

Uluslararası Hukuk ve Vicdani Ret I: Ruhani İnanç-Kamusal Yükümlülük Dengesinde Vicdani Ret Ulusal Sorunsalının Uluslararasılaşması

Hakemli Makale

Erdem İlker MUTLU

Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı
Asst. Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law Department of International Law

İÇİNDEKİLER

Giriş28
I. KAVRAMSAL YOKLUK30
II. SİLAHLI GÜCÜN ONTOLOJİSİ.32
III. BİR DİRENME MODELİ OLARAK VİCDANİ RET.36
IV. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ36
Sonuç Yerine: Ruhani Emirden Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülüğe Vicdani Ret Olgusu44

ÖZET

Bu çalışmada kamusal yükümlülük-dinsel özgürlük ikileminde vicdani ret kurumu incelenmiştir. İlk kez bir ulusal yasa koyucu önüne Amerika Birleşik Devletleri'nde gelen, daha sonra Avrupa kıtasında da yüz yıllık süreçte farklı biçimlerde kabul edilen vicdani ret hakkına/özgürlüğüne ulusal hukuktan evrimleşen bir uluslararası toplum ortak değeri gözüyle bakıldığında görülenler, bu makalenin içeriğini oluşturmaktadır. Ayrıca, kavrama etik ve epistemolojik bakışla yaklaşan çalışma sosyo-tarihsel gelişim sürecini incelemiştir. Son olarak 20. yüzyıla "Hakları Ciddiye Almak" eseriyle damga vuran Ronald Dworkin'in konuyu zorunlu askerlik ve sivil itaatsizlik çerçevesinde değerlendirmesine de atıf yapan çalışma ulusal değerlerin uluslararasılaşması süreci çerçevesinde bir sonuç değerlendirmesi yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Vicdani red, kamusal yükümlülük, ruhani inanç.

ABSTRACT

Conscientious Objection and International Law I: Internationalisation of a National Legal Problem Under a Dilemma of Fulfilling Public Duties- Respecting Religious Belief

The analysis in this study is on the ethical dilemma of a citizen between a public duty arising from law and religious liberty provided to conscientious objector to military service. The study encompasses the historical evolution of the concept of "conscientious objection" as a common value from Europa and United States where it became subject matter of positive law. The argument begins with ethical and epistemological parameters for a conscientious objector. It analysis the socio-historical evolution with special reference to civil disobedience-militarism analysis by Ronald Dworkin, who in 20th Century made an outstanding reference to literature with his masterpiece "Taking Rights Seriously". Final remarks refer to the internationalisation of national values under international law.

Keywords

Conscientious objection, public duty, religious belief.

*Fiat Justitia Pareat Mundus..
(Adalet gerçekleşsin, Dünya batsın..)*

Giriş

Etik düşüncesinde önemli konulardan biri de ontolojik hiyerarşidir.¹ İnsan yaşamının, başta hayvanlar olmak üzere doğadaki diğer canlılardan öncelikli olduğu düşüncesi adeta uluslararası sivil havacılık geleneklerinde kabin basıncı düştüğü zaman yetişkinlerin çocuklarınkinden önce kendi maskelerini takmalarını emreden kural ile tasım örtüşmesi içindedir. Çocukların maskesini önce takmakla yetişkinlerin ve çocukların birlikte zarar görecekları düşüncesinde var olan paternalizm, ontolojik hiyerarşide insanın öncelikli olduğu düşüncesi ile pek farklı değildir. Bundan dolayıdır ki doğanın öngördüğü antropolojik-evrimsel sürecin devamı olarak hayvanların bitkiler veya bitkileri tüketen diğer hayvanların tüketimi üzerinden, insanın da hem hayvan hem bitkilerin tüketimi üzerinden yaşamını sürdürmesi bu ontolojik hiyerarşiyi tarihin deviniminde ortaya çıkarmış, buna dayanan insan ise bu hiyerarşiyi sınırsız olarak kullanmayı denemiştir. Daha da fazlası, ontolojik kutsanmaya dayalı sınırsız yok ediciliğine etik sınırlar konulduğunda, kamu düzeni etiketi ile bu sınırlar aşılmaya çalışılmıştır. Böyle bir dönemde çarpışan kamusal yükümlülük ve bireysel özgürlük kuramları adeta "habil ile kabil" ikileminde İncil'in Hume'e (Homo homini lupus) ilham veren "*Biliniz ki biz sizi kurtların arasına kuzular olarak gönderdik*" söylemiyle denkleştirilmiştir.

Ontolojik kutsanma ile etik ilişkisi konuyu doğal hukuk bağlamında yeniden gündeme getirdiğinde "yaşam hakkı" adı altında pozitif hukuka getirilen düzenleme,² anayasal sistemlerde yukarıda sözü edilen ikilem çerçevesinde tartışılmıştır. Bundan

1 AGAZZI, Evandro, **Man and Nature in Ethics**, Ionna Kuçuradi Çağın olayları Arasında (Der. B.Çotuksöken vd.), Tarihçi Kitabevi, İstanbul 2014

2 Burada ACKERLY grup üyeliğinin hakkın öznesi olmak için yeterliliği konusunda epistemolojik bir önerme ileri sürmektedir. ACKERLY, A BROOK, **Universal Human Rights in a World of Difference**, 2008, Cambridge, s.111

dolayıdır ki yaşam hakkı, yaşamın sonlandırılması ve yaşamsal tehlike çerçevesindeki tartışmalar hiçbir zaman sona erecekmiş gibi gözükmemektedir. Pozitif hukukun temel düzenlemeleri anayasa ve uluslararası sözleşme metinleri ile güvence altına alınmıştır. Bu nedenle egemen devletlerin yükümlülükleri ile bu haklar arasında doğrudan ilişkiler bulunmaktadır. Devletlerin insan yaşamının ve kamu düzeninin sürdürülebilmesi için getirmiş olduğu ulusal düzenlemeler düzeyinde bazı kamu hizmetlerinin işleyiş şeklinde insan yaşamının tehlikeye girdiği göz önüne alındığında bu kurallar ile karşılaşmıştır. Nal, bu kamusal yükümlülüklerin tamamının yok sayılması ile savaş karşıtlığı olarak kavramı sınıflandırmakta ve birinciye geniş anlamda, ikinciye dar anlamda vicdani ret demektedir.³ Bu çalışma söz konusu ayrıma yeniden değinme gereği duymadan Nal'ın sözünü ettiği birinci sivil itaatsiz görünümü farklı olgularda ama ahlaki rahatsızlığın en derini olan insanın ontolojik devamlılığı çerçevesinde irdelenecektir.⁴

Başta iç güvenlik ve dış güvenlik hizmetlerinde olmak üzere insan yaşamının sonlandırılması ihtimalini barındıran hizmetlerin yaşamını bu ontolojik kutsanma üzerine kurmuş bireylerde yol açacağı travma çok nettir. Bundan dolayıdır ki kişi gerek almış olduğu eğitim ve yetiştirilme tarzı, gerek içinde yaşadığı toplumun kültüründe var olan özel unsurlar dolayısıyla ontolojik kutsanmaya aykırı bir eylemi kabul edememektedir. Böyle bir iç çatışma, insanlığın gelişiminde yaşanan önemli dramlardan biri haline dönüşebilmektedir.

Kişinin böyle bir vicdan-yükümlülük çatışması, yükümlülüğün reddedilmesini etik düşünceden pozitif hukukta kurumsallaşmaya kadar götürmüştür.⁵ Bu kurumsallaşmanın en yaygın olanı dinsel inançların düzenlediği vicdani ret kurumudur. Musevilğin, Hristiyanlığın ve bağlı grupların ortak inanç sisteminde var olan on emirden "öldürmeyi-niz" emri üzerine askerlik-kürtaj vb. işlemlerden kaçınmak bunun örneğidir. Bunun gibi siyasal yaklaşım, düşünsel-felsefi inanç sistemleri de bazen bu durumu kurumsallaştırmıştır. Ne var ki siyasal yaklaşım veya düşünsel inanç sistemlerinin doğmadan beslenen din kadar geniş kapsamlı ve etkili olduğunu söylemek oldukça zor. Kişinin özellikle dinsel inanç sistemi gibi değişmesi diğerlerine göre oldukça zor bir vicdani altyapıda yaşayacağı böyle bir acıyı engelleme durumu santimentalizmden sıyrılıp evrensel değerler çerçevesinde korunan ve uluslararası hukukun bir parçası olan bir "hak" olarak ortaya çıkabilir ve bu çerçevede devletlere *erga omnes* yükümlülükler atfedilebilir mi? İşte makalenin konusu budur.

3 NAL, Sabahattin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret**, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, **2010**, cilt 7 sayı 13, s. 252

4 Nal burada Foucault'nun Hapishanenin Doğuşu'nda belirttiği devletin insanı disiplin etme araçlarına karşı çıkış hareketini, askerlik görevini yerine getirmeme pasifist hareketine koşut olarak ileri sürmüştür. Ne var ki vicdani ret ile sivil itaatsizlik düzlemini eşitlediğimiz zaman Dworkin'in bu çalışmada değinilecek olan sivil itaatsizlik-anayasal koruma ikileminin çok ötesinde yüzlerce itaatsizlik örneği ve çalışmasında kaybolma tehlikesi ile karşı karşıya kalmak olasıdır. Bundan dolayıdır ki bu çalışmada sadece askerlik hizmetine karşı vicdani ret konusu irdelenecektir.

5 Ackerly bu kurumsallaşmanın Chenyang Li tarafından Cohen'in ontolojik eklemelerini yapısallıkla açıklamasına atıf yaparak kurumsallaşmanın aslında toplumun üyelerinin ve toplumun devamlılığı için gerekli olduğunu belirtir. ACKERY, s.108

I. Kavramsal Yokluk

Ortak değerler içinde yer aldığı şüphesiz olan ‘vicdan özgürlüğü’ ile etik ilkelerden ve felsefi altyapıdan yoksun, politize olmuş yerel epistemoloji üzerinden bir ‘vicdani ret’ tamlaması “**insanın sonradan pişmanlık duyacağı ya da acıma duygusuyla sarsılacağı bir süreçte yer almayı yadsıması**” gibi “yüzeysel” anlaşılabilir. Oysaki bir değerler özümsemesi içindeki insan, güncel yaşamın gereği gibi görünen ve ontolojik çözümlenmeler isteyen bazı olayların akışında vicdan özgürlüğünü kullanmayı isteyebilecektir. Örnekseyecek olursak, ölen birinin organlarının başka bir hastaya aktarmak için alınması, erkendoğanın kazanması (prematürenin küretajı), zorunlu askerlik hizmeti gibi çok çeşitli alanlarda böyle bir durum yaşanabilir. Bu alanlarda veya süreçte yer almak istememek ise özgürlüğün pasif kullanım şeklidir. Daha kısa ifade etmek gerekirse, vicdan özgürlüğü ile vicdani reddin çok yakın bir ilişkisi olduğu son derece açıktır⁶. Vicdan özgürlüğünü kullanırken “parçası olmayı reddetme” durumunun ne tür olaylar karşısında devreye girdiği konusu burada önem kazanmaktadır. Özellikle bir tıp uygulamasında vicdani reddin devreye girmesi başka temel hak ve özgürlüklerin korunması ya da bozulmasına neden olacak mıdır? Ya da askerlik hizmeti de başka temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik bir hizmet sayılabileceği için parçası olmayı reddetme durumunda hizmeti alanlar bu durumdan etkilenecek midir? Bu soruların yanıtı “evet” ise ve sonraki temel hak ve özgürlüğün, yaşam hakkı ve beden bütünlüğü gibi, ihlalinin uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırılık taşıması bu seçimin yapılabilirliği üzerinde çok ciddi etki sahibidir. Bundan dolayıdır ki vicdani ret sadece askerlik hizmeti, kamu hizmeti veya sağlık hizmeti gibi belli bir kamusal alana yönelik değil, bu hizmetler çerçevesinde zorunlu askerlik, zorunlu tıbbi girişim veya aynı cinslerin evlenmesi gibi kendine özgü olgularda söz konusu olmaktadır. Bundan dolayıdır ki aslında vicdani ret konusuyla ilgili yanıtlar neyin reddedildiği ve neden reddedildiği noktasında kilitlenmektedir.

A. Epistemolojik Destabilizasyonda Vicdani Ret

i. Yadsınan Değerin Ontolojisi: Askerlik Hizmeti, Militarizm ve Devlet Anlayışına İlişkin Bilgiler

Tarihin derinliklerine baktığımız zaman zorunlu askerlik kavramı karşımıza tanıdık bir referans noktası olan Antik Roma’da çıkmıştır. Nitekim, konu, 650 yıllık Roma tarihinde vatandaşlığın en önemli ödevlerinden biri olarak sayılmıştır.⁷ Böyle bir ortamda, 295 yılında, Roma ordusundan emekli olan bir vatandaşın oğlu olarak Maximilianus, lejyona çağırılmıştır ama Numidia da yer alan Proconsul’a orduya, ruhani inançları nedeniyle katılamayacağını bildirdikten ve bu konuda ısrar ettikten sonra infaz edilmiştir.⁸ Roma’dan sonra başka bir durak noktası ise 16. yüzyıl Batı Avrupası’dır. 1575’te

6 SCHINKEL, Anders, **Conscious and Conscientious Objections**, Amsterdam University Press, **2007**

7 TREBLE, H. A / KING K.M. **Everyday Life in Rome in the time of Caesar and Cicero, 1966**, 13. Basım, Oxford, Clarendon Press, s.100

8 BROCK, Peter, **Pacifism in Europe, to 1914**, Princeton University Press, p.13

Hollanda bağımsızlık savaşında Menonitlerin savaşa katılmadıkları bilinen bir gerçektir.⁹

Kökenini JJ Rousseau'da bulan yurttaşlık bilinci ve yasaya boyun eğen yurttaşın aynı zamanda o yasanın yaratıcısı olarak kendini gördüğü *ulus-devlet* bilinci 19. yüzyılda Napoleon'un kurmuş olduğu ideal, yenilmez ordunun da temel taşı olarak oluşturmaktadır. Nitekim, incelendiğinde görüleceği üzere Napoleon dönemi ordusu da felsefi olarak Devrimler Çağı olan 19. yüzyılın büyük teknolojik ve felsefi değişimleri içinde kendine yer bulmuştur. Dennis Schowalter 1815-1864 Avrupa'nın Savaş Tarzı isimli makalesinde¹⁰ şöyle der:

"İster gönüllü, ister zorunlu asker olsun giderek daha büyük sayılara ulaşan, evrensel idealler ve milliyetçi yurtseverlikle güdülenmiş, ne uğruna savaştığını bilen ve bildiği şey uğruna savaşan üniformalı yurttaş, gerek 18. Yüzyılın paralı askerinin gerekse çağdaş profesyonel teknosavaşçının üzerinde yer alan bir ahlak düzeyinde olmanın gururu içindedir".

Yine Napolyon ordusundan **Subay ve Komutan ile Söyleşi** isimli eserinde Mustafa Kemal Atatürk şöyle tanımlar:

*"Napoléon, Avrupa içinde dolaştırdığı milletin, özelliklerinden olan askerliğin şanı ülkesünü somutlaştırdı ve kişiliğe büründürdü"*¹¹

Büyük imparatorlukların bu döneme ilişkin gelişen emperyal ideolojilerine karşın milliyetçi akımların hızlanması merkezi güçlü bir ordu kurmaya ihtiyacı olan imparatorlukları zor durumda bırakmakta, ideolojiyi destekleyen ve milliyetçi akımlara kapılan yurttaşları yeniden bir çatı altında ortak bir değerle birleştirmek isteyen imparatorluk için önemli bir araç haline gelmektedir. O nedenle dönemin değeri olan imparatorluk ve bilinçli asker yurttaş anlayışı, vicdani ret ve zorunlu askerlik ikilemi ile karşı karşıya kalmıştır.

Konuya bir diğer yönden bakacak olursak elimizdeki ikilemde çatışanlar birbirlerinin tanımı hakkında çok ciddi ipuçları vermektedir. Bunun en güzel örneği bu yüzyılın Osmanlı İmparatorluğu'nda görülebilir. Osmanlı Devleti'nde var olan derin "Osmanlıcılık" anlayışının yerini millet kavramına bırakamayışı (veya bıraktığı yerlerde imparatorlukta çözümlerinin başlamış olması) ve üç ayrı kıtada egemenlik alanını korumak için çatışan Osmanlı askerinin vatan kavramı üzerine yaşadığı kafa karışıklığı adeta Kırım Savaşı ile doruklara çıkmış ve orduda büyük bir yenilenme ve batılılaşma hareketi gerektiğini hisseden Osmanlı Devlet Yönetimi adeta bir ikilem içinde sayılabilir. Buna göre ikilemin ilk yanı daha büyük ve güçlü bir ordu için askerlik hizmetinin gayrimüslümler için de zorunlu tutulması gerekliliğine rağmen çeşitlilik son derece büyük sorunlar çıkarmakta bir bölükte var olan hem Yahudi hem Katolik, Ortodoks, Süryani, diğer Ortodoks ve protestan mezhepler ve bunların uluslara göre dağılımı şeklinde düşündüğümüzde neredeyse bölüğün bir takımı bölüktekilerin din adamlarından oluşmalıydı.

9 BROCK, Peter, s.167

10 Bkz. SCHOWALTER, Dennis, **1815-1864 Avrupa'nın Savaş Tarzı, Dretnot, Tank ve Uçak; Modern Çağda Savaş Sanatı 1815-2000** (Çev: Yavuz Alogan) s.40, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2003

11 ATATÜRK, Mustafa Kemal, **Zabit ve Kumandan ile Hasbihal**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 9. Baskı, 2011, s.13

İmparatorluklar ve Krallıklar döneminde Tanrı'nın buyruğu ve benzer din referanslı kutsal değerler için çarpışan askerler Napoleon ile ilk kez laik bir değer uğruna çarpışmaya evrilmiş ancak Osmanlı, Kırım Savaşı sonrasında dahi hiçbir zaman bu evreye gelememiştir.

Yunanistan'ın bağımsızlık savaşını bastıramayan Osmanlı 1838'de ilk kez yabancı bir danışman subay eşliğinde Fransız Kur'a yöntemi de denilen ve sonradan Osmanlı'nın geliştirdiği sistemi uygulamış da olsa 1878 Osmanlı- Rus Savaşı sonrasında ortaya çıkan yenilgiyle bu sistem tamamen terk edilmiştir. Böylece Prusya'dan gelen uzmanlarca bu ülke kökenli olan seferberlik ve redif sistemini orduya getirmişlerdir. Köhler Paşa ve Von der Goltz Paşa'nın oturttuğu sistemin 1897 Yunan Savaşı'nda kazandığı başarı ile Avrupa'da tescillenmişliği Osmanlı'da bir kez daha yerini buluyordu.

Goltz Paşa'nın yazmış olduğu Millet-i Müsellaha isimli kitabı zorunlu askerlik sisteminin Avrupa'da kuruluş tarihini ve askerliğe dayalı milli ordunun Avrupa' daki gelişimini anlatır. Genç dönem Osmanlı ordusunu da etkileyen bu eserle Osmanlı'nın son döneminde milli anlayış ve vatan savunması şeklinde bir ilerleme kaydedilir. Bu süreç Cumhuriyetin kurulmasıyla sonuçlanır.

Osmanlı Devleti'nin 3. Ordusunun 3. Mitralyöz Bölüğü Kumandanı Ali Rahmi Bey orduda askerin manevi eksikliğini gidermek üzere Fransızca metinlerden oluşan bir broşür yayınlamıştır. Osmanlı ordusunda ilk olduğunu söyleyebileceğimiz bu metinlerde askere vatan duygusu ve milli değerlerin nasıl aşılacağı anlatılıyordu. Ali Rahmi Bey' e göre eğitimsiz olan ve ne için öldüğünü bilmeyen bu zavallı askerlere uğruna ölünmesi gereken değerler anlatılıyor, vatan bilinci aşılanıyor ve bu vatanın sadece kendi köy ve tarlalarından ibaret olmadığı ifade ediliyordu.

II. Silahlı Gücün Ontolojisi

Musa'dan beri var olan 10 emrin altıncısı olan "öldürmeyeceksin!", İsa'nın dağda vermiş olduğu "bir yanağına vurulursa diğer yanağını da döneceksin" vaazıyla birleştirildiğinde birçok Hristiyan ve protestan kilisesi ki quakerlar, menonitler, baptistler, yedinci gün kilisesi bunlar arasında sayılabilir- tarafından 15-16. yüzyıllarda askerlik görevini reddetmeyi dinsel doktrin bir parçası olarak görülür. Bundan dolayıdır ki ilk askerlik hizmetini red dönemleri vicdan ve din özgürlüğü çerçevesinde bu dönemde görülmüştür.

19. yüzyıla kadar derin bir cemaate bağlılık olarak ortaya çıkan vicdani reddi, kimse "bugün savaş çıksa ve de hiç kimse gitmese" pasifist anlayışıyla ileri sürmemektedir.¹² Bu yüzyıla birlikte anarşizmin kısa zaferi ve pasifistlerin okyanusun öte tarafında yeni kurdukları ülke ile birlikte dini görüş ve inanışların ötesinde felsefi ve siyasi bakış açısı olarak askerlik hizmetini reddetmek durumu ortaya çıkmış oldu.

Daha sonraları ilk örnekleri Fransız İhtilalinden sonra Avrupa'da ve yine aynı dönemde görülen zorunlu askere alma neredeyse Birinci Dünya Savaşı ile birlikte yasal önlemler ve cezalarla bunu bir kamusal yükümlülük olarak öngördü.

12 BRÖCKLING, Ulrich, **21. Yüzyılın Başında Vicdani Red**, ÇINAR/ÜSTERCİ Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel kaynaklar ve Deneyimler (2009) içinde, s.71

Ulus devlet ve yurttaş anlayışının temel taşlarından biri olan kamusal yükümlülüklerin eşit paylaşılmasında en önemli yükümlülüklerden birisi her bir yurttaşın subjektif olarak yurdun anayasal düzeni ve toprağını ortak savunma düşüncesinin kendini göstermesi olarak değerlendirilebilir.

Ne var ki yurttaşın yurt bütünlüğü için ve anayasal -toprak düzenini korumak için kendi canını ortaya koyması büyük bir yükümlülük olarak düşünmesi gerekir. Savaş gibi bir düzende savaşan ordunun bireyi olarak bulunmanın tek sonucu öldüren olup bunu vicdanen reddetmek değil, ölen olup pişmanlığın hiçbir fayda vermeyeceği geri dönüşsüz bir 'son'a da maruz kalabilme ihtimalidir. İşte bu ihtimal söz konusu kamusal yükümlülüğün hiçte kolay yerine getirilebilir bir yükümlülük olmadığını, diğer yükümlülüklerle sonuçlar açısından farklı olduğunu ortaya çıkarmaktadır.

Zira yurttaş yurdun bütünü ve kendisini süjesi olarak hissettiği yasanın ve onun getirdiği düzenin korunması için ömür boyu köle etse dahi bunun sonuçlarını bizzat gözlemleyerek kendini bir şekilde mutlu ve meşru bir amaç uğrunda yaşamını sürdürdüğü duygusunu devam ettirebilir. Ancak ölümlü sonuçlanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi durumunda ise ölümden sonraki bir dünya inancı olmadığı zaman sonuçlarını dahi göremediği bu değer üzerine çok ciddi düşünmesini, çok sağlam bir üst kişilik ve ahlak yapısı ile bu olası sonucu kabullenebilecek olması gerekir. Yurttaşın yaşamını yurdun bütünlüğü ve ortak savunmasına zorunlu olarak bağışlaması sonucunu getirecek bir sürece dahil edilmesini talep etmenin kamu ahlakı açısından tartışılması her ne kadar gerekli ise de bu çalışmanın argümanı ve sorgulama konusu değildir.

Devam eden bölümlerde görüleceği üzere, bu çalışmada kamusal yükümlülüklerin zorunlu yerine getirilmesi ile yurttaşın kamusal yükümlülüğe karşı aldığı tavırın hukuk tarafından değerlendirilmesi yönünde iki önemli farklı durum ayrıştırılıp, karşılaştırılacaktır. Bunlardan ilki kamusal yükümlülüğün kendi vicdani yükümlülüğü nedeniyle yerine getirmediği ve herhangi bir şekilde 'öldürme eylemi' yapan bir organizmanın parçası olma ve başka canlıların ölümüne aracılık etmekten vicdanen çekilme söz konusudur. Bunun en büyük örneği, kürtaj ve 'ötenazi hakkı'nın kullanılmasına aracılık etme gibi tıp uygulama ve girişimlerinde kişinin vicdani çekilme hakkını kullanması sayılabilir. Bunun en ayırt edici özelliği 'red hakkı'nı kullananın kendisinin bu işlemi yaparken yaşamsal bir tehlike içinde bulunmamasıdır. Bundan dolayıdır ki tek kaygı başkasının yaşamına zarar verme kaygısıdır. Bu durum askerlik kamusal yükümlülüğünü yerine getirmede yurttaş açısından farklıdır. Hem öldürme hem kendi yaşamının sona ermesi kaygısı birlikte olabilir. Çok da doğal olarak, canlının yaşamını korumasına yönelik doğal davranışları yönünden yadırganamayacak şekilde kendi yaşamını devam ettirebilme kaygısı daha üstte ve önde olabilir. Ancak ahlakçı kamu yaşamı ve kamusal yükümlülük anlayışının en neolitik örneklerinden olan 'çekinmeden yaşamını feda etme' anlayışına karşı günümüzde yurttaşın birçok ülkede daha varoluşçu ve var oluşu her türlü ahlaki zorunluluğun önünde tutma eğilimi olduğu göz önüne alınacak olursa, yurttaş, yaşamını devam ettirme kaygısıyla kendisinin vicdani zorunluluğunu mantık dizgisi kurmaya gerek duymadan birleştirmeye çalışabilmektedir. Daha kısa ve öz bir ifadeyle kendi subjektif ve insani

kaygısını kamuya daha ahlakçı bir öz kaygı, kendi yaşamından önce başkalarının yaşamına saygı duyma kaygısı olarak gösterebilmektedir.

İşte zorunlu askerlik bu “dürüstlük dışı” öz koruma güdüsü sonucu kamusal yükümlülükten kaçınmayı önleme ve kamusal yükümlülüğü eşit paylaşırma amacına yönelik olarak Birinci Dünya Savaşı ile birçok ülkede ortaya çıkmıştır.

Vicdani ret hareketinin, bireysel olarak vicdani ret hakkını kullandıktan sonra bir de toplu amacı olup olmadığı konusuna da değinmekte yarar vardır. Hareketin amacı dünyadaki uluslararası ilişkiler, ülkenin coğrafi konumu ve herşeyden önemlisi terör sorunsallarına rağmen askerliği topyekün kaldırmak ve orduyu fesh etmek olarak tanımlanmıştır.¹³

15-16. yüzyılda ilk dini vicdani retçilerin ortaya çıktığı düşünülürse, genişleyen Osmanlı’da devşirilmemiş protestan uyruklu da bu süreçten etkilenmiş sayılabilir. Ne var ki doktrinde bir görüşe göre¹⁴ Osmanlı’da kökleri zayıf olan protestan kültürün askerlikten muaf tutulma nedeni tamamen Hristiyan uyrukluğun kamu görevine dahil edilmemesiydi. Ne varki bu görüş içinde vicdani reddi barındırmayan bir din olan Müslümanlığın da koruyucusu ve temsilcilerinden olan Osmanlı İmparatorluğu’nun genç köylü Müslüman askerleri ile kentli elitlerinde dahi olmayan bu düşünceye rağmen ordunun kaçak firesinin yüksekliği şaşırtıcı olmaktadır.

Bunu daha net ifade etmek gerekirse, asker kaçaklığının oranı İslam dini esaslarını takip eden halifelik kurumunu devletin parçası haline getiren bir Osmanlı’da dahi Kur’anda savaş alanından geri dönmeyen (kaçmanın) kesin ve net olarak yasaklanmasına ve cehennem azabıyla karşılanmasına rağmen Hristiyan Avrupa’dan çok daha yüksektir.

Liman Von Sanders ilk başlarda bunu hatalı askeri politikalara bağlamışken daha sonraları ikmal koşullarının da bu duruma etki ettiğini ileri sürmüştür. Tıpkı kentlerdeki alt yapı sorunumuz gibi yapboz yöntemiyle tekrar tekrar oluşturulan, her savaşta dağılıp yeniden kurulan birlikler aidiyet duygusunu ortadan kaldırmaktaydı. Diğer yandan sefere çıkıldığında özellikle ilk birkaç günden sonra yetersiz erzakın tükenmesi ve birliklerin aç kalması kümeler halinde firar sonucunu doğurmaktaydı.¹⁵

Osmanlı’daki sosyolojik sorun aslında yurttaşlık duygusu ile bağlılığın azalması ve ordudaki ağır şartlarda hizmetti. Osmanlı’da dahi bir askeri inzibat bölüğü var ve kaçan askeri yoğun kent bölgelerinde aramaktaydı.¹⁶ Ne var ki kaçakların çoğu binlerce kilometre yürüyüşten sonra dağılan ordulardan olduğu için çoğu kırsal kesimdeydi ve

13 BAŞKENT, Can, **Vicdani Ret Yazıları**, Federe Yayınları, 2010, s.40

14 ZÜRCHER, Erick Jan, **Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu’nun Son Döneminde Asker Kaçaklığı**, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci içinde sf. 59, İletişim, İstanbul, 2008

15 SANDERS, Liman Von: **Fünf Jahre Türkei**, Berlin 1920, s.241; Zürcher, a.g.e ‘den naklen s.65

16 May’ın özellikle savaş zamanında belli gruplarla devletler arasındaki sosyal ilişkileri “grup ontolojisi” başlığında değerlendirdiğini düşünürsek, her iki taraf için de ontolojik dışlanmanın önlenmesi de belki bu ilişkinin devamlılığını gerektirmektedir. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. MAY, Larry, **Crimes Against Humanity, A Normative Account**, Cambridge Studies in Philosophy and Law, 2004, s.143

silahlarını yanlarında götürmekteydiler. Bundan dolayıdır ki bunların bulunması ve ele geçirilmesi hiçte kolay olmadığı gibi, bazen bu silahlarıyla çeteler kurup eşkıyalık yapıp yasadışı yaşam formları bile oluşturulabiliyordu. Bunu yapmayanlar geçtikleri kırsal bölgede misafir olarak kalabiliyorlar, halk onlara şefkat ve ev sahipliği gösteriyordu.¹⁷

Zürcher, 1920-21 arasındaki gizli celse zabıtlarına referans vererek, Kuvayı Milliye'den ayrılan asker kaçaklarının kolaylıkla silahlı yağmacılar gibi güvenlik tehdidi oluşturabileceğinden söz edip, 1920 yazındaki artan asker kaçaklarıyla birlikte Fevzi Paşa'nın ısrarlarına dayanamayan Meclis'in sonunda "Firari Kanunu"nu çıkarmasını ve İstiklal Mahkemelerini kurmasını anlatır.¹⁸

Gerçekten de yazara göre İstiklal Mahkemeleri hedefine ulaşmış, kaçaklığı yüzde 25 lerden İngiliz Genelkurmayı arşivlerine göre yüzde sekizlere indirmiş ve Sakarya Meydan Muharebesini kazanan 120 bin kişilik sağlam bir ordu oluşturmuştur. Yazar, yine aynı yönde düşünen diğer yazarlar gibi İngiliz, Fransız ve Almanların Birinci Dünya Savaşı kaçakları oldukları için vurularak idam edilenlere iade-i itibar yapılmış olmasını Kurtuluş Savaşı açısından neden örnek alınmadığı ve kuvayı milliye kaçaklarına neden iade-i itibar yapılmadığını sorgular. Ne var ki bu karşılaştırmada Yazar iki savaşın farklılıklarına atıf yapmadan çok basit ve kaba bir benzetme ile olayı çözümlenmeye girişir. Oysa iki durum çok farklıdır. Bir Dünya Savaşı'nda orduda yer almayı reddeden askerle ülkesi işgal altında iken işgalcilere karşı başlatılan ulusal mücadeleye katılmayı reddeden asker arasında fark olduğu gibi, ülke sınırları ötesinde savaşmaktan kaçan askerin yaratacağı silahlı başıboşluk ve güvenlik tehdidi ile ülke içinde yaratacağı güvenlik tehdidi çok farklıdır. Nitekim günümüz uluslararası hukukunda dahi savaşan tarafların "exclusion zone" (savaş alanı) ilan ettikleri bölgede kendilerine ait olmayan herhangi bir silahlı unsuru düşman unsuru sayacağını, uyarılmaksızın vurulacağını ilan etmeleri ile Birleşmiş Milletlerin uçuşa yasak bölge ilanları aynı güvenlik kaygısının modern dünyadaki görüntüleridir. Ülke sınırları içinde bir işgalci düşmanla çatışma anında karargâhı ve tüm ikmal yollarını, ülkenin sivililerini tehlikeye atacak şekilde vicdani redde izin verip ordudan silahlı güçlerin ayrılıp başıboş dolaşmasına izin vermek günümüz dünyasında dahi büyük bir saflık olarak tarihe geçebilir. Zira, Berdak'ın Ostric' e de atıf yaparak yazdığı üzere işgalci Sırp ordusundaki vicdani retçi ile işgal altındaki Hırvatistan ordusundaki vicdani retçiyi aynı şekilde değerlendirmek yanlış olur.¹⁹

Bu nedenle Osmanlı'nın iade-i itibar ettiği Yemen ordusu kaçağı veya Sivastopolu bombalamaya gitmek istemeyen Osmanlı ordusu kaçağı ile elinde bir tek Ankara kalan ve çok daha donanımlı ağır silahlı 100.000 askerli Yunan ordusuna karşı bir ölüm kalım mücadelesi veren Kuvayı Milliye ordusu kaçağının aynı koşullarda kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir.

17 GUSE, Felix, **Die Kaukasusfront im Weltkrieg bis zum Frieden von Brest**, Zürcher, a.g.e.'den naklen, s.66

18 Zürcher, a.g.e. s.64

19 BERDAK, Olivia, **Who owns your body: Conscientious Objectors in Croatia in 1990s**, Polemos 16 (2013) 1 s.39, [internet] hrcak.srce.hr/file/166702 erişim tarihi: 2.11.2014

III. Bir Direnme Modeli Olarak Vicdani Ret

Schinkel Ahlak felsefesine giriş yaptıktan sonra şu soruyu sormaktadır: bir konunun Vicdani Ret konusu olup olmadığını nasıl anlayacağız? Cohen vicdani ret probleminin dikkatle incelenmesi ve iyi anlaşılması gerektiğini düşünür. Çünkü beklenenden fazla ilgi görmelidir bu konu. Childress bir terim olarak vicdani reddi tartışır ve "bireyin kendisinin veya diğerlerinin eylemlerini vicdani olarak betimlemesinin ve değerlendirmesinin" ardında neler olduğunu anlamaya çalışır. Konuya deontolojik yaklaşıma çalışan Wiberg'e göre konu deontolojik ve teleolojik açıdan incelenmelidir.²⁰ Başkent burada yazarlardan Cohen'in yaklaşımına katılarak vicdani reddin ordunun lağvedilmesini amaçlayan bir sivil itaatsizlik yaklaşımı olduğunu, bunun bir hak olarak düzenlenmesinin kendi doğasına aykırı olduğunu ileri sürer. Doğrusu eğer, vicdani ret sürecinin var olan yasal düzene karşı bir sivil itaatsizlik sürecine konu olmasının gerçekten bir hak olarak düzenlenmesi bu durumun politik doğasına aykırıdır. Ne var ki hukuk ve siyasal sistemlerin böyle bir hakkı düzenlemesine belki de böylesi bir sivil itaatsizliği içinde barındırmak istemesi şeklinde bakılabilir. Ancak bu görüşte bu yazarların yaklaşımı gibi hak kuramının özüne ve anayasal sınırların zaten sivil itaatsizliği de kişi temel ve özgürlükleri ile birlikte doğal korumaya dahil etmesi düşüncesine yabancı kalacaktır.

Sivil itaatsizliğin Güney Kore'den, Hırvatistan'dan, Bulgaristan'dan, Yunanistan'dan, İsrail'den, Kıbrıs Rum Kesimi'nden gelen farklı öyküleri vardır. Bunlarla ilgili uluslararası platforma intikal eden bazıları Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, bir kısmı da Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu önüne gelmiştir.

Neden vicdani reddin ülkesi Amerika Birleşik Devletleri olarak bilinir?

Avrupa'da ilk Hristiyan vicdani ret tarikatları bilindiği üzere Quakerlar, Puritenler, Menonitler, 7. Gün Kilisesi, Amishler vs dir. Bunlardan büyük bir grup olan Quakerlar Amerika'ya göç eden pasifist grupların başında gelmektedir. Bundan dolayıdır ki bu ekip Amerika'ya yerleşmeleriyle yanlarında çok güçlü pasifist düşüncelerini de Amerika kıtasına taşımışlardır.²¹

IV. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika kıtasına Quakerlar ile yerleşen vicdani ret hakkı Amerikan anayasası açısından da ilk ve doğrudan tartışılan hususların başında gelmiştir. Kurucu babalardan olarak bilinen James Madison yeni ülkenin dinin ve devletin daha özgür bir düzende yerleşeceği, kimsenin dinine karışılmayacağı bir ülke olmasını öngörmeliyiz demiş, kendi değer ve bilgi ajandasını kurgulayan, kendi seçimlerini yapan bireylerin olduğu topraklardan söz etmiştir. Dahası, "Quaker" ların da içinde bulunduğu ilk Kongre lobicileri yeni yapılacak bir haklar bildirgesine vicdani ret hakkının da girmesi için çaba sarf etmişlerdir.²² Madison, Birinci Reform sonrasında ek olarak konulan kurma

20 WIBERG, Matti. **Grounds for Recognition of Conscientious Objection to Military Service: The Deontological-Teleological Distinction Considered**, Journal of Peace Research, Vol.22 No:4, 1985

21 CARNAHAN, Tara J, **The Quakers and Contentious Objection**, Historia 2011 Vol 20, s 2. <http://castle.eiu.edu/historia/archives/2011/2011Journal.pdf> erişim tarihi: 28.10.2014

22 CARNAHAN, Tara J, s.4

ve özgürce yerine getirme hakkının vicdani ret konusunu içeren tamamlayıcısı niyeti içinde ikinci reformda yer alan bir madde oluşturulması gerektiği kanısındaydı. Kendisine göre savaşa inanmayan ve dinsel olarak onaylamayan birinin orduda ve savaş bölgesinde yer alması doğru değildi.²³

3 Mart 1863 tarihinde iç savaştan hemen önce katılım yasası çıkarılmıştır. Bütün uğraşlara rağmen bir muafiyet hükmü çıkmamıştır. 24 Şubat 1864'te büyük uğraşlar sonucunda ilk kez aynı yasaya eklenen hükümlerle dini gerekçelerle vicdani ret hakkını kullanan kişinin "savaşan" kabul edilmemesi gerektiği, hastanelerde veya yaralıların yanında görev yapması ya da 300 dolar, yaralıları veya ölenlerin ailesine yardım amaçlı bağışlaması istisnası getirilmiştir.²⁴

Amerika Birleşik Devletlerinde seçimlik bir hak olarak vicdani ret durumu yasal olarak 18 Mayıs 1917'de düzenlenmiş ne var ki daha sonra müttefik güçlerle birlikte merkez güçlerine karşı savaşa giren Amerika Birleşik Devletlerinde bu yasa uygulanamamıştır. Daha sonra çıkarılan *Patriot Act* (Vatanseverlik Yasası) ile vicdani ret oldukça zorlaştırılmıştır. 1917'de düzenlenen yasada bütün erkekleri askerlik yoklama sistemine aldıktan sonra belirli dinsel gruplara ait kişileri sadece "savaşan olmayan" pozisyonlarında kullanmayı öngörmüş, 1940 yılında ise yeniden bir çalışma yapılmış, en son 1948'de yasa son haline getirilmiştir.²⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde iki dava bu konu ile ilgili tartışmalara yeni bir boyut katmış ve bir daha mahkeme önüne gelmemek üzere kapatmıştır. Bu davalar *Gillette v. United States* 401 U.S. 437 (1971) de çoğunluk görüşünü yazan Yargıç Marshall silahlı kuvvetlerde vicdanen yer almamak istemenin, yani vicdani reddin sadece tek bir savaşa karşı değil, bütün savaşları reddetme anlamına geldiğini belirtmektedir.

Amerikalı hukukçu Ronald Dworkin "Hakları Ciddiye Almak" isimli eserinin sekizinci bölümünde bir sivil itaatsizlik modeli olarak zorunlu askerlik yasalarına uyum göstermemekte direnen vatandaş konusunu ele almıştır.²⁶ Dworkin konuyu işlemeye çok çarpıcı ve provoke edici bir soru ile başlamıştır: "Hükümet zorunlu askerlik yasalarına vicdanen direnenlerle nasıl başa çıkacak?".²⁷ Vicdani reddin kısaca kanunsuzluk sayılmasını ve vicdani retçiye ceza verilmesi gerektiği gibi "sofistike" yaklaşımı ahmakça bir görüş olarak değerlendirmektedir.²⁸ Burada olayın bir ahlak- yasa anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi bile Dworkin için daha rasyoneldir. Aşağıda kronolojik gelişimini anlatacağımız Amerikan zorunlu askerlik yasalarına karşı Anayasal içtihat hukukunun hangi kültürel ve felsefi yaklaşım çerçevesinde oluştuğunu anlamak açısından bu tartışmayı biraz daha açmakta yarar var. Bir grup toplumsal kanaat önderi ile birlikte The

23 CARNAHAN, Tara J, s.5

24 CARNAHAN, Tara J, s.6

25 HUNTER, Edward, **Constitutional Law-Religious Belief Necessary for Conscientious Objector Exemption**, Louisiana Law Review, Vol.26 No.1 Aralık 1965, s.161

26 DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, çev: A.Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, 2009, s. 249-267

27 DWORKIN s.249

28 İbid.

New York Times gazetesinde ilan edilen imza kampanyası ile vicdani retçilere karşı suçlamaların kaldırılması öngörülmüştü.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk dava 1929 yılında *Schwimmer* davası olarak ortaya çıkmıştır.²⁹ Bir Macar göçmenin vatandaşlığa geçmek için yemin etmek istememesi sonucunda kendisine yeni ülkesini savunmak için silah altına alınıp alınmayacağı merak edildiğinde pasifist dünya görüşünden dolayı bunu yapamayacağını söylemesi üzerine görülen davada vatandaşlığa başvuran kişinin vicdani ret talebi 7-2 oyçokluğu ile yerinde görülmemiştir. Burada yüksek mahkeme özellikle vatandaşlığa alınma ayrıcalığının hiçbir zaman ulusal çıkarlara üstün tutulamayacağını belirtmiştir. Mahkemenin bu tutumu 1946 *Girouard* davasına kadar değişmemiştir.³⁰ *In re Hansen* davasında ise yasadaki vicdani retçi için konulmuş istisnadan yararlanmak isteyen başvuruçunun bu istisnadan yararlanması için vicdani retçi tanımına uyması gerekmektedir.³¹ Yasalardaki ortak vicdani retçi tanımında "dinsel eğitim" kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerine tartışılmıştır. *Head* davasında *Church of Christ* öğretisine bağlı başvuruçunun eğitiminde kilise başrahibinin askerlikten tam muafiyet, yani savaşan olmayan geri hizmetin dahi yapılmaması gerektiği yönünde bir anlatımda bulunmadığı, geri hizmet çalışmasında bulunabileceği ifade edildiği için bu başvuru reddedilmiştir. *In re Nissen*'de ise sekizinci daire "dinsel eğitim ve inanç" ifadesini tek bir kavram şeklinde alarak söz konusu inancın sadece üstün bir varlıkla ilişkilendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Daha sonra *United States v. Macintosh* davasında kişinin sadece kendisinin doğru bulunduğu savaşlarda yer alabileceği bir vatandaşlığın mümkün olup olmayacağı tartışılmıştır. Kanada kökenli Macintosh vatandaşlık başvurusunda "Ülkemin çıkarları için neyin uygun olduğunu düşünüyorsam onu yapmak istiyorum. Her ne kadar ülkem için önemli gözükse de uzun vadede insanlığa zarar vereceğini düşündüğüm bir hareketin içinde bulunmak istemiyorum. Doğru veya yanlış, hiçbir zaman sadece o zamanki hükümetin bakış açısına dayanarak ülkem için savaşa girme zorunluluğunu benim hissetmemiş olduğum durumlar söz konusu olabilir." demektedir.

Yüksek Mahkeme böyle bir davada dava konusu vatandaşlık başvurusu yemininin kişinin ulusal ödevini sadece kendi gerekli gördüğü zaman yerine getirecek olmasını kabul edilemez bulmuş ve ulusu temsil eden hükümetin uygun bulunduğu durumun zaten Tanrı'nın isteği doğrultusunda gerçekleşecek bir savaş olacağına hükmetmiştir. Burada Mahkeme özellikle bir fonksiyon tecavüzüne dikkat çekerek, vatandaşlığa alınma işleminin mahkemelerin değil Amerikan Kongresi'nin kararı olması gerektiğinin altını çizmiştir.

29 *United States v. Schwimmer* 279 U.S. 644 (1929)

30 "...Yemin metni şu şekildedir: "Birleşik Devletler'in Anayasası ve Yasasını bütün yerli ve yabancı düşmanlarına karşı koruyacağına buna gerçekten inanacağına ve sadık kalacağına.." İngilizce asıl metin: ". . . that he will support and defend the Constitution and Laws of the United States against all enemies, foreign and domestic and bear true faith and allegiance to the same." 34 STAT. 598

31 *Anonymus, Citizens and Citizenship- Naturalization -Exemption from Military Service Oath on Basis of Religious Belief Upheld (IN re Hansen, 148 F. Supp.187 (D.Minn.1957))*, *St. John's Law Review* Issue 1 Vol:32, December 1957, Number 1 Article 13

Diğer bir davada (*Hamilton*)³² ise bir eyaletin üniversite öğrencilerini yedek subay yetiştirme kurslarına gitmeye zorlayıp zorlayamayacağı tartışılmıştır. Metodist Kilise üyesi oldukları belirtilen bir grup öğrenci üniversitenin yedek subay hazırlama programına katılmak istemedikleri, kilisenin iki yıl kadar önce Tanrı'nın isteğine karşı olan herhangi bir savaştan uzak durulması gerektiği belirtilmiştir. Bundan dolayı bu programa katılımın seçimlik olması gerektiğini ileri sürmüşler ve bunun üzerine kayıtları dondurulmuştur. Daha sonra Mahkeme burada Kaliforniya eyaletinin üniversite öğrencilerine hazırlık programını almaya zorlama yetkisini kabul etmiş ve öğrencilerin almış oldukları pozisyonun anayasal olarak kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bir devletin nasıl ki vatandaşlarını koruma görevi varsa vatandaşların da devletin savunmasına yardımcı olma borcu vardır demektedir. Bundan dolayıdır ki eyaletin askeri hazırlık tutma ilkesinin kişinin reddedebilme hakkına tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu davanın *Machintosh* ve *Schwimmer*'dan farkı, ilk kez yüksek mahkemenin vicdani ret hakkının Amerikan Hukuk Sisteminde "**anayasal bir hak**" olarak var olmadığını ileri sürdüğü davadır.

Girouard davasında³³, Kanada kökenli *Girouard* vatandaşlık isterken askerlik yapamayacağını, çünkü kendisinin de bir üyesi olduğu *Yedinci Gün Adventist* (Mesih bekleyenler) Kilisesi'nin öğretilerine karşı olduğunu ileri sürmüştür. Bunun yanında orduda silahlı çatışmaya girmeyecek bir görevde yer alabileceğini ancak çatışmaya girmesini gerektiren bir görev alamayacağını belirtmiştir. Mahkeme ilk kez burada şöyle bir karar vermiştir: Ülke'nin dini özgürlüğe dayalı geçmişinin ülkeyi vatandaşlığa kabulde vatandaşlık yemininin bütün bölümlerinin istenmeyebileceği şekilde olabileceği ve çok eskilerden beri sahip oldukları kişisel inançları nedeniyle askerlik hizmetini göremeyecek şekilde vatandaşlığa kabulleri gerektiğine oyçokluğuyla (5-3) karar vermiştir.

Çoğunluk görüşü aynen şu şekildedir:

"Din özgürlüğü için mücadele devletin taleplerini bireyin vicdanına denkleştirmenin yüzyıllardır verilen bir mücadelenin eseridir. Bizim haklar bildirgemizde (Virginia) yer alan düşünce özgürlüğünün zaferi vicdanın merkezinde devletin de üstünde olan manevi bir güç vardır. İnsanlık çağlar boyunca devletin otoritesine veya Tanrı'ya bağlılıktan ziyade ölümden zarar gördü. İlk anayasal reform ile güvence altına alınan din özgürlüğü işte bu mücadelenin ürünüdür.. Savaş zamanı ülke savunmasına yardımcı olmanın bir vatandaş için birçok yolu vardır. Öldürmemek üzerine dinsel inancı olanların vatanseverliği ön saflarda çarpışanlardan hiç te az değildir"

Seeger davasında³⁴ bir kimsenin vicdani retçi olabilmesi için mutlak olarak bir yüce yaratana inanması mı gerektiği tartışma konusu edilmiştir. Bu konu çok kişi tarafından dile getirilmesine rağmen *Daniel Seeger* bu konudaki yasanın herhangi bir dine inanmayan vicdani retçileri dışladığını ileri sürerek Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Askeri Hizmet ve Eğitim Kanunu Bölüm 6 (j)' ye göre kişi belirli bir din veya inanca

32 *Hamilton v. Regent's of the University of California* 293 U.S. 245 (1934)

33 *Girouard v. United States* 328 U.S. 68 (1946)

34 *United States v. Seeger* 380 U.S. 163 (1965)

bağlı olduğunda askeri hizmetten muaf tutulabilir demek suretiyle aslında dini inancı olmayan ama vicdani ret hakkını kullanmak isteyen kişileri ayrıma maruz bıraktığını ileri sürmüştür.³⁵

Mahkeme burada oybirliğiyle, vicdani ret hakkından sadece "teist", yani tanrısal din ve inanç gruplarının üyelerinin yararlanacağını, bu durumun hiçbir tanrısal dine mensup olmayıp da felsefi, siyasal, sosyolojik veya kişisel görüşle bağıntılı olarak askerlik hizmetinden muaf tutulma yoluna kadar genişletilemeyeceğinin altını çizmiştir.³⁶ Burada mahkemenin önemli bir tespiti bir inancın "dinsel" veya ruhani dünyaya ait olması sadece onun bir büyük yaratana inanılması ile bağlı olmadığıdır. Bu karardan sonra Kongre yasayı değiştirmiştir. Zira aslında buradaki sorun daha çok Anayasal bir sorundur.

Welsh davasında³⁷ ise vicdani reddin sadece manevi ve ahlaki görüşe dayalı olup olamayacağı üzerine konuşulmuştur. Bu davada Askeri Hizmete kayıt yaptırmamakla suçlanan Elliot Welsh, Evrensel Askeri Hizmet ve Eğitim Yasası'nın 6. Bölümü (j) hükmü çerçevesinde kendisinin vicdani ret hakkını kullandığını söylemesine rağmen üç yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Bunun üzerine Yüksek Mahkeme önünde kendisinin vicdani ret hakkını seküler bir çatı altında kullanmak istediğini ileri sürmüş, kendisi için herhangi Yüce Yaratana inanma ya da inanmama konusunu mahkeme önünde açıklamanın mümkün olmadığını ileri sürmüştür.³⁸ Burada Yasanın 6. Bölüm (j) nin lafzı şu şekildedir: "Bu başlık altındaki hiçbir hüküm kendi inançları ve dini yetiştirilme şekli itibarıyla vicdani herhangi bir savaş içinde Amerika Birleşik Devletleri ordusunda yer alamayacağını bildiren kişiye uygulanamaz". Burada dini yetiştirilme ve inançtan kastedilen bir bireyin sosyal, felsefi, siyasal ve kişisel görüşler dışında Yüce bir yaratana karşı olan ödevlerini her türlü insani ilişkinin üzerinde tutuyor olmasıdır.

Gillette davası³⁹, özellikle bu olgu açısından son derece önem arz eden bir davadır ve net bir çerçeve çizmektedir. Bu davada sadece belli savaşlara karşı vicdani ret hakkının kullanılıp kullanılamayacağı tartışılmıştır. Gillette isimli Amerikan vatandaşı, askeri hizmet için kayıt yaptırmama nedenini ülkesinin ulusal savunması ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma operasyonlarında değil, Vietnam savaşı gibi dine, insani yaklaşımına veya derin ontolojik anlayışına karşı olan savaşlarda yer almak istememesi olarak açıklamıştır.

35 May'in grup ontolojisi önerisi burada karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de vicdani retçi tek başına felsefi nedenlerle değil, dinsel bir grubun üyesi olduğu zaman devletin muhatabı olabilmıştır. Günümüzde uluslararası hukuk açısından da bir grup başarısı olduğu söylenebilir

36 Yasa şu şekilde olduğu için açık bir hükümle Seeger sona erdirilmiştir. **72 Stat. 711 (1958)**, **50 U.S.C. §456(J)** (1964): «*Nothing contained in this title . . . shall be construed to require any person to be subject to combatant training and service . . . who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to participation in war in any form. Religious training and belief in this connection means an individual's belief in relation to a Supreme Being involving duties superior to those arising from any human relation, but does not include essentially political, sociological, or philosophical views of a merely personal moral code.*» HUNTER, Edward, s.161

37 *Welsh v. United States* 398 U.S. 333 (1970)

38 Bu durumu 1965 yılında öngören Hunter, makalesini bir Marksist, Varoluşçu ya da Anarşist için ne olacak sorusuyla bitirmektedir. HUNTER, Edward, s.167

39 *Gillette v. United States* 401 U.S. 437 (1971)

Bundan dolayıdır ki dava aslında genel olarak savaşa karşılık değil bazı savaşlara karşı olarak askerlik hizmetinden muaf tutulmanın mümkün olup olmadığı sorunsalı üzerine kilitlenmiştir. Başvurucular burada din özgürlüklerinin bazı savaşlar açısından vicdani reddi öngördüğünü ileri sürmüşlerdir. Çünkü bağlı bulunduğu dini kurallardan beşinci emir: “(onlar) öldürmeyecekler” demektir. Bundan dolayıdır ki haklı savaş ve haksız savaş arasında ayırım yapılmasını gerekli kıldığı ileri sürülmektedir. Böylece vicdani ret hakkının belirli savaş stratejileri ve belirli silahların kullanımıyla örtüşüp örtüşmemesine kadar genişletilip genişletilemeyeceği sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Benzer bir davada Negrón isimli başvurucu, kendi Katolik inançlarına göre haklı savaş ve haksız savaş kavramlarının vicdani ret nedenleriyle doğrudan ilişkili olduğunu ileri sürerek Vietnam Savaşı’nda yer almayı reddetmiştir.

Gillette’in başvurusu 8-1 oyçokluğu ile reddedilmiştir. Mahkeme burada iki sorunun yanıtını aramıştır. Birincisinde Kongre’nin yapmış olduğu yasanın sadece tüm savaşlara karşı çıkan vicdani retçilere uygulanacak bir askerlik hizmetinden muafiyet düzenleyip düzenlemediğini, ikincisinde de Kongre’nin yapmış olduğu böyle bir yasanın Anayasa’ya uygun olup olmadığıdır. Burada mahkeme orduda seçimlik vicdani redde dayalı bir yedeğe ayrılma veya görevden azli yasal bulmamış ve Kongre’nin bunu sadece tüm savaşlara karşı çıkılması şartıyla sınırlamasının anayasa aykırı olmadığını kararlaştırmıştır.

Burada yeri gelmişken Gillette v. United States davası üzerinde ayrıntılı olarak durmak gerekmektedir:

A.B.D Yüksek Mahkemesi 2. Dairesi, 9. Dairede görülen *Negre v. Larsen* (başvurucu 325) davasının temyizi ile birleştirilen bu davada, başvurucu 85 (Gillette)’in orduya yazılmamasından dolayı hakkında suçlama bulunmasına ve Vietnam Savaşı’ndan dolayı ordudan affını isteyen başvurucu 325’in durumlarının Vietnam Savaşı’nın “haklı bir savaş” olmaması iddiasıyla sözü geçilen savaşta vicdani ret haklarını 1967 Seçimlik Askeri Hizmet Yasası’nın 6. Bölüm (j)’ye göre mümkün olup olmadığının sonuçlandırılması için toplanmıştır. Daire, başvurucuların ikinci iddiası olan ilgili yasanın ilk Anayasal reformda din özgürlüğünün tesisi ve uygulamasını öngören hükümlerle çeliştiği iddialarını da tartışmıştır. Burada daha çok üzerinde durulacak olan mahkemenin soyut norm denetimi yapmasına olanak tanıyacak olan ikinci taleptir.

Daire birinci talebe karşılık olarak yasada sözü geçen “...herhangi bir şekilde bir savaşa karşı çıkan...” lara tanınan muafiyetin sadece bütün savaşlara karşı çıkanlara uygulanabileceği, dini gerekçelere dayansa dahi sadece belirli savaşlara karşı çıkanlara uygulanamayacağı kararına varmak suretiyle çözümlenmiştir.

İkinci talebi de

- a) Yasanın ilgili bölümünün dinler arasında bir ayrımcılık gözetmediği, başvurucuların muafiyet için tarafsız ve seküler bir yapı eksikliğini ispatlayamadıklarını
- b) Muafiyetin sadece kişisel vicdani inançları gözettiğini, mezhepsel yönelimleri olmadığını gözeterek reddetmiştir.

Çoğunluğun kararını Yargıç Marshall yazmıştır. Görüş şu şekildedir:

“
....

Askeri Seçimlik Hizmet Yasası hükmü⁴⁰: “Bu başlık altındaki hiçbir ..., dini eğitimi ve inançları gereği herhangi bir şekilde savaşa katılmayı vicdanen reddeden kimseyi çatışma eğitimi almaya ve Birleşik Devletler ordusunda yer almaya zorlayamaz.” şeklindedir...”

Devamı paragrafta askeri hizmet öncesi veya askeri hizmet sırasında (birliğe katılmadan sonra) vicdani ret uygulamasının mevcut yasa çerçevesinde mümkün olup olmadığını kararlaştırmıştır:

“...Bu hüküm normal şartlarda başvuru Gillette’in iddiasını orduya katılım öncesi için yönetsel olarak kontrolünü sağlamıştır. Savunma Bakanlığı yönetmeliği no 1300.6 (Mayıs 10, 1968), katılım sonrası için de, ordunun belirli branşlarında, aynı geçerliliğe sahip olduğu sürece, vicdani reddin mümkün olduğunu göstermektedir. Bundan dolayıdır ki hizmet sırasında vicdani reddi de Negre gibi davalarda, hizmet öncesi vicdani ret ile aynı yasal testlere tabi tutmak gerekmektedir.”

Bu konuları çözümledikten sonra argümanında bu testi her iki başvuru açısından uygulamak için öncelikli olarak sadece Vietnam Savaşına vicdani ret talebinin yasanın lafzına uygun olup olmadığını belirlemek için harekete geçiyor ve yasadaki “savaşa katılma” ifadesinin “bütün savaşlara katılma”yı reddetme şeklinde okunup okunamayacağını ve bu şekilde genişletilip genişletilemeyeceğini sorguluyor. Yasanın dilbilgisel anlamından “bütün savaşlar” şeklinde değil sadece “savaş” şeklinde anlaşılabilceği sonucuna varıldıktan sonra, bu şekilde bir tespitin başvurucular açısından sonucu değiştirip değiştirmediğini sorgulamıştır. Bu sorgulamada ise “herhangi bir şekil”e tabi “savaş”tan söz edildiği ve Vietnam Savaşı’nın da bu kapsama girdiğine atıf yaparak, başvurucuların dilbilgisel yorumla 6. Bölüm muafiyetinden yararlanamayacağı şeklinde sonuçlandırmaktadır.

Pozitivist hukuk anlayışının yoğun benimsendiği Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde ahlaki yükümlülüklerin hukukla ilişkisi üzerine en önemli örnek Harvard Hukuk Fakültesi Dekanı olan Erwin Griswald tarafından bu dönemde verilmiştir:⁴¹

“Hukukun özü, herkese eşitçe uygulanması ve kişisel gerekçeye bakılmaksızın herkesi bağlamasıdır. Bu nedenle ahlaki inanç nedeniyle sivil itaatsizlik niyetinde olan kişi bunu cezai mahkumiyet takip ettiğinde şaşırmmalı ve kızmamalıdır. Organize bir toplumun başka bir temelde devam edemeyeceğini kabul etmelidir”⁴² demektedir.

40 Askeri Seçimlik Hizmet Yasası 6 (j) 1967, 50 U.S.C. App. 456 (j) (1964 ed. Supp. V)

41 TIME dergisi konuyla ilgili oldukça eleştirel bir yazı yayınlamıştır. Söz konusu yazıda Harvard Hukuk Dekanı Erwin Griswald’un “Ghandhi’nin maruz kaldığı yasal süreçleri ve hatta ceza yaptırımlarını sivil itaatsizliği kutsayanların göze alması gerektiği” yönündeki görüşü ele alınmıştır. Diğer yandan NationalReview.com adlı sitenin editörü Daniel Foster, Nixon dönemi başsavcısı olarak da tanımladığı Erwin Griswald’un bu düşüncesini 13 Haziran 2013 tarihli “sivil itaatsizlik ile sadece yasayı ihlal aynı şey değil” başlıklı bir yazıyla eleştirmiştir. Bu yazının tamamına <http://m.nationalreview.com/article/350921/snowden-not-mlk-daniel-foster/page/0/1> adresinden, TIME Dergisi’ nin internet sitesinden sınırlı olarak erişmek için: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,838295,00.html> bağlantısı kullanılabilir. Erişim tarihi: **30.10.2010**

42 Orijinal ifadeyi şu şekildedir: “[I]t is of the essence of law...that it is equally applied to all, that it binds all alike, irrespective of personal motive. For this reason, one who contemplates civil disobedience out of moral

The New York Times isimli gazetenin bu beyana (Dworkin'in değerlendirmesiyle) "alkış tutması" ile birçok üniversiteden bin kadar öğretim üyesinin dahil olduğu Rahip William Sloan Coffin, Dr.Benjamin Spock, Marcus Raskin, Mitchell Goodman ve Micheal Ferber grubunun çok sayıda zorunlu askerlik celbine itiraz edilmesine yönelik ceza kovuşturmasının kaldırılması yönündeki ortak imza kampanyası, Adalet Bakanlığı tarafından "yasal zorunluluklarla ahlak kurallarının karıştırılması" olarak yorumlayan pozitivist bir duruşla yanıtlanmıştır.

Dworkin burada bir yandan Amerikan sisteminin sentetik ahlakçılığı üzerine eleştiri yapmakta bir yandan da Dekan Griswald'ın sivil itaatsiz muhaliflerin cezalandırılması gerekliliği yönündeki argümanlarındaki gerçeklik paylarını bir araya getirmektedir. Ahlakçılık eleştirisi vicdani retçilerin hapsedilmesi onları ve bu tehdidi üzerinde hissedenden aynı görüştekileri topluma yabancılaştırır demektedir. Cezalandırmanın haklılığı yönündeki görüş ise bu tür bir yasaya aykırılığın cezasız kalmasının toplumun adalete olan inancında ciddi bir aşınma olacaktır demektedir. Dworkin'e göre eğer devlet "oyunu oynamayacak" sınırlı sayıdaki insana hoşgörü gösterirse bu diğer yasaya uyan vatandaşlar açısından açıklanması zor bir durum da yaratacaktır.

Hem Dworkin hem başka yazarların dikkat çektiği önemli noktaların başında bir de dikkate değer sayıda insanın ahlaki nedenlerle uymamaya çalıştığı bir yasanın anayasal temelde şüpheli olup olmayacağı sorunsalıdır.

O dönemin yukarıda belirtilen davalarında da ahlak ve yasa bağlantısı çok fazla kurulmaktaydı. Dworkin özellikle bu bağlantıyı gözler önüne seren şu tabloyu çıkarmıştır:

- i- *Birleşik Devletler Vietnam'da ahlaka aykırı silahlar ve taktikler kullanıyor.*
- ii- *Savaş hiç bir zaman insanların vekillerince planlı, düşünülmüş ve açık oyla onaylanmamıştır.*
- iii- *Birleşik Devletler'in Vietnam'da, bir grup vatandaşının hayatını orada zorla ölüm riskine atmasını haklılaştıracak, tehlikeye düşmüş, uzaktan yakından yeterince güçlü bir çıkarı yoktur.*
- iv- *Eğer bu savaşta savaşmak için bir ordu toplanacaksa, bunu, üniversite öğrencilerini sonraya bırakan veya ayrı tutan, böylelikle ekonomik imkanları yetersiz olanlara karşı ayrımcılık yapacak bir zorunlu askerlik yasası ile gerçekleştirmek ahlaka aykırıdır.*
- v- *Zorunlu askerlik Yasası, dini nedenlerle savaşa karşı olanları ayrı tutar ama ahlaki nedenlerle belirli savaşlara karşı olanları ayrı tutmaz, bu durumlar arasında ilişkili(?) bir fark yoktur ve böylece zorunlu askerlik yasası bu ayrımı yaparak ikinci grubun ulusun saygısına birinci gruptan daha az layık olduğunu ima eder.*
- vi- *Zorunlu askerliğe karşı çıkma danışmanlığı yapmayı suç sayan yasa, savaşa karşı olanları bastırır, çünkü ahlaki olarak savaşmayı reddedenleri cesaretlendirmeden ve yardımcı olmadan savaşın tamamen ahlaka aykırı olduğunu öne sürmek imkansızdır."*

conviction should not be surprised and must not be bitter if a criminal conviction ensues. And he must accept the fact that organized society cannot endure on any other basis" çeviri DWORKIN, Ronald, Hakları Ciddiye Almak, Çev:Ahmet Ulvi Türkbaş, s.249

Dworkin sorunsalı bu şekilde belirledikten sonra hukukçu gözünden anayasal yaklaşımı şu şekilde çerçevlendirmiştir:

- i- *Anayasa uluslararası antlaşmaları ülkenin hukuk sisteminin bir parçası yapar ve Birleşik Devletler, muhaliflerin ulusu katılmakla suçladığı savaş fiilini illegal ilan eden uluslararası kongrelere ve sözleşmeye taraftır.*
- ii- *Anayasa Kongre'ye savaş ilan etme yetkisi verir; Vietnamdaki fiilimizin savaş olup olmadığı ve Tonkin Körfezi Kararı'nın 'deklerasyon' olup olmadığı, yasal konusu hükümetin kasıtlı ve açık bir karar verip vermediği ahlaki konusunun merkezindedir.*
- iii- *Hem Beşinci hem Ondördüncü Reformların ilgili yürütme maddeleri ve hem de Ondördüncü Reformun eşitliği koruma maddesi "yükümlülük veya sınıflandırma mantıklı değilse" seçilmiş bir sınıf üzerine uygulanan özel yükümlülükleri yasaklar; yükümlülük açıkça kamu yararına değilse veya "istenilen yarara hiç de uygun değilse" mantıksızdır. Eğer Vietnamdaki askeri fiilimiz muhaliflerin iddia ettiği gibi manasız ve sapkındıysa, o zaman askere gitme yaşındakilere yüklediğimiz mesuliyet mantıksızdı ve anayasal değildi.*
- iv- *Her şekilde üniversite öğrencilerinin lehine olan ayırım anayasal olarak garanti edilen kanun tarafından eşit korunmayı fakirlerden esirgedi.*
- v- *Eğer her savaşa karşı olma dini nedeni ile bazı savaşlara karşı olma ahlaki nedeni arasında uygun bir fark yoksa, o zaman mecburi askerlik yasasının yaptığı sınıflandırma keyfidir, mantıksızdır ve bu durumda anayasal değildir. Birinci reformun "din kurumu" maddesi organize din lehine hükümetin baskı yapmasını yasaklar; eğer Zorunlu Askerlik Yasası'nın ayrımı erkekleri bu yönde zorladıysa, aynı zamanda bu yönden de geçersizdi.*
- vi- *Birinci reform aynı zamanda konuşma özgürlüğüne müdahaleyi de yasaklar. Eğer zorunlu askerlik yasasının danışmayı yasaklaması savaş hakkındaki farklı görüşleri dile getirmeye engel olduysa konuşma özgürlüğü kısıtlanmıştır."*

Yukarda sözü edilen Anayasal temeller göz önünde tutulacak olursa çokuluslu federal bir devlette bu konunun yüksek yargı organı tarafından kristalize edilmesi son derece ilginçtir. Hem kamusal özgürlüklerin kısıtlanması hem de acaba böyle bir kristalizasyon birleşik devletleri oluşturan ulusların ortak değerine ulaşılabilmiş midir? Yanıtımız evet ise aşağıdaki konuyu ve kararı tartışmaya devam edebiliriz. Yanıtımız hayır ise belki aşağıdaki bölüm gözden kaçan noktalar konusunda ikna edici olabilir.

Sonuç Yerine: Ruhani Emirden Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülüğe Vicdani Ret Olgusu

Klasik uluslararası hukukun devletler ve devlet tüzel kişiliğinin oluşturduğu uluslararası örgütler açısından yükümlülük ve haklar doğuran yönü özellikle ikinci dünya savaşından sonra bir takım değişikliklere uğramıştır. Özellikle doğal hukukun yeniden doğuşu olarak adlandırılan süreçte uluslararası hukukun da etkilenmesi sonucu devletlerin temel hak ve özgürlüklerde koruyuculuk yükümlülüğü altına girmesi bu değişikliğin belkemiğini

oluşturmaktadır. Yine aynı kapsamda hem Birleşmiş Milletler'in kuruluşuyla başta saldırı suçu olmak üzere hem uluslararası hukukun emredici ilkeleri hem de insan hak ve özgürlükleri ile insancıl hukukun gerekleri pozitif hukukta düzenleme alanı bulmuşlardır. Bu düzenlemelere imza atan devletler ise karşılığında herhangi bir hak almak kaygısı taşımadan koruma yükümlülüğünü tek taraflı veya karşılıklı bağitlanmak yoluyla üstlenmişlerdir.

Buna rağmen zaman içinde doğal hukuktan özünü aldığını düşündüğümüz yaşam hakkı başta olmak üzere temel insan hak ve özgürlüklerinin kapsamı ve uygulaması alanında çok ciddi öznel farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten de bu hak ve özgürlüklerin sınırı zamanla gelişen devlet uygulamaları ve hukuk düşüncesi ile belirlenmeye çalışılmıştır. Yalnız burada ciddi bir epistemolojik sorunsal ile karşı karşıyayız: hangi öznel görüş, temel insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası korumasında nesnel değerler oluşturacaktır?⁴³

Yukarıda Dworkin tarafından sivil itaatsizlik modeli olarak öngörülen askerlik hizmetini reddetmenin Vietnam Savaşı'ndaki gibi ana ülkenin savunması ile ilgili olmayan ve vekalet parametresi ile askeri sürecin demokratik meşruiyetini sorgulayan şekli ile yine Amerikan Anayasa Mahkemesi tarafından vicdani reddin belli savaşlar yönünden değil askerlik hizmeti yönünden olması gerektiği şeklindeki görüşü karşı karşıya gelmektedir.

Bunun dışında vicdani ret ile ilgili Amerikan ulusal hukukundan kaynaklanan bir hakkın neredeyse onlarca yıl sonra Avrupa'nın bir kısmında fakat farklı şekillerde tanınmış olması acaba burada bir kamu özgürlüğünün kültürel görecelilikten kurtulup uluslararasılaştığı anlamına gelmekte midir? Bu soruya yanıtımız evet ise bu özgürlüğün uluslararasılaşması veya ulus ötesi kimlik kazanması acaba ondan devletler açısından uluslararası alanda bir erga omnes yükümlülük doğmasını sağlar mı?

Ackerly, Cohen'in⁴⁴ gözünden bakıldığında evrensel insan haklarını kültürlerarası kuramsallaşma gibi entelektüel bir süreçten geçtiğini ileri sürerek "evrensel kamusal gerekçe" formunun yakalandığını ve Cohen'in Konfüçyüzm, İslam ve Katolizmin farklılıkların evrensel kamusal gerekçenin dinamizminde kaybolacağını ileri sürmekte ve bu söylemi eleştirmektedir.⁴⁵

Diğer yandan insan hakları kuramının değerleri evrenselleştirme yönündeki yaklaşımının uluslararası hukuk açısından sonuçlarına baktığımızda elimizde sözleşmeye dayalı hukuk dışında net bir vicdani ret hakkı ya da özgürlüğü görünmemektedir. Sözleşmeye dayalı hukuka baktığımızda ise karşımıza Avrupa Birliği Anayasası'nın din ve vicdan özgürlüğüne dayalı 10. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4(3) b düzenlemesi dışında bir açık hüküm çıkmamaktadır. Amerikan Federal Sistemi, BM İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa Konseyi dışında konuya uluslararası hukukta kurumsal bir yaklaşım getirilmemiştir.

43 ACKERLY, A Brook, s.112

44 COHEN, Carl, **Conscientious Objection, Ethics**, An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy, Vol 78 No.4 July,1968 <http://carl-cohen.org/docs/Conscientious%20Objection.pdf>, Erişim Tarihi: **2.11.2014**

45 ACKERLY, A Brook, s.112

Peki, uluslararası hukukun doğasından gelen bir gelenek hukuku, *ius cogens* kural ya da *erga omnes* yükümlülük burada söz konusu olabilir mi?

İlk olarak şu noktaya değinmekte yarar bulunmaktadır. Uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisinde ilgili devletin uluslararası hukuk yönünden iradesini tespit etmek için iç hukuk sorunlarının aşılması gerekmektedir. Yani, ulusal hukukta anayasal engellerin veya belirsizliklerin olduğu bir kuralın uluslararası hukukça benimsenip ulusların ortak değeri olarak entegre edilmesi olası değildir. Bu nedenle yukarıda Dworkin'in altını çizdiği konuyla ilgili belirsizlikler önemlidir.

Zira, örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinden bakacak olursak, Anayasanın Din ve Vicdan Özgürlüğü başlıklı 24. maddesi, Zorla çalıştırma ve kölelik yasağı başlıklı 18. maddesi düzenlemeleri ile vatan görevi başlıklı 72. maddesi birlikte değerlendirildiğinde Anayasal netlik olduğundan söz edilemez. Burada kamusal yükümlülüğün netliği ile diğer özgürlükler arasında anayasa bir bağlantı kurmamıştır.

Diğer yandan Dworkin, Berdak gibi yazarlar ile birlikte Venedik Komisyonu da Kıbrıs Ulusal Muhafız Ordusu'na katılmak istemeyen vicdani retçi için verdiği kararda vatan savunması için gerekli askerlik yükümlülüğünün vicdani ret konusu olamayacağını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Bayatyan* kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Gillette* kararı bu hak veya özgürlüğün kökeninin din özgürlüğü kapsamında bulunduğundan söz ederken kişinin bu nedenle yapacağı vicdani reddin her türlü silah altına alınma yükümlülüğünü kapsamaması, seçimlik vicdani ret olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Dinsel referans kökenli vicdani reddin seküler hukuk sistemlerinden çıkarak ortak bir değer haline gelmesi ancak bir hak değil, bir özgürlükle mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin seküler devlet okullarında dini semboller bulunması ile ilgili bir şikayet üzerine görülen *Lautsi* kararında hem katılımcıların hem de taraf devletin görüşü dikkate alınarak vardığı sonuç da bu şekilde özgürlükten yanadır. Daire burada kişinin din özgürlüğüne müdahale var derken, büyük daire bu kararı bozarak kültürel öğeleri ve ortak değerleri ön plana çıkarmıştır. Ulusal hukuk üzerine çalışan akademisyenlerin bütüncül yorum ya da metni aşan yorum dedikleri bu yaklaşımın uluslararası hukukta yansımaları olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hem *Bayatyan* hem *Lautsi* kararlarında vermiş oldukları kararlar ile devletlere yüklemiş oldukları yükümlülüklerin irdelenmesinde yarar vardır. Bu çalışmadaki önemli sorunlardan biri de burada sözü edilen yükümlülüklerin Uluslararası Adalet Divanı'nın *Barcelona Traction* Dictum'da 34-35. maddelerde altını çizmiş olduğu devletleri iki taraflı veya çok taraflı antlaşmalar dışında üçüncü devletler tarafından ileri sürülebilecek bazı yükümlülüklerden sayılıp sayılamayacağıdır? Bu soruyu "evet, o yükümlülüklerden sayılır" diye yanıt vermek çok zordur. Zira, uluslararası hukuk gözünden din özgürlüğü ile kamusal yükümlülük arasında bazı parametreler bu konuda tamamen hatalı okunmakta ve saldırı suçu oluşturacak eylem sanki kamusal bir yükümlülük olarak tanıtılıp özgürlüğün karşı dengesine oturtulmaktadır. Dahası aslında savunma adına yapılan askerlik hizmeti "öldürmeyiniz" emrine uymayanları engellemeye yönelik olduğu gibi meşru savunma da neredeyse hukuktaki tüm kural tiplerinin ortak değeri olarak düşünülebilir.

İşte bundan dolayıdır ki “öldürmeyiniz” in uluslararası hukukta pozitif veya negatif kural karşılığı insan yaşamının ve uluslararası kamu düzeninin korunmasına yönelik olan *ius cogenste* kendini bulurken bu devletler açısından *erga omnes* yükümlülük oluşturmaktadır. Devletin böyle bir erga omnes aktif yükümlülüğü var iken bu yükümlülüğü tek tek bireylere de dağıtan din kuralını *opinio iuris* ile uluslararası hukukun sözleşme dışı kurallarından biri haline getirmek özellikle uluslararası hukuk argümantasyonu açısından büyük zorlama olacaktır.

Bu tartışmanın kendi ontolojisi çerçevesinde baktığımızda da aslında 1899 Lahey Barış Konferansından beri saldırı eyleminin suç sayılması ve saldırgan savaşların sona erdirilmesi yönünde oluşan kurallar zaten vicdani ret kurumuna gerek duyuracak bir boşluğa veya belirsizliğe sahip değildir. Nitekim doğası gereği meşru savunma seçimlik bir haktır, dinsel duygulardan ziyade ulusal ve ülkesel kaygılarla meşru savunma eylemi ortaya çıkmaktadır. Böyle bir eylemde yer almak için de zaten aynı ulusal hedefleri yaşayan insanlar olması gerekmektedir. Saldırı veya işgal altındaki ulusun asıllarının istemediği bir meşru savunmayı vekilleri eliyle, son derece paternalist yaptırımlarla gerçekleştirmesi mümkün değildir. Böyle bir anlayışa dayalı zorunlu askerlik ise burada yer almak istemeyene yine diğer ulusal veya uluslararası hukuk kurumları çerçevesinde bu hakkı vermiştir. Bir topluma ortak hedef, yurttaşlık, vatandaşlık duygusu ile bağlı olmanın kimsenin zorla asker yapılması hem doğal hukuk hem pozitif hukuk çerçevesinde mümkün olmamalıdır.

Son olarak vicdani ret öznelinden self-determinasyon ve direnme hakkı gibi kamusal özgürlükler çerçevesinde oluşan nesnel, kolektif hak ve özgürlüklere yönelik bilişsel saldırı üzerine konuşmadan tartışmayı bitirmek eksiklik olacaktır. Bireyciliğin ve öznel ahlakın kutsandığı günümüzde bazı kolektif süreçler tamamen unutulabilmekte veya değerler dizininde arka sıralara atılabilmektedir. Hem ulusal hukuk hem uluslararası hukuk açısından son derece önemli iki hak olan self-determinasyon ve direnme hakları genelde kolektif meşru savunma süreçleri ile birlikte gerektiğinde kuvvet kullanarak oluşmaktadır. Ülkesinin tamamı ya da bir kısmı saldırı altında olan bir halk, işgal, işkence, insanlığa karşı suçlardan kurtuluş mücadelesi veren bir halkın oluşturduğu silahlı güç “öldürmeyiniz” emrine karşı gelmek için değil, ulusların, milletlerin, halkların köleleşmemesi için verdiği mücadele için oluşmuşlardır. Sadece bu güçte yer almayı reddetmenin gerekçesi olarak o gücün idealist ve toplumların bağımsızlığı için kendini feda edebilecek bireylere “öldüren-katil” damgası vuracak bir söylem ve bu söylemin hukuksallaştırılması kökenini Roma’da bulan batılı, kolektivist, aydınlanmış hukukun toplumcu-cumhuriyetçi epistemolojisine aykırıdır.

KAYNAKÇA

- ACKERLY, A BROOK, **Universal Human Rights in a World of Difference**, 2008, Cambridge,
- AGAZZI, Evandro, **Man and Nature in Ethics**, İonna Kuçuradı Çağın olayları Arasında (Der. B.Çotuksöken vd.), Tarihiçi Kitabevi, İstanbul 2014
- ANONYMUS, Citizens and Citizenship- Naturalization -Exemption from Military Service Oath on Basis of Religious Belief Upheld (IN re Hansen, 148 F. Supp.187 (D.Minn.1957)), **St. John's Law Review** Issue 1 Vol:32, December 1957, Number 1 Article 13
- ATATÜRK, Mustafa Kemal, **Zabit ve Kumandan ile Hasbihal**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları,9. Baskı,2011
- BAŞKENT, Can, **Vicdani Ret Yazıları**, Federe Yayınları, 2010,
- BERDAK, Olivia, **Who owns your body: Conscientious Objectors in Croatia in1990s**, Polemos 16 (2013) 1 s.37-51, [internet] hrcaak.srce.hr/file/166702 erişim tarihi: 2.11.2014
- BROCK, Peter, **Pacifism in Europe**, to 1914, Princeton University Press,
- BRÖCKLING, Ulrich, **21. Yüzyılın Başında Vicdani Red**, ÇINAR/ÜSTERCİ Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel kaynaklar ve Deneyimler (2009) içinde, s.71
- CARNAHAN, Tara J, The Quakers and Contentious Objection, *Historia* 2011 Vol 20, s 2. <http://castle.eiu.edu/historia/archives/2011/2011Journal.pdf> erişim tarihi: 28.10.2014
- COHEN, Carl, Conscientious Objection, Ethics, **An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy**, Vol 78 No.4 July,1968 <http://carl-cohen.org/docs/Conscientious%20Objection.pdf>, Erişim Tarihi:2.11.2014
- DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, çev: A.Ulvi Türkbağ, Dost, 2009
- GUSE, Felix, **Die Kaukasusfront im Weltkrieg bis zum Frieden von Brest**, Zürcher,a.g.e'den naklen, s.66
- HUNTER, Edward, Constitutional Law-Religious Belief Necessary for Conscientious Objector Exemption, **Louisiana Law Review**, Vol.26 No.1 Aralık 1965
- MAY, Larry, **Crimes Against Humanity, A Normative Account**, Cambridge Studies in Philosophy and Law, 2004
- NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2010, cilt 7 sayı 13, s. 252
- SANDERS, Liman Von: **Fünf Jahre Türkei**, Berlin 1920, s.241; Zürcher, a.g.e 'den naklen s.65
- SCHINKEL, Anders, **Conscious and Conscientious Objections**, Amsterdam University Press, 2007
- SCHOWALTER, Dennis, **1815-1864 Avrupa'nın Savaş Tarzı, Dretnot, Tank ve Uçak; Modern Çağda Savaş Sanatı 1815-2000** (Çev: Yavuz Alogan) s.40,Kitap Yayınevi, İstanbul,2003
- TREBLE, H. A / KING K.M. **Everyday Life in Rome in the time of Caesar and Cicero, 1966**, 13. Basım, Oxford, Clarendon Press
- ZÜRCHER, Erick Jan, **Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu'nun Son Döneminde Asker Kaçaklığı, Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci içinde sf. 59,İletişim, İstanbul ,2008