüsü karşı çıkış eylemi pragmatik değil, dini, vicdani veya ahlaksal gerekliliklere dayandırılmaya çalışılmaktadır. Diğer bir unsurda yaptıkları eylemin yasalara aykırı olduğunu bilerek sonuçlarını göze almaktadırlar.

Sivil itaatsizlik eylemlerinin özünde yatan düşünce, pozitif hukukun öngördüğü gerekliliklerin, pozitif hukuku aşan değerlere aykırı görülerek, şiddete başvurmadan ama yasal çerçeveye de uymadan, kamu oyu desteği kazanarak pozitif hukuku değiştirme çabasına girmektir. Başka bir ifade ile pozitif hukukun meşruluğu tartışılmaktadır. Elbette pozitif hukukun değişen zaman ve koşullara uygun olarak meşruluğu tartışılabilir ve değişim gerekebilir. Ancak sorun bu değişimin hangi gereklere göre ve kimin talepleri doğrultusunda belirleneceğidir. Bu noktada, bireyin hak ve özgürlükleri ile kamu yararının dengelenmesi sorunu önem kazanmaktadır. Bireyin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bir denge kurarken, ne bireyi tümüyle kamu yararına feda etme ne de kamu yararını bireyin özgürlükleri adına göz ardı etme yoluna gitmeden bir çözüm üretmek gerekmektedir.

Türkiye’de zorunlu askerliğe karşı girişilen vicdani red eylemlerini bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir. Bireylerin her türlü dini inançları, ahlaki ve politik görüşleri, kamu yararı adına konulmuş her yasal gerekliliğe

karşı çıkma hakkı verir mi? Günümüz özgürlük anlayışının, evrensel değerlere saygıyı ön planda tutmasına karşın, demokratik gereklerin standartlarını belirlerken ulusal yararları da göz ardı etmediğini unutmamak gerekmektedir.

II. ZORUNLU ASKERLİK HİZMETİNİN ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI

A. Anayasal Durum

1982 Anayasası'nın "Vatan hizmeti" kenar başlıklı 72. maddesine göre, "Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."

1961 Anayasası'nın 60. maddesi, yine "vatan hizmeti" kenar başlığı ile "Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir" şeklindeydi. Bu düzenleme, vatan hizmetinin yerine getirilmesini yalnızca "askerlik yükümü" ile sınırlamıştır. Dolayısıyla, zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif bir kamu hizmeti öngörülmesine olanak tanınmamıştı. Ancak bu madde 29.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Değişik 60. maddeye göre, "Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silahlı Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği kanunla düzenlenir." 1971 Değişikliği ile vatan hizmetinin "Silahlı Kuvvetlerde" veya "kamu hizmetlerinde" alternatifli olarak yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

1982 Anayasası yapılırken, 1961 Anayasası'nın 60. maddesi aynen benimsenmiş ancak bir ufak değişiklik yapılmıştır. Maddedeki "ne şekilde yerine getirileceği" ifadesi yerine "ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı" ifadesi kullanılmıştır. Yapılan değişikliğin amacı, "Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesi"nde şu şekilde açıklanmıştır:

"Vatan hizmetini düzenleyen Danışma Meclisinin kabul ettiği 81 inci maddede yer alan '...ne şekilde yerine getirileceği' deyimini '...ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı' şeklinde değiştirilmiştir. Yabancı ülkelerde işçi sıfatı ile çalışmakta olan ve oturma hakkına sahip bulunan askerlik yükümlüsü işçilerin, belli miktarda yabancı ülke parasını ödemeleri ve iki aylık askerlik temel eğitimine tabi tutulmaları suretiyle, vatan ödevini yerine getirmiş sayılacakları kabul edilmektedir. Buna benzer şekilde vatan ödevinin yerine getirilmiş sayılacağı hallerin gelecekte kanunla düzenlenmesine imkan vermek ve kanun koyucuya bu yönden ışık tutmak amacıyla maddede gerekli değişiklik yapılmıştır.

Milli savunma hak ve ödevi ile ilgili bu maddenin, bazı noktalardan açıklığa kavuşturulması zorunluluğu, son yıllarda karşılaşılan birtakım sorunların çözümündeki güçlüklerle ortaya çıkmıştır.

Nüfusun hızlı artışı sonucu olarak askerlik yükümü altındaki vatandaşların muvazzaflik devresinde bulunanlarının sayısı da büyük bir artma göstermekte ve sayıları ihtiyacın üstünde olan bu kimselerin hepsinin muvazzaf olarak görevlendirilmesi Devlet için büyük maddi külfetlere mal olmaktadır. Halbuki hızlı bir kalkınma ihtiyaç ve çabası içinde bulunan memleketimizde, askerlik çağındaki genç vatandaşların enerjisinden faydalanması da zorunludur. Devlet, böylece mevcut insan gücünden en verimli şekilde faydalanmış olacaktır.

Maddede, kenâr başlığı da dahil, yapılan değişiklik bu gerekçeye dayanmakta ve Devlete, 'vatan hizmeti'ni 'askerlik' veya 'başka kamu hizmetleri' şeklinde yerine getirme imkanını ihtiyaca göre kullanma yetkisi açıkça verilmektedir" (KUZU, 1999: 106).

Maddede yapılan değişiklik gerekçesi, konuyu net bir şekilde açıklamaktadır. Dolayısıyla vatan hizmetini "askerlik" veya "başka kamu hizmeti" şeklinde düzenleme yasa koyucunun takdirindedir. Gerekçede her ne kadar "başka kamu hizmeti" alternatifinin yurtdışında çalışan gençlere kolaylık sağlama amacı üzerinde durulsa da son paragrafta konunun yasa koyucunun takdirinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda, zorunlu askerliğe karşı vicdani red eylemine girişenler için, alternatif bir kamu hizmetinin yasa ile öngörülmesinin önünde Anayasal bir engel yoktur. Aynı şekilde yasa koyucuya bırakılan bu seçeneğin kullanılmaması ve zorunlu askerlik uygulamasının da Anayasaya aykırı bir yanı bulunmamaktadır. Çünkü burada yasa koyucuya verilmiş bir direktif yok, seçenek vardır.

B. Yasal Durum

Türk hukukunda askerlik hizmeti zorunludur. Bunu açıkça düzenleyen kanun 1111 sayılı Askerlik Kanunu'dur. Bu Kanunun 1. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur." Aynı Kanun'un 2. maddesinde askerlik çağının ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiği düzenlenmiştir. Maddeye göre, "Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer. Bu süre, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Millî Savunma Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla 5 yıla kadar uzatılabilir veya

kısaltılabilir. Yerli nüfus kütüklerinin birinde yazılı olmayan kimselerin yabancı kütükleri yerli kütükleri gibi sayılır.”

Askerlik Kanunu'nun 2. maddesinde 21.5.1992 yılında yapılan ek bir fıkra ile, yurt dışında doğan ve ikamet eden ve o ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşlarının askerlik durumunu düzenlemektedir. Maddeye göre, “Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenecek esaslara göre; yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşet yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri halinde, durumlarına uyan ve Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Bunların 38 yaş sonuna kadar askerlikleri ertelenmiş kabul edilir” (Ek fıkra : 21/5/1992 - 3802/1 md.).

Askerlik Kanunu'nun 5. maddesinde zorunlu askerlik süresi düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmet süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on beş aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilâhare on iki aya kadar indirilmesine, Silâhlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir” (Değişik : 21/7/1999 - 4414/2 md.). Aynı maddede “kısa dönem askerlik” diye bilenen askerlik süresi düzenlenmiştir. Maddeye göre “1076 sayılı Kanun hükmüne tâbi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tâbi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır” (Ek : 21/7/1999 - 4414/2 md.).

Askerlik kanununun 5. maddesinin son fıkrasında, “Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz.” diyerek askerlik hizmeti dışında alternatif bir kamu hizmetinin öngörülmediği açıkça ortaya konmuştur. Ayrıca, Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu'nun (16.6.1927 tarih ve 1076 Sayı) 3. maddesinin g bendinde de benzer bir düzenleme ile, “Muvazzaflık hizmetini yapmadıkça, 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında hiç bir yüksek öğrenim mezunu askerlik çağından çıkarılamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümler Türk hukukunda askerliğin zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır.

Askerlik Kanunu'nun 10. maddesinde, “Askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esaslar” gösterilmiştir. Bu kapsamda maddede “dövizle askerlik” ve “kamu kurum ve

kuruluşlarında görev yapmak” şeklinde alternatif hizmet konuları düzenlenmiştir. Maddeye göre, “O yıl askere alınacakların tamamı, mevcut celp sistemine uygun olarak temel askerlik eğitimine tabi tutulur. Her celp döneminde eğitim merkezlerine sevk edilen miktar Genelkurmay Başkanlığınca belirlenenden fazla ise; ihtiyaç fazlası olan yükümlüler, temel askerlik eğitimini mütaakip, o yılın 1 Ocak tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kurları esas alınarak, dövizle askerlik için tespit edilen miktarın yarısının karşılığı Türk Lirası bedel ödemek veya istekte bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar” (Değişik : 21/5/1992 - 3802/2 md.).

Bu düzenleme ile, askerlik hizmetinin hangi koşullar altında, dövizle yapılan ödeme veya kamu kurum ve kuruluşlarında görev yaparak yerine getirilebileceği gösterilmiştir. Ancak bu düzenlemeler, zorunlu askerlik hizmeti yerine, alternatif bir hizmet şeklinde değildir. Burada, yine temel askerlik eğitimi şart koşulmakta, bu şart yerine geldikten sonra, yapılan döviz ödemesi veya kamu hizmeti, askerliği yapmış sayılma olarak nitelenmektedir. Askerlik Kanunu’nun 10. maddesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Temel askerlik eğitimini müteakip, her celp döneminde, bedel ödeyecek yükümlü miktarı, Türk Silahlı Kuvvetleri ihtiyaç fazlası ve kamu kurum ve kuruluşları tarafından istenen yükümlü miktarı dikkate alınarak Genelkurmay Başkanlığınca tespit edilir.”.

Dövizle askerlik uygulaması temelde yabancı ülkelerde çalışanlar içindir. Askerlik Kanunu’nun 111. maddesine yapılan Ek ile hangi koşullarda bu haktan yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı icra ederek, en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununa tabi yükümlüler, durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı buldukları Türk konsoloslukları aracılığıyla askerlik şubelerine başvurmaları halinde; 10 000 Alman Markı veya karşılığı kadar yönetmelikte belirtilecek yabancı ülke parasını, başvuru tarihinden itibaren 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ödemeleri ve bir aylık temel askerlik eğitimine tabi tutulmaları kaydıyla muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. Bunlardan 38 yaşında başvuranlar; belirtilen dövizin tamamını başvuru sırasında defaten öderler. 38 yaşından önce başvuranlar ise, öngörülen dövizini başvuru sırasında defaten ödeyebilecekleri gibi, dörtte birini başvuru sırasında, kalanını 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar olan süre içinde ödeyebilirler. Ek Madde 1 - (Ek : 20/3/1980 - 2299/1 md.; Değişik : 21/5/1992 - 3802/5 md.).

Askerlik yapmış sayılma kapsamında uygulanan diğer bir hizmet türü de, Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde öğretmen askerlik uygulamasıdır. Askerlik

Kanunu'nun 111. maddesine Ek. 4. maddesine göre, "Millî Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığının ihtiyaç göstermesi ve Genelkurmay Başkanlığının uygun görmesi üzerine, 1111 sayılı Kanuna tabi olarak silah altına alınacak yükümlülerden, bu Bakanlık kadrolarında öğretmen olarak görev yapanlar ile mesleği öğretmen olan ancak bu göreve başlamamış bulunanlar, bu Kanununun 10 uncu maddesinin 4 üncü bendinde belirtilen işlemlere tabi tutulmaksızın ihtiyaç fazlası olarak ayrılırlar ve temel askerlik eğitimini takiben mezkûr Bakanlık emrine verilirler. Bunların miktarı belirtilen ihtiyacın altında olduğu takdirde öncelikle yüksekokul mezunu, bunların da ihtiyacı karşılamaması halinde lise ve dengi okul mezunu yükümlüler, uygun nitelikleri taşımaları ve istekli bulunmaları şartıyla, ihtiyaç nispetinde temel askerlik eğitimini müteakip Millî Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı emrine verilirler. İhtiyacın bunlarla da karşılanmaması halinde öncelikle yüksekokul mezunu, bunların da ihtiyacı karşılamaması halinde lise ve dengi okul mezunu olup niteliği öğretmenlik yapmaya elverişli bulunan ancak istekli olmayan yükümlüler arasından yeteri kadarı kura ile öğretmen olarak ayrılır. Bunların görev yerleri Millî Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığınca belirlenir (Ek Madde 4 - (Ek : 16/4/1987 - 3358/8 md.).

Askerlik Kanunu'nun 10. maddesinin 8. fıkrasında, " Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanlar askerlik hizmetinden muaf tutulurlar" denilerek, zorunlu askerlik hizmetine sağlık sebebiyle istisna getirilmiştir. Kanununun 41. maddesinde ise, "Askere elverişli olmayanlardan idarece lüzumlu görülenler, askerî hastaneye sevk edilirler. Askerî hastane sağlık kurullarınca yeniden yapılan muayeneleri sonunda askerliğe elverişli oldukları anlaşılanlar asker edilirler" denilmiştir.

Bir diğer istisna da, Askerlik Kanunu'nun 9. fıkra ile getirilmiştir. Bu fıkraya göre, " Bir baba veya dul ananın oğullarından birisi, barışta veya savaşta askerlik hizmetini yerine getirmekte iken ölmüş veya görev sırasında ve kendilerine 5434 sayılı T.C.Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre maluliyet aylığı bağlanmasını gerektirecek biçimde malul olmuş veyahut savaşta akibeti meçhul kalmış veya hakkında gaiplik kararı alınmışsa; ondan sonra gelen ilk oğlu, istekli olmadıkça silah altına alınmaz". Ayrıca aynı maddenin 10. fıkrasına göre, "Türkiye'ye girdikleri tarihte yirmi iki yaşını doldurmuş veya geldikleri memlekette askerlik yapmış oldukları anlaşılan, Türkiye Cumhuriyeti uyruğuna girmiş göçmenler asker edilmezler". Yine 12. fıkraya göre, "Mülteciler ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayanlar asker edilmezler".

Sonuç olarak, yasal düzenleme boyutunda bakıldığında, Türk Hukukunda askerlik hizmetinin "zorunlu" olduğu açıktır. Bu zorunlu askerlik yükümlülü-

günün nasıl yerine getirileceği veya hangi koşullarda yerine getirmiş sayılacağı 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun yukarıda açıklanan hükümlerinde ifade edilmiştir. Bu hükümlerin hiç birinde, vicdani red kapsamında alternatif bir hizmet öngörülmemiştir. Dolayısıyla vicdani red hakkı Türk hukukunda tanınmamıştır. Ancak konunun yasal boyutunun tam olarak ortaya konabilmesi için, Anayasa'nın 90. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Bu maddenin son fıkrasına 2004 yılında yapılan değişiklik sonrası, insan hakları alanında taraf olunan anlaşmaların kanunlarla farklı hükümler içermesi halinde, anlaşma hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, vicdani red hakkını tanıyan Türkiye'nin taraf olduğu bir insan hakları anlaşması varsa, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler değil, anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir.

III. ANAYASA'NIN 90. MADDESİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNDE VICDANİ RED

1982 Anayasası'nın 90. maddesinde 7.5.2004 tarihinde bir değişiklik yapılmış ve son fıkraya şu hüküm ilave edilmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası, anlaşmaların iç hukuktaki yerini belirleyen bir hükümdür. Bu hüküm Türk doktrininde ve yüksek yargı organları kararlarında, anlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin farklı yorumlara yol açmıştır. (Bu yorumlar için bk. Eren, 2004: 47-77). Bu tartışmalara son vermek amacıyla 2004 yılında bu fıkraya, yukarıdaki cümle ilave edilmiştir. Bu cümle tartışmaları tamamıyla sona erdirmeyecek olsa bile, en azından, insan hakları anlaşmaları ile kanunların aynı konuyu farklı düzenlemesi halinde hangisinin uygulanacağı konusunu netleştirmiştir. Dolayısıyla, eğer Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları anlaşmalarından birinde vicdani red hakkı tanınmış ise, kanunlarda bu eyleme karşı öngörülen hükümler değil, anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle tespit edilmesi gereken nokta, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları anlaşmalarında vicdani red hakkının tanınıp tanınmadığıdır.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Vicdani Red

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan vicdani red hakkını düzenleyen bir hüküm yoktur. Ancak vicdani retçiler, yaptıkları savunmalarda,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 ve 9. maddelerinin vicdani red hakkını tanıdığı iddiasında bulunmaktadırlar (Bk. Aşağıdaki Askeri Yargıtay Kararları). Dolayısıyla konunun Sözleşme'nin bu iki maddesi bakımından ele alınması gerekmektedir. Eğer Sözleşme'nin bu iki maddesi vicdani red hakkını tanıyan bir hüküm içeriyorsa, o takdirde, bu hükümler kanunlardan üstün kabul edilecek ve uygulanacaktır.

1. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı Açısından Vicdani Red

Sözleşme'nin "Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı" kenar başlıklı 4. maddesine göre, "Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen 'zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma'dan sayılmaz: ... b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;"

Görüldüğü gibi maddede, "kölelik ve zorla çalıştırma" yasaklanmakta, ancak "zorla çalıştırma veya zorunlu çalıştırma" sayılmayan haller tek tek sayılmaktadır. Maddenin b fıkrasında askerlik hizmeti kapsamında yapılan çalışmaların veya askerlik hizmeti yerine alternatif bir kamu hizmetinde çalıştırılmanın zorunlu çalıştırma sayılmayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Fıkra da açıkça , "inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde" ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemenin anlamı, Sözleşme'ye taraf ülkelerden bazıları vicdani red hakkını tanımış olabilir. Bu tanıma kapsamında alternatif bir kamu hizmeti zorunluluğu getirilmiş ise, bu zorunlu hizmetin "zorla çalıştırma" sayılmayacağı anlamındadır. "Meşru sayan ülkeler" ifadesi, meşru saymayan ülkelerinde olabileceğini kabul anlamındadır. Dolayısıyla bu düzenleme, hem zorunlu askerlik uygulamasının, hem de vicdani red hakkını tanımanın Sözleşmeye uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyon'u, 25 Nisan 1965 tarihli Grandrath Almanya'ya karşı kararında, Sözleşme'nin 4. maddesinin Sözleşmeci Devletlere, askerlik hizmetine karşı vicdani red hakkını tanıyıp tanımama konusunu serbest bıraktığı sonucuna varmıştır. Komisyon'un içtihadına konu olayda Yehova Şahidi olan bir rahibin Alman kanunlarına göre vicdani red halinde askerlik hizmeti yerine geçen ikame sivil hizmetten muaf tutulma talebinin başka mezhep rahiplerinden farklı olarak reddedilmesinin ve bu nedenle mahkum olmasının Sözleşme'yi ihlal ettiğini savunmuştur. Olayı 4. maddenin 3b paragrafı ışığında yorumlayan Komisyon, Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin arasında vicdani reddin bulunmadığına hükmetmiştir.

Komisyon yine 2 Nisan 1973 tarihli X. Avusturya'ya karşı kararında, vicdani reddi tanımayan bir devletin askerlik yapmaktan kaçınanları cezalandırma hakkının varlığını kabul etmiştir (Öktem, 2002:396).

2. İnanç Özgürlüğü Açısından Vicdani Red

Sözleşme'nin "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 9. maddesine göre;

"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

Dinini veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak ve yasayla sınırlanabilir."

Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir" denilerek, herkes için bu hak genel olarak tanınmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hükmü yorumlarken, "9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamında demokratik toplumun temel taşlarından biridir. Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi; tanrıtanımazlar, egnostikler, şüpheciler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır" diyerek, bu hakkın herkes için geçerli olduğunu ifade etmiştir (GÖLCÜKLÜ /GÖZÜBÜYÜK, 2002: 346)

Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, özgürlüğün kapsamına değinilerek, bu hakkın din veya inancını değiştirme; tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet etme; inancını öğretme, uygulama ve ayin yapma şeklinde açığa vurmayı içerdiği ifade edilmektedir. Komisyona göre de, "Sözleşme'nin 9. maddesinin, bir din veya inancın gereği olan ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma hakkının açıkça koruduğunu hatırlatır" (İnsan Hakları Kararlar Derlemesi 3, Şenay Karaduman-Türkiye, Başvuru no. 16278/90, s. 354). Dolayısıyla inançlar nedeniyle veya vicdani sebeplerle askerliğe karşı eylemlerde bulunma bir inancın açığa vurulması olarak kabul edilebilir. Burada hassas nokta, bir düşünceye, vicdani kanaate veya dine sahip olma özgürlüğü sınırlanamazken, bu inançların açığa vurulması sınırsız mıdır?

Bu sorunun cevabı, 9. maddenin ikinci fıkrasında verilmektedir. İkinci fıkrada, din ve inancı açığa vurma özgürlüğünün demokratik bir toplumda

gerekli olduğu kadar ve yasayla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Yasal sınırlamanın ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme, inançları açığa vurma özgürlüğünü, maddede gösterilen meşru amaçlarla, demokratik toplumun gereklerine uygun olarak ve yasayla sınırlanabileceğini açıkça düzenlemiştir.

Sözleşmenin 9. maddesine ilişkin yorumlarında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (eski yapıda) ve Mahkemesi de, inançları açığa vurma özgürlüğünün maddedeki koşullarla sınırlanabileceğini içtihat haline getirmişlerdir. İchtihatlarında vurgulanan temel nokta, “her zaman bir inanç tarafından emredildiği şekilde kamusal alanda hareket etme hakkının 9. madde kapsamında güvence altına alınmadığını ve maddedeki uygulama sözcüğünün bir din veya inancın motive ettiği veya etkilediği her türlü eylemi kapsamadığı”dır (EREN, 2004: 228).

Komisyon, bir öğretmenin normal çalışma saatlerinin ibadet saatiyle çakışacak şekilde düzenlenmesinin Sözleşmenin 9. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir (X-Birleşik Krallık, 12.03.1981, DR. 22, s. 27) Dolayısıyla kararda, bir öğretmenin inançları gereği mesai saatlerinin düzenlenmesi talebi, inanç özgürlüğü bağlamında korunmamıştır. Komisyon, bir motosikletlinin sürücüsünün inançlarına ters düştüğü gerekçesiyle kask giymemesi durumunda da, bu eylemin inanç özgürlüğü kapsamında korunmayacağı sonucuna varmıştır (X-Birleşik Krallık, 12.07.1978, D.R. 14, s. 234) Yine Komisyon, laik üniversitelerdeki bir öğrencinin davranışlarına, diğer öğrencilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için, bazı şeylerin doğası gereği, dolaylı olarak bir takım sınırlamalara maruz bırakılabileceği görüşündedir (İnsan Hakları Kararlar Derlemesi 3, Şenay Karaduman-Türkiye, 03.05.1993, Başvuru No. 16278/90, s. 355).

Bu kararlar, zorunlu askerliğe ilişkin vicdani red eyleminin 9. madde kapsamında güvence altına alınmayacağını gösterir niteliktedir. Çünkü inançları gereği, mesai saatlerinin düzenlenmesinin talep edilmesi ile, inançları gereği askerlik hizmetinin düzenlenmesini talep etme arasında bir fark yoktur. Yine inançları gereği motosiklet kullanırken kask giymemek ile, inançları gereği askeri üniformayı giymeyi red etmek arasında bir fark yoktur. Yine laik bir üniversitede öğrencinin davranışları, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gibi meşru bir amaç etrafında sınırlanabiliyorsa, yine laik bir kurum olan askeriye de, kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi meşru amaçlar etrafında, dini inançları gereği, askerliğe karşı olanların davranışları da sınırlanabilecektir.

Komisyon, Türk Silahlı Kuvvetleri’nde hakimlik görevini yürütürken, hukuka aykırı köktendinci fikirleri benimsediği gerekçesiyle, Yüksek Askeri

Şura kararıyla, zorunlu emeklilik işlemine tabi tutulan Faruk Kalaç kararında şu açıklamayı yapmıştır: “Faruk Kalaç askerlik mesleğini seçerken, sivillere uygulanması mümkün olmayan, ama silahlı kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma ihtimaline niteliği gereği yer veren askeri disiplin sistemini, kendi iradesiyle kabul ediyordu. Devletler, orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan yerleşik bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplinler nitelikte düzenlemeler yapabilir” (İnsan Hakları Kararlar Derlemesi 2, Kalaç-Türkiye, 01.07.1997, Karar Sıra no. 781, p.28)

Kararın son cümlesinde de ifade edildiği gibi, devletler orduları ve askeri hizmetin gerekleri için bireylerin davranışlarına bir takım sınırlamalar getirebilirler. Dolayısıyla, bir devletin askerlik hizmetini düzenlemek için zorunlu askerlik uygulamasına yer vermesi, Sözleşme ile bağdaşmaz değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.04.2000 tarihli, Thlimmenos ve Yunanistan Kararı'nda, (Başvuru no. 34369/97). Yahova Şahidi olan başvurusunun başvurusunu Sözleşme'nin 9. ve 14. maddeleri açısından kabul etmiştir. Ancak bu kararın konusu, inançları gereği askerliği reddeden başvurusunun, bu red olayından dolayı aldığı cezanın Sözleşme'ye aykırılı ile ilgili değildir. Askerliği red etmesinden dolayı almış olduğu cezayı çekip çıktıktan sonra, serbest mali müşavir olmak için yaptığı başvurunun Mali Müşavirler Odası'na kabul edilmemesi ile ilgilidir.

Yahova Şahidi olan başvuru, 9 Aralık 1983 tarihinde, Askeri Mahkemede, askerliği dini sebeplerden dolayı red ettiği için askerliğe karşı gelme suçundan mahkum olmuştur. Suçun cezasını çekip çıktıktan sonra, 1989 tarihinde mali müşavir olmak için başvurmuş ve suç kaydı bulunduğu için, başvurusu reddedilmiştir. Başvurusunun mahkemelere yaptığı başvurular 28 Haziran 1996 tarihinde reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru, diğer suçlular için mesleğe başvurmada bir engel yokken, kendisinin cezasını çektiği bir suçtan dolayı, mesleğe alınmamasını, dini inançlar gereği yapılan bir ayrımcılık olarak görmüş ve 18 Aralık 1996 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve dosyayı 22 Mart 1999 tarihinde Mahkemeye göndermiştir (Thlimmenos-Yunanistan, Başvuru No. 34369/97, p. 9-13).

Mahkeme, mali müşavirlik mesleğine girişlerde bazı suçluların mesleğe alınmamasında devletin meşru menfaati olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, dini inançları gereği askerliği reddetmesinden dolayı mahkum olmuş bir kişinin, diğer bazı suçlarda olduğu gibi sahtekarlık veya ahlaksızlık yönü bulunmamaktadır. Başvuru askerliği reddetmesinden dolayı mahkum olmuş ve cezasını çekmiştir. Ona bundan başka bir ceza vermek orantısızdır.

Başvurucunun mali müşavirlik mesleğine alınmamasında meşru bir menfaat bulunmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, benzer durumda olan diğer suçlulardan farklı olarak başvurucuya farklı davranılmasında, makul ve objektif bir neden bulunmadığından, Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Thlimmenos-Yunanistan, Başvuru No. 34369/97, p. 47).

Mahkeme, inanç temelinde, makul ve objektif bir neden olmadan başvurucuya farklı davranılmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür. Bu olayda Yahova Şahidi olan başvurucunun askerliği red etmesinden dolayı bir mahkumiyet kararı olsa da, bu durumun Sözleşmeye aykırılığı konusu kararda yer almamaktadır. Çünkü kararda da belirtildiği gibi, Yunanistan'da 27 Haziran 1997 tarihli bir kanunla, vicdani red hakkı tanınmış ve askerlik hizmeti yerine alternatif bir kamu hizmeti görülmesini kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme, kararda, Komisyon'un Sözleşme'nin 9. maddesinin askerliğe karşı vicdani red hakkını tanımadığı yönündeki içtihadının, günümüz koşullarında yeniden gözden geçirilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Mahkeme, şimdilerde birçok Sözleşmeci Devletin alternatif kamu hizmeti hakkını tanıdığını ifade etmiştir (Thlimmenos-Yunanistan, Başvuru No. 34369/97, p. 50).

Yunanistan'da 731/1997 sayılı Kanununun 2(4) maddesine göre, dini inançları gereği silahsız askeri hizmeti yerine getirmeyi reddedenler, silahsız hizmetin süresine eşit bir süre, hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu süre beş yıldan az olamaz. Yine 27 Haziran 1997 tarihinde yürürlüğe giren 2510/1997 sayılı Kanun, askerlik hizmeti yerine sivil hizmet yapmayı vicdani red hakkı olarak tanımıştır. Bu kanununun 23. maddesinin 1 ve 4 fıkralarına göre, geçmişte başkaldırdıkları için mahkum olmuş kişiler, vicdani redçi olarak tanınmaları için başvuru olanağına sahiptir. Bu tanınmanın etkilerinden biri, cezai sicilinden bu mahkumiyetin silinmesidir. Bu haktan yararlanabilmek için 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren 3 ay içinde başvuruların yapılması gerekmektedir. Savunma Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon bu başvuruları değerlendirmiştir. Aynı Kanununun 18. maddesine göre, "vicdani sebeplerle askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemek için dini ya da ideolojik inançlarına dayanan kişiler vicdani redçi olarak tanınabilirler" (Thlimmenos-Yunanistan, Başvuru No. 34369/97, p.23-25).

Avrupa Konseyinin organlarından olan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi, vicdani red hakkı konusunda, Sözleşme organlarından farklı düşünmektedirler. Parlamenterler Meclisi'nin 27 Ocak 1967 tarihli ve 337 sayılı kararıyla ve daha sonra 7 Ekim 1977 tarihli ve 816 sayılı tavsiye kararıyla vicdani red hakkının Sözleşme'ye açık bir şekilde dahil edilmesini ve üye devletlerin iç hukuklarını bu yönde değiştirmeleri için tavsiye karar almasını Bakanlar Komitesi'nden istemiştir. Bu kapsamda Bakanlar

Komitesi 1987 tarihinde aldığı R(87)8 Tavsiye Kararı ile, askerlik hizmetine karşı vicdani reddi tanımayı insan haklarının gelişimine uygun gördüğünü açıklamıştır. Avrupa Birliği Parlamento'su 7 Şubat 1983 tarihli kararında vicdani red hakkına ve bu hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dahil edilmesine olumlu baktığını göstermiştir. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın İnsani Boyuta ilişkin Kopenhag Belgesi'nin 18. Başlığı da, vicdani red hakkının tanınması yönünde uluslar arası ve ulusal boyuttaki gelişmelere dikkat çekerek Kopenhag Konferansına katılan devletlerin ikame sivil hizmet ve zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet sorunlarını inceleme hususunda mutabık kaldıklarını belirtmiştir (ÖKTEM, 2002:400).

B. Uluslararası Medeni ve Siyasi Hakları İlişkin Sözleşme'de Vicdani Red Hakkı

Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşme'nin 18. maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü düzenlenmektedir. Maddeye göre;

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz.

Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.”

Sözleşmenin 8. maddesinde ise, “Kölelik Yasağı” düzenlenmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz” dedikten sonra, “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” sayılmayan haller sayılmıştır. Bu fıkranın (ii) bendinde, “Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redcilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti;” zorla çalıştırma sayılmayan durumlardan biri olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 28. maddesinde Sözleşme'deki hakları güvence altına almak için 18 üyeden oluşan “İnsan Hakları Komitesi”ni kurmuştur.

Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 1. maddesine göre, “Sözleşmeye taraf olup da işbu Protokole de taraf olan her devlet, yetki alanında bulunan ve Sözleşmece öngörülen haklardan birinin söz konusu devlet tarafından ihlal nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden kişilerden gelen duyuruları kabul etmek ve incelemek konusunda Komite’nin yetkisini tanıır.” Komitenin bağlayıcı kararlar almaya yetkisi yoktur. Komite yaptığı inceleme sonucunda hazırladığı raporu ilgili devlet ve taraflara iletmekle yetinmektedir.

Sözleşme’nin 18. maddesi kapsamında vicdani red konusu Komitenin önüne, L.T.K Finlandiya’ya karşı duyurusunda gelmiştir. Başvuru sahibi etik kanaatleri nedeniyle askerlik hizmetine karşı olduğunu Finlandiya resmi makamlarına bildirmiştir. Komite, askerlik hizmetini yapmayı reddeden duyuru sahibinin inanç ya da fikirlerinden dolayı değil, red eyleminden dolayı yargılanıp hüküm giydiğine dikkat çekerek, Sözleşmenin vicdani red hakkını sağlamadığını belirtmiştir. Komiteye göre, özellikle 8. maddenin 3 (ii) paragrafı dikkate alındığında ne 18 ne de 19. madde bu hakkı tanıır biçimde yorumlamaz. Komite 8. maddenin vicdani red hakkını tanıyıp tanımama yetkisini Sözleşmeciler devletlere bıraktığını açıkça ifade etmiştir (ÖTEM, 2002: 134)

Hollanda’ya karşı yapılan bir başvuruda konu, vicdani redçi birisinin askerlik hizmetini yerine getirirken emirlere itaatsizlik nedeniyle askeri mahkemede yargılanması ile ilgilidir. Komite, askerlik hizmeti sırasında bireylerin bazı haklarının hizmetin gerekleri doğrultusunda sınırlanabileceğini, Sözleşme’nin taraf devletlerce askerlik hizmetini zorunlu tutulmasına bir engel olmadığı kararını vermiştir. Yine Hollanda’ya karşı yapılan bir başvuruda konu, tutuklanarak götürüldüğü kışlada üniforma giyme ve teçhizat kuşanma emirlerine itaatsizlik ederek vicdani red eylemine kalkışma ile ilgilidir. Komite bu olayda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun vicdani redle ilgili içtihadına atıfta bulunarak Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşme’nin vicdani red hakkını tanımadığı görüşüne varmıştır (ÖKTEM, 2002: 136-137).

IV. ASKERİ YARGITAY KARARLARINDA VİCDANİ RED

Askeri Yargıtay’ın çeşitli dairelerinin 1995 yılından bu güne kadar, vicdani red olaylarına ilişkin, verdiği kararlar incelendiğinde bir içtihat birliğinin olduğu görülmektedir. Dairelerin kararlarında benzer mevzuat hükümlerine dayanılmış ve benzer sonuçlara varılmıştır. Bu nedenle, vicdani red konusunda, Askeri Yargıtay kararlarını ayrı ayrı ele almak yerine, kararlarda ortaya çıkan hukuki durumları konularına göre ele almayı uygun bulduk.

Bu kapsamda, Askeri Yargıtay 5 nci Dairesinin 21.6.1995 gün ve 1995/419-419; 3. Dairenin 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302; 1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489; 2. Dairenin 11.2.1998 tarih, Esas 1998/77 ve Karar 1998/77 ; 1.Dairenin 30.9.1998 tarih, Esas 1998/396 ve Karar 1998/405; 1. Dairenin 21.10.1998 tarih, Esas 1998/504 ve Karar 1998/501; 1. Dairenin 22.4.2003 tarih, Esas 2003/399 ve Karar 2003/396 sayılı kararları ele alınmıştır. Bu kararlarda öncelikle, vicdani red sayılan eylemlerin nasıl gerçekleştiği, ikinci olarak hangi mevzuat hükümlerine dayanıldığı, üçüncü olarak vicdani red eylemlerine kalkışanların nasıl bir savunma yaptıkları, son olarak Dairelerin esasa ilişkin kararlarının ne yönde olduğu saptanmıştır.

A. Vicdani Red Eylemleri

Türk hukukunda “vicdani red” şeklinde doğrudan tanımlanmış bir eylem yoktur. Dolayısıyla uygulamada vicdani red kapsamında ortaya çıkan eylemler ve bunlara uygulanan suç ve cezalarda değişebilmektedir. Kararlara konu olmuş vicdani red eylemlerinden birisi, “halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda telkinatta bulunmak” olarak ifade edilmiştir (3. Dairenin 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302). Türk Ceza Kanunu’nun 318. maddesinde, halkı askerlikten soğutma olarak tarif edilen suçun, asker kişi tarafından işlenmesi halinde Askeri Ceza Kanunu’nun 58. maddesinin yaptığı gönderme kapsamında, Askeri Mahkemelerde yargılanması ve TCK’da yer alan cezanın verilmesi öngörülmüştür. Aynı suçun sivil bir kişi tarafından işlenmesi halinde ise sivil mahkemeler tarafından yargılanmaktadır.

Eylemlerden bir diğeri, askerlik hizmet süresi gelmesine rağmen, gerekli işlemleri yaptırmayarak “yoklama kaçağı” denen suçun işlenmesidir. Yine askerlik için sevk edildiği yere gitmeyerek “geç iltihak suretiyle bakaya” suçunun ve askerliğe başladıktan sonra kaçma şeklinde “firar” suçunun işlenmesi şeklindedir. Ancak kararlara en sık konu olan eylem, “emre itaatsizlikte ısrar” suçunun işlenmesi şeklindedir. Bu ya verilen üniformayı giymeme ya da verilen silahı almama veya verilen herhangi bir eğitim emrine uymama şeklinde olmaktadır.

Askerlik Kanunu’nun 12. maddesine göre, “Son yoklamada bulunmayan ve bulunamadıklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret gösterememiş olanlara (Yoklama kaçağı), son yoklamada bulunarak numara ile veya numarasız asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenlere veya gelipte askerlik yapacakları kıtalara gitmeksizin toplandıkları yerlerden veya yollardan savuşanlara (bakaya), askere girdikten sonra izin almaksızın savuşanlara (firar), askerde iken işleri için veya hastalanarak izin veya tebdilihava aldıkları halde

izin veya tebdilhava gününü geçirenlere de (izinsiz), yirmi yaşlarına girmiş oldukları halde isimlerini nüfus ve ahziasker kütüğüne geçirmemiş bulunanlara da (saklı) denir.”

B. Vicdani Red Kapsamında İşlenen Suçlar

Kararlara konu olmuş olaylarda işlenen suçlardan biri eski TCK 155 ve yeni TCK 318 maddesinde ifade edilen “Halkı Askerlikten Soğutma” suçudur. Askeri Ceza Kanunu’nun 58. maddesinde yapılan gönderme kapsamında, bu suçu işleyen asker kişiler, askeri mahkemelerde, TCK’da gösterilen suçun cezası kadar bir cezaya çarptırılmaktadırlar. Türk Ceza Kanunu’nun 318. maddesine göre, “Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.”

Bu düzenleme Eski Türk Ceza Kanunu’nun 155. maddesine karşılık düzenlenmiştir. Eski düzenlemeye göre, “...halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda neşriyatta veya telkinatta bulunanlar yahut umumi bir içtimada veya nasın toplandığı yerlerde bu suretle nutuk irat edenler iki aydan iki seneye kadar hapis olunur..”.

Görüldüğü gibi, yeni TCK suçun cezasının alt sınırını iki aydan altı aya çıkarmış ve basın yoluyla işlenmesi halinde cezanın yarısı oranında artırılacağı hükmüne yer vermiştir. Böylece yeni düzenleme ile “Halkı askerlikten soğutma” suçunun cezası artırılmıştır.

Askeri Ceza Kanununun (15.16.1930 Tarih ve 1520 Sayılı) “Milli mukavemeti kırmak” kenar başlıklı 58. maddesine göre, “ Her kim, Türk Ceza Kanununun 153, 161 inci maddelerinde yazılı suçlardan birisini ve 155 inci maddede yazılı halkı askerlikten soğutmak yolunda neşriyatta ve telkinatta bulunmak ve nutuk irat etmek fiillerini işleyecek olursa milli mukavemeti kırmak cürmünden dolayı mezkûr maddelerde gösterilen cezalarla cezalandırılır”.

Askeri Ceza Kanunu’nun 58. maddesi böylece, eski TCK’nın 155. maddesine yani yeni TCK’nın 318. maddesine gönderme yaparak, bu maddelerde yazılı suçları işleyenlerin, “milli mukavemeti kırma” suçunu işlemiş olacağını kabul etmekte ve ilgili maddelerdeki cezaların uygulanacağına gönderme yapmaktadır. Böylece, “Halkı askerlikten soğutma” suçu, Askeri Ceza Kanunu kapsamında, askeri bir suç sayılmakta ve askeri mahkemelerde yargılanmasına olanak tanınmaktadır. 353 Sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un 11/A maddesinde, “askeri

olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanunu'ndaki hangi suçlardan dolayı askeri mahkemelerde yargılanacağını" saymıştır. Bu maddede Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesi de sayılmakta idi. Ancak bu maddede 30.07.2003 tarih ve 4963 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, 58. madde bu kapsamdan çıkarılmıştır. Böylece, "Halkı Askerlikten Soğutma" suçu, asker olmayan kişiler tarafından işlenirse, artık askeri mahkemelerde değil, adliye mahkemelerinde yargılanacaktır. Halbuki 2003 yılı değişikliğine kadar bu suçu işleyenler askeri mahkemelerde yargılanmaktaydı.

Kararlara konu olan suçlardan bir diğeri de, Askeri Ceza Kanunu'nun 87 ve 88. maddelerinde düzenlenen "emre itaatsizlikte ısrar" ve "Toplu asker karşısında emre itaatsizlik" suçlarıdır. "İtaatsizlikte ısrar edenlerin cezası", Madde 87 de: "1. Hizmete mütaallik emri hiç yapmayan, itaattan fiilen veya söz ile imtina eden veya emir tekrar edildiği halde itaat etmemekte ısrar edenler iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. 2. Yukarıki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir. "Toplu asker karşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı iken yapılan itaatsizliğin cezaları" 88. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: "87 nci maddede yazılı itaatsizlik suçlarını toplu asker karşısında yahut silah başı emrine karşı veya silahlı iken veya hizmetten kısmen veya tamamen sıyrılmak kastıyla yapanlar üç aydan beş seneye kadar hapis, seferberlikte beş seneye kadar ağır hapis ve düşman karşısında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar."

Askere alınan vicdani redçinin kendisine verilen askeri üniformayı giymeme ve bu yöndeki emirlere uymama ya da bu eylemeni toplu asker karşısında gerçekleştirme durumlarında bu suçlar ortaya çıkabilmektedir. Bunu bir örneği, 1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489 sayılı kararına konu olmuştur: "...Bilecek 9.J.Er Eğt.A.K.lığına 22.11.1996 tarihinde muhafız nezaretinde teslim edildiği, burada kendisine verilen askeri elbiseleri "vicdani retçi" olduğundan bahisle giymeyeceğini söylediği, Bölük Komutanı ve Tabur Komutanının askeri elbiseyi giymesine dair istemlerini yerine getirmediği ve hatta bu hareketlerinin suç teşkil edeceği söylenmesine, As.C.K.nun 87 ve 88 nci maddelerinin kendisine okunmasına rağmen, emre uymayacağını, askeri elbiseleri giymeyeceğini ve hiçbir zaman da giymeyeceğini belirttiği, kendi açık ikrarı, yeminli tanık anlatımları ve dosyadaki yazılı delillerden tereddütsüz bir biçimde anlaşılmaktadır."

1. Dairenin 21.10.1998 tarih, Esas 1998/504 ve Karar 1998/501 sayılı kararına konu olan olayda ise, "Yedeksubay aday öğrencisi olan sanığın, 10.12.1997 tarihinde depoda silahların dağıtılması sırasında verilen emre uymayarak vicdani sebeplerle silah almayı reddettiği gibi, kısa bir süre sonra çıkılan

içtimada da tüm Bölük personelinin huzurunda bu hususta verilen müteaddit emirlere rağmen silahını teslim almadığı, böylece toplu asker karşısında emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediğinin sübuta erdiğinden bahisle, Mahkemece As.C.K.nun 88 (takdiren ve teşdiden) ve TCK.nun 59 ncu maddeleri gereğince beş ay hapis cezası ile mahkumiyetine karar verilmiştir.” denilmektedir.

Vicdani red ile ilgili 2. Dairenin 11.2.1998 tarih, Esas 1998/77 ve Karar 1998/77 sayılı kararında sanığın şu suçlardan yargılandığı görülmektedir: “23.07.1992-29.08.1995 tarihleri arasındaki yoklama kaçağı suçundan; As.C.K.nun 63/1-A, T.C.K.nun 59/2 ve 647 Sayılı Yasanın 4 ncü maddeleri uyarınca beşyüzbin lira ağır para cezasına, 31.08.1995-7.10.1996 tarihleri arasındaki geç iltihak suretiyle bakaya suçundan; As.C.K.nun 63/1-B, T.C.K.nun 59/2 ve 647 Sayılı Yasanın 4 ncü maddelerine göre yüzymibebşbin lira ağır para cezasına, 29.12.1996-28.01.1997 tarihleri arasındaki firar suçundan; As.C.K.nun 66/1-a ve T.C.K.nun 59/2 maddeleri uyarınca beş ay hapsine, ...”

Askeri Ceza Kanunu'nun 63/1 maddesine göre, “ A) Kabul edilecek bir özrü olmadan barışta bakayalarla yoklama kaçağı veya saklılardan yaşitlarının veya birlikte işleme bağlı arkadaşlarının ilk kafilesi yollanmış bulunanlar ve ihtiyat erattan çağrılıp da özürsüz yaşitlarının yollanmalarından başlayarak yedi gün içinde gelenler bir aya kadar, yakalananlar üç aya kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler üç aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir buçuk yıla kadar, üç aydan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar hapis, üç aydan sonra yakalananlar altı aydan üç yıla kadar ağır hapis; B) (A) Bendinde yazılı erbaştan ve erden gelip te veya yakalanıp ta kıtasına varmadan savuşanlar ayrıca bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Askeri Ceza Kanunu'nun 66/1. maddesinde düzenlenen firar suçuna göre, “1) Aşağıda yazılı askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur: a) Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşanlar, b) Kıt'asından veya görevini yapmaktaki olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyenler,” .

Kararlara konu maddelerden biri de “Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler cezaya ehliyeti ve tesiri” kenar başlıklı Askeri Ceza Kanunu'nun 45. maddesidir. Maddeye göre “ Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez.” Bu hüküm açıkça, dini veya vicdani sebeplerin, cezayı ehliyete hiçbir etkisinin olmadığını hükme bağlayarak, vicdani red eylemlerinin hiçbir şekilde koruma görmeyeceğini ortaya koymaktadır.

C. Vicdani Red Kapsamında Yapılan Savunmalar

Askeri Yargıtay kararlarına konu olmuş olaylarda, ileri sürülen savunmalarda temelde şu iddialarda bulunulmuştur:

- Vicdani red eylemlerinden dolayı cezalandırılmanın, Anayasa'nın 24 ve 26 ncı maddeleri ile, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğunu, bu konudaki istemlerinin ciddi görülerek Anayasa Mahkemesi'ne iletilmemesinin usule aykırı olduğunu, yargılamayı yapan Askeri Mahkeme'nin kuruluşunun Anayasa'ya aykırı olduğunu, bağımsız olmadığını, keza mahkemenin yer, madde, kişi ve görev yönünden yetkili bulunmadığını, ayrıca; müvekkillerinin Vicdani Redci olduğunu, suç kastının bulunmadığını, mahkeme kararının objektiflikten uzak olduğunu ileri sürmüşlerdir (3. Dairenin 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302).

- Vicdani red kavramının Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesine dayandığı, Anayasanın 90 ncı maddesine göre usulüne uygun olarak onaylanarak Resmi Gazetede yayınlanan sözleşmelerin iç hukuk normu haline geleceği, hükmün noksan soruşturma ile kurulduğu, askeri mahkemece reddedilen Anayasaya aykırılık talebinin bir kez daha incelenmesi talebinde bulunulmuştur. (1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489).

- As.C.K.nun 45 nci maddesinin 1982 tarihli Anayasaya aykırı olduğunu iddia edilmiştir (1. Dairenin 21.10.1998 tarih, Esas 1998/504 ve Karar 1998/501)

- 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinde yer alan; "Askeri Mahkemeler iki askeri hakim ve bir *subay* üyeden kurulur..." hükmünün, doğrudan idareye bağlı; hakimlik mesleğini icra etmeyen ve hukukçu olmayan bir üyenin katılımıyla yapılan yargılamanın, hakimlik mesleği değil, askerlik gerekleri dikkate alınarak yapıldığı, ileri sürülerek söz konusu yasa maddelerinin Anayasanın 9, 138, 139 ve 140 ncı maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir (2. Dairenin 11.2.1998 tarih, Esas 1998/77 ve Karar 1998/77).

- Dini ve felsefi inançlarından kaynaklanan silâh almamak gibi bir mazeretin bulunduğu, her ne kadar mevzuat bu hâli askerlik hizmeti için bir engel kabul etmiyorsa da, bunun sanık yönünden bir elverişsizlik hâli oluşturduğu, sanığın vicdani red hakkını kullandığı, aynı suçu daha önce işlemiş olmasının suç kastının yoğunluğuna bağlanamayacağı, suç kastı olmaksızın kastın yoğunluğundan bahsetmenin olanaksız olduğu, bu nedenle bu konunun takdiri şiddet sebebi olarak kabul edilemeyeceği, yasaya göre tekerrür hükümlerinin uygulanmasının gerektiği, eylemin toplu asker karşısında gerçekleşmesinin sanığın iradesini aşan bir olgu olduğu, bu nedenle olayda

As.C.K.nun 87/1 nci maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (1. Dairenin 22.4.2003 tarih, Esas 2003/399 ve Karar 2003/396).

D. Askeri Yargıtay'ın Vicdani Red Hakkındaki Kararları

1. Halkı Askerlikten Soğutma Suçu

3. Dairenin kararına konu olayda, "Halkı askerlikten soğutma" suçundan yargılanan ve ilk derece mahkemesi kararıyla mahkum olan sanığın temyiz incelemesinde, öncelikle, TCK 155 (Yeni TCK 138). Maddenin Anayasanın 24. ve 26. maddelerine aykırılık iddiası değerlendirilmiştir. Daireye göre, "TCK.nun 155 nci maddesinde tanımı yapılan "Halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda telkinatta bulunmak" suçu; Anayasa'nın 24 ncü maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğü, yine Anayasa'nın 26 ncü maddesinde belirtilen düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği hususunda ciddi bir durum mevcut değildir. Zira; Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlığı altında yer alan 13 ncü maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmü karşısında, TCK.nun 155 nci maddesinin, Anayasa'nın sözü edilen maddelerine aykırılık teşkil etmediği açıktır. Bu itibarla, sanık vekillerinin konuya ilişkin taleplerinin ciddi yönünün bulunmadığı sonuç ve kanaatına varılmıştır" (3. Dairenin 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302).

Daire daha sonra, halkı askerlikten soğutma suçunun oluşabilmesi için hangi unsurların bulunması gerektiği üzerinde durmuştur: "Ancak; Mahal Mahkemesi'nce, her ne kadar sanığa atılı suçun sübuta erdiği kabul edilerek mahkumiyeti cihetine gidilmiş ise de; AsCK.nun 155 nci maddesinde tanımı yapılan ve maddi unsuru itibariyle neşriyat, telkinat ve nutuk iradederek işlenebilen suçun, ayrıca bu suretle icra edilen söz ve yazıların halkı askerlikten soğutmak yolunda olması, başka bir anlatımla, manevi unsura tekabül eden nitelik ve amacının istenilmesini gerektirmektedir. Sözlük anlamıyla telkinat; birisine bir hususu anlatarak, zihnine koyma, ona kabul ettirmektir. Telkin ise; bir düşünce aşılama, kulağa koyma olarak tanımlanmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, dava konusu somut olayda; sanık tarafından sarfedilen sözlerin bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde; kendini Vicdani Redci olarak tanımlayan ve İzmir Savaş Karşıtları Derneği

Başkanı olan sanığın, basın toplantısı sırasında dağıttığı konuşma metni içeriğinin, kendisinin askerlikle ilgili düşüncelerini açıklamaktan ibaret olduğu, bu sözlerinde halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda telkinatta bulunmaya yönelik beyanlarının bulunmadığı, kaldığı; sanığın, kendi düşüncesini açıklamaktan ibaret olan söz konusu beyanlarında, askerlik hizmetini menfi yönde etkileyen, dolayısıyla halkı askerlik hizmetinden soğutma yolunda telkinatta bulunmaya yönelik sözleri içermediği görülmektedir. Bu itibarla, Mahal Mahkemesi'nce, sanık hakkında, maddi unsuru yönünden oluşmayan atılı suçtan dolayı beraet kararı yerine, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" (3. Dairenin 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302).

2. Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu

Daire kararında öncelikle zorunlu askerlik uygulamasının anayasal ve yasal dayanaklarına değinilmiştir: "T.C.Anayasasının 72 nci maddesinde, vatan hizmetinin, her Türk'ün hakkı ve ödevi olduğu, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağına kanunla düzenleneceği, 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 1 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkeğin, iş bu kanun mucibince askerlik yapmaya mecbur olduğu, aynı kanunun 2 nci maddesinde, askerlik çağının her erkeğin 20 yaşına girdiği Ocak ayının birinci gününde başlayacağı, 5 nci maddesinde, askerlik hizmetinin askerlik şubesinden sevk tarihinden başlayacağı, bu kanunun tesbit ettiği esaslar dışında veya muvazaflık hizmetini yapmadıkça hiçbir ferdin askerlik çağından çıkarılamayacağı yazılıdır" (1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489, s. 2).

Daire daha sonra, ne zaman asker kişi olunacağını ve asker kişinin emre itaatsizlik kapsamında nasıl cezalandırılacağını açıklamıştır: "Sanık 1970 doğumlu olup, usulüne uygun ve 1111 Sayılı Kanunun 86.Maddesine tabi cezalı olarak 29.8.1995 tarihinde acemi eğitimi için Bilecik 9.J.Er Eğt.Alay K.lığı emrine sevk edildiği halde gitmediği (D.84), bu nedenle 22.11.1996 tarihinde muhafız nezaretinde birliğine götürülüp teslim edilmekle "asker kişi" sıfatını kazandığı kuşkusuzdur. Asker kişi olan sanığın, askerlik hizmetinin gereği olarak askeri elbiseleri giymesi konusundaki hizmete ilişkin emri yerine getirmemek, itaatten fiilen ve sözle imtina etmek, emir tekrar edildiği halde itaat etmemekte ısrar etmek suretiyle As.C.K.nun 87.Maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediğinden, mahkemenin suçun sübutunu kabulde, suç vasfını tayinde, sanığın suç kastının yoğunluğu, her fırsatta ve her ortamda bu kasdını ve kararlılığını ortaya koymasının takdiri şiddet sebebi olarak kabul

edilmesinde, usul ve uygulamada isabetsizlik ve kanuna aykırılık görülmemiştir” (1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489, s. 1).

Daire daha sonra, vicdani red hakkına getirilen sınırlamanın uluslar arası hukuka aykırılık iddiasını ele almıştır: “T.C. Anayasamın 90 ncı maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Anlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmekle beraber, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrasında, kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden bu hürriyetler, demokratik toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak Milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabileceği hükmünün yer alması nedeniyle, gerek Anayasada ve gerekse kanunlarda yer verilen askerlik hizmetinin “vicdani ret” gibi bir düşünceyle yerine getirilmemesi kanunların ön gördüğü müeyyideye tabi olacaktır” (1 Dairenin 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489, s. 2).

3. Din ve Vicdana Göre Lazım Sayılan Hareketler, Cezaya Ehliyeti ve Tesiri

1. Dairenin 1998 tarihli bir kararında, “Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler cezaya ehliyeti ve tesiri” kenar başlıklı, Askeri Ceza Kanunu’nun 45. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası değerlendirilmiştir: Sanık vekili As.C.K.nun 45 nci maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş ise de; Anayasamın 24 ncü maddesine göre; “herkes; vicdan dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir...”, 25 nci maddesi de yine herkesin; “düşünce ve kanaat hürriyetine sahip...” olduğu vurgulanmıştır. Ancak Anayasamın 13 ncü maddesiyle diğer temel hak ve hürriyetler gibi, bunların da, “...Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasamın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasamın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği...” kuralı getirilmiştir. Bu cümleden olarak “Vatan hizmetini” düzenleyen 72 nci maddede “vatan hizmeti, her Türk’ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir” biçiminde bizzat Anayasa tarafından askerlik hizmeti bir hak ve ödev olarak ortaya konulmuştur.

1111 Sayılı Askerlik Yasasının 1 nci maddesi, her Türk erkeğine bu kanun uyarınca askerlik yapma mecburiyeti getirilmiştir. Bu yasal düzenleme,

Anayasanın 10 ncu maddesinde yer alan” herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” şeklindeki emredici kuralının bir yansımasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrasında, “...kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden bu hürriyetler, demokratik toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak Milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir” hükmü yer almaktadır.

Tüm bu düzenlemeler karşısında “vicdani red” düşüncesini ileri sürmenin, sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı açık olduğu cihetle, As.C.K.nun 45 nci maddesinin Anayasaya aykırı olduğu yolunda ileri sürülen iddianın sonuç olarak Askeri Mahkemece ciddi bulunmamasında bir isabetsizlik yoktur” (1. Dairenin 21.10.1998 tarih, Esas 1998/504 ve Karar 1998/501, s. 1-2)

Yine 1. Dairenin 30.9.1998 tarihli kararında firar suçu açısından yaptığı değerlendirme vicdani red hakkının tanınmadığı yönündedir: “Sanığın vicdani red şeklinde düşünce ve inanca sahip olarak askerlik yapmayacağını söylemesi yürürlükte olan mevzuat açısından olanaksızdır. Zira T.C. Anayasasının 72 nci maddesinde, vatan hizmetinin her Türk’ün hakkı ve ödevi olduğu, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 1 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkeğin iş bu kanun mucibince askerlik yapmaya mecbur olduğu yazılıdır. Öte yandan As.C.K. 45 nci maddesinde yer alan, bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olmasının, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmeyeceği şeklindeki hükmü de nazara alındığında, sanığın sahip olduğunu söylediği düşünce ve inanç yapısının suç ve firar kasdını ortadan kaldırmayacağı cihetle, firar suçu tüm unsurları itibariyle oluşmuştur” (1.Dairenin 30.9.1998 tarih, Esas 1998/396 ve Karar 1998/405, s.1)

1. Dairenin 22.4.2003 tarihli kararı da önceki kararlara paraleldir. Bu kararda Daire; “Sanık Yehova Şahidi olması nedeniyle, inancı gereği silâh almadığını savunmuştur. As.C.K.nun 45 nci maddesi düzenlemesi karşısında, bu konu suçun oluşumuna etkili görülmediğinden, sanığın ve müdafinin savunmasına ve temyiz sebeplerine itibar edilmemiştir” diyerek görüşünün

değişmediğini göstermiştir (1. Dairenin 22.4.2003 tarih, Esas 2003/399 ve Karar 2003/396, s. 2).

SONUÇ

Türk Hukukunda vicdani red konusu hakkında şu sonuçlara varılmıştır:

1. Vicdani red hakkı 1982 Anayasası'nda tanınmamıştır. Anayasa'nın "vatan hizmeti" kenar başlıklı 72. maddesi, hem zorunlu askerliğe olanak tanımakta hem de zorunlu askerlik yerine alternatif kamu hizmetinin öngörülmesine olanak tanımaktadır. Bu açıdan ne zorunlu askerlik uygulamasının Anayasaya aykırı olduğu ne de alternatif kamu hizmeti uygulamasının Anayasaya aykırı olacağı iddia edilemez. Bu iki seçenek tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştır.

2. 1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesine göre, Türk hukukunda askerlik hizmeti zorunludur. Zorunlu askerlik hizmetinin yerine alternatif kamu hizmeti öngörülmemiştir. Sadece koşulları kanunda belirtilen durumlarda, zorunlu askerlik hizmetini yapmış sayılacak durumlar gösterilmiştir.

3. Anayasa'nın 90. maddesi kapsamında, usulüne göre yürürlüğe girmiş insan hakları anlaşmalarının kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermeleri halinde, anlaşma hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları anlaşmalarında, vicdani red hakkını tanıyan bir anlaşma hükmü bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşme ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşme hükümleri incelendiğinde vicdani red hakkını tanıyan bir hükme rastlanmamaktadır. Bu Sözleşmelerin öngördüğü koruma mekanizması organları da, Sözleşmelerin vicdani red hakkını tanımadığı yönünde görüş belirtmiştir.

4. Vicdani red eylemleri uygulamada, TCK 318. ve bu maddeye gönderme yapan Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesi kapsamında "halkı askerlikten soğutma" suçu ile itham edilebilmektedir. Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'nun 87 ve 88. maddelerinde ifade edilen "emre itaatsizlikte ısrar" suçu, asker kişi sayılan vicdani redçilerin, verilen üniformayı giymeme veya verilen silahı almama ya da eğitime katılmama şeklinde gerçekleştirdikleri eylemlere uygulanan hükümlerdir.

5. Askeri Mahkemeler ve Askeri Yargıtay kararlarında vicdani red konusunda bir içtihat birliğinin olduğu görülmektedir. Kararlarda, vicdani red eylemlerinin Anayasal bir hak olarak tanınmadığı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerde vicdani red hakkının yer almadığı, askerlik hizmetinin kanunlarla zorunlu kılındığını, zorunlu askerlik hizmetinin yerine

getirmeyenler ve bu kapsamda yasal gerekliliklere uymayanların, Askeri Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde cezalandırılacağı vurgulanmaktadır.

6. Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları anlaşmalarında ve iç hukukta vicdani red hakkı tanınmamış olmakla birlikte, Avrupa Konseyinin organlarından olan Avrupa Parlamenteler Meclisi ve Avrupa Bakanlar Komitesinin, zorunlu askerlik hizmetin yanında alternatif kamu hizmetinin de tanınması yönünde tavsiye kararları bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Komisyonun içtihatlarında vicdani red hakkının tanınmadığını kabul etmekle birlikte, bu içtihadın yeniden gözden geçirilmesi yönünde görüş belirtmekte, Avrupa'da bir çok ülkenin alternatif kamu hizmeti seçeneğini kabul ettiğini ve uyguladığını vurgulamaktadır.

Kaynakça

- COADY, C.A.J. (1997), "Objecting Morally," *The Journal of Ethics*, 1: 375-397.
- EREN, Abdurrahman (2003), *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1 Baskı).
- EREN, Abdurrahman (2004), "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi," *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* (Cilt:VIII, Sayı:3-4): 47-77.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı).
- İNSAN HAKLARI KARARLAR DERLEMESİ* (1998-2000), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Cilt 1,2,3.
- JACQUES, Louis/BOGAERT, Van (2002), "The Limits of Conscientious Objection to Abortion in the Developing World," *Developing World Bioethics* (ISSN 1471-8731, Vol. 2, Number 2): 131-143.
- KUZU, Burhan (1999), *Türk Anayasal Metinleri ve İlgili Mevzuat* (İstanbul: Filiz Kitabevi).
- ÖKÇESİZ, Hayrettin (1996), *Sivil İtaatsizlik* (İstanbul: AFA Yayınları, 2. Baskı).
- ÖKTEM, Akif Emre (2002), *Uluslar arası Hukukta İnanç Özgürlüğü* (Ankara: Liberte Yayınları, 1. Baskı).
- SALMON, Daniel A./ SIEGEL, Andrew W. (2001), "Religious and Philosophical Exemptions from Vaccination Requirements and Lessons Learned from Conscientious Objectors from Conscription," *Public Health Reports* (July-August, Vol. 116): 289-295.

Askeri Yargıtay Kararları

- 1 Daire 4.7.1997 tarih, Esas 1997/493 ve Karar 1997/489;
1. Daire, 21.10.1998 tarih, Esas 1998/504 ve Karar 1998/501;
1. Daire, 22.4.2003 tarih, Esas 2003/399 ve Karar 2003/396
- 1.Daire, 30.9.1998 tarih, Esas 1998/396 ve Karar 1998/405;
2. Daire, 11.2.1998 tarih, Esas 1998/77 ve Karar 1998/77 ;
3. Daire, 27.5.1997 tarih, Esas 1997/302 ve Karar 1997/302;
- 5 nci Daire, 21.6.1995 gün ve1995/419-419;

<http://www.savaskarşitlari.org>

<http://www.echr.coe.int>