



AIHM
BÜYÜK DAİRE
BAYATYAN /
ERMENİSTAN DAVASI

Arş. Gör. Nadire ÖZDEMİR*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.

Başvuru no. 23459/03

KARAR

STRASBOURG

7 Temmuz 2011

Bu karar kesindir; fakat editöryel düzeltmelere tabi tutulabilir.

Bayatyan/Ermenistan davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire olarak şu isimlerden oluşmaktadır:

Jean-Paul Costa,, Başkan

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Dean Spielmann,

Renate Jaeger,

Sverre Erik Jebens,

Päivi Hirvelä,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Guido Raimondi, hâkimler ve Vincent Berger, danışman 24 Kasım 2010 ve 1 Haziran 2011'de gizli görüşmeler sonucunda,

En son belirtilen tarihte kabul edilmiş olan şu karara varmışlardır:

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, 22 Temmuz 2003'te, Ermenistan vatandaşı Bay Vahan Bayatyan ("başvuran") tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin ("Sözleşme") 34.maddesi kapsamında Ermenistan Cumhuriyeti'ne karşı açılmıştır.
2. 2. Başvuran, Georgetown (Kanada)'da avukatlık yapan Bay J.M. Burns, Patterson'da (ABD) avukatlık yapan Bay A. Carbonneau, Erivan'da avukatlık yapan Bay R. Khachatryan ve Savoy ve Geneva Üniversitelerinde hukuk profesörü olan Bay P. Muzny tarafından temsil edilmektedir. Ermenistan Devleti ("Devlet") ise Bay G. Kostanyan tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde temsil edilmektedir.
3. Başvuran, inter alia, orduya hizmet etmeyi reddedmesi sebebiyle mahkûm edilmişinin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.
4. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Bölümüne (Mahkeme İçtüzüğü m.52/1) tahsis edilmiştir. 12 Aralık 2006'da başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulan söz konusu Bölümün ilgili Dairesi şu hâkimlerden oluşmaktaydı: Boštjan M. Zupančič, Başkan, John Hedigan, Corneliu Bîrsan, Vladimiro Zagrebelsky, Alvina Gyulumyan, David Thór Björgvinsson, Isabelle Berro-Lefèvre, hakimler, ve ayrıca Vincent Berger, Bölüm Yazı İşleri Müdürü. 27 Ekim 2009'da, Josep Casadevall, Başkan, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ann Power, hakimler, ve ayrıca Stanley Naismith, Yazı İşleri Müdürü Vekili, isimlerinden oluşan ilgili Bölümün Dairesi, 6'ya karşı 1 oyla Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Hâkim Fura'nın mutabakat şerhi ve Hâkim Power'ın muhalefet şerhi de karara eklenmiştir.
5. Başvuranın 25 Ocak 2010 tarihli talebi üzerine 10 Mayıs 2010'da Büyük Daire heyeti, Sözleşmenin 43.maddesi uyarınca davayı Büyük Daireye göndermeye karar vermiştir.
6. Büyük Dairenin oluşumu Sözleşmenin 26/4 ve 26/5.maddeleri ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 24.maddesi uyarınca gerçekleştirilmiştir.
7. Gerek başvuran gerek Devlet, yazılı görüşlerini sunmuştur. Ayrıca Başkan tarafından verilen izinle üçüncü taraf olan Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International), Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi Örgütü (Conscience and Peace Tax International), Dostlar Dünya Danışma

Komitesi (Friends World Committee for Consultation-Quakers), Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists) ve Uluslararası Savaş Karşıtları'nın (War Resisters' International) ortak görüşleri ve Avrupa Hristiyan Yehova Şahitleri Birliği'nin (the European Association of Jehovah's Christian Witnesses)'ın görüşü yazılı beyana eklenmiştir. (Sözleşme Madde 36/2, Kural 44/3).

8. 24 Kasım 2010'da Strasbourg'taki İnsan Hakları binasında kamuya açık bir duruşma gerçekleşmiştir (Kural 59/3).

Mahkeme huzurunda:

(a) Devlet için

Bay G. Kostanyan, Ajan,

Bay E. Babayan, Ajan Yardımcısı;

(b) başvuran için

Bay A. Carbonneau, Avukat,

Bay P. Muzny, Avukat,

Bay V. Bayatyan, başvuran.

Mahkeme, Bay Carbonneau, Bay Muzny ve Bay Kostanyan'ın beyanlarını ve Mahkeme üyelerinin sordukları sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

ESAS

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

9. Başvuran 1983'te Erivan'da doğmuştur ve orada yaşamaktadır.

A. Davanın arkaplanı

10. Başvuran bir Yehova Şahididir. 1997'den itibaren çeşitli Yehova Şahitleri dini hizmetlerine katılmış ve 18 Eylül 1999'da 16 yaşındayken vaftiz edilmiştir.

11. Başvuran, 16 Ocak 2000'de, Erebuni İlçe Askeri Komiserliği'nde (□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□) askeri hizmetten sorumlu biri olarak kayıt altına alınmıştır.

12. Başvuran, 16 Ocak 2001 tarihinde, 17 yaşındayken, tıbbi muayeneden geçmek üzere çağırılmış ve askeri hizmet için sağlıklı olduğu rapor edilmiştir. Başvuran, bahar 2001 asker alımı (Nisan-Haziran) için seçilebilir hale gelmiştir.

13. 1 Nisan 2001'te, başvuran, asker alımlarının başlangıcında, Ermenistan Genel Savcılığı'na (□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□) Ermenistan Askeri Komiserliği'ne (□□ □□□□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□)

□□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□) ve Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu'na gönderdiği benzer mektuplarda şu beyanda bulunmuştur:

“Ben, Vahan Bayatan, 1983'te doğdum, İncil'i 1996'dan beri okuyorum ve vicdanım İsaiah 2:4'ün sözcüklerinin harmonisiyle birlikte İncil'le oluşmuştur ve ben bilinçli olarak askeri hizmet vermeyi reddediyorum. Aynı zamanda askeri hizmete alternatif bir hizmet sunmaya hazır olduğumu da sizlere bildiriyorum.”

14. Mayıs ayının başında gönderilen askeri hizmete çağrı, 15 Mayıs 2001'de başvuranın evine ulaşmıştır. 14 Mayıs 2001'de Erebuni Askeri Komiserliği'nden bir memur başvuranın evine telefon etmiş ve annesine, başvuranın ertesi gün askeri hizmete beklendiğinden haberi olup olmadığını sormuştur. Aynı akşam başvuran, zorla askere alınacağı korkusuyla evden geçici olarak ayrılmıştır.

15. 15 ve 16 Mayıs 2001'de Komiserlik memurları başvuranın annesine telefon edip başvuranın nerede olduğunu sormuşlardır. Kendi rızasıyla askere gelmediği takdirde zorla alınacağı hususunda tehdit etmişlerdir. 17 Mayıs 2001'de, görevliler, sabah erkenken başvuranın evine gelmişlerdir. Anne-babası uyuduğu için kapıyı açmamışlardır. Aynı tarihte başvuranın annesi Komiserliğe gidip oğlunun evden ayrıldığını ve ne zaman döneceğini bilmediğini söylemiştir. Başvurana göre Komiserlik, ailesiyle bağlantıya geçmek için başka bir çaba göstermemiştir.

16. 29 Mayıs 2001'de Millet Meclisi Devlet ve Hukuk İşleri Komisyonu (□□□□□□□□□□ □□□□□□ □□□□□□□□-□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□) başvuranın 1 Nisan 2001'deki mektubuna şöyle bir cevap göndermiştir:

“Beyanınıza ilişkin olarak,...Ermenistan Cumhuriyeti kanunlarına göre her vatandaşın Ermeni ordusunda hizmette bulunmasının zorunlu olduğunu bildiririz... Alternatif hizmete dair Ermenistan'da henüz bir kanun bulunmadığından dolayı mevcut kanuna uymalı ve Ermeni ordusunda hizmet etmelisiniz.”

17. Başvuran, 2001'in Haziran ortası başlarında, Eylül 2002'deki tutukluğuna kadar yaşayacağı evine dönmüştür.

18. 12 Haziran 2001'de Millet Meclisi, sadece 11 Haziran 2001'den önce suç işlemiş olanlara uygulanacak ve 13 Eylül 2001'e kadar geçerli olacak olan bir genel af ilan etmiştir.

B. Başvuran aleyhine ceza davası

19. 26 Haziran 2001'de Erebuni Askeri Komiserliği (□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□), başvuranın 15 Mayıs 2001'de askeri hizmet için hazır bulunmadığını ve iradi olarak askeri hizmetten kaçtığını Erebuni Bölge Savcılığına (□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□) bildirmiştir.

28. 9 Eylül 2002'de soruşturma mercii başvuran aleyhine cezai takibatı yeniden başlatmıştır.

29. 11 Eylül 2002'de, başvurana, 1 Ekim 2001 tarihli suçlama (bknz yukarıda 22.paragraf) ilk defa tebliğ edilmiştir. Başvuran aynı tarihte yapılan sorgulama sırasında kendi dini inançları nedeniyle askerlik hizmetini yapmayı bilinçli olarak reddettiğini, ancak bunun yerine alternatif bir sivil hizmet yapmak için hazır olduğunu söylemiştir.

30. Aynı tarihte başvurana ve savunma avukatına dava dosyasına erişim izni verilmiştir. Iddianame, 18 Eylül 2002 tarihinde tamamlanmış ve 23 Eylül 2002 tarihinde savcı tarafından kabul edilmiştir.

31. 22 Ekim 2002'de Erebuni ve Erivan Nubarashen Bölge Mahkemesinde başvuranın duruşmasına başlanmıştır. Duruşma, iddianamenin bir kopyasının başvurana tebliğ edilmediği gerekçesiyle 28 Ekim 2002'ye ertelenmiştir.

32. Başvuran, 28 Ekim 2002'deki duruşmada, soruşturması sırasında sunduğu beyanlarda bulunmuştur (bknz yukarıdaki 29.paragraf)

33. Aynı tarihte Erebuni ve Erivan Nubarashen Bölge Mahkemesi başvuranı suçlu bulmuş ve 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırmıştır.

34. Savcı bu karara, daha ağır bir ceza istemiyle 29 Kasım 2002'de itiraz etmiştir. İtiraza göre:

“Başvuran İncil'i okuyan bir Yehova Şahidi olarak inancının Ermeni silahlı kuvvetlerine hizmet etmesine izin vermediği açıklamasıyla suçunu kabul etmemiştir.

Başvuran fiziksel olarak sağlıklıdır ve işsiz biridir.

Mahkemenin, suçun sosyal tehlikesinin şiddetini, başvuranın kişiliğini ve askeri hizmeti reddine dair açıkça temelsiz ve tehlikeli gerekçelerini hesaba katmayarak başvuranı oldukça hafif bir cezaya mahkûm ettiğine inanmaktayım.”

35. 19 Aralık 2002'de başvuran, savcının itiraz dilekçesine cevapta, kararın, Anayasanın vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan 23.maddesini ve Sözleşmenin 9.maddesini ve diğer uluslararası düzenlemelerini ihlali ettiğini belirtmiştir. Ayrıca, askerlik hizmetine alternatif kamu hizmetinin bulunmamasının bir insanın vicdani sebeplerden ötürü askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle cezai sorumluluğunun doğacağına gerekçe olarak sunulamayacağını eklemiştir.

36. 24 Aralık 2002'de Askeri Ceza Üst Mahkemesi Criminal and Military Court of Appeal (□□ □□□□□□ □ □□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□), huzurundaki duruşmada, savcı, başvuranın soruşturma sırasında saklanması sebebiyle inter alia, daha ağır bir ceza isteminde bulunmuştur. Başvuran, temyiz duruşmaları esnasında, askerlik hizmetine dair dini inançlarını terk etmesi konusunda kendisine baskı yapıldığını, özellikle savcı ve hâkimlerden birinin itirazından vazgeçip askeri görevini yerine getirirse davasını sonlandırmayı teklif ettiğini ileri sürmüştür.

37. Aynı tarihte İstinaf Mahkemesi, savcının itirazını kabul etmiş ve başvuranın cezasını 2,5 yıl arttırarak:

“İlk derece mahkemesi başvuranı cezaya mahkûm ederken, suçunun ağır olmamasını, başvuranın genç olmasını, sicilinin temiz olmasını, suçunu itiraf etmiş bulunmasını ve pişmanlık duymasını göz önünde bulundurmıştır.

Ancak temyiz duruşmalarında başvuran, suçunu kabul etmediği gibi suçundan pişmanlık duymadığını belirtmiş ve soruşturmadan saklanmış. Bulunduğu yer bilinmediği için aramanın başlatılması gerekmektedir.

Bu şartlar altında, ve suçun niteliği, suçun sebebi ve suçun sosyal tehlikesinin derecesi dikkate alındığında İstinaf Mahkemesi savcının itirazının kabulüne ve başvurana daha uygun ve ağır bir cezanın verilmesine karar vermiştir.

38. Belirsiz bir tarihte başvuran, bu kararın kanuna aykırı olduğuna dair 19 Aralık 2002'deki savına benzer bir itirazda bulunmuştur (bakınız yukarıda 35.paragraf). Alternatif sivil hizmette bulunma isteğini yinelemiş ve 2,5 yılı hapiste geçirmek yerine sosyal olarak işe yarar bir iş yapabileceğini söylemiştir. Ona göre böyle bir olasılık Askeri Sorumluluk Kanununun 12.Kısım altında öngörülmektedir (bkz aşağıda 43.paragraf). Başvuran ayrıca, alternatif hizmet ilkesinin Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanununun 19.Kısımında saklı tutulduğunu (bkz aşağıda 44.paragraf) ve uygun yorum mekanizmalarının yokluğundan dolayı sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir.

39. 24 Ocak 2003'te Temyiz Mahkemesi (the court of cassation) (□□ □□□□□□ □□□□□□) Anayasanın 23.maddesiyle garanti altına alınan hakların, inter alia, 44.madde kapsamındaki, örneğin Devletin güvenliği, kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması gibi sınırlamalara tabi olduğunu belirterek İstinaf Mahkemesinin kararını onaylamıştır. Benzer sınırlandırmalar Sözleşmenin 9/2 maddesinde de öngörülmüştür.

40. 22 Temmuz 2003'te başvuran cezasının yaklaşık 10,5 ayını doldurduktan sonra şartlı olarak tahliye edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

A. 1995 Ermenistan Anayasası (2005'teki değişikliklerden önce)

41. Anayasanın ilgili maddeleri şöyledir:

Madde 23: “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir”

Madde 44: “Anayasanın 23-27 maddelerindeki temel hak ve özgürlükler devlet ve kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve başkalarının ahlakı, hakları, özgürlükleri, onuru ve şereflerini korumak amacıyla ancak kanunla sınırlandırılabilir.”

Madde 47: “Her vatandaş, kanununla öngörülen usule uygun olarak Ermenistan Cumhuriyetinin savunmasına katılır.”

B. 1961 Ceza Kanunu (1 Ağustos 2003'ten beri yürürlükte değil)

42. Ceza Kanununun ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 75: Aktif askerlik hizmetine düzenli çağrıdan kaçmak

“Aktif askeri hizmet yoklamasında kaçmak 1 yıldan 3 yıla kadar hapisle cezalandırılır.”

C. Askeri Sorumluluk Kanunu (16 Ekim 1998'den beri yürürlükte)

43. Askeri Sorumluluk Kanunun ilgili hükümleri şöyledir:

Kısım 3: Askeri Sorumluluk

“1. Askeri sorumluluk vatandaşların Ermenistan Cumhuriyetini savunmaya katılımlarının anayasal zorunluluğudur.”

Kısım 11: Mecburi Askerlik Hizmetine Çağırma

“1. ilk kategori asker ve subay erkekler 18 ve 27 yaş arasından, fiziksel olarak barış zamanında askeri hizmete uygun bulunanlar mecburi askeri hizmetine alınırlar.

Kısım 12: Mecburi askeri hizmetten muafiyet

“1. Bir vatandaş, mecburi askeri hizmetten şu koşullarda muaf tutulabilir: (a) milli askerlik şubesi ilgili kişiyi sağlığının kötü olması sebebiyle askeri hizmet için yetersiz bulup askeri kayıtlardan silmesi (b) ilgili kişi ailenin tek erkeği ise ve babası (annesi) ya da erkek kardeşi (kızkardeş) Ermenistan savunması ya da Ermeni silahlı kuvvetlerdeki veya diğer bölüklerdeki görevini gerçekleştirirken ölmüşse (c) Devlet kararnamesiyle (d) Ermeni vatandaşlığını kazanmadan önce mecburi askeri hizmetini yabancı bir silahlı kuvvetlerde yerine getirdiyse veya (e) bir bilim derecesi varsa (Bilim “Adayı” veya Bilim Doktoru) ve bilimsel veya eğitsel faaliyetlerde uzman olarak çalışıyorsa”

Kısım 16: Mecburi askerliğin diğer sebeplerle ertelenmesi

“2. Devlet, belirli durumlarda, mecburi askerliğin ertelenmesinden yararlanacak vatandaş ve belirli bireylerden oluşan kategoriler oluşturabilir.

**D. Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanunu
(6 Temmuz 1991'den beri yürürlükte)**

44. Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanununun ilgili hükümleri şöyledir:
[Önsöz]

“Ermenistan Cumhuriyeti Yüksek Sovyeti vicdan ve din örgütlerine dair uluslararası hukukta tanınan insan hakları ve temel özgürlükler doğrultusunda ve Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 18.maddesine sadık kalarak... bu yasayı koymuştur.”

Kısım 19

“Kanunda öngörülen tüm vatandaşlık yükümlülükleri, dini bir örgütün inanan üyelerine de, diğer vatandaşlara olduğu gibi eşit uygulanacaktır.

“Vatandaşlık görevi ve dini akidelerin çatıştığı durumlarda vatandaşlık görevinin yerine getirilmemesi hususu, alternatif bir ilke yoluyla, ilgili Devlet mercii, ve dini örgüt arasında karşılıklı bir anlaşmayla ve kanunda belirtilen usullere göre çözülür.

E. Alternatif Hizmet Kanunu (17 Aralık 2003'te Kabul edilip 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe girmiştir)

45. 22 Kasım 2004'teki değişikliklerle birlikte ilgili hükümler şöyledir:

Kısım 2: Alternatif Hizmet kavramı ve çeşitleri

“1. Bu kanun kapsamında alternatif hizmet, sabit dönem zorunlu askerlik yerine silah taşımayı, tutmayı, muhafaza etmeyi ya da kullanmayı içermeyen ve hem askeriyede hem de sivil kurumlarda yerine getirilebilen hizmet anlamına gelmektedir.

2. Alternatif hizmet şu çeşitlerde olabilir: (a) askeri hizmet yani Ermeni silahlı kuvvetlerinde gerçekleştirilen fakat silah taşıma, tutma, muhafaza etme ya da kullanma durumunu ve muharebe görevini kapsamayan alternatif askeri hizmet (b) alternatif çalışma yani Ermeni silahlı kuvvetleri dışında gerçekleştirilen çalışma hizmeti

3. Alternatif hizmet, vatan ve toplum için bir vatandaşlık yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla olup cezalandırıcı, aşağılayıcı ya da onur kırıcı bir nitelik teşkil etmemektedir.

Kısım 3: alternatif hizmet yapılması için gerekçeler

“1. Bir Ermeni vatandaşı, dini ya da inancı gereği askeri bir birimde silah taşıma, tutma, muhafaza etme ve de kullanma da dâhil askeri bir hizmet vermeye izinli değilse alternatif hizmet gerçekleştirebilir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

46. Avrupa Konseyi üyesi Devletlere ait, Mahkeme nezdinde kullanılabilir düzenlemeler mevcut bulunup, zorunlu askeri hizmet koşulu olmuş olan ya da hala bulunan neredeyse tüm üye Devletlerin kanunlarında, kimi devletlerin Avrupa Konseyi üyesi olmadan önce bile, vicdani red hakkının tanınması ve uygulanması için çeşitli yollar öngörülmüş bulunmaktadır. Bu ülkelerden ilki 1916'da Birleşik Krallık, sonra 1917 Danimarka, 1920 İsveç, 1920-1923 Hollanda, 1922 Norveç, 1931 Finlandiya, 1949 Almanya, 1963 Fransa ve Lüksemburg, 1964 Belçik, 1972 İtalya, 1974 Avusturya, 1976 Portekiz ve 1978 İspanya'dır.

47. 1980 ve 1990'larda mevcut ve gelecek üye Devletlerin iç hukuklarında söz konusu hakkı düzenlemesiyle birlikte büyük bir tanınma dalgası meydana gelmiştir. Bunlar arasında Polonya (1988), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya, Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs, önceki Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (2006'da iki üye devlete bölünmüştür: Sırbistan ve Karadağ, her iki devlet de bu hakkı tanımıştır) ve Ukrayna (1992), Latviya (1993), Slovakya Cumhuriyeti ve İsviçre (1995), Bosna ve Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcistan ve Yunanistan (1997), Bulgaristan (1998).

48. Geri kalan üye devletlerden 1992'nin başında silahlı askeri hizmet olanağını öngörmüş olan önceki Makedonya (the Former Yugoslav Republic of Macedonia) gerçek alternatif sivil hizmeti 2001'de tanımıştır. 1993 ve 1998'de vicdani red hakkını anayasal olarak tanıyan Rusya ve Arnavutluk, 2004 ve 2003'te kanunlar aracılığıyla bu tanımayı düzenlemiştir. Azarbecyan 1995'te vicdani red hakkını anayasal olarak tanımakla birlikte uygulamaya yönelik kanuni düzenlemeyi henüz oluşturmamıştır. Türkiye'de vicdani red hakkı tanınmamaktadır.

49. Vicdani red hakkının tanınıp tamamen uygulandığı birçok üye Devlette, vicdani retçinin durumu sadece dini inançlar temelinde değil; ayrıca geniş bir çerçevede din dışı niteliği haiz kişisel inançlar bazında da temellendirilebilmektedir. Bunun iki istisnası, vicdani reddi sadece dini temellerle sınırlanmış olan Romanya ve Ukrayna'dır. Polonya, Belçika ve Finlandiya gibi bazı üye Devletlerde vicdani red hakkını kullanım sadece barış döneminde söz konusu olurken, Karadağ ve Slovakya Cumhuriyeti gibi diğer Devletlerde bu hak sadece seferberlik ve savaş zamanında kullanılabilir. Son olarak, Finlandiya gibi bazı üye Devletler bazı belirli vicdani retçileri alternatif hizmetten de muaf tutabilen düzenlemelere sahiptir.

IV. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER VE UYGULAMA

A.Avrupa belgeleri

1. Avrupa Konseyi

(a) Ermenistan'a özgü belgeler

Avrupa Konseyi Parlamenter Topluğunun(the Parliamentary Assembly of the Council of Europe:PACE) 221 (200) no.lu Ermenistan'ın Avrupa Konseyine üyelik için başvurusuna dair görüşü:

50. 28 Haziran 2000'de PACE, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine üyelik başvurusuna dair 221 No.'lu görüşünü kabul etmiştir. PACE, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine, Ermenistan'ı belirli bir süre zarfında birtakım sorumlulukları yerine getirdiği takdirde üyeliğe davet etmesini önermiştir. Görüşün ilgili kısım şöyledir:

"13. Parlamenter Topluluğu, Ermenistan Başkanı, parlamento sözcüsü, Başbakan ve meclisteki siyasi parti başkanlarından aldığı görüşler doğrultusunda Ermenistan'ın şu yükümlülükleri üstlendiğini belirtmektedir: ...3 yıl içinde Avrupa standartlarına uygun bir alternatif hizmet kanunu çıkarmak ve bu esnada hapis cezasına ya da tabur disiplinine çarptırılmış tüm vicdani retçileri affederek alternatif hizmet kanunu yürürlüğe girdiğinde silahlı askeri hizmet ya da sivil hizmet sunmaları hususunda seçim hakkı sağlamak."

(b) Genel belgeler

(i) Avrupa Konseyi Parlamenter Topluluğu (PACE)

51. PACE vicdani ret hakkından ilk defa 1967'nin başında 337. ilke kararında bahsetmiş olup şunları öngörmüştür:

"1. Mecburi hizmetle sorumlu olan kişiler, vicdani ya da derin inançtan, dini, etik, ahlaki, insani, felsefi ya da benzeri sebeplerden ötürü silahlı hizmet vermeyi reddederse böyle bir hizmeti vermekten muaf tutulma kişisel hakkına sahip olacaktır.

2.Bu hak doğal olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9.maddesinde öngörülen demokratik hukuk devletindeki bireyin temel haklarından çıkarılmış bulunmaktadır."

52. Bu ilke kararına dayanarak, PACE, üye Devletlerin iç hukuklarını ola-bildiğince bu ilke doğrultusunda şekillendirmeleri için Bakanlar Komitesini toplayıp 478(1967) no.lu tavsiye kararını düzenlemiştir. PACE, 816(1977) ve 1518(2001) no.lu tavsiye kararlarında temel ilkeleri yineleyerek geliştirmiştir. Son tavsiye kararında, vicdani reddin Sözleşmede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının temel bir uzantısı olduğunu belirlemiştir. Sadece 5 üye Devletin söz konusu hakkı henüz tanımadığını ve Bakanlar Komitesinin onları uyarmasını tavsiye etmiştir.

53. 2006'da PACE, silahlı güçlerin üyelerinin insan haklarına dair 1742(2006) no.lu tavsiyesinde, üye Devletlerden, inter alia, vicdani ret hakkını her zaman için tanımalarını ve askeri mensup üyelerinin de bu haktan yararlanmasına dair düzenlemeler yapmalarını istemiştir.

(ii) Bakanlar Komitesi

54. 1987'de Bakanlar Komitesi, üye Devletlere vicdani reddi tanımalarını tavsiye eden ve iç hukuklarındaki düzenlemeyi henüz bu temel ilke kapsamında şekillendirmeyen Devletleri bunu yapmaya davet eden R(87)8 no.lu tavsiyesinde: "Askeri hizmete mecbur olup vicdani zorunluluklarla silah kullanmayı reddeden kimse söz konusu hizmeti vermeye zorunlu olmaktan muaf tutulabilir... ve alternatif bir hizmet vermeye sorumluluğu kılınabilir..."

55. 2010'da Bakanlar Komitesi CM/Rec(2010)4. Tavsiyesinde üye Devletlere silahlı kuvvetlerin üyelerinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne dair herhangi bir sınırlamanın Sözleşmenin 9/2.maddesi uyarınca yapılmasını, askerlerin de vicdani retçi statüsünden yararlanma hakkına sahip olduğu ve sivil nitelikli alternatif hizmetin onlara da sunulmasını önermiştir. Bu tavsiyeyi açıklayıcı bildiri (the explanatory memorandum) şöyledir:

"Vicdani red hakkı Mahkeme tarafından bugüne kadar Sözleşmenin 9.maddesi kapsamında tanınmamıştır. Bununla birlikte uluslararası forada şu anki eğilim söz konusu hakkı vicdan ve din özgürlüğünün ayrılmaz parçası olarak kabul etmektedir.

2. Avrupa Birliği

(a) Avrupa Parlamentosu

56. Avrupa Konseyi kurumları tarafından geliştirilen ilkeler, Avrupa Parlamentosunun 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli tavsiyelerinde tekrarlanmıştır. Avrupa Parlamentosu da benzer bir şekilde vicdani red hakkının Sözleşmenin 9.maddesi kapsamındaki düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olduğunu ve Avrupa Birliği üye Devletlerini vicdani red hakkını temel bir hak olarak hukuk sitemlerine katmalarını öngörmüştür.

(b) Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

57. Bildirgenin 7 Aralık 2000'de kabul edilen 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren 10 maddesi:

" 1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.

2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır.

B. Diğer uluslararası belgeler ve uygulama

1. Birleşmiş Milletler

(a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu

58. İnsan Hakları Komisyonu 1987/46 ilke kararında devletlerin vicdani red hakkını tanımaları ve bu hakkı kullananları cezalandırmaktan kaçınmaları gerektiğini belirtmiştir. 1989/59 ilke kararında Komisyon bir adım daha öteye giderek vicdani red hakkını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 18.maddesi ve Siyasi ve Medeni Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 18.maddesinde (ICCPR) öngörülmüş olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında resmi olarak kendisi tanımıştır. Daha sonra konuyla ilgili olarak 1993/84, 1995/83 ve 1998/77 ilke kararlarında mevcut ilkeleri genişleterek onaylamıştır. Bunu takiben, komisyon, Devletlere, tavsiye kararları ışığında kanunlarını ve uygulamalarını gözden geçirmelerini söylemiştir. 2004/35 no.lu ilke kararında Devletleri, vicdani red temelinde askeri hizmette bulunmayı reddedenler için af ve hakların iadesi uygulamalarını gerçekleştirmelerini öngörmüştür.

(b) ICCPR ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (UNHRC)

59. Birleşmiş Milletler Genel Meclisinin 2200 A (XXI) ilke kararıyla düzenlediği, 23 Mart 1979'da yürürlüğe giren ve Ermenistan'ın 23 Haziran 1993'te onayladığı 16 Aralık 1966 tarihli ICCPR'nin ilgili hükümleri:

Madde 8: "3....(a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz;

c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" sayılmaz

(ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redcilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti;

Madde 18: 1. 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

60. ICCPR'yi uygulayan organ UNHRC, ICCPR ve 18.madde kapsamında bireysel şikâyetleri incelerken özellikle 8/3 (c)(ii)'yi dikkate alarak vicdani red hakkını tanımamıştır. Finlandiyalı bir vicdani retçinin başvurusu ICCPR hükümleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. (L.T.K. v. Finland, Bildirim no. 185/1984, U.N. Doc. CCPR/C/25/D/185/1984, 9 Temmuz 1985).

61. UNHRC'in yaklaşımındaki ilk değişim 7 Kasım 1991'deki J.P./Kanada kararında, ICCPR'nin 18.maddesinin obiter dictum olarak olsa da kanaat ve görüş sahibi olmak, bunları ifade etmek ve yaymak hakkını, askeri faaliyet ve

harcamaları vicdani reddi de içerecek biçimde kapsadığını belirtmesiyle gerçekleşmiştir (Bildirim no. Tebliğ no. 446/1991, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/446/1991, 7 Kasım 1991).

62. 1993'te UNHRC 18.maddeye dair 22 no.'lu Genel Yorumunda *inter alia*, maddeyi şöyle yorumlamıştır:

“11...Sözleşme, vicdani red hakkına açıkça göndermede bulunmamakta, ancak öldürücü güç kullanımının vicdan özgürlüğü ve dini ya da inancı açıklama hakkıyla ciddi anlamda çatışacağı için, Komite söz konusu hakkın 18.maddeden çıkarılabileceğini düşünmektedir.”

63. UNHRC'nin görüşlerindeki sonraki gelişmeler, ülkelerinde vicdani red hakkı tanınmamakta olan iki Yehova Şahidinin şikâyetleri doğrultusunda 3 Kasım 2006'daki Yeo-Bum Yoon/Kore Cumhuriyeti ve Myung-Jin Choi/Kore Cumhuriyeti kararlarında görülmektedir. UNHRC şöyle demektedir:

“8.2: Kurul...Sözleşmenin 8 maddesinin 3.paragrafında yasaklanan ‘zorla ya da mecburi çalıştırma’nın, askeri hizmet özelliğindeki hizmetler ve vicdani reddin tanındığı ülkelerde kanunla düzenlenen ulusal hizmet kapsamının dışında kaldığını belirtmişmektedir. Sözleşmenin 8.maddesi, vicdani reddi tanıyor veya onu reddediyor değildir. Dolayısıyla söz konusu iddia, Sözleşmenin zamanla evrimleşen metni ve amacı açısından sadece 18.maddesi ışığında değerlendirilmelidir.

8.3. ...ilgililerin hüküm ve cezası, dinlerini ya da inançlarını açıkça göstermenin kısıtlanmasıyla ilgilidir. Böyle bir kısıtlama m.18/3'de belirtilen, kamu emniyetini, düzenini, sağlığını veya ahlakını ya da diğerlerinin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kanunla izin verilmiş olan sınırlar çerçevesindedir.

64. UNHRC, başvuruların 18.madde kapsamında korunan haklarına yapılan müdahalenin yerinde olmadığını ve söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Bildiriler no. 1321/2004 ve 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 Ocak 2007).

(c) Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu

65. Vicdani retçilerin tutukluluğu hususu, 1991'de UNCHR tarafından kurulan Keyfi Gözaltı Çalışma Grubuna yapılan bireysel şikâyetler kapsamında çeşitli durumlarda değerlendirilmiştir. Yakın zamana kadar Grubun başlıca ilgilendiği husus ne bis idem ilkesini çiğneyen keyfi uygulamalarla (örneğin, bknz, Görüş no. 36/1999 (Türkiye) ve Görüş no. 24/2003 (İsrail)) vicdani retçilerin tekrarlayan hapis ve cezalandırmaları olmuştur. 2008'de Grup bir adım öteye gitmiş ve Türkiye'deki bir vicdani retçinin yargılanmasını, mahkûm edilmesini ve özgürlüğünden yoksun bırakılmasının keyfi olduğu sonucuna varmıştır (bakınız Görüş no. 16/2008 (Türkiye))

2. Amerika ülkeleri İnsan hakları koruma sistemi

66. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 (b) ve 12. maddeleri Avrupa Sözleşmesinin 4/3 (b) ve 9. maddeleriyle benzerlik göstermektedir.

67. 1997 ve 1998'de Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Komisyonu, düzenlemeleri vicdani redçileri askeri hizmetten ya da alternatif hizmetten muaf tutmayan üye Devletleri uyararak hukuk sistemlerini gözden geçirip vicdani red durumunda askeri hizmet muafiyeti öngören uluslararası hukukun ruhuyla uyumlu değişiklikler yapılmasını tavsiye etmiştir.

68. 10 Mart 2005'te Amerikan Ülkeleri Arası Komisyon vicdani redde ilişkin ilk bireysel başvuru hakkında karar vermiştir. Komisyon, 12. maddenin 6/3 (b) maddesiyle ilişkili olarak yorumlanması ve Amerikan Anlaşması kapsamında vicdani reddin sadece tanındığı ülkelerde koruma altına alınış olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, Amerika Ülkeleri Komisyonu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve UNHRC'in 2005 öncesi içtihatlarına istinat etmiştir (bakınız Cristián Daniel Sahli Vera ve Diğerleri/ Şile, Dava 12.219, Rapor no. 43/05, 10 Mart 2005, §§ 95-97). Bu yaklaşım daha sonra, Amerika Ülkeleri Komisyonu tarafından bir başka davada tekrar edilmiştir. (bakınız Alfredo Díaz Bustos v. Bolivia, Dava 14/04, Rapor no. 97/05, 27 Ekim 2005, § 19).

3. İbero-Amerikan Gençlerin Hakları Sözleşmesi (The Ibero-American Convention on Young People's Rights)

69. İbero-Amerikan Gençlik Organizasyonu çerçevesinde, 15-24 yaş arası bireylerin birtakım haklarına ilişkin İbero-Amerikan Gençlerin Hakları Sözleşmesi 10-11 Ekim 2005'te kabul edilmiştir. Sözleşmenin 'vicdani ret hakkı'na ilişkin 12. maddesi şöyledir:

"1. Gençlik, zorunlu askerlik hizmetini vicdani ret etme hakkına sahiptir.

2. Taraf Devletler, bu hakkın kullanımına ilişkin hukuki önlemler almayı ve zorunlu askerlik hizmetinin ortadan kaldırma hususunda ilerlemeler kaydetmeyi üstlenmişlerdir."

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (OSCE) (The Organisation for Security and Cooperation in Europe)

70. OSCE de vicdani red hususunu 1990'da ele almıştır. Katılımcı Devletler, İnsani Boyut Konferansında (Human Dimension Conference) Birleşmiş milletler İnsan Hakları Komisyonunun vicdani red hakkını tanıdığını ve çeşitli alternatif hizmet uygulamalarını hukuk sistemlerinde öngöreceklərini belirtmiştir. OSEC, 2004'te, Din ya da İnanca dair Düzenlemenin Gözden geçirilmesi İlkelerinde (Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief), bu hususa dair uluslararası bir kontrol olmasa da demokratik ülkelerdeki eğilim

askeri hizmete dair ciddi ahlaki ya da dini itirazları olan kişilere alternatif hizmet (askeri olmayan) olanağı sağlamak olduğunu belirtmiştir.

KANUN

I. SÖZLEŞMENİN 9.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

71. Başvuran, orduda hizmeti reddetmeye ilişkin mahkûmiyetinin Sözleşmenin 9.maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

A. Dairenin hükmü

72. 27 Ekim 2007'deki hükmünde öncelikle Avrupa Konseyinin üye Devletlerinin çoğunluğu vicdani retçiler için alternatif hizmet öngören kanunlar kabul ettiğini belirtmiştir. Bununla beraber, Sözleşmenin^[1] 9.maddesi, vicdani reddi tanıma tercihini akit taraflarına bırakan 4/3 (b) maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Böylece, akit taraflarının çoğunluğunun bu hakkı tanıyor olmasından, tanımamış olan ülkelerin Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucu çıkarılamaz. Dolayısıyla bu husus, Sözleşmenin evrimsel yorumu (evolutive interpretation) amacına fayda sağlıyor değildir. Daire, bu şartlarda, madde 9'un askeri hizmeti vicdani gerekçelerle red hakkı öngörmediği ve dolayısıyla başvuranın davasına uygulanabilir olmadığını söylemiştir. Madde 9'un uygulanamazlığı dolayısıyla başvuranın askeri hizmeti reddine ilişkin mahkûmiyet kararı, yetkili makamların Sözleşmedeki yükümlülükleri yerine getirmediği anlamına gelmemektedir sonucuna varılmıştır.

B. Tarafların görüşleri

1. Başvuran

[1] Sözleşmenin 4.maddesinin ilgili kısımları şöyledir: “2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya mecburi çalışmaya tabi tutulamaz. 3. Şu haller “zorla çalıştırma veya mecburi çalışmadan” sayılmazlar:... (b) askeri mahiyette bir hizmet ya da vicdani retçilerin tanıdığı ülkelerde, kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet”

(a) madde 9'un uygulanabilirliği

73. Başvuran, Dairenin, “yaşayan belge” (living instrument) doktrinini uygulamayı reddederek Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun m.4/3 (b)'nin vicdani retçiler için 9.maddenin uygulanabilirliğini hiçbir gerekçe ve açıklama getirmeden sınırladığı yorumunu tebellür ettiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte madde 4/3(b)'nin 9.madde kapsamında vicdani red hakkını dışladığı iddiası, özellikle 2000'den bu yana vicdani reddi tanıyacağını resmi olarak taahhüt eden Ermenistan açısından kullanılamaz . Başvuran, Travaus préparatoires 'a dayanarak m.4/3 (b)'nin hiçbir zaman madde 9'la bağlantılı olarak yorumlanamayacağını iddia etmiştir. Onun tek amacı madde 4/2'de güvence altına alınan hakkı sınırlamak olup vicdani reddi tanıyıp ya da dışlar bir nitelik arz etmemektedir. Madde 4/3 (b) Sözleşmenin diğer hükümlerine uygulanabilir nitelikte olmayıp onu madde 9'a uygulamak için de herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Eğer 9.madde vicdani retçilere hiçbir zaman uygulanmayacağı anlamına gelseydi, böyle bir sınırlama Sözleşme taslağını hazırlayanlar tarafından kolayca metine dâhil edilebilirdi. Bu sebepten ötürü, Mahkeme, madde 9'u vicdani retçilere uygulayarak en başta Sözleşmede bulunmayan bir hakkı Sözleşmeden yatarmış sayılmaz.

74. Başvurana göre, neredeyse tüm Avrupa Konseyi Üye Devletlerince vicdani red hakkının giderek tanınması hesaba katılırsa, bugünün koşulları, madde 9'un bu hakkı tanımayı desteklediğini söyleyebiliriz. Bu görüşbirliği Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği organlarının görüşlerinde de yansıtılmıştır. Kaldı ki, vicdani red hakkını tanıma Avrupa Konseyine katılmak isteyen yeni bir üye Devlet için ön-koşul haline gelmiştir. Ayrıca, Daire, konuyla ilgili olarak UNHRC'in ICCPR'nin eş hükümlerine dair yorumlarını da kapsayan Birleşmiş Milletler organlarındaki önemli gelişmeleri gözardı etmiş bulunmaktadır. Mahkemenin bu husustaki görüşünü netleştirmek gerekmektedir, zira madde 9'u vicdani redde uygulamayı reddeden Mahkeme değil, her zaman Komisyon olmuştur. Ayrıca, Dairenin, Sözleşmenin konusuna ve amacına aykırı olan Komisyon görüşüne atıfta bulunması yerinde olmadığı gibi, vicdani red hakkının tanınması lehine bir gelişmenin Komisyon görüşünde bile bulunması anlamında doğru da değildir. Başvuran son olarak konunun kendi davasından öteye gidip benzer durumdaki Avrupa Konseyindeki yüzlerce ve dünyanın diğer yerlerindeki binlerce genç adamı etkileyen sonuçları doğurduğunu ileri sürmüştür.

(b) Madde 9'a uygunluk

75. Başvuran, mahkûmiyetinin dini inancını açıklamak hakkına müdahale niteliğinde olduğunu ileri sürdü. Bu müdahale kanun tarafından öngörülmüş değildir; zira bu mahkûmiyet, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine girerken verdiği hukuken bağlayıcı taahhüdü, yani hapis cezasına çarptırılmış vicdani retçileri affedecekleri hususunu ihlal niteliğindedir. Uluslararası bu taahhüt Ermenistan'ın

iç hukukunun bir parçası haline gelmiş olmaktadır ve bundan sonra askeri hizmeti yerine getirmeyi reddeden tüm vicdani retçiler bu zorunluluktan muaf tutulma hakkına ve alternatif hizmet olanağına sahip olacaktır. Sonuç olarak, iç hukuk Ermenistan'ın hukuken bağlı olduğu uluslararası taahhütlerle uyumlu olmadığından yeteri kadar kesin olmamaktadır.

76. Başvuran ayrıca, müdahelenin kanunda öngörülmemiş olduğunu, çünkü 1993'te ICCPR'nin bir tarafı haline gelen Ermenistan'ın 18.maddeye ve Vicdan ve Din Örgütleri Özgürlüğü Kanununda öngörülen UNHRC'nin müteakip içtihatlarına uymadığını ileri sürmüştür (bakınız yukarıdaki 44.paragraf)

77. Ayrıca başvuran, müdahelenin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını iddia etmiştir. Öncelikle, kendisini komşularıyla barış içinde yaşamaya adanmış ve temiz bir sicile sahip olan bir vicdani retçi olarak hapsedilmiş ve sanki tehlikeli bir suçluymuşçasına, demokratik bir toplumda tamamen gereksiz olacak bir şekilde müdahale görmüştür. Özellikle usandırıcı bir arama aşamasına muhatap olmuş, daha sonra tutuklanarak tek bir yatağın bile bulunmadığı ve çeşitli suçlardan gözaltına alınmış diğer 6 kişiyle aynı hücreye kapatılmış ve gardiyanlar tarafından sözlü taciz ve hakarete uğramıştır. İkinci husus temel bir hakkı olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını kullanırken tamamen orantısız bir cezanın muhatabı olmuştur. Üçüncü husus ise, Ermeni yetkililerin benzer durumdaki diğer kişileri affetmiş olmasından ötürü hapis cezası gerekli değildir. Son olarak ülkenin askeri koruması onun gibi insanlar cezalandırılmazsa bozulacak ya da zayıflayacak değildir. Özellikle, Ermenistan 2007'de 125,000 tane aktif ve 551,000 tane potansiyel askere sahiptir ancak sadece 41 tane Yehova Şahidi tutuklanmıştır. Daha da ötesi, 2002'den beri diğer dinlere bağlı sadece 3 kişi vicdani retçi olmaya karar vermiştir. Bu cuzi rakamlar Ermenistan'ın askeri kapasitesi üzerinde olumsuz etki yaratmaktan uzaktır.

2. Devlet

(a) Madde 9'un uygulanabilirliği

78. Devlet, Sözleşme ve Ermeni Anayasasında öngörülen hakların, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını da kapsamak üzere, ayırım gözetmeden herkese eşitçe uygulandığını belirtmiştir. Bir Ermeni vatandaşı olan başvuran, Anayasa uyarınca, dini akidelerinden bağımsız olarak mecburi askeri hizmetini yerine getirmek zorunda olup bu zorunluluk haklara müdahale olarak kabul edilemez. Kanun, Yehova Şahitlerinin askeri hizmetten muaf tutulmalarını öngören bir uygulama içermemektedir. Bu sebeple, kanunca öngörülmemiş olan bir şekilde mecburi askeri hizmetten muaf tutulmak eşitlik ve ayrımcılık gözetmeme ilkelerini ihlal sayılacaktır.

79. Devlet, Sözleşmenin "yaşayan belge" olduğu hususuna katılmaktadır. Ancak 9.maddenin mevcut olaya uygulanıp uygulanmayacağı hususu söz konusu

zamanda geçerli olan Sözleşme yorumları kapsamında ele alınmalıdır. Başvuran, 2001-2001 yılları arasında mahkum edilmiş olup, mahkumiyeti uluslararası topluluğun yaklaşımına uygun olmakta ve Komisyon ve Mahkeme tarafından yorumlanan Sözleşme uyarınca meşru ve hukuki kabul edilmektedir. Özellikle Komisyon bu konudaki son kararlar olan Peters / Hollanda (no. 22793/93, 30 Kasım 1994 Komisyon kararı) ve Heudens / Belgium (no. 24630/94, 22 Mayıs 1995 Komisyon kararı) davalarında, 9.maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü haklarının mecburi askeri hizmetten dini ya da siyasi gerekçelerle muafiyeti kapsamadığını belirtmiştir. Mahkeme, incelemeye gerek görmediği madde 9'un uygulanabilirliğini daha yeni kararlarında bile tanımamıştır (örneğin, Thlimmenos / Yunanistan [GC], no. 34369/97, § 43, ECHR 2000-IV, ve Ülke/Türkiye no. 39437/98, §§ 53-54, 24 Ocak 2006). Dolayısıyla Ermeni yetkililer, Sözleşmeye uyumlu olarak hareket etmişlerdir. Bu konuda oluşturulmuş içtihatla 9.maddenin yeni bir yorum olanağı Mahkemece öngörülmemiş ve sonuç olarak olası "yeni yaklaşım"la uygun olarak önlemler alınmamıştır.

80. Hükümet, Avrupa Konseyinin çoğunluktaki üye Devletlerinin vicdani retçiler için alternatif hizmet çeşitleri öngören kanunlar çıkardığını kabul etmektedir. Ancak, vicdani reddi tanıma tercihini açıkça akit taraflarına bırakan madde 4/3 (b) hükmünün dikkate alınmayıp, çoğunluk akit tarafının bu hakkı tanımış olmasının tanımayan akit taraflarca Sözleşmenin ihlal edildiği anlamı çıkarılamaz. Özetle, madde 4/3 (b) ışığında yorumlanan madde 9, vicdani gerekçelerle askeri hizmeti reddetme hakkı sağlamamakta ve başvuranın madde 9'la garanti altına alınan haklarına ihlal söz konusu olmamaktadır.

81. Devlet ayrıca, Ermenistan'da Yehova Şahitlerini de içeren 60 tane kayıtlı dini organizasyon, 9 tane dini organizasyon kolu ve 1 tane şubelik bulunduğunu söylemiştir. Dolayısıyla eğer bunlardan her biri askeri hizmetin dini akidelerine karşı olduğu konusunda ısrar ederse sadece Yehova Şahitleri üyelerinin değil, diğer dini organizasyonların da kendi ülkelerini savunma ödevini reddetme durumları ortaya çıkabilecektir. Bunun da ötesinde, Yehova Şahitleri üyeleri ya da diğer dini organizasyonlar, vergi ödemeleri ve ödevlerinin dini akidelerine karşı olduğunu aynı şekilde ileri sürebilecek ve Devlet 9.maddeyi ihlal sayılır gerekçesiyle onları mahkum edemeyecektir. Böyle bir yaklaşım, Devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için bir kimsenin herhangi bir dini organizasyona üye olması ihtimali durumunda kabul edilemezdir.

82. Devlet son olarak, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine kabul edilmek için taahhüt ettiği yükümlülükler kapsamında 17 Aralık 2003'te Alternatif Hizmet Kanunu çıkardığının altını çizmiştir. Böylelikle, yetkililer, anayasal yükümlülükleri alternatif bir hizmet aracılığıyla yerine getirmek suretiyle askeri hizmetten muafiyeti kabul etmiştir. Yani şu an için, vicdani retçiler alternatif hizmeti de reddettiler takdirde mahkum edilmektedir. Devlet, başvuranı, hükmedilen

cezayı yerine getirmesinden muaf tutarak hapis cezasına mahkûm edilmiş tüm vicdani retçileri affetmek yükümlülüğüne uygun davrandıklarını iddia etmiştir. Özellikle 2 yıl 6 ay hapse mahkûm edildikten sonra başvuran Temyiz Mahkemesinin kararından 6 ay sonra serbest bırakılmıştır.

(b) 9.maddeye uyma

83. Devlet, başvuranın madde 9'daki haklarına müdahale edilmiş olsa bile bunun haklı olduğunu ileri sürmüştür. İlk olarak, müdahale kanun tarafından öngörülmüş olmaktadır. Özellikle, fiziksel yeterliliğe sahip 18-27 yaş arası her Ermeni vatandaşının dini akidelerini gözetmeksizin Ermeni ordusuna hizmet ödevi Anayasanın 47.maddesi ve Askeri Sorumluluk Kanununun 3.ve 11.Kısımlarında belirtilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Ceza Kanunu uyarınca, askerlik hizmetinden kaçmak cezalandırılmaktadır. Bu hukuki hükümlerin her ikisi de erişilebilir ve yeterince nettir. Bunun da ötesinde vicdani red hakkı söz konusu zamanda Ermeni hukuku tarafından tanınmamaktaydı.

84. İkinci olarak, müdahale, demokratik bir toplumda gereklidir. Anayasa ve kanunlardaki yükümlülüklerin ve hak ve özgürlüklerin her vatandaş için ayırım gözetmeksizin uygulanması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Dolayısıyla, yetkililer yukarıda bahsettiğimiz 60'tan fazla dini organizasyona o zamanki hukukun dini inançları doğrultusunda yorumlanması ve uygulaması için izin verseydi eğer kamu düzeni açısından ciddi sonuçlarla karşılaşılabilirdi. Bu şartlarda yetkililerin en önemli görevleri Sözleşmeye müdahale anlamına gelmeyecek şekilde, her Ermeni vatandaşa, dinlerini gözetmeksizin, kanunları eşit uygulamaktır.

3. Üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılanlar

(a) Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi Örgütü, Dostlar Dünya Danışma Komitesi (Quakers), Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Uluslararası Savaş Karşıtları'nın ortak görüşleri

85. Üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılan örgütler, vicdani reddin uluslararası ve bölgesel düzeyde tanınması için genel bir farkındalık yaratmışlardır. Uluslararası düzeyde, UNHRC'ın yargılamalarındaki ve ICCPR'nin eş hükümlerinin yorumlanmasındaki gelişmelere, bilhassa 22.no'lu Genel Yorum ve Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi davasına (bkz yukarıda 62-64.paragraflar) odaklanmışlardır. Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ve Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu gibi Birleşmiş Milletler organları nezdindeki gelişmelere de atıfta bulunmuşlardır.

86. Bölgesel düzeyde, katılan örgütler, vicdani reddin biran önce tanınması ve daha kapsamlı korunmasına dair tavsiye kararları gibi Avrupa Konseyi organlarındaki gelişmelere atıfta bulunmuşlardır. Ayrıca vicdani red hakkının, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 10.maddesi ve Genç İnsanların Hakları Ibero-Amerikan Sözleşmesinin 12.maddesinde açıkça tanıdığına dikkat

çekmişlerdir. Son olarak 2005'te Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Komisyonu, bir başvuran ve Bolivya Devleti arasında dostça çözüm sağlamada, vicdani red hakkının evrimci doğasını (evolving nature) tanımış ve UNHRC'in 22 no'lu genel tavsiyesine açıkça atıfta bulunmuştur (bknz yukarıda 68.paragraf).

87. Katılan örgütler ayrıca Sözleşmenin 9/2. maddesinin bir kimsenin dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü ulusal güvenlik gerekçesiyle kısıtlamaya olanak tanımadığını belirtmiştir. Yukarıda bahsi geçen Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi davasında UNHRC'in başvuranın ICCPR'nin 18.maddesindeki haklarına müdahale olduğunu belirtmiş ve bu müdahaleyi gerekli bulunmayıp söz konusu hükmün ihlaliyle sonuçlandığını belirttiğinin altı çizilmiştir.

88. Katılan örgütler, Avrupa Konseyine üye Devletlerin vicdani red hakkını tanımaları ve UNHRC'in yukarıdaki tespitleri dikkate alındığında bir Devletin askeri hizmeti vicdani red hususuna dair bir düzenleme yapmamasının 9/2. madde kapsamında haksız bir müdahale sayılacağını ileri sürmüştür. Son olarak, Tsirlis and Kouloumpas / Yunanistan (29 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III) ve Thlimmenos davalarındaki karşı oy görüşlerine dayanarak Komisyonun bile görüşlerinin zamanla geliştiğinin altı çizilmiştir. Tüm bu yukarıdakiler, madde 9 kapsamında vicdani red hakkının korunmasını desteklemektedir.

(b) Avrupa Hristiyan Yehova Şahitleri Birliği

89. Katılan örgütler, Yehova Şahitlerinin ellerine silah almayı reddetmeyi de içeren yüksek ahlaki değerlere adanmış olan Hristiyan sınıfları olduğunu belirtmişlerdir. Aslında, askeri yetkililer kanalıyla idare edilen ya da askeri faaliyetlere yardımcı içeren öz değerlerini ihlal etmeyen herhangi bir alternatif ulusal hizmeti kabul edeceklerdir. Yehova Şahitleri, özellikle savaş zamanında, askeri hizmeti vicdanen reddetmeleri dolayısıyla geçmişten bu yana çeşitli cezaların muhatabı olmuşlardır. Ancak birçok Avrupa ülkesindeki savaş sonrası gelişmeler, alternatif hizmetin giderek tanınması ve mecburi ulusal hizmetin nihayetinde ortadan kalkması sonucunu doğurmuştur.

90. Katılan örgütler ayrıca, Ermenistan'da askeri kontrolden bağımsız gerçek bir alternatif sivil hizmet olanağının söz konusu olmadığını ve genç Yehova Şahitlerinin bu tür hizmetleri vicdanen red etmeye devam edip mahkûm edilmeyi göze aldıklarını belirtmiştir. 2001 ve 2010 yılları arasında 273 insan mahkûm edilmiş ve şu anda 72 insan 24 aydan 36 aya kadar cezalarını çekmektedirler. Bu insanlar ayrıca işsizlik, banka hesabı açtırmamama ve hatta evlilik gibi hususlarda diğer türlü tacizlere mağdur kalmışlardır.

91. Sonuç olarak, katılan örgütler, Büyük Daireyi yaşayan belge doktrinini uygulamaya davet ederek içtihatları günümüz koşullarına uyarlamalarını istemişlerdir. Üye Devletlerin önceki kararlarındaki konuyla ilgili görüşlerin artık

savunulabilir olmadığını ve 9.maddedeki hakları ihlal etmeyen ulusal hizmet verme olanaklarının üye Devletlerce öngörülebildiğini belirtmişlerdir.

C. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

1. Madde 9'un uygulanabilirliği

92. Başvuran ve üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılanlar Komisyonun içtihatlarının eskimiş olduğunu ve günümüze uygun yorumlanması gerektiğini söyleseler de Devlet, madde 9'un içtihatlar ışığında başvuranın davasına uygulanabilir olduğu hususuna itiraz etmiştir.

(a) İlgili içtihatın özeti

93. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun en son görüşünü belirttiği bir Yehova Şahidinin sadece askeri hizmetten değil, sivil hizmetten de muaf tutulduğu Grandrath/Almanya Federal Cumhuriyeti davasını incelemiştir (no. 2299/64, Komisyon raporu 12 Aralık 1966, yıllık, sy. 10, s. 626). Söz konusu davada, yetkililer, ilgili kişiyi vicdanına ve dinine aykırı bir hizmete zorlamış ve bu hizmeti reddetmesinden ötürü cezalandırıp 9.maddeyi ihlal ettiklerini iddiasıyla karşı karşıya gelmişlerdir. Komisyon, öncelikle, 9.maddenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü genel olarak koruma altına alırken Sözleşmenin 4.maddesinin vicdani red konusundaki askeri hizmet anlamında mecburi hizmet hususunu ele aldığını belirtmiştir. 4.madde, askeri hizmeti vicdani retçiler için sivil hizmet olarak yerine getirilebileceğini açıkça öngörmüş olması karşısında Sözleşme uyarınca, vicdani retçilere bu hizmetten muafiyet sağlandığı söylenemez. Komisyon, 9.maddede geçen "vicdan ve din özgürlüğü" teriminin yorumuna dair herhangi bir sorunu incelemeyi gereksiz bulmuş ve söz konusu hükmün ayrı olarak ele alınıp ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

94. Benzer şekilde, X. /Avusturya (no. 5591/72, Komisyon kararı 2 Nisan 1973, Koleksiyon 43, s. 161) davasında Komisyon 9.maddeyi yorumlarken, madde 4/3 (b)'yi göz önünde bulundurarak zorla çalıştırma ya da mecburi çalışmanın "askeri mahiyette bir hizmet ya da vicdani retçilerin tanındığı ülkelerde bu kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet"i kapsamadığını belirtmiştir. Madde 4/3 (b)'ye "tanınan ülkelerde" ibaresinin eklenmesiyle birlikte vicdani reddi tanıyıp tanımama ya da tanınmışsa yerine bir hizmet öngörüp öngörmeme tercihi Yüksek Akit Taraflarına bırakılmıştır. Bu sebeple Komisyon, madde4/3 (b) ile sınırlanan 9.maddenin Devletlere vicdani reddi tanıma ve buna bağlı olarak mecburi askeri hizmeti etkilediği sürece vicdan ve din özgürlüklerini gerçekleştirmek adına anlaşmalar yapma zorunluluğu getirmediğini söylemiştir. Bu sebeple, söz konusu maddeler vicdani reddi tanımayan bir Devleti askeri hizmeti yerine getirmeyenleri cezalandırmaktan alıkoymamaktadır.

95. Bu yaklaşım, Komisyonun başvuranın sivil hizmeti yerine getirmeyi vicdani reddini içeren X./Almanya Federal Cumhuriyeti davasında onaylanmıştır(no. 7705/76, 5 Temmuz 1977 Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (DR) 9, p. 196). Vicdani retçiler/ Danimarka davasında (no. 7565/76, Komisyon kararı 7 Mart 1977, DR 9, p. 117). Komisyon, vicdani reddin Sözleşme kapsamında garanti altına alınan hak ve özgürlüklerden olmadığını yinelemiştir. A/İsviçre davasında (no. 10640/83, Komisyon kararı 9 Mayıs 1984, DR 38, p. 219) Komisyon, görüşünü tekrar etmiş ve başvuranın askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle cezalandırılmasının ya da bunun ertelenmemesinin 9.maddeyi ihlal teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

96. Sözleşmenin, vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almadığını saptaması, çeşitli Komisyon görüşlerinde belirtilmiştir (bakınız N. / İsveç, no. 10410/83, 11 Ekim 1984 Komisyon kararı, DR 40, p. 203; ayrıca bakınız, mutatis mutandis, Autio v. Finland, no. 17086/90, 6 Aralık 1991 Komisyon kararı, DR 72, p. 245; Peters, yukarıda belirtildi ve Heudens, yukarıda belirtildi. Bu davalarda yine de Komisyon, yukarıdaki ilkelere karşı durumun, 9.madde kapsamına uygun olduğunu ve başvuranın ayrımcılık iddialarının Sözleşmenin 14.maddesi altında incelenebilir olduğunu kabul etmiştir.

97. Vicdani retçilerin mahkûmiyetine dair iki husus Mahkeme önüne getirilmiştir. Ancak her iki davada da Mahkeme, 9.maddenin kabul edilebilirliğini inceleme gereği duymamış ve konuyu Sözleşmenin 14.maddesi ve 3.maddesi kapsamında ele almayı uygun görmüştür. (bakınız Thlimmenos, yukarıda 43. ve 53.paragraf, ve Ülke, yukarıda, 53-54 ve 63-64 paragraflar).

(b) İçtihatla bir değişime ihtiyaç olup olmadığı

98. Mahkeme, hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ve kanun önünde eşitlik adına iyi bir gerekçe olmadan önceki davalarda oluşturulmuş içtihatlardan ayrılmamalıdır (bakınız Vilho Eskelinen ve Diğerleri / Finlandiya [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007-IV, ve Micallef / Malta [GC], no. 17056/06, § 81, ECHR 2009-...).. Mahkemenin devimsel ve evrimsel yaklaşımı sürdürmekteki bir başarısızlığı, iyileştirme ya da gelişimi riske atacaktır. Sözleşmenin, hakları teorik ve boş değil; etkili ve kullanılabilir şekilde yorumlanıp uygulanması çok önemlidir. (bknz Stafford / Birleşik Krallık [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV, ve Christine Goodwin / Birleşik Krallık [GC], no. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI).

99. Mahkeme, maddeyi ilgili insanlara uygulamayı reddeden Komisyon'dan farklı olarak, bu davadan önce hiçbir zaman madde 9'un vicdani redde uygulanabilir olduğu hususunu ele almamış olduğunu belirtmektedir. Komisyon, o şekilde davranarak, madde 9 ve madde 4 arasında bağlantı kurmuş olup sonuncusunun vicdani red hakkını tanımayı akit taraflarına bıraktığını belirtmiştir. Sonuç olarak vicdani retçiler, orduda hizmeti redde ilişkin kovuşturmadan

muafiyet sağladığı şeklinde yorumlanamayacak olan madde 9'un koruma kapsamına alınmamıştır.

100. Ancak mahkeme, madde 4/3 (b)'nin bu yorumunun ilgili hükmün gerçek anlamını ve amacını ortaya koyduğu hususunda ikna olmuş değildir. Madde 4/3 (b)'nin, madde 4/2'de yasaklanmış olan zorla çalışma ve zorunlu çalıştırma kapsamından, "Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet"i ayırdığının altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, bu bağlamda, madde 4'teki 23. paragrafı şöyle olan Travaux préparatoire'a dikkat çekmiştir: "Alt paragraf [(b)]'deki vicdani redde ilişkin şart, kanunla düzenlenen herhangi bir askeri hizmetin zorla ya da zorunlu çalışma kapsamında sayılmayacağını belirtmeye çalışmaktadır. Vicdani red kavramı birçok ülkede tanınmadığından, "vicdani reddin tanındığı ülkeler" ibaresi eklenmiştir. Mahkemenin görüşüne göre, Travaux préparatoires madde 4/3'ün alt paragrafı (b)'nin tek amacı "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" kavramını biraz daha aydınlatmaktır." Aslında vicdani red hakkını ne tanımakta ne de dışlamakta olup bu yüzden madde 9'da garanti altına alınan hakları sınırlandırıcı nitelik teşkil etmemektedir.

101. Aynı zamanda, mahkeme, Komisyon tarafından uygulanan madde 9'un sınırlandırıcı yorumlarının söz konusu zamanların hâkim düşüncelerini yansıttığının bilincindedir. Komisyonun 9.madde kapsamından vicdani reddi ilk defa ayrı tuttuğu Grandrath v. the Federal Republic of Germany and X. v. Austria davalarından bu yana geçen zamanı gözönünde tutmaktadır. Her ne kadar söz konusu gerekçe daha sonra Komisyonun çeşitli görüşlerinde onaylanmış olsa da etkili olan en son kararı çok uzun süre önce, 1995'te verilmiştir. Arada, Avrupa Konseyi üye Devletlerinin iç hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzeyde önemli gelişmeler yaşanmıştır.

102. Mahkeme, Sözleşmenin yaşayan belge olduğunu ve bugünün koşulları ve demokratik Devlet'lerdeki hâkim görüşlere uygun yorumlanması gerektiği hususunu yinelemiştir. (Tyrer / Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978, § 31, Series A no. 26; Kress / Fransa [GC], no. 39594/98, § 70, ECHR 2001-VI; ve Christine Goodwin, yukarıda 75.paragrafta). Her şeyden önce, Mahkeme, insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğundan, akit Devletlerdeki değişen koşulları gözönünde bulundurarak yeni standartları elde etmek için görüş birliğine erişmelidir. Bunun da ötesinde, Mahkeme, Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlarken, Sözleşme dışındaki uluslararası hukuku ve yetkili organların yorumlarını da dikkate alabilir ve almalıdır. Sözleşme hükümlerini yorumlayan Mahkeme, uluslararası araçlarda görüş birliği sağlanmış olan hususları bazı davalarda göz önünde bulundurabilir. (bakınız Demir ve Baykar/. Türkiye [GC], no. 34503/97, § 85, 12 Kasım 2008).

103. Mahkeme, 1980'lerin sonu ve 1990'larda, Avrupa Konseyinin mevcut devletleri arasında ve örgüte daha sonra katılan Avrupa ülkelerinde vicdani red hakkını tanımaya dair açık bir eğilim söz konusu olduğunu belirtmiştir. Komisyonun, konuyla ilgili son kararından bu yana 19 tane Devletten vicdani red hakkını henüz kabul etmemiş olan Devletlerin hepsinde böyle bir hak iç hukuk sistemlerine zamanla girmiştir. Bu sebeple, 2002-2003'te, 9.madde kapsamında iddia edilen müdahale gerçekleştiğinde, sadece diğer dört üye Devlet, Ermenistan'a ek olarak, vicdani redçi statüsünü öngörmemekte olup, her ne kadar bunlardan üç tanesi bu hakkı anayasalarına çoktan almış bulunsalar da uygulama hükümlerini henüz çıkarmamışlardır (bknz yukarıda 48.paragraf). Bu nedenle, söz konusu zamanda tüm Avrupa Konseyi üye Devletleri arasında neredeyse bir görüşbirliği sağlanmış ve büyük çoğunluğun kanunlarında zaten vicdani red hakkı tanınıp uygulanmaktaydı.

104. Bunun da ötesinde, Mahkeme, mevcut vakayı müteakip iki üye Devletin daha vicdani red hakkını tamamen uygulayan kanunlar çıkarmış olmasını dolayısıyla sadece Azerbeycan ve Türkiye'nin bu hakkı tanımayan devletler olarak kalmış bulunmasını belirtmektedir. Bunun da ötesinde, Mahkeme, Ermenistan'ın da, başvuranın hapisten tahliyesinden hemen sonra ve mevcut başvurunun başında, tanımayı gerçekleştirmiş bulunduğu altını çizmiştir.

105. Mahkeme ayrıca, vicdani ret hakkının tanınması ile ilgili çeşitli uluslararası platformlarda eşit derecede önemli gelişmelere işaret etmiştir. En önemlileri UNHRC'nin Sözleşmenin ilgili hükümlerine (m.4 ve m.9) benzeyen ICCPR (madde 8 ve 18) hükümlerini yorumlamasıdır. Başlangıçta UNHRC, ICCPR 18 inci maddesi kapsamında vicdani ret hakkını hariç tutmak suretiyle, Avrupa Komisyonu ile aynı yaklaşım benimsenmiştir. Ancak, 1993'te, 22.Genel Yorumunda, en baştaki görüşünü değiştirmiş, ve öldürücü güç kullanma zorunluluğunun vicdan özgürlüğü ve dini ya da inancı açıklama özgürlüğüyle çatışmakta ise, vicdani red hakkının ICCPR'nin 18.maddesinden çıkarılabileceğini söylemiştir. 2006'da UNHRC, vicdani redde ilişkin, Güney Koreye karşı iki davada, açıkça ICCPR'nin 8.maddesini uygulamayı reddetmiş ve başvuruların vicdani gerekçelerle orduda hizmet vermeyi reddetmelerini söz konusu maddenin ihlali olarak tespit etmiştir.

106. Avrupa'da, 2000'de ilan edilip 2009 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Hakları Bildirgesinden bahsedilmelidir. Bildirgenin 10.maddesinin ilk paragrafı Sözleşmenin 9/1.maddesini tam olarak yinelese de ikinci paragrafı açıkça "vicdani red hakkı, bu hakkı düzenleyen ulusal kanunlarca tanınır" demektedir (bakınız yukarıda 57.paragraf). Bu açık ifade, (bakınız, mutatis mutandis, Christine Goodwin, yukarıda 100.paragraf ve Scoppola, 105.paragraf) Avrupa Birliği üye Devletleri yanı sıra modern Avrupa devletleri arasında vicdani reddin tanınmasında görüşbirliğini yansıtmaktadır.

107. Avrupa Konseyinde, PACE ve de Bakanlar Komitesi de birkaç defa, henüz vicdani reddi tanımamış olan devletleri bu hakkı tanımaya davet etmiştir (bakınız yukarıda 51-55.paragraflar). Daha da ötesi, vicdani ret hakkını tanıma organizasyona yeni üye Devlet alımında ön koşul haline gelmiştir (bknz, örnek olarak, yukarıdaki 50.paragrafa). 2001'de PACE, daha önce yaptığı çağrılarını yineleyerek, vicdani reddin, Sözleşmede öngörülmüş olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının temel bir uzantısı olduğunu belirtmiştir. 2010'da Bakanlar Kurulu, UNHRC'nin içtihatlarındaki gelişmelere ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin hükümlerine dayanarak Sözleşmenin 9.maddesiyle sağlanan vicdan ve din özgürlüğü kavramının yorumunu onaylamış ve üye Devletlere vicdani red statüsünü tanımayı tavsiye etmiştir. (bakınız yukarıda 55.paragraf)

108. Mahkeme, Komisyonun Grandrath / Almanya Federal Cumhuriyeti ve izleyen kararlarından bu yana Avrupa Konseyi üye Devletlerinin büyük çoğunluğunun iç hukuklarının ilgili uluslararası araçlar doğrultusunda bir gelişme gösterdiği dolayısıyla söz konusu zamanda genel konuyla ilgili bir görüşbirliğinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu gelişmeler ışığında, 2002-2003Te meydana gelen olaylara ilişkin madde 9'un yorumundaki değişimin öngörülebilir olduğu söylenemez. Daha da ötesi, Ermenistan'ın ICCPR'ye taraf olduğu ve Avrupa Konseyine katılırken vicdani red hakkını tanıyan bir kanunu çıkarmaya zorunlu olduğunu davada göz önünde tutmalıyız.

109. Yukarıda bahsedilenler ışığında ve 'yaşayan belge' yaklaşımı çizgisinde, Mahkeme, Komisyon tarafından oluşturulmuş olan içtihatın onaylanmasının mümkün olmadığını ve madde 9'un artık madde 4/3 (b) ile bağlantılı yorumlanamayacağı söylemektedir. Sonuç olarak, başvuranın şikayeti sadece madde 9 altında değerlendirilmelidir.

110. Bu doğrultuda, Mahkeme, madde 9'un açıkça vicdani red hakkından bahsetmediğini belirtmektedir. Ancak, askeri hizmete karşı çıkmak, orduya hizmet etmek ile bir kimsenin vicdani veya gerçekten derinden sahip olduğu dini ya da diğer inançları başa çıkılmaz ciddi bir çatışma halindeyse, madde 9'a başvurulmasında yeterli inandırıcılık, ciddiyet, uyum ve önem oluşmuştur(bakınız, mutatis mutandis, Campbell and Cosans / Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982, § 36, Series A no. 48, ve, karşı olarak, Pretty / Birleşik Krallık, no. 2346/02, § 82, ECHR 2002-III). Askeri hizmeti reddin ne sınıra kadar söz konusu madde kapsamına gireceği hususu somut davanın koşulları gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

111. Somut davadaki başvuran, silahsız olsa bile askeri hizmetlere karşı olan dini bir grubun, Yehova Şahidlerinin üyesidir. Dolayısıyla, Mahkemenin, başvuranın gerçekten sahip olduğu dini inançlarıyla askeri hizmetin başa çıkılmaz ve ciddi çatışması gerekçesiyle askeri hizmeti reddettiği hususunda ikna olmuştur.

Bu anlamda, Devlet'in iddiasına karşı olarak (bknz yukarıda 81.paragraf), başvuranın durumunun genel vergi mecburiyeti gibi vicdani gerekçeler olmayan diğer durumlardan (bknz C. / Birleşik Krallık, no. 10358/83, Komisyon kararı 15 Aralık 1983, DR 37, p. 142) ayırt edilmesi gerekmektedir.

2. Madde 9'a uygunluk

(a) Müdahale olup olmadığı

112. Mahkeme, başvuranın askeri hizmet görevine başlamamasını dini inancını açıkça göstermek olarak kabul etmektedir. Askerlikten kaçma mahkûmiyetinin madde 9/1'de garanti altına alınan dini açıklama özgürlüğüne bir müdahaledir. Böyle bir müdahale, paragraph 2'de belirtilen meşru amaçlardan biri ya da daha fazlasıyla bağdaşmadığı ve demokratik toplum gereği olmadığı sürece ve kanunla öngörülmemişse eğer madde 9'a karşı olacaktır.(bakınız, Buscarini ve Diğerleri/ San Marino [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

(b) Müdahelenin haklı olup olmadığı

(i) Prescribed by law Kanunen öngörülen

113. Mahkeme, "kanun tarafından öngörülmüş" ibaresinin öncelikle içhukukta bir temele sahip olması gerektiğini yerleşik içtihatlarıyla yinelemiştir. Ayrıca söz konusu kanunun, ilgili bireylerin erişiminde kolay olması, uygulanacak kadar kesin, öngörülebilir ve makul bir dereceye kadar davranışları düzenlemeye yeterli olması da gerekmektedir (bakınız, Gorzelik ve Diğerleri/ Polonya [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I).

114. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin, askerlikten kaçmayı cezalandıran Ceza Kanununun 75.maddesi hükmünce verildiğini dikkate almaktadır. Ayrıca, başvuranın mahkum edilmesi zamanında alternatif hizmete dair bir kanun bulunmadığının ve gerek Ermenistan Anayasasının gerekse Askeri Sorumluluk Kanununun 18-27 yaş arası fiziki yeterliliğe sahip tüm erkeklerin askeri hizmette bulunmasını öngördüğünü de dikkate almaktadır. Mahkeme, erişimleri tartışmasız olan bu hükümlerin yeterince açık bir şekilde ifade edildiğini düşünmektedir.

115. Yukarıdaki iç hukuk hükümleri ve Ermenistan yetkililerinin Avrupa Konseyine katılırken üç yıl içinde alternatif hizmete dair kanun çıkaracakları ve bu arada hapis cezasına çarptırılmış olan vicdani retçileri affedip kanun yürürlüğe girdiğinde onların alternatif hizmet gerçekleştirmesine izin verecekleri taahhütü arasında bir tutarsızlık olacağı doğrudur (bakınız yukarıda 50.paragraf). Ancak Mahkeme, iç hukuk ve Ermenistan'ın uluslararası taahhütü arasındaki bu açık tutarsızlığı çözüme kavuşturmayı gerekli bulmamaktadır. Mevcut bağlamda, yetkililerin ICCPR hükümlerine karşı hareket etmiş olmaları hususunda karar vermeyi de gerekli görmemektedir. (bknz yukarıda 59.paragraf)

116. Bu nedenle, somut davanın amacı ve müdahelenin gerekliliği hususundaki bulguların ışığında (bakınız yukarıda 124-128 paragraflar)Mahkeme,

müdahelenin kanunda öngörülmüş olup olmadığı sorusunu açık bırakmayı tercih etmektedir.

(ii) Meşru amaç

117. Devlet, kamu düzeni ve dolaylı olarak diğerlerinin haklarını koruma gerekliliğine başvurmuştur. Ancak Mahkeme, Devlet'in bu gerekçeleri ileri sürmesini davanın koşulları, özellikle başvuranın mahkûmiyeti esnasında Ermenistan yetkililerinin alternatif sivil hizmeti tanıma zorunluluğu ve dolaylı olarak, yeni vicdani retçileri mahkumiyetten kurtarma zorunluluğu olduğu hesaba katıldığında ikna edici bulmamaktadır (bakınız aşağıda 127. paragraph). Bu rağmen, Devlet'in ileri sürdüğü amaçların madde 9/2 anlamında meşru olup olmadığı hakkında kesin bir karar vermeyi gerekli görmemektedir. Zira meşru oldukları kabul edilse bile müdahale, aşağıda bahsedilen sebeplerden ötürü uygunsuzdur.

(iii) demokratik bir toplumda gereklilik

118. Mahkeme, madde 9'da belirtildiği üzere düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmenin anlamı içerisinde, 'demokratik toplum'un temellerinden biri olduğunu yinelemiştir. Bu özgürlük, dini açıdan, inananların kimliklerini ve yaşam görüşünü oluşturan, ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, skeptikler ve kayıtsızlar için de gerekli olan çok önemli bir unsurdur. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşulu olan çoğulculuk buna dayanmaktadır. Bu özgürlük, inter alia, dini inanç sahibi olmayı ya da olmamayı ve dini gerekleri yerine getirmeyi ya da getirmemeyi de kapsamaktadır. (bakınız Kokkinakis v. Greece, 25 Mayıs 1993, § 31, Series A no. 260-A; Buscarini ve Diğerleri, yukarıda bahsedilen, § 34; and Leyla Şahin / Türkiye [GC], no. 44774/98, § 104, ECHR 2005-XI).

119. Dini özgürlük öncelikli olarak bireysel vicdanla ilgili olduğu için, aynı zamanda, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 9.madde, bir kimsenin dinini ya da inancını açıklamasının ibadet, öğretim uygulama ve ayin yapmak gibi çeşitli yollarını öngörmektedir. (bakınız Hasan ve Chaush / Bulgaristan [GC], no. 30985/96, § 60, ECHR 2000-XI, ve Bessarabia Metropolitan klisesi ve Diğerleri/. Moldova, no. 45701/99, § 114, ECHR 2001-XII).

120. Mahkeme sık sık, çeşitli dinlerin ve inançların yerine getirilmesinde yansız ve tarafsız bir düzenleyici olarak Devletin rolünü vurgulamakta ve bu rolün demokratik bir toplumda kamu düzeni, dinsel uyum ve hoşgörü için elverişli olduğunu belirtmektedir. Devletin tarafsızlık ve yansızlık görevinin Devlet tarafından herhangi bir gücün, dini inançların meşruluğunu ya da bu inançların ifade edilmesini değerlendirmesiyle bağdaşmamaktadır. (bakınız Manoussakis ve Diğerleri/. Yunanistan, 26 Eylül 1996, § 47, Raporlar 1996-IV, ve Hasan ve Chaush, yukarıda bahsedilen, § 78).

121. Yerleşik içtihatlarına göre Mahkemei Sözleşmeye taraf Devletlere, bir müdahelenin gerekliliği ve ölçüsüne karar vermek için belirli bir takdir payı bırakır. Bu takdir payı, hukuku ve uygulanan kanunları kapsayan bir Avrupa denetimiyle el ele gitmektedir. Mahkemenin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin ilke olarak ve orantısız açıdan haklı olup olmadığına karar vermektir. (bakınız Manoussakis ve diğerleriyukarıda 44.paragraf; Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda 119.paragraf; ve Leyla Şahin, yukarıda 110.paragraf).

122. Somut davadaki takdir payının kapsamını belirlemek için Mahkeme, demokratik bir toplum için önemli bir unsur olan dinsel çoğulculuğu sağlamak adına neyin gerekli olduğunu hesaba katmalıdır (bakınız Manoussakis ve Diğerleri, yukarıda 44.paragraf, ve Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda 119.paragraf). Mahkeme ayrıca Sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarındaki görüş birliği ve ortak değerleri hesaba katabilir (bakınız, mutatis mutandis, X, Y ve Z / Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, § 44, Yargılamalar ve Kararlar Raporu 1997-II, ve Dickson / Birleşik Krallık [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-XIII)..

123. Mahkeme, Avrupa Konseyinin önceden mecburi hizmeti öngörmüş olan ya da hala öngören neredeyse tüm üye Devletlerin bireylerin vicdani gerekçeleri ve askeri zorunluluklar arasındaki çatışmayı önlemek amacıyla alternatif hizmet olanakları düzenlemiş olduğuna işaret etmiştir. Dolayısıyla, bunu öngörmemiş olan bir devlet sadece sınırlı bir takdir payına sahip olup, müdahaleyi inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle gerçekleştirmiş olduğuna dair ikna edici olmalıdır. Özellikle söz konusu müdahelenin “sosyal ihtiyacı bastırıldığını” göstermelidir. (bakınız Manoussakis ve Diğerleri, yukarıda sözü edilen, § 44; Serif karşı Yunanistan, no. 38178/97, § 49, ECHR 1999-IX; Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda bahsedilen, § 119; Agga / Yunanistan (no. 2), nos. 50776/99 and 52912/99, § 56, 17 Ekim 2002; ve Moscow Branch of the Salvation Army / Rusya, no. 72881/01, § 62, ECHR 2006-XI).

124. Mahkeme bu davada, başvuranın kişisel çıkar ya da rahatlık nedeniyle değil, Yehova Şahitlerinin bir üyesi olarak gerçek dini inançları gerekçesiyle askerlik hizmetinden muaf tutulmak istediği gerçeğini göz ardı edemez. Söz konusu zamanda Ermenistan’da herhangi bir alternatif hizmet olanağı bulunmadığından başvuran, dini akidelerine sadık kalmak pahasına cezai sorumluluğu göze alarak orduya katılmayı reddetmektan başka seçeneği olmamıştır. Dolayısıyla, söz konusu zamandaki system, vatandaşlarına, vicdani redçiler için ciddi sonuçları olan zorunluluklar empoze etmiş, ve vicdan-temelli istisnalara izin vermeyerek askeri hizmeti reddedenleri cezalandırmıştır.. Mahkemenin görüşüne göre böyle bir uygulama, toplumun ve başvuranın menfaati arasında adil bir denge kurmayı sağlayamamıştır. Bu sebeple, başvuranı cezaya çarptırmanın, vicdanına ve inançları gerekçelerin kabul görmediği şartlarda, demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olduğu söylenemez. Avrupa Devletlerinin büyük çoğunluğunun uygulamalarının

gösterdiği gibi, yarışan menfaatleri uzlaştırmak için tutarlı ve verimli alternatif yollar mevcuttur.

125. Mahkeme, herhangi bir zorunlu askeri hizmet sisteminin vatandaşlara ağır bir sorumluluk yüklediğini belirtmektedir. Eğer eşit bir şekilde paylaşırlırsa ve eğer istisnaları somut ve ikna edici temellerde olursa kabul edilebilir. (bakınız Autio, yukarıda bahsedilen). Mahkeme, başvuranın askeri hizmetten muaf tutulmaya dair somut ve ikna edici sebepleri olduğunu saptamıştır (bakınız yukarıda 111. paragraf). Ayrıca başvuranın medeni yükümlülüklerini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmemiştir. Tam tersine, yetkililerden kendisine alternatif hizmet sunma olanağı tanınmaları için açıkça talepte bulunmuştur. Dolayısıyla başvuran, ikna edici sebeplerle, vatandaşlara eşit olarak yüklenen mecburi askeri hizmet yükümlülüğünü alternatif bir hizmetle yerine getirmeye hazırdır. Bu olanağın yokluğunda, hapis cezasını çekmek zorunda kalmıştır.

126. Mahkeme, ayrıca, çoğulculuğun, toleransın ve açıkfikirliliğin, demokratik bir toplumun altın özellikleri olduğunu yinelemiştir. Ara sıra bireysel çıkarlar bir grubun çıkarları karşısında ikinci plana alınabilse de demokrasi, çoğunluğun görüşünün hâkim olacağı anlamına gelmemektedir: Hakim pozisyonun kötüye kullanılması önlenerek azınlıklara adil ve doğru muamele edilmesiyle bir denge sağlanmalıdır. Dolayısıyla, Devlet'in azınlıktaki dini grupların inancına, başvuranda olduğu gibi yaklaşması Devletin iddia ettiği haksız eşitsizlikleri ya da ayrımcılıkları yaratmaktan uzak olup, toplumda toleransı ve dini harmoniyi arttıran, çoğulculuğu pekiştiren niteliktedir.

127. Mahkeme son olarak, başvuranın kovuşturması ve mahkûmiyetinin Ermeni yetkililerin Avrupa Konseyine girmek için resmi olarak verdiği alternatif hizmeti tanıma taahhütünün geçerli olduğu bir zamanda söz konusu olduğuna dikkat çekmiştir (bakınız yukarıda paragraph 50) Daha da ötesi, vicdani redçileri mahkum etmeme taahhütü PACE Görüş no.221'de açıkça belirtilmemişse de şu cümleden dolaylı olarak çıkarılabilir: "bu arada hapis cezasına çarptırılmış tüm vicdani redçileri affetmek... bunun yerine onlara... kanun... yürürlüğe girdiğinde... alternatif sivil hizmete izin vermek". Ermeni yetkililerin bu vaadleri vicdan özgürlüğünün askeri hizmeti reddederek ifade edilebileceğini ve vicdani redçileri cezalandırmaktansa alternative önlemler almanın gerekliliğini göstermektedir. Bu nedenle, başvuranın vicdani reddin mahkûmiyeti Ermenistan'da söz konusu zamanda uluslararası taahhütler doğrultusunda uygulanan resmi reform politikası ve hukuki değişimlerle doğrudan çatışma halinde olup söz konusu koşullarda ivedi sosyal gerekliliklerden doğmuş olduğu söylenemez. Alternatif hizmet kanununun başvuranın son mahkûmiyetinden sonra neredeyse 1 yıldan az bir sürede çıkarıldığı hesaba katıldığında bu durumun öyle olmadığı daha da ortaya çıkar. Başvuranın şartlı tahliye edilmiş olması bu durumu değiştirmediği gibi yeni kanunun başvuranın durumuna bir etkide bulunmamaktadır.

128. Tüm bu yukarıdaki sebeplerle, Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin Sözleşmenin 9.maddesi uyarınca demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale teşkil ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla söz konusu maddenin ihlali gerçekleşmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41.MADDESİNİN UYGULANMASI

129. Sözleşmenin 41.maddesi uyarınca:
Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.

A. TAZMİNAT

130. Başvuran, 10,000 avroluk (EUR) manevi tazminat talep etmiştir.

131. Devlet, manevi tazminat miktarının aşırı olduğunu ileri sürmüştür.. Ayrıca başvuran, herhangi bir manevi zarara uğradığını ispatlamakta başarısız olmuştur. Her koşulda bir ihlalin tespiti yeterli adil tazminle sonuçlanmalıdır.

132. Mahkeme, başvuranın, vicdani gerekçelerle askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle mahkûm edilip hapis cezasına çarptırılmasından dolayı manevi zarara uğradığını kuşkusuz gözönünde bulundurmaktadır. Hakkaniyete dayanarak, başvuran lenine 10,000 EUR tutarında manevi tazminata hükmetmiştir.

B. MASRAF VE GİDERLER

133. Başvuran, 3,000 EUR yurtiçi avukatlık ücreti, 11,500 EUR Daire davaları için ve başvuru ve duruşma masrafları dahil 3,000 EUR Büyük Daire davaları için toplamda 17,500 EUR masraf ve gider talebinde bulunmuştur. Başvuran, biri yurtiçinden ikisi yabancı üç avukatın nihai kararın alınması da dahil olmak üzere gerçekleştirdikleri çalışmaların her bölümü için ödenecek götürü miktarlarını da içeren bir fatura sunmuştur.

134. Devlet, Sözleşmenin diğer maddelerine dayanılarak sunulan iddiaların kabul edilmediğinden ötürü başvuranın sadece madde 9 kapsamında masraf ve gider talep edebileceğini ileri sürmüştür. Her durumda masraf ve gider talepleri usulüne göre belgelenmiş değildi ve bu giderlerin gerçekten gerçekleştiği kanıtlanmadı. Başvuranın sunduğu faturaların avukatlarıyla arasındaki ileride yapacağı ödemelerin ya da yapılmış olan ödemelerin kanıtı olarak kabul edilemez. Ayrıca, herhangi bir gelecek duruşmaya dair giderlerin karşılanması talebi kabul edilemez. Daha da ötesinde, avukat ücretleri, şişirilmiş ve nedensiz faizlere sahip olup işin çoğaltılması amacıyla yapılan gereksiz ücretlerle doludur. Son olarak, Devlet, iki

avukatın Kanada'da oturduğundan dolayı başvuranı temsile ve geçerli kriterlere uygun olmadığını iddia etmiştir.

135. Mahkeme, hukuki zararların tazmininin ancak tespit edilen ihlalleri kapsadığını yinelemektedir (bakınız Beyeler/ İtalya (adil tazmin) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002). Mevcut davada, başvuranın Mahkemeye ilk başvurusu, Sözleşmenin madde 5/1, 5/3 ve 5/5 ve madde 6 ve madde 14 altında kabul edilmemiş olan birçok şikayetten oluşmaktadır.. Bu yüzden iddia tamamen kabul edilmeyip bir indirim uygulanmalıdır. Ancak Mahkeme, başvuranın iddialarının belgeye dayanmadığını veya faturaların şişirikmiş ya da gereksiz olduğu Devlet iddiasına katılmamaktadır. Başvuranı temsil yetkisine sahip olan iki avukat hakkındaki Devlet'in iddialarına da katılmamaktadır. Mevcut bilgilere dayanarak Mahkeme, başvuran lehine 10,000 EUR masraf ve giderlere hükmetmektedir.

C. Temerrüt faizi

136. Mahkeme, temerrüt faizini, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faiz oranına üç puan daha ekleyerek belirlenmesini uygun görmüştür.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI MAHKEME,

1. 1'e karşı 16 oyla Sözleşmenin 9.Maddesinin ihlal edildiğine;
2. 1'e karşı 16 oyla,
 - (a) Davalı Devletin başvurana, 3 ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Ermeni dirhemi olarak şu meblağı ödemesine:
 - (i) Manevi tazminat için 10,000 EUR (on bin avro) artı vergiler
 - (ii) Harcama ve masraflar için 10,000 EUR (on bin avro) artı vergiler
 - (b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar, Avrupa Merkez Bankasının temerrüt dönemindeki marjinal borç verme faiz oranına üç puan eklenerek bulunan basit faizin yürütülmesine
3. Oybirliğiyle, başvuranın adil tazmine dair diğer iddialarının reddine,
Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanan bu karar, 7 Temmuz 2011 tarihinde Strasbourg İnsan Hakları Binasında kamuoyuna açık duruşmada tefhim edilmiştir.

Vincent Berger
Sekreter Yardımcısı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşmenin 45.maddesinin 2.paragrafı ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74.maddesinin 2.paragrafına uygun olarak, Hâkim Gyulumyan'ın ayrı görüşü bu karara eklenmiştir.

J.-P.C.
V.B.

HAKİM GYULUMYAN'IN MUHALEFET ŞERHİ

Mevcut davada Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edildiğine dair Büyük Daire çoğunluğunun fikrine maalesef katılmıyorum.

1. Bu davadaki başvuran, Ermenistan'da alternatif hizmet kanunu olmadığı zamanlarda, askeri hizmeti vicdani gerekçelerle reddetmesinden dolayı mahkûm edilmiştir. 2,5 yıl hapse çarptırılmış ve yaklaşık 10,5 ayını doldurduktan sonra 22 Temmuz 2003'te şartlı tahliye edilmiştir. Alternatif Hizmet Kanunu, 17 Aralık 2003'te kabul edilip 1 Temmuz 2004'ten itibaren yürürlüğe konmuştur.

2. Görüşümü açıklarken, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve vicdani red hakkına verdiğim önemi belirtme gereği duymuyorum; ancak Sözleşmede vicdani reddin açıkça korunuyorsa olmaması esastır.

Sözleşme ve Protokolleri, vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almamaktadır. Sözleşmenin 9.maddesi vicdani redçilere askeri hizmetten ya da yerine geçen sivil hizmetten muaf tutulma hakkını vermemektedir. Bir Devleti de böyle hizmetleri reddedenleri cezalandırmaktan alıkoymuyor değildir.

Mahkeme, birçok defa madde 9'un dini ya da inançtan kaynaklanan her davranışı korumadığını belirtmiştir(bakınız, Kalaç / Türkiye, 1 Temmuz 1997, § 27, Yargılama ve Kararlar Raporları 1997 IV; Arrowsmitt / Birleşik Krallık, no. 7050/75, 12 Ekim 1978 Komisyon Raporu, Yargılar ve Kararlar (DR) 19, p. 5; C. / Birleşik Krallık, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 Komisyon kararı, DR 37, p. 142; Tepeli ve Diğerleri/Türkiye (dec.), no. 31876/96, 11 Eylül 2001; ve Leyla Şahin/ Türkiye [GC], no. 44774/98, § 105, ECHR 2005 XI).

Avrupa Konseyi Parlamenter Topluluğu, 1518(2001) ve 1742(2006) Tavsiyelerinde, Bakanlar Komitesine ek protokoller aracılığıyla vicdani red hakkını Sözleşmeye dâhil etmesini tavsiye etmiştir. Parlamenter Topluluğu gibi, Avrupa Parlamentosu da vicdani red hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün doğasında bulunan bir kavram olduğunu belirtmiş ve söz konusu hakkı Sözleşmeye dâhil etmeyi istemiştir.

Bu Mahkemenin rolünün yeni haklar yaratmak değil; Sözleşme'deki mevcut insan haklarını korumak olduğunu düşünüyorum. Sözleşmenin evrimci yaklaşımının Mahkemeye korunan hakları geliştirmesine izin verdiği ileri sürülebilir. Ancak, benim görüşüme göre bu husus, Sözleşmenin kendisinin belirli hakları tanımayı akit Devletlerin yetkisine bıraktığı durumlar için geçerli değildir.

Madde 4/3 (b) açıkça vicdani red hakkını tanımayı akit Devletlere bırakmıştır (bakınız Bayatyan / Ermenistan, no. 23459/03, § 63, 27 Ekim 2009). Bu madde, "askeri nitelikli herhangi bir hizmet ya da tanınmış oldukları ülkelerde vicdani redçilerin durumunda, mecburi askeri hizmet yerine geçen hizmeti" zorunlu çalışma tanımından çıkarmaktadır.

3. Çoğunluğun görüşü olan madde 9'un artık madde 4/3 (b) ile bağlantılı yorumlanmaması hususunda esas olarak farklı görüşteyim. Bu görüş, Mahkemenin, Sözleşmenin bir bütün olarak ele alınıp iç tutarlılığı ve uyumu korunarak yorumlanması yaklaşımına da aykırıdır. (bakınız *Klass ve Diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978, § 68, Series A no. 28; ve ayrıca *Maaouia/Fransa*[GC], no. 39652/98, § 36, ECHR 2000 X; *Kudła/Polonya*[GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000 XI; ve *Stec ve Diğerleri/ Birleşik Krallık (dec.)* [GC], nos. 65731/01 ve 65900/01, § 48, ECHR 2005 X).

4. 2010'da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çok yakın tarihli bir tavsiyesinde, uluslararası arenadaki gelişmeler ışığında vicdani red hakkının vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olarak ve madde 9 kapsamında yorumlanmasını belirtmiştir.

Vicdani red hakkını, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı altında tanıyan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi Aralık 2000'de kabul edilip Aralık 2009'da yürürlüğe girmiştir.

2006'ya kadar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 8.maddesini uygulamayı açıkça reddeterek Güney Kore'ye karşı açılmış iki davada şikâyetleri sadece ICCPR'nin 18.maddesi altında incelemiş ve başvuruların vicdani gerekçelerle askeri hizmeti red sonucu mahkûm edilmelerini söz konusu maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.

Ayrıca, başvuranın dini inançları sebebiyle silahlı kuvvetlere hizmeti reddettiği için mahkûm edildiği zaman Sözleşme ve Protokollerin vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almadığına dair açık bir içtihat söz konusuydu. Ulusal Otoriteler, mevcut içtihatı uyduğu ve bir yıl sonra oluşan gelişmeleri yansıtan bir yorumda bulunmadığı için suçlanamazlar.

5. Ermenistan'ın 2000'de Avrupa Konseyine girmesi üzerine vicdani red için alternatif hizmet öngöreceğine dair uluslararası taahhütleri, benim görüşüme göre, o zaman için bağlayıcı kabul edilemez. Ermenistan söz konusu hakkı tanıma ve tüm vicdani red mahkûmlarını affetmeyi hemen değil; üç yıllık süre içinde yerine getireceğini taahhüt etmiştir. Ermenistan, söz verdiği üzere, sorumluluklarını üç yıl içinde yerine getirmiştir. O dönemde, Alternatif Hizmet Kanunu çıkarılmış, 38 vicdani redçi affedilmiş ve başvuranın kendisi de şartlı olarak tahliye edilmiştir. Bu yüzden, bu kararın Ermenistan'ın yapma sözü verdiklerini yapması için gerekli olmadığı açıktır.

6. Eğer 9.madde uygulanabilir değilse, ihlal söz konusu olmayacağı açıktır. İhlal tespitine karşı olma sebebim budur. Sözleşmenin 9.maddesinin ihlali tespitinin başvurana kişisel adalet sağladığından şüphe etmekteyim. Bu mahkemeye başvurduğu esnada mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılır. Kuşkusuz, özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır, ancak böyle bir mahrumiyetten değil; vicdani redçiler için alternatif bir hizmetin olmamasından şikâyet etmiştir.

Mevcut başvurunun yapıldığı gün başvuran şartlı tahliye edilmiş ve 6 ay sonra Alternatif Hizmet Kanunu çıkarılmıştır.

Birçok davada (bakınız Sisojeva ve Diğerleri / Latviya [GC], no. 60654/00, ECHR 2007 II; Shevanova / Latviya (devam ediyor) [GC], no. 58822/00, 7 Aralık 2007; ve El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee / Hollanda (striking out) [GC], no. 25525/03, 20 Aralık 2007) Mahkeme, başvuranların şikayet ettikleri meselelerin madde 37/1 (b) kapsamında “karara bağlanmış” olarak tespit etmiştir. Bu davalarda Mahkeme, “Sözleşmenin, akit Devletlere iç hukuklarında Sözleşmenin etkin uygulanmasına dair herhangi bir usul öngörmemiştir”, neticesine varmıştır. İlke olarak, bu etkin uygulamaya dair tercih, ülkelerindeki ilgili mercilerle sürekli bağlantı içinde olan ve iç hukuk sistemlerinin sağladığı olanakları ve kaynakları daha iyi değerlendirebilen iç hukuk otoritelerine aittir. (bakınız Swedish Engine Drivers’ Union/İsveç, 6 Şubat 1976, § 50, Series A no. 20; Chapman / Birleşik Krallık [GC], no. 27238/95, § 91, ECHR 2001 I; and Sisojeva ve Diğerleri, cited above, § 90).

8. Son olarak, Mahkemenin, Sözleşmenin 41.maddesindeki adil tazmin hükmünden ayrılmaktayım. Manevi tazminat ve gider ve masraflara dair tazminat meblağının aşırı olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle, benim görüşüme göre, somut davadaki gibi, Mahkemenin, mevcut içtihatlarından ayrıldığı zaman başvuran lehine tazminat vermek adil değildir.

İkinci olarak, Mahkemenin adil tazmine dair içtihat tutatlılığının da belirli bir öneme sahip olduğu ve tazminatın bir Devlet için de bir öngörülebilirlik taşıması gerektiği kuşkusuzdur. Yakın bir zamanda, Mahkeme, Ülke/Türkiye davasında (no.39437/98, 24 Ocak 2006) herbiri hapis cezasıyla sonuçlanan 9 ceza takibatı ve her an tekrar tutuklanma riskini taşıma sonucu çekilen ısıdıraba dair verdiği manevi tazminat hükmü mevcut davadaki gibidir.

Son olarak, Mahkeme uzun süreden beri, birçok ihlal tespitinde masraf ve giderlere dair hükümleri azaltma eğilimi göstermektedir. Mevcut davada, başvuranın Mahkemeye ilk başvurusu Sözleşmenin madde 5/1-3-5; madde 6 ve madde 14 altında kabul edilir bulunmayan birçok şikâyetten oluşmaktadır. Mahkeme, kararının 135.paragrafında hukuki masrafların tespit edilen ihlale dair olması durumunda karşılanacağını yinelemesine rağmen 6 başvurudan sadece 1’inin kabul edilebilir olduğunu ve sadece bir ihlal bulunduğunu doğru düzgün hesaba katmamıştır.