

Vicdani Ret ve Uluslararası Hukuk II: Sözleşmeyi Bayatyanla Okumak..

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

Giriş50
I. KISA ULUSAL DÜZENLEME ANALİZİ50
II. ULUSAL VİCDANİ RET SÖYLEMİNİN İZLERİ.56
III. AVRUPA MAHKEMESİNE KISA YOLCULUK.57
A. BAYATYAN KARARI51
B. MAHKEMENİN BAYATYAN KARARI63
C. BAYATYAN KARARI ÜZERİNE GÖRÜŞLER56
Sonuç: Bayatyan Üzerinden Yargısal Aktivizm ve Kavram Kargaşası68

ÖZET

Bu çalışmada uluslararası sözleşme hukukunun din özgürlüğü ile ilgili düzenlemesinin aktivist bir yorumla baskılanması üzerine bir tartışma yaratılmak istenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu Sözleşme'yi yorumlama şekli üzerine yapılan birçok çalışmada yapıldığı üzere pozitif hukukun genel kurallarına da atıf yapılacaktır. Sözleşmeyi doğal hukukun rönesansı çerçevesinde yorumlayan ve bireysel özgürlüğü her şeyin üzerinde gören yaklaşım uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde Bayatyan kararını yeniden okumak suretiyle tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Vicdani ret, uluslararası hukuk, sözleşme hukuku

ABSTRACT

Conscientious Objection and International Law II: Interpreting the Convention in the Light of Bayatyan

In this study, an activist approach on interpretation of treaties in terms of religious liberty will be discussed. General interpretation rules of positive law will be considered with reference to interpretation method applied to European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights. The approach interpreting the Convention as a Renaissance of Natural Law and overriding any other value to save the public liberty of individual will be discussed re-evaluating Bayatyan decision.

Keywords

Conscientious objection, international law, treaty law

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

Giriş

Bu çalışmada uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde vicdani ret kurumunun mevcut durumunu ele alınıp, ulusal mevzuatımızdan yola çıkılarak uluslararası sözleşme hukukuna Bayatyan müdahalesi ile oluşan süreç eleştirel bir dille yeniden betimlenmeye çalışılacaktır. Özellikle ve öncelikle yasal mevzuat ve Türkiye Cumhuriyeti açısından tarihsel gelişmeler çerçevesinde incelenip, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin Bayatyan kararını merkeze alan uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uluslararası kamuoyunun bakışı değerlendirilip, bu karar merkezinde devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri sorgulanacaktır.

Mevcut durumda ulusal kamuoyunda konuyla ilgili bilgi azlığı adeta vicdani ret kavramı ile seçimlik askerlik hizmeti anlayışı arasında büyük bir yaklaşım çeşitliliği yelpazesi oluşturmuştur. Kamuoyu, konuyu sadece gündemi arasına meşgul eden ama içeriği belirsiz bir konu olarak görmektedir. Bu nedenle incelemeye askerlik hizmeti ile ilgili ulusal düzenimizden örnekle pozitif hukukun ulusal sistemde görünümünden başlanıp, konunun temel hak ve özgürlük sorunu olarak uluslararası mahkemeye intikalinden söz edilecektir. Sonrasında ise bu uluslararası mahkemenin önemli bir kararı olan Büyük Daire Bayatyan kararı değerlendirilip, hem pozitif hukuk hem de hukuk düşüncesi açısından yol açtığı sorunlar tartışılacaktır.

I. Kısa Ulusal Düzenleme Analizi

Vicdani red kavramı ile Türk hukuku ilişkisi her zaman tartışılmıştır. Konuya ilişkin yasal düzenleme Türkiye'de hiç bir dönemde yapılmamış olsa da uluslararası sözleşmeler yoluyla Türkiye'nin aslında bunu kabul ettiği ve iç hukuk düzenlemesinin yerine getirmesi gerektiği görüşlerinden başlayıp ayrıca bir düzenlemeye gerek kalmaksızın ulusal mahkemelerin uluslararası sözleşme maddelerine atıf yaparak doğrudan vicdani red hakkını tanıması gerektiğini söyleyen görüşlere göre değişik yaklaşımlar bulunmaktadır.

Bu çalışmanın konusu yukardaki tartışmada doğru-yanlış etiketlemeleri yapmak yerine, yasa ve anayasa sistematîğinden giderek ve uluslararası hukuku kurallarına atıf yaparak mevcut hukukun görünümünü tartışmaktır.

İlk olarak karşımıza Anayasa normlarının konuya nasıl uygulanacağı sorunsalı çıkmaktadır. Zira Anayasa'da 90. madde dahil olmak üzere normlar arasında bir hiyerarşi uygulayacak olursak, iç hukukla uluslararası sözleşmeler arası bir hiyerarşi olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir.

Anayasa'nın ilgili maddelerinin vicdan özgürlüğü ile ilişkisini geçmiş anayasa mahkemesi kararları ve doktrin çerçevesinde belirleyip buradan genel bir Anayasa'da vicdan özgürlüğü portresi çıkarmaya çalışılacaktır. Daha sonra Anayasa 90. madde ele alınacak ve 90. madde çerçevesinde önce Anayasa normu içermeyen iç hukuk düzenlemeleri; daha sonra da uluslararası hukuk kaynakları ele alınacaktır. İç hukuk düzenlemeleri ile uluslararası hukuk normlarının 90. maddede sözü edildiği üzere aynı konuda farklı düzenlemeler yaratıp yaratmadığı tespit edilecektir. Bu karşılaştırma yapıldıktan sonra, eğer aynı konuda farklı bir düzenleme bulunduğu tespit edilmesi halinde uluslararası hukuk kuralı esas alınacaksa, bu kuralın ne olduğu belirlenmeye çalışılacaktır.

Son olarak ise belirlenmiş uluslararası hukuk kuralı ile 90. madde dışındaki Anayasa kuralları arasında farklılık bulunursa bu durumda nasıl bir yol izleneceği konusu tartışılacaktır.

A- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın İlgili Maddelerine Bakış

Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesinde

Madde 2- *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir"*

Bu maddeden anlaşılacağı üzere Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri için belirli unsurlar tanımlanmaktadır. Bu unsurlar,

- Toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde olma
- İnsan haklarına saygılı olma
- Atatürk milliyetçiliğine bağlı olma
- Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma sayılabilir.

Yine Anayasa'nın yasa önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Madde 10- *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."*

Anayasa maddeleri değerlendirilirken mutlaka belirli maddelerdeki ilgili anahtar sözcükler değil, maddenin bütünü içinde kavramların anlamlarını ortaya çıkarmak gerekir. Bundan dolayı askerlik hizmetinden muaf tutulma konusunda vicdani ret hakkı tanınırken anayasanın sadece "din ve vicdan hürriyeti" başlıklı 24. maddesi, "zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. maddesi ile "vatani görev" başlıklı 72. maddesine değil, bu

maddeler ile ilintili bulunduğunu düşündüğümüz ve yasalar önünde eşitliği öngören 10. maddesi ile Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesi çerçevesinde de ele alınmalıdır. Zira bu hakkın tanınması her ne kadar din ve vicdan özgürlüğüne, zorla çalıştırma yasağına uygun gözüküyor ise de “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde olma”ya, “Atatürk Milliyetçiliğine bağlı olma” ya veya 10. maddedeki gibi yasalar önünde eşit olmaya uygun sayılabilecek midir?

Bundan dolayıdır ki, Anayasa'nın bu dört maddesinin vatani vazifeyi düzenleyen 72. maddesi ile birlikte düşünülmesi ve uygulanması gerekir diye düşündüğümüzde karşımıza nasıl bir çerçeve çıkacak sorunsalı irdelenmelidir.

Şimdi mevzuata kısaca bir göz atmak yerinde olacaktır:

II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

Madde 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.) *Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*

III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

Madde 14- (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.) *Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması

Madde 15- *Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası huktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*

(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) *Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*

İlk olarak Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen birinci bölümündeki zorla çalıştırma yasağı ve din ve vicdan özgürlüğü başlıklı 18. Ve 24. maddelerinin çerçevelerini belirlemek gerekmektedir.

Anayasamızın “Zorla çalıştırma yasağı” başlıklı 18. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Madde 18- Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”

Ana kural olarak zorla çalıştırmayı ve angaryayı düzenledikten sonra şekil ve şartları kanunla düzenlemek suretiyle vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarını zorla çalıştırma olarak kabul etmemektedir. Zorla çalıştırma yasağının kökeni köleliğin henüz yasak olmadığı yüzyıllar öncesi kültürden gelmektedir.¹ Bundan dolayıdır ki hem ulusal hem uluslararası hukuk bakımından köleliğin yasaklanması bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Çok gerilere gitmeden İkinci Dünya Savaşı Almanyası’nda bir zorla çalıştırma programı olduğu bilinmektedir.² Ne var ki modern dönemde zorla çalıştırma, çok yeni ve farklı modellerde kendini gösterebilmektedir.³ Bu durum neyin zorla çalıştırma yasağı kapsamında olduğunu tanımlamayı da oldukça zorlaştırmaktadır.⁴ Buna rağmen Anayasalar genel ve soyut haklar oluşturarak ulusal anlamda modern hukukun bu korumasından anayasal yetki alanındaki bireyleri yararlandırmaya çalışırlar.⁵ Özellikle anayasa tarafından getirilmiş bu korumanın çerçevesi iş ve sosyal güvenlik yasalarında çalışan hakları olarak veya ceza yasalarında insan kaçakçılığının önlenmesine yönelik yaptırımları olan ceza normları yoluyla yerine getirilmeye çalışılırlar. Bunlar dışında bu hak ve özgürlükler devletin yetki ve işleyişi ile bir denge halinde düzenlendiği için öncelikli olarak kamusal yükümlülüklerle karşı bir koruma sağlarlar.⁶ Acaba kamusal yükümlülük askerlik gibi ulusal güvenliği ilgilendiren bir konu ise dahi bu haklar her şekilde mutlak olarak devreye girer mi?

Diğer bir deyişle, askerlik gibi bir vatandaşlık ödevinin yerine getirilmesini Anayasa zorla çalıştırma yasağı kapsamına almamıştır. Bundan dolayıdır ki bu istisna ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 4 tarafından da güvence altına alınan zorla çalıştırma yasağının içine askerlik mevzuunun yerleştirilmesi maddenin bu haliyle mümkün gözükmemektedir. Buradan uluslararası sözleşmenin Anayasa 18 ile tam olarak örtüşmeme ihtimali üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasamızın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Madde 24- “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

1 MARTINEZ, Jenny S, **The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law**, Oxford University Press, 2012, s. 13

2 SCHNABLY, Stephen / RICHARD, Wilson / SIMON, Jonathan / TUSHNET, Mark, **International Human Rights and Humanitarian Law, Treaties, Cases and Analysis**, Cambridge, 2006, s.127

3 MARTINEZ, Jenny S, s.163;

4 CLAPHAM, Andrew, **Human Rights: A very Short Introduction**, Oxford, 2007 s.27

5 GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunda Metodoloji**, Ekin, Bursa, 2013, s.141-144

6 CLAPHAM, Andrew, s.137, 139, 155

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. "

Din ve vicdan özgürlüğünün düzenlendiği 24. madde vicdani ret ile ilgili bir düzenlemeye sahip değildir. Bundan dolayıdır ki bu maddenin içeriği ile ilgili yorum yapmak için öncelikle maddenin ontolojik sorgulamasının yapılması gerekmektedir. Anayasaya içerik olarak tarihi, felsefi, sosyolojik ve hukuksal yaklaşımlar çerçevesinde düşünülmelidir.⁷ Bu çerçevede ontolojik sorgulama çok daha kolay olacaktır ve madde gerekçesi ile karıştırılması engellenebilecektir. Ontolojik sorgulama hükümlerin içeriği açısından da önemli ipuçları verebilecektir.

Anayasamızın Vatan Hizmeti başlıklı 72. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Madde 72 - Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.

72. madde sadece silahlı kuvvetler değil aynı zamanda kamu kesiminde yerine getirmekten söz etmektedir.

B. Anayasa'nın 90. Maddesi Çerçevesinde İnceleme

a) İç Hukuk Kurallarının Analizi

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1.maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 1- Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek işbu kanun mucibince askerlik yapmaya mecburdur.

Aynı Kanun'un 4/B maddesi ise şöyle bir düzenleme öngörmektedir:

Madde 4- "...

B) Kamu Kurum ve kuruluşlarında görevlendirilecek yükümlülerle ilgili işlemler:

a) *Yükümlü istihdam etmek isteyen kamu kurum ve kuruluşları, ihtiyaç miktarlarını her celp döneminden iki madde,bağlı veya ilgili buldukları bakanlık eliyle Milli Savunma Bakanlığı'na bildirirler.*

b) *Kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilecek yükümlülükler arasından, Genel Kurmay Başkanlığı'nca belirlenecek miktar ve esaslara göre, kura çekmek suretiyle tespit edilir ve ayrılır. Genelkurmay Başkanlığı'nca Türk Silahlı Kuvvetleri ihtiyacı olarak önceden belirlenen tahsil ve meslek gruplarında bulunan yükümlüler bu kuraya iştirak ettirilmezler.*

c) *Kamu kurum ve kuruluşlarınca görevlendirilen yükümlülerin istihdam şekilleri ile tabi olacakları esas ve usuller Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilirler. ..."*

b) *Uluslararası Hukuk Kurallarından Sözleşme Hukukunun Tespiti*

i) *Avrupa Konseyi çatısı altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*

7 GÖZLER, Kemal, s.157-161

Sözleşmenin 9. maddesi düşünce din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almıştır. Bu madde çerçevesinde düşünce din ve vicdan özgürlüğü düzenlenmiş, bunlara sınırlamaların hangi şartlar altında getirilebileceği yine sözleşmede düzenlenmiştir. Metin aşağıdaki gibidir⁸:

“..

Madde 9-

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir..”
- ii) Birleşmiş Milletler Çatısı Altında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Md.18
Burada iki ayrı belgeden söz etmek gerekmektedir. Bunlardan birincisi 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir.
Bunlardan ilki olan BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi metni şu şekildedir:

Madde 18- Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.

İkinci metin yine Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir:

Madde 18-

Düşünce, vicdan, ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne 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 özgürlüğü de içerir.
2. Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz.
3. Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

8 Anayasa Mahkemesi resmi web sitesi çevirisidir. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf ; erişim tarihi **2.11.2014**

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

C. Anayasa ile Uluslararası Hukuk Kuralları Arasındaki Denge

Anayasamızın 90/5. maddesinin son fıkrasında “usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun aynı konuda farklı hükümler içerirse uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır” demekle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara bir “öncelik” tanınmıştır. Uluslararası hukuk kuralı esas alınır demekle iç hukuk hükmü tamamen kaldırılmış olmayıp ikincil bir duruma sokulmuş ve uluslararası hukuk kuralına öncelik verilmiştir. Bundan dolayı öncelikli olarak uluslararası hukuk kuralının uygulanması gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki bakılması gereken önce iç hukukun sonra da uluslararası hukukun bu durumu nasıl düzenlediğidir. Daha sonra da öncelikli olarak uygulanacak yani esas alınacak olan içeriğin ne olduğunun çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir.

II. Ulusal Vicdani Ret Söyleminin İzleri

9 Mart 2012 tarihli anonim Hürriyet Daily News haberine göre, Türkiye’de ilk kez vicdani ret hakkı bir mahkeme tarafından tanınmış oldu.⁹ Beş ay askerlik yaptıktan sonra dini nedenlerle askerlik hizmetine vicdani ret hakkını kullanmak istediğini söyleyen, bu nedenle askeri mahkeme karşısına çıkarılan kişinin talebi Malatya Askeri Mahkemesi tarafından vicdani ret hakkının gerekçesinin uygun olmaması nedeniyle reddedilirken böyle bir hakkın varlığı tanınmıştır. Hakkın varlığından söz eden mahkeme ne var ki bu hakkın gerekçesine uygun bir davranışta bulunmayan asker adayının yaklaşık beş aydır zorunlu askerlik hizmetini yapmakta olduğunu, bu süreçte yaşadığı ekonomik ve psikolojik sorunları çözmek amacıyla vicdani ret hakkını kullanmak istediği belirtilmiştir.

Yine aynı gazetenin Yeni Anadolu Ajansı’nı kaynak gösterdiği 12.4.2013 tarihli haberrinde¹⁰ de Avrupa Komisyonu üyesi Stefan Füle’nin 4. yargı paketinden çıkan sonucunun umut verici olmasına rağmen vicdani ret hakkının güvence altına alınması bakımından eksik kaldığını belirtmiştir.

1 Nisan 2013 tarihli İngiliz Guardian Gazetesi’nde Harriet Sherwood imzalı bir haberde¹¹ Nathan Blanc isimli bir vicdani redçinin sekizinci defadır ve son 19 haftada toplam 100 gün özgürlükten yoksun bırakan bir cezaya maruz kaldığı belirtilmiştir. Nathan Blancın kendi sözlerinden İsrail-Filistin Savaşı’na karşı olduğu, yani tüm savaşlara bir

9 Hürriyet Daily News haberine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://www.hurriyetdailynews.com/turkish-military-court-recognizes-conscientious-objection-for-the-first-time-.aspx?pageID=238&nid=15710> (Erişim tarihi: 4.5.2013)

10 Bu haberin detayına şu bağlantıdan ulaşılabilir: <http://www.hurriyetdailynews.com/turkeys-judicial-reform-falls-short-on-conscientious-objection-eu-comissionner.aspx?pageID=238&nid=44843> (Erişim tarihi: 4.5.2013)

11 Bu haberin detayı için: <http://www.guardian.co.uk/world/2013/apr/01/israel-jails-conscientious-objector-eighth> (Erişim tarihi: 4.5.2013)

felsefi karşıtlık gerekçesinden ziyade, Filistin Savaşı'nın gerekçesi sağlam bir savaş olmadığı ve İsrail Devleti'nin soruna çözüm bulmak yerine mevcut durumu, yani savaşı sürdürmek politikası güttüğü için bu hakkı kullanmak istediği anlaşılıyor.

Türkiye'de ise 'Vicdani Red'din en fazla duyulduğu dönem Mehmet Tarhan'ın vicdani ret hakkını kullanmak istediği dönemdir. Bunu Can Başkent, Vicdani Ret Yazıları başlığı altında bir kitapta toplamıştır.¹² Yazar vicdani retçi olduğunu 2001 yılında açıklamış ve 2005 yılında iş için İzmir'de bulunduğu dönemde bakaya olduğu gerekçesi ile gözaltına alınmış ve askerlik şubesine götürülmüştür. Bu konuda kitapta bilgi verilmemiş olmasına rağmen kişinin askerlik şubesinde vicdani retçi olduğunu açıklayıp yasanın açıkça emretmesine rağmen askerlik hizmetini yerine getirmeyeceğini açıklaması sonucunda mahkeme tutuklanmasına karar vermiştir.

Üç hafta tutuklu geçirdikten sonraki ilk duruşmasında bizim ceza yargılaması sisteminin minimum sanık haklarını bir türlü içselleştirememesi sonucu esastan karar çıkmadan tutukluluğun devamına karar verilmesi vicdani retçi destekçi grupları ajite etmiş ve bunun vicdani redde yönelik bir hareket olarak algılamış genel tepkiyi de buna yönelik olarak koymuşlardır¹³

Mehmet, doğal olarak bir ceza görmeden birliğine katılması için yasanın öngördüğü şekilde birliğine gönderildiği zaman tekrar üniforma giymeyi reddetmiştir ve bundan dolayı yeniden savcılığa suç duyurusu ile sevk edilmiş ve hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış ve adalet bu kez kastını tekrarlayan eylemi nedeniyle tespit ettiği için kendisini 4 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırmıştır. Bu durum vicdani retçileri çok kızdırmış ve şu şekilde tepki vermişlerdir: *"Hırsız bile işlediği suçtan bir kez cezalandırıldığı halde ahlaki bir suç işlememiş Mehmet'e her seferinde hapis cezası çıkıyor"*¹⁴

III. Avrupa Mahkemesine Kısa Yolculuk

İlk olarak 1966 rapor tarihli 2299/64 sayılı başvuru bulunmaktadır. Almanya'ya karşı Grandrath başvurusu olarak bilinen bu süreçte, Yehova Şahitleri grubu vaizi Grandrath, hem askerlik hizmetinden hem de askerliğin yerine geçecek bir sivil hizmetten muaf tutulmak istemiştir. Kendisine devletin önerdiği askeri hizmet yerine sivil hizmeti reddeden, protestan ve katolik vaizlerden istenmeyen bu durumun kendisinden istenmesine itiraz eden Grandrath hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, konunun Sözleşme'nin 9. maddesi ve 4. madde ile bağlantılı 14. maddesinin ihlali olarak kapsamında incelenmesi gerektiği kararına varmıştır. Komisyon bu ilk inceleme-sinde vicdani retçilerin askerlik hizmetinden muaf tutulmalarına yönelik bir korumanın söz konusu olmadığını, bu nedenle ülkelerin bu tür düzenlemeleri Sözleşme'den doğan bir sorumluluk yerine kendi düzenlemelerini yapabileceklerini; eğer bu hak verilmiş ve

12 BAŞKENT, Can, **Vicdani Ret Yazıları**, Federe Yayınları, 2010

13 Başkent'in kitapta kullandığı aktivist dili belirtmeden geçmek eksiklik olur kanısındayım. Yazar, Mehmet'in ancak 3. Celse'de salıverilmiş olduğunu belirten cümleden önceki cümlede ifade aynen şöyledir: "Hasta eş-cinsel raporu alıp, askerlikten yırtmadığı, kendine çürük damgası vurulmasını kabul etmediği için hala tutsak" (sayfa 38)

14 BAŞKENT, Can, s.39

askerlik yerine bir sivil kamu hizmeti öngörmüşse de onun yerine getirilmesi gerekliliğini düzenlemesinde Sözleşme'ye aykırılık olmadığını belirtmiştir.

İkinci olarak Komisyon'un 2 Nisan 1973 tarihli bir kararı bulunmaktadır. X-Avusturya olarak da bilinen 5591/72 sayılı başvuruda, Romalı bir Katolik olduğu için dinsel inançlarına bağlı olarak zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen başvurusunun hüküm giymesinin Sözleşmeye aykırılığı dile getirilmiştir. Komisyon yapmış olduğu incelemede Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrası (b) bendinde geçtiği üzere askerlik hizmetinin zorunlu bir hizmet olabileceği, eğer bir ülke vicdani reddi tanıdıysa, ancak o zaman vicdani retçilere askerlik hizmeti yerine zorunlu kamu hizmeti getirebileceğinin hükme bağlandığı için başvuruyu esasa girmeden reddetmiştir. Yine Sözleşmenin 9. maddesi açısından da aynı durumun geçerli olduğunu ve taraf devletlere herhangi bir yükümlülük getirmediğini belirterek görüşmeden reddetme yoluna gitmiştir.

Üçüncü olarak 5 Temmuz 1977 tarihli kararı gelmiştir. X-Almanya ismiyle bilinen 7705/76 numaralı başvuru ile bir Yehova Şahiti olan X askerlik hizmeti yerine geçen kamu hizmetini yerine getirmeyi kabul etmemiştir. Bunun üzerine bir sosyal hizmet alanında çalışması ve bu sürenin kamu hizmetine sayılması istenmiş ama bunu da kabul etmemesi üzerine kendisine dört ay hapis cezası verilmiştir. X bu nedenle Sözleşmenin 7 ve 9. maddelerinin ihlalinin tespiti için başvurmuştur.

80'lerin başında İsveçli pasifist bir vatandaş olan N hakkında askerlik hizmetine katılmayı reddettiği gerekçesiyle soruşturma açılmıştır. Kendisi alternatif bir hizmet teklifi yapmadan veya devlet tarafından yapılmadan bazı dinsel grup üyeleri ile aynı konuda ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür. Zira kendisi dinsel değil felsefi vicdani retçidir. İlgili dönemde kabul edilebilirlik kararlarını veren Avrupa İnsan Hakları Komisyonu başvurunun kabul edilemeyeceği kararını vermiştir.¹⁵ Kararda, bazı dinsel gruplara seçimli kamu hizmeti olanağının verilmesini 14. maddedeki ayrımcılık yasağı ile 9. maddedeki din özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

90'ların ilk yarısı tamamlanırken Hollandalı bir felsefe öğrencisi teoloji öğrencilerine hem askerlikten hem de seçimli kamu hizmetinden muaf olma hakkı tanıdığını, bu haktan kendisinin de yararlanması gerektiğini, aksine uygulamanın kendisini ayrımcılık mağduru yapacağını ileri sürmüştür. Yine aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu başvurunun kabul edilemeyeceği kararını vermiştir.¹⁶

2000'li yılların başında Yunanlı bir Yehova Şahiti'nin seçimli kamu hizmeti sunulmadığı dönemde askerlik sevkini yapıldığı ve askerliğini yapmamış gözüktüğü, bundan dolayı da kendisinin yeminli mali müşavir olarak atanamadığından söz ederek ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada 9. madde çerçevesinde 14. madde anlamında bir ayrımcılık yapıldığını ileri sürerek ihlal kararı vermiştir.¹⁷

Osman Murat Ülke davası vicdani retçiler için Türkiye'de temel davalardan biridir. Bu dönemden sonra ortaya İstanbul Antimilitaristler İniyatifleri ile 2000 li yıllar ve devamında farklı gruplardan bu yönde çalışmalar ortaya çıktı. Özellikle 1990lar ile 2000

15 *N-isveç*, 10410/83, **11 Ekim 1984**

16 *Peters- Hollanda*, **30 Kasım 1994**

17 *Thilemmenos-Yunanistan*, **6 Mart 2000**

arası 13 olan açıklanmış vicdani ret sayısı 2000'lerden sonraki yıllarda 50'yi buldu.¹⁸

Ülke askerlik yoklamasına katılmayı, askerlik hizmetini yapmayı ve zorla götürüldüğü dönemde üniforma giymeyi reddettiği için iki yıl kadar hapis cezası yemiş. Sonra kamu makamlarından gizlenmiştir. Yapmış olduğu başvuru üzerine 24 Ocak 2006 tarihli daire kararında ülkenin bütün prosedürlere katılmayı reddettiği ve buna karşılık verilen ceza-ya rağmen hala ömür boyu hizmeti gerçekleştirmediği ve yasal takibat altında kaldığı zamanlarda yeniden cezaevine konulma tehlikesi yaşadığı, bu durumun orantılı olmadığı için Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin söz konusu olduğu bildirilmiştir.¹⁹

Bayatyan kararından sonra çıkan kararlardan biri de Erçep kararıdır. 1990'ların sonunda başlayan süreçte askerlik yapmak istemeyen Türk Yehova Şahiti yoklama kaçağı olarak ceza kovuşturmasına uğramış ve yaklaşık 24 kovuşturma neticesinde 2004 yılında, 7.5 aylık cezaya mahkum edilmiş, 5 aylık cezadan sonra salıverilmiştir. Mahkeme aynı Bayatyan kararında olduğu gibi bunun bir 9. madde ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Zira Yehova Şahitleri'nin bu konuda çok katı olduğu ve eline silahı aldığı anda mutlaka kendini medeni bir ölüm durumunda hissettiği bu nedenle onun dinsel uygulama özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmiştir.²⁰

Son olarak Savda-Türkiye kararında da mahkeme vicdani ret hakkını tanımayan Sözleşmeciler taraf olarak Türkiye'nin 9. maddeyi ihlal ettiğine, kişiyi sürekli yasal soruşturma baskısı altına tutmanın 3. maddeyi ve askeri mahkemede yargılanıyor olmasının da bağımsızlık ve tarafsızlık unsurları açısından 6. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.²¹

A. Bayatyan Kararı

7 Temmuz 2011 tarihli Bayatyan-Ermenistan (23459/03) davasında Büyük Daire'nin vermiş olduğu karar son derece ilgi çekicidir. Bu başvuruda Vahan Bayatyan isimli Ermeni vatandaşı zorunlu askerlik hizmetini reddetmesi karşısında kendisinin cezai kovuşturmaya uğramasını Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde ihlal olduğunu ileri sürmüştür. Dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nde görülmüştür.

Öykü, 1983 doğumlu Vahan Bayatyan'ın 1997 yılında Yehova Şahitleri'nin seminerleri ve törenlerine katılmasıyla başlamıştır. 1999 yılında bu gruba katılmak üzere vaftiz edilen Bayatyan, bundan dört ay kadar sonra Ocak 2000'de askerlik sorumluluğunu anımsatan bir celp belgesi almıştır. Bundan tam bir yıl sonra da sağlık muayenesi gerçekleştirilerek "askere elverişli" raporuyla Nisan-Haziran sevkine tabi tutulmuştur. Nisan ayının hemen başında Ermenistan Başsavcısı, Ermenistan Askeri Makamı ve Ulusal İnsan Hakları Birliği'ne aşağıdaki mektubu yollamıştır:²²

"Ben, 1983 doğumlu Vahan Bayatyan olarak sizleri 1996'dan beri İncil üzerine çalıştığım ve kendi vicdanımı İsaiah 2:4'te belirtilen sözler çerçevesinde eğitmekte olduğumu;

18 BAŞKENT, Can, s.39

19 Ülke-Türkiye, 24 Ocak 2006

20 Erçep-Türkiye, 22 Kasım 2011

21 Savda-Türkiye, 12 Haziran 2012

22 Bayatyan-Ermenistan [Büyük Daire] No.23459/03, 07.07.2011 paragraf 13.

bundan dolayı da askerlik hizmeti yapmayı reddettiğimi bildirmek istiyorum. Ayrıca alternatif bir kamu hizmeti yapmaya hazır olduğumu da bildiriyorum."

Mayıs ayı içinde önce askerlik hizmeti olduğunu belirten bir uyarı yazısı almış, daha sonra Erebuñi Askerlik Şubesi Komiseri Bayatyan'ın evini arayarak annesine, Bayatyan'ın ertesi gün askerlik hizmetine başlaması gerektiğini bildirmiştir. Bunun üzerine, zorla askere alınma korkusu yaşayan Bayatyan o gece geçici olarak başka bir yere taşınmıştır.²³

Mayıs ayının ikinci yarısında tekrar eve telefon eden yetkililer Bayatyan'ı zorla götürmek zorunda kalacaklarını bildirmişlerdir. Bunun üzerine takip eden günlerde bir sabah erkenden zile basan yetkililere Bayatyan'ın ailesi uydukları gerekçesi ile kapıyı açmamıştır. Daha sonra Askerlik Şubesi'ne giden Bayatyan'ın annesi artık oğlunun evlerinde kalmadığını ve nerede olduğunu da bilmediklerini söylemiştir. Daha sonra yetkililer Bayatyan'ın ailesi ile olan teması sona erdirmişlerdir.²⁴ Bunun üzerine yetkililer Mayıs sonunda eve şöyle bir yazılı açıklama göndermişlerdir:²⁵

"Açıklamanızla ilgili olarak.. Ermenistan hukuk sistemine göre her vatandaş.. Ermenistan Ordusu'nda hizmet yapmalıdır. Siz de mevcut yasal sıztemimizde alternatif bir hizmet olmadığı için askerlik hizmetini yerine getirmelisiniz."

Haziran ortasında evine dönen Bayatyan tutuklandığı Eylül 2002'ye kadar orada yaşamaya devam etmiştir. 12 Haziran 2001 tarihinde bir gün öncesi (11 Haziran) ne kadar işlenen suçları içeren bir genel af çıkmıştır. Bu yasa 13 Eylül tarihine kadar yürürlüktedir.²⁶

Bayatyan babası ile birlikte askerlik şubesine gelip durumu anlatmak istemesine rağmen, 1 Ekim 2001 tarihinde bir soruşturmacı, askerlik şubesinin ihbarı üzerine soruşturma başlatmış devamında ceza yasasının 75. maddesi çerçevesinde dava açmıştır. Bu soruşturmanın sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla, arama, gözaltı, Vahan Bayatyan ve ailesinin iletişiminin denetlenmesini talep etme kararı almıştır. Ekim 2001 başında Erebuñi ve Nubareşen yerel mahkemesi Bayatyan'ın iletişiminin kontrolü ve aranması kararını çıkarır. 26 Nisan 2002'de Ermenistan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yürürlüğe sokmuştur.²⁷

Eylül 2002'de suçlama Bayatyan'a tebliğ edilmiş ve ekim ortasında iddianame kabul edilmiştir. Ekim sonunda yapılan duruşmada ise Bayatyan'ın daha önce yapmış olduğu beyanlar savunması kabul edilip mahkeme tarafından suçlu bulunarak 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Daha ağır bir ceza isteyen savcı "... mahkemenin suçun yarattığı sosyal tehlikenin derecesini, şüphelinin kişiliğini ve hizmetin reddinin temelsiz ve tehlikeli gerekçesini göz önüne almadan verdiği" düşündüğü bu karara itiraz etmiştir. Aralık sonuna doğru Bayatyan, savcının itiraz dilekçesine itirazda konunun Anayasa'da ve Sözleşme'de güvence altına alınan mevcut din ve vicdan özgürlüğünün ihlali olduğunu ileri sürmüştür.²⁸

23 Bayatyan-Ermenistan paragraf 14.

24 Bayatyan-Ermenistan paragraf 15.

25 Bayatyan-Ermenistan paragraf 16.

26 Bayatyan-Ermenistan paragraf 18.

27 Bayatyan-Ermenistan paragraf 24

28 Bayatyan-Ermenistan paragraf 26-30

Yine yılın son günlerinde yapılan üst mahkemede savcı, Bayatyan'ın kaçması ve resmi makamlardan saklanması da daha ağır bir ceza için gerekçe olduğunu ileri sürmüştür. Üst mahkeme yaptığı duruşmalarda savcının Bayatyan'ın kişiliği hakkındaki değerlendirmesini dikkate almış ve savcının belirttiği suçun sosyal tehlikesi parametresini de değerlendirerek cezayı 2.5 yıla çıkarmıştır.²⁹

Bunun üzerine Bayatyan'ın temyiz mahkemesine yapmış olduğu itiraz sonucu temyiz mahkemesi daha önceki üst mahkeme kararını onamış ve Bayatyan'ın ileri sürmüştüğü "din ve vicdan özgürlüğü"nü kamu güvenliği, ülke güvenliği, kamu düzeni gibi bazı sınırlamalara tabi tutulabileceğini belirtmiştir. Bayatyan 10.5 ay tutukluluğu doldurduktan sonra salıverilmiştir.³⁰

1. Bayatyan Başvurusunda Taraflar

Kuşkusuz bireysel başvurunun klasik uluslararası hukuk doktrini ve devletin sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde var olan efsanevi ayrıcalığı "birey-devlete karşı" dengesizliğinde ayrıca devletin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü test etmenin zorluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu zorluk bütün teknik ve ekonomik olanaklara sahip olan devletlere karşı yine aynı devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu bir uluslararası platformda bireylerin uluslararası sözleşmeden doğan sorumluluk gibi teknik bir konuda üstelik sınırlı ekonomik ve fiziksel olanaklarla gitmesi yargı mantığını oldukça zorlayan bir durumdur. Ne var ki bu tür bir dengesizliği aşmaya yardımcı olacak konulardan biri de böyle bir başvuruda katılımcı olarak tartışmaya taraf olabilecek kamuoyu unsurlarının doğrudan yada dolaylı olarak bulunabilmesi olanağıdır. Bunlardan ilki sözleşmenin 36(2), mahkeme iç tüzüğünün 44(3)no'lu kuralları uyarınca *Amicus Curia* mektubu sunarak katılma yöntemidir.

Bayatyan başvurusunda Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi, Dünya Dostlar Danışma Komitesi (Quakers), Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Uluslararası Savaş Karşıtları ortak, Uluslararası Yehova Şahitleri örgütü ayrık *Amicus Curiae* vermişlerdir.³¹

Bu tür bir mektup etimolojik açıdan incelendiğinde isminden de anlaşılacağı üzere hukukun daha iyi anlaşılabilmesi için hukukun nasıl yorumlanması gerektiği yönündeki görüşleri oluşturmaktadır. Uluslararası yargı organları genel olarak bunları dikkate alıp almama konusunda özgürdürler. Burada da belirtildiği şekilde mahkeme başkanının izniyle kabul edilmiştir.

2. Ortak *Amicus Curiae* İçeriği

Mektup ilk olarak düşünce din ve vicdan özgürlüğünün unsurlarını değerlendirmektedir. Dördüncü paragrafında bu özgürlüğü iki parça şeklinde değerlendirmiştir: Düşünce din ve vicdan özgürlüğüne sahip olmak ve bu özgürlüğü açıklayabilmek. Bu çerçevede diğer

29 *Bayatyan-Ermenistan* paragraf 30-36

30 *Bayatyan-Ermenistan* paragraf 39-40

31 *Amicus Curiae* metnine <http://www.refworld.org/type,AMICUS,,,4c7f5f522,0.html> adresinden ulaşılabilir.

uluslararası organlar çerçevesinde kabul edilmiş şekliyle uyumlu olarak bu askerlik hizmeti-ne karşı vicdani ret kurumunu Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde inanç özgürlüğü çerçevesinde düşünmek gerektiğini ileri sürmüşlerdir (paragraf 4). Buna örnek olarak *Kokkinakis*³², *Valsamis*³³ verilmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin her iki un-suru da askerlik hizmetine karşı vicdani ret ile bağdaştırdığını ileri sürmektedir. Komite'nin yakın zamanda yapılmış bir başvuruda "suçlama ve cezanın vicdan özgürlüğüne olduğu kadar bunu açıklama olanağına da sınırlama getirdiği" şeklindeki tanımlamasına atıf yapmaktadır (*Eu-min Jung, Tae-Yang Oh, Chang-Geun Yeom, Dong-hyuk Nah, Ho-Gun Yu, Chi-yun Lim, Choi Jin, Tae-hoon Lim, Sung-hwan Lim, Jae-sung Lim, and Dong-ju Goh v Republic of Korea*,³⁴ Views adopted 23 March 2010, UN Doc. CCPR/C/98/D/1593-1603/2007.)³⁵

Yine Komite'nin bu hakkı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesine dayanarak tanıdığını belirten mektup Komite'nin 1989/59, 1993/83, 1995/83, 1998/77, 2002/45, and 2004/35 kararlarına atıf yaparak vicdan ilke ve gerekçelerinin dinsel, ahlaki, etik, insani ve benzer motiflerden içe işlemiş bilgeliğinin altını çizmektedir. Türkmenistan misyonunda BM din özgürlüğü özel raportörü vicdani red konusunda özel öneriler getirmiş ve bireysel süreçleri izlemiştir.³⁶

Mektup, UN Doc E/CN.4/2006/5 Add.1 örnek göstererek 2008 yılında Birleşmiş Milletler Haksız Gözaltı Çalışma Grubu, vicdani ret gerekçesi ile gözaltı uygulamasını haksız gözaltı olarak tanımlamıştır.³⁷ Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 9 Mart 1987 tarihli R (87)8 ve 24 Şubat 2010 tarihli Silahlı Kuvvetler Üyelerinin İnsan Hakları başlıklı CM/Rec (2010) tavsiye kararlarını, Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin Res 337(1967) kararı ve 478(1967), 816(1977), 1518(2001) Tavsiye Kararlarını, Avrupa Parlamentosu'nun 7 Şubat 1983 tarihli OJ C 068, 14/03/1983 P. 0014 resmi gazete sayılı Vicdani Red Hakkında Macciocchi Kararı, 13 Ocak 1989 tarihli sayılı resmi gazetede yayınlanan Vicdani ret ve Seçimlik Kamu Hizmeti hakkında Schmidbauer Kararı, 19 Ocak 1994 tarihli OJ C 044, 14/02/1994 P. 0103 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Topluluk Üye Devletlerinde Vicdani Red hakkında Bandres, Molet, Bindi Kararı ile kurulmuş olan Avrupa Vicdani Red Bürosu mektupta belirtilmiştir.³⁸

32 *Kokkinakis-Yunanistan*, 14307/88, 25 Mayıs 1993, paragraf 31

33 *Valsamis-Yunanistan*, 21787/93, 27 Kasım 1996, paragraf 25

34 Communications Nos. 1593 to 1603/2007

35 Söz geçen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu kararına aşağıdaki bağlantıdan ulaşılabilir <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPPRiCAqhKb7yhslPwNupp4BdB1noqT%2bdRusWojq4Gxtc4OYOSePcQhkYfdLCnTcsKARufGfBtx3mbtYfCnJP5GtP3hcWe4wtrelyqyak81A9MdOaRGOfJSDgtXUIXrY8Zqm3ZFFvVJPE8FGeihtdbXhTd3qF9gPfhPY%3d> Erişim Tarihi: 25.10.2014

36 Asma Jahangir tarafından yazılan 9 Ocak 2006 tarihli E/CN.4/2006/5 no'lu rapora <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/101/40/PDF/G0610140.pdf?OpenElement> adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 25.10.2014

37 Söz konusu belgenin 3, 10, 25, 26, 136, 138, 139, 295, 296, 297, 301, 305, 355, 356, 361, 362, 364, 380. Paragraflarında vicdani retçilerin durumunu değerlendiren 27 Mart 2006 tarihli rapora <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/121/25/PDF/G0612125.pdf?OpenElement> bağlantısıyla ulaşılabilir. Erişim tarihi 26.10.2014

38 Gerçekten de mektupta belirtildiği gibi Avrupa kotasında uluslararası kurumlar bu kararları almışlardır.

Mektup yukarıda belirtilen örnekleri verdikten sonra devlet uygulamalarından, konsey üyeleri arasında sadece Türkiye'nin vicdani ret kurumu hakkında yasal düzenleme yapmayan ülke olduğunu, diğer üyelerin bu yaygın devlet uygulamasına devam ettiklerini belirttikten sonra Sözleşme'nin de "yaşayan bir araç" olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirterek vicdani retin baştan olmasa da Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde gelişmelerle birlikte değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.

İkinci bölümünde de mektup, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi ile Sözleşme'nin 9. maddesi arasında bir analogi kurmaktadır. Son olarak Sözleşme'nin 4-3 maddesi ile ilgili eleştirel yaklaşım getiren mektup, özellikle 29 ve 30. paragrafta Sözleşme'nin 4-3 maddesi ile 9. madde ilişkisini değerlendirmiştir. Burada Sözleşme'nin 4. maddesinin amaçsal yorumunda aslında zorla çalıştırma yasağına ilişkin olduğunu ve 9. madde çerçevesinde bu maddenin bir sınırlama getiremeyeceğinden söz etmektedir.

B. Mahkemenin Bayatyan Kararı

Ermenistan iç hukuku³⁹ ile ilgili kısa bilgiler vermekte yarar vardır. Ermenistan'da askerlik hizmetine ilişkin ulusal düzenleme aşağıdaki gibidir.⁴⁰ Düzenlemeler dikkatlice incelenecek olursa, alternatif kamu hizmeti ve kültürel görecelik unsurları hariç olmak üzere tasarımı aşağı yukarı Türkiye Cumhuriyeti'ndeki düzenlemelere benzerlik göstermektedir.

1. 1995 Ermenistan Anayasası (2005'teki değişikliklerden önce)

Anayasanın ilgili maddeleri şöyledir:

Madde 23: *"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir"*

Aşağı yukarı bizim Anayasamızın 24. maddesindeki din ve vicdan özgürlüğü maddesine benzer genel soyut bir kural olduğu görülmektedir. Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. Maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde korunan üst değerler ulusal düzenlemesidir. Tıpkı bu iki uluslararası belgede özgürlüğün hangi şartlarda sınırlandırabileceğini belirten devamı düzenlemeler gibi Ermenistan Anayasası da özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili ortak 44. Madde'de sınırlandırma şartlarını getirmiştir.

Madde 4: *"Anayasanın 23-27 maddelerinde belirtilen temel hak ve özgürlükler devlet ve kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve diğerlerinin ahlaki (değerleri), hakları, özgürlükleri, onur ve şereflerini korumak amacıyla ancak yasayla sınırlandırılabilir."*

Buradan bir kaç belgeye erişim için örnek vermekte yarar var. Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 1967 tarihli kararına <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta67/ERES337.htm> adresinden; yine benzer nitelikte olan Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 1977 tarihli tavsiye kararına <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta77/EREC816.htm> adresinden rahatlıkla ulaşılabilir. Avrupa Parlamentosu kararlarına sırasıyla şu adreslerden ulaşılabilir: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:1983:068:TOC>; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:1994:044:TOC>; Son olarak Avrupa Vicdani Ret Bürosu hakkında bilgiye ise büronun web adresinden <http://www.ebco-beoc.eu/page/luside/document/doc2eu.htm> bağlantısıyla ulaşılabilir.

39 Bayatyan-Ermenistan paragraf.41-45

40 Ermenistan Ulusal Hukuku metinleri kararın İngilizce aslından yazar tarafından yapılmıştır.

Görüldüğü üzere, kamu güvenliği, kamu sağlığı, başkalarının hak ve özgürlükleri, onur ve şereflerinin korunması gibi bu sınırlamalar aşağı yukarı bizim anayasamızdaki sınırlamalar ile eşdeğerdir. Bizde her vatandaş için hak ve yükümlülük olarak getirilen askerlik hizmetini düzenleyen 72. maddenin kamusal yükümlülüğü daha az retorik ve daha net bir yükümlülük olarak aşağıdaki şekliyle belirtilmiştir:

Madde 47: *“Her vatandaş, yasalarla düzenlenen şekle uygun olarak Ermenistan Cumhuriyetinin savunmasına katılır.”*

Sözü geçen anayasal özgürlüklere karşı oluşturulan bireysel ödevlerin yasalarda kamusal yükümlülük olarak düzenlenmesi ve zorlayıcılık sağlamak için ceza normu oluşturulması kaçınılmazdır. Bu nedenle ilk olarak 1961 Ceza Yasası'nın düzenlemelerine göz atmakta yarar bulunmaktadır. 1961 Ceza Yasası (1 Ağustos 2003'ten beri yürürlükte değil)

Ceza Yasasının ilgili hükümleri şöyledir. İlk olarak yoklama kaçaklığı ceza normunun konusu olmuştur.

Madde 75: Askerlik hizmetine yönelik düzenli çağrıya rağmen bulunmamak *“Düzenli askerlik hizmeti yoklamasında bulunmamak 1 yıldan 3 yıla kadar hapisle cezalandırılır.”* 1111 sayılı Askerlik Yasamızın benzeri hükümleri ise aşağıdaki şekilde görülebilir.

2. Askerlik Sorumluluğu Yasası (16 Ekim 1998'den beri yürürlükte)

Askeri Sorumluluk Kanunu'nun ilgili hükümleri şöyledir:

Kısım 3: Askerlik Sorumluluğu

“1. Askerlik sorumluluğu vatandaşların Ermenistan Cumhuriyetini savunmaya katılmak amaçlı anayasal (bir) yükümlülüktür.”

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: Zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet

“1. Bir vatandaş, zorunlu askerlik hizmetinden şu koşullarda muaf tutulabilir: (a) ulusal askerlik şubesi ilgili kişiyi sağlığının elverişli olmaması nedeniyle askerlik hizmeti için yetersiz bulup askerlik kayıtlarından silmesi (b) ilgili kişi ailenin tek erkeği ise ve babası (annesi) ya da erkek kardeşi (kız kardeş) Ermenistan savunması ya da Ermeni silahlı kuvvetlerdeki veya diğer bölüklerdeki görevini gerçekleştirirken vefat etmişse (c) Devlet kararnamesiyle (d) Ermeni vatandaşlığını kazanmadan önce zorunlu askerlik hizmetini yabancı bir silahlı kuvvetlerde yerine getirdiyse veya (e) bir doktora derecesi varsa (bilimsel doktora “Adayı” veya Bilim Doktoru) ve bilimsel veya eğitsel faaliyetlerde uzman olarak çalışıyorsa”

Kısım 16: Zorunlu askerliğin diğer nedenlerle ertelenmesi

"2. Devlet, belirli durumlarda, zorunlu askerliğin ertelenmesinden yararlanacak vatandaş ve belirli bireylerden oluşan kategoriler oluşturabilir.

Yukarıda belirtilen zorunlu askerlik hizmetinden muaf olma durumları aşağı yukarı bizim hukukumuzla aynı olmasına rağmen e şikkındaki durum bizde daha farklı düzenlenmiş, bilimsel doktora sahibi olmak muafiyet için yeterli olmamakla birlikte yapılan devlet görevinin niteliği gereği yerinin doldurulmasının olanaksızlığı ve görevin devamının gerekliliği nedenleriyle ita amirinin talebiyle bir yıllık erteleme yolu açıktır. Aşağıda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belgelerinde geçen, din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili Ermenistan hukuk düzeninin başvurunun incelenmesine konu olmuş hükümleri yer almaktadır. Bbu hükümler özellikle dini örgüt ve grplara ilişkin düzenleme yapması açısından bir Yehova şahidinin başvurusunda önem arz etmektedir. Sözleşme ışığında aşağıdaki hükümleri gözlemlemekte yarar bulunmaktadır.

3. Din ve Vicdan Özgürlüğü Örgütleri Yasası (6 Temmuz 1991'den beri yürürlüktedir)

*Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanunu'nun ilgili hükümleri şoyledir: [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 öngörölen tüm vatandaşlık yükümlölükleri, 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 çözüdür.

Çok net görölmektedir ki Fransız İhtilali ile ortaya çıkan İnsan hakları temelinde birey eşitliğine dayalı sistemden grup hakları sistemine yönelmiş bir hukuk düzeni vardır. Grup hakları klasik anlamda bir üniter devlette olanaklı gözökmemekte, bu grupların dini gruplar olması ise klasik laik sistemlerde pek tanınır olmamaktadır. Buna rağmen, bu gruplara tanınan imtiyaz biraz da Avrupa kökenli temek hak ve özgürlükler anlayışından kaynaklanmaktadır. Örneğin alternatif hizmet yasaları bunlara örnek sayılabilir. Aşağıda göröleceği üzere Ermenistan'da bir alternatif hizmet uygulamasını düzenlemiştir.

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

22 Kasım 2004'teki değişikliklerle birlikte ilgili hükümler şoyledir:

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 İçin 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.

Görüldüğü üzere Ermenistan iç hukuku Bayatyan'ın 17 Aralık 2003'e kadar bir alternatif hizmet yasasına sahip değildir. Bu dönem Bayatyan'ın tutuklu kaldığı dönemden sonraya denk gelmektedir. Yeni getirilen alternatif hizmet yasası yukarıda görüldüğü gibi hem silahlı kuvvetlerde silahsız işleri hem de tamamen silahlı kuvvetler dışındaki işleri de kapsamaktadır. Burada bir parantez açıp Türkiye'de hala alternatif hizmet yasasının bulunmadığını da anımsatmakta yarar bulunmaktadır.

Mahkeme Bayatyan kararında karşılaştırmalı hukuktan da yararlanmıştır. Özellikle bu açıdan Konsey üyesi ülkeleri incelerken bazı üyelerin daha Konsey üyesi olmadan dahi bu hakkı tanıdığını da anımsatmaktadır. 46 ve 47. Paragraflarında belirtildiği üzere ilk grupta Birleşik Krallık 1916, Danimarka 1917, İsveç 1920, Hollanda 1920-1923, Norveç 1922, Finlandiya 1931 olarak görülmektedir. Burada en ilgi çekici olanı daha Birinci Dünya Savaşı bitmeden, savaş döneminde bu hakkı tanıyan Birleşik Krallık olmuştur.⁴¹

Mahkeme, devamında konuyu ilerletip Konsey'e sonradan dahil olan ve Sözleşmeye katılan eski Doğu Bloku ülkeleri, Eski Yugoslav cumhuriyetleri üzerinden örnekler vermektedir. Son olarak Türkiye dışında konuyu ulusal düzenlemeye yansıtmamış devlet kalmadığının altını çizmektedir.⁴²

Mahkeme, daha sonra, uluslararası hukuk belgelerinden yararlanarak devlet uygulamasına ek olarak nasıl bir hukuksal görüş oluştuğunu incelemektedir. Bu durum aynı zamanda Sözleşme'de güvence altına alınmış birçok özgürlüğün yasayla sınırlandırılma gerekçesi olan "*demokratik toplum gelenekleri*"ni tespit açısından önemlidir. İlk olarak Avrupa kıtasından belgelere örnek vermekte olan karar 50. paragrafından itibaren ilk olarak Avrupa Konseyi'nden örnekler vermekte ve özellikle Ermenistan'la ilgili bir Karma Parlamenterler Asamblesi Kararı'na atıf yaparak başlamaktadır.⁴³ Daha sonraki paragraflarda Asamble'nin genel bir kararına ve Bakanlar Komitesi'nin başka bir kararına atıf yapan karar, 56.paragrafından itibaren Avrupa Parlamentosu kararına ve özellikle

41 Çok ilginçtir, mahkemenin kararda belirttiği Birleşik Krallıkla ilgili 1916 tarihini doğrulayan bir kaynak bulunmamaktadır. Mahkeme hatalı bir bilgi edinmiş olabilir mi?

42 *Bayatyan-Ermenistan*, paragraf 47-49

43 *Bayatyan-Ermenistan*, paragraf 53

Avrupa Birliği'nin Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'na atıf yapmaktadır. Burada özellikle vicdani red hakkının ulusal sistemler tarafından tanınması ama bunu ulusal yasalar çerçevesinde yapması gerektiğine yönelik düzenlemenin altını çizmektedir.⁴⁴ Devamında diğer uluslararası kurumların belgelerine de değinen mahkeme Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun birçok kararına atıf yaparak vicdani retçilerin ceza kovuşturması ve askerlik görevinden affına ilişkin pozitif kararlardan örnekler vermektedir. Daha sonra Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin zorla çalıştırma yasağı başlıklı 8. maddesi ile düşünce, din ve vicdan özgürlüğü başlıklı 18. maddesini birlikte değerlendirmektedir. Bunun üzerine Mülteciler yüksek komiserliğinin bir yorum belgesinde vicdani reddin açıkça ifade edilmemesine rağmen 18. madde kapsamında düşünülmesi gerektiği düşüncesine yer vermektedir.⁴⁵ Mahkeme bu belge dizininde en son haksız tutulmaya karşı çalışma grubu ile inter-amerikan, ibero-amerikan sözleşmeleri ve bir Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı kararına yer vererek tıpkı *Amicus Curia* mektubunda yapıldığı gibi vicdani reddin kabulü konusunda uluslararası kamuoyundaki neredeyse Dünya'nın dört bir yanındaki gelişmeleri ortaya koymaktadır.

Bu aşamadan sonra konuyu tartışmaya girişen mahkeme, ilk olarak taraf devletin askerlik yükümlülüğünün din özgürlüğünü tehdit etmediği yönündeki görüşüne rağmen bunun demokratik toplum geleneği olduğunu yaptığı karşılaştırmalı hukuk çalışmasıyla tespit ettikten sonra sözleşmenin sistematik yorumuna geçmiştir. Daha önce yapılan 4. madde ihlali iddia ve kararlarına, taraf devletin bu açık hükmü ulusal takdir hakkı olarak gördüğü açıklamasına karşın, mahkeme tam bir "*Argumentum a Contrario*" ihlali yaparak 4-3. madde ile vicdani ret başvurularının ilişkisini kesmiştir. Zira, açık hükmü burada belirtmeden geçmemek gerekir: Sözleşmenin 4-3(b) maddesi: "zorunlu askerliğe" ilişkin bir istisna getirmektedir. Bu maddede;

"askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmete katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının" dışında tutulmaktadır.

Mahkeme son olarak Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında vicdani red konusunun işlenmemiş olmasına rağmen Sözleşme'nin yaşayan bir araç olduğu gerekçesine dayanarak bu konunun daha önceden din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiş olmasına rağmen artık bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ve sözleşmenin çağın gereğine uygun olarak yorumlanması gerektiği yolunda bir yaklaşımda bulunmuştur. Klasik bir sözleşme hukuku anlayışında, özellikle uluslararası hukukta olası kabul edilmeyecek bu yaklaşım, insan hak ve özgürlükleri konulu bir sözleşme söz konusu olduğu için pozitif hukuka karşın yüceltilmiş değerlerin meşruiyeti anlayışından yararlanmıştı.

C. Bayatyan Kararı Üzerine Görüşler

Hollanda misyonu tarafından hazırlanan bir konferansta sunulan raporlarda Ermenistan'ın durumu ele alınmış ve özellikle Venedik Komisyonu'nun görüşlerine yer

44 *Bayatyan-Ermenistan*, paragraf 57

45 *Bayatyan-Ermenistan*, paragraf 59-62

verilmiştir. Buna göre yasada yapılan değişiklikler ile 42 aylık zorunlu kamu hizmetinin 24 aylık askerlik yerine sayılması gibi caydırıcı nitelikte yaklaşımlar eleştirilmiştir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme ile uyumlu hale geldikten sonra yasada değişiklik yapılmasını isteyen açıklaması rahatsız edici bulunmuştur.⁴⁶

Bayatyan'ın 110. paragrafına atıf yapan Zachary R. Calo'nun karşılaştırmalı çalışmasında kararın 9. maddeyi genişlettiği yorumuna yer verip, dinsel kıyafet serbestisindeki daraltma ile karşıtlık oluşturduğu ve bu karşıtlığın da Amerikan ve Avrupa dinsel özgürlükler farkını yansıttığını ileri sürmüştür.⁴⁷ Yine aynı dökümanın 7. sayfasında *Bayatyan*'ın Mahkemenin *Bayatyan* kararına kadar genel çizgisinden sapma olarak yorumlanmaktadır. Örnek olarak 1997 yılında *Tsirlis ve Kouloumpas* - Yunanistan (Başvuru No: 19233/91) ve 1998 tarihli *Thilimmenos* (34369/97) kararları gösterilmektedir. Yine Calo, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar metninde tam olarak dile getirmese de bir başka yorumunda bu kararı dinsel çoğunlukçuluktan yana bir karar olarak yorumlamaktadır.⁴⁸ Calo'ya göre mahkeme burada kamusal yaşam ile din arasında farklı ilintiler kurmuştur. Yazara göre mahkeme dinin demokratik siyaset için bir tehdit oluşturabileceğini ve bu nedenle bunun farklı ifade yöntemlerinin kamu otoriteleri tarafından düzenlenebileceğini belirtmektedir.

Sonuç: Bayatyan Üzerinden Yargısal Aktivizm ve Kavram Kargaşası

İlk olarak sözleşme hukuku çerçevesinde bir gözlem yapmakta yarar bulunmaktadır. Bilindiği üzere, uluslararası hukukta uluslararası antlaşmalarda devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi açısından iki ayrı mekanize yer almaktadır. Antlaşmanın ayrı bir yürütme veya denetleme organı varsa, söz konusu organların çalışmaları sonucu oluşturdukları kılavuz çizgiler etrafında devletler yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. Bunun dışında bazı konularda devletlere takdir hakkı bırakılmıştır. Takdir hakkının devletlere bırakıldığı durumlarda özellikle devletin genel ve soyut yükümlülüğünü yerine getirme şekli kültürel görecelliğe göre şekillenmektedir. Bu bazen hakkın kapsamı veya kamu düzeni ile de ilgili olabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddedeki evlenme hakkı ile aynı cinsiyete sahip kişilerin evlenmesi konusu buna örnek olarak verilebilir.

Vicdani ret konusunda devletlere Sözleşmeyle açık bir takdir hakkı tanımaktadır. Zorla çalıştırma, kölelik ve angaryanın yasaklandığı Sözleşme hükmünde askerlik hizmeti ile ilgili 4-3(b) maddesinin devletlere açıkça takdir hakkı bıraktığı görülmektedir. Aynı hüküm ile 9. maddenin bağlantısını kesip, din özgürlüğü ile ilgili bir şikayet olduğunda

46 41. Sayfası son paragraf, rapora http://www.ecmcaucasus.org/upload/reports/FoRB_conf_Report.pdf adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi: **25.10.2014**

47 CALO, Zachary R, **Constructing the Secular: Law and Religion Jurisprudence in Europe and the United States**, European University Institute, Robert Schuman Center for Advanced Studies, Working Papers sf. 8 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32792/RSCAS_2014_94.pdf?sequence=1 erişim tarihi: **25.10.2014**

48 CALO, Z.R: **Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights**, Journal of Law and Religion, Vol:XXVI, p:106, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1754198 https://www.udesa.edu.ar/files/JAHumanidades/DERECHO%202011/Pluralism,_Secularism_and_the_European_Court_of_Human_Rights.pdf, erişim tarihi: **25.10.2014**

bu takdir hakkı, diğer bir deyişle “ulusal takdir hakkı” (margin of appreciation) yok edilebilir mi?

Bu konu belki de *Bayatyan* kararında en fazla tartışılması gereken konudur. Nitekim kararın en büyük etkisi zorla çalıştırma yasağı ile ilgili sözleşme hükmünün vicdani ret konusu ile ilgili olmadığı yorumunu yaparak vicdani retin sadece bir 9. madde hükmü olacağını, onun dışında askerlikle ilgili bir zorla çalıştırma yasağını kabul etmeyeceğini ilan etmiştir.

Burada şu iki konuyu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bunlardan birincisi 9. madde hükmü söz konusu olduğunda, din özgürlüğü kapsamına maddede belirtilmemiş olsa dahi vicdani reddin eklenmiş olmasıdır. Burada ulusal hukuk uzmanlarının “genişletici yorum” dediği bir yargısal aktivizm şekli söz konusudur. Bu durum uluslararası hukukta açık bir yetki aşımıdır ve yok hükmünde değerlendirilebilir. Çünkü devlet mutlak ve tartışmasız bir üst otoritenin egemenlik alanında temel haklarını koruyan bir birey olmadığı için ve uluslararası mahkeme de böyle bir üst otoriteyi temsil etmediği için ülkelerin kendi egemenlik alanlarından ödünç verdikleri yetkiler bu şekilde genişletilemez. Kısacası uluslararası hukukta “genişletici yorum” diye bir kavramdan söz edilemez. Birinci konu bu kadar açık ve nettir.

İkinci konuya geldiğimiz zaman şöyle bir manzara ile karşılaşırız. Sözleşme'nin yaşayan bir araç olduğundan söz ederek 4. maddeyi yeniden yorumlamaya, 9. madde ile ilişkisini kesmeye yönelik karara meşruiyet kazandırılmaya çalışılmıştır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi veya uluslararası gelenek hukuku hiçbir şekilde olan bir sözleşme hükmünü yok etmeyi, olmayanı ise var etmeyi öngörmemektedir. Ne var ki, sorun eğer bir emredici hükme aykırılık oluşturuyorsa ancak öyle bir durumda ilgili hüküm uygulanmaz ya da yok sayılabilir. Buradaki 4-3(b) maddesindeki ulusal takdir hakkını amaçsal yorumla sadece zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, konu din özgürlüğü kapsamında 9. madde şikayeti ise devletin bu kamusal yükümlülüğü düzenlemekteki ulusal takdir hakkını kullanamayacağı yönündeki yorum iki büyük tehlike öngörmektedir. Bunlardan ilki yaşayan araç olan sözleşmenin kararsız yaşamasıdır. *Res iudicata* (hukuksal kesinlik ya da belirlilik) ilkesinin yargı işlevindeki karşılığı olan uyumlu yorum yapma doktrini (Doctrine of consistent interpretation) çerçevesinde yargı kararının Hart-Dworkin öngörülemezlik tartışmasında uç bir noktaya götürebilmektedir.⁴⁹

Diğer bir nokta ise *Acte Claire* doktrinin burada uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Gerçekten de son derece açık ve belirli bir hükmün yargı tarafından yorumlanmasının istemesi aslında yargısal aktivizme davetiye oluşturacağı ve hukuksal kesinlik ilkesini tehlikeye düşüreceği için yargı tarafından *Acte Claire* doktrini çerçevesinde metnin aksine yorum isteği reddedilir. Burada karşımıza ister istemez şu soru çıkmaktadır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı Gülümyan'ın ayrık görüşünde belirtmiş olduğu uluslararası sözleşmede yer almayan bir kuralın yargı eliyle yaratılması ya da var olan kuralın genişletilmesi denklemini *Acte Claire* doktrini burada uygulama alanı bulur mu?

49 Şüpheli Ölümcül Olursa isimli makalesinde Dworkin yasaların kesinliği ile yargıcın kararının öngörülebilirliği arasında bir ilişki kurmakta ve böylece kolaylıkla öngörülebilir yargı kararını eleştirmektedir.

Son olarak *rationa materiae* eleştirisi yapmadan geçmemek gerekir. Nitekim burada Sözleşme'nin 9. maddesi bu kadar kutsanırken, 4. maddesindeki zorla çalıştırma yasağının konuyla bağlantısının kesilmesi bir yana din özgürlüğünü kutsamak adına bu kararı verirken felsefi inanç konusunda ise aynı duyarlılığı göstermemektedir. Madde aslında düşünce din ve vicdan özgürlüğünden söz ederken üç ayrı kavram içermektedir. Bunlardan düşünce özgürlüğü zaten her türlü felsefi inanç ve kişisel dünya görüşünü içermekte iken din özgürlüğü kavramı da her türlü ruhani inancı içermektedir. (Dipnot: Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen davalarda bunu "üstün bir varlığa olan inanç" olarak sınırlaması ile Sözleşmede yer alan geniş ve soyut "dini inanç" kavramı kapsam olarak çok farklı gibi gözüke de her iki sistemin yargılama uygulamasında aynıdır.

Belki de sonuç bölümünde en çarpıcı nokta burada sözü edilen üç kavramdan sonuncusu olan "vicdan" kavramı ile ilgili gözlemler olacaktır. Zira Sözleşme metni çok açık olarak din ve vicdanı ayrı ayrı kullanmıştır. Buna rağmen vicdani ret dediğimiz kavram vicdan özgürlüğü kısmı altında değil, din özgürlüğü kısmı altında kabul edilmektedir. Bir önceki makalede ele alınan etik ilkeler ve yaşama duyulan saygıdan kaynaklı bağımsız, seküler vicdan değil, ruhani inanç kökenli bir vicdani red kavramı söz konusudur. Doğal olarak bunu mahkeme din özgürlüğünün ihlali olarak göstermektedir ki bu durum Nozick'in "*kişilerin öyle hakları vardır ki hiç bir diğer kimse ya da grup o haklarla bir şey yapamaz. Ancak onları ihlal edebilir*" önermesiyle örtüşmektedir.⁵⁰ Böyle bir durumda aslında mahkemenin doğal olarak durumu "vicdani ret" değil, "ruhani ret" olarak adlandırması gerekirken bu durum mahkemenin değil, aslında çağcıl kamuoyunun yaptığı bir hata veya yönlendirmedi. Nitekim, Dworkin "hakları ciddiye almak" adlı eserinde "her bir kişinin (hukuk öznesi) gerektiğinde bütün toplumun refahı için dahi feda edilemeyecek anayasal hakları vardır" önermesinde bulunurken⁵¹ "ruhani ret" hakkı elbette böyle haklardan biri olarak düşünülemezdi.

Tüm bunları üst üste topladığımızda elimizdeki *Bayatyan* kararı bir değerler aksiyolojisi öngörmektedir. Bundan dolayıdır ki görecelilik arz eden veya bilinemezlik çerçevesinde yürüyen vicdani red olgusunun "yaşayan sözleşme" anlayışı ile din özgürlüğü çerçevesinde göreceli bir değer atfı yapmak yoluyla hukuksal pozitivizm anlayışına aykırı olarak uluslararası sözleşmeye göreceli eklemeler yapması hoş görülmeğe çalışılmaktadır. Bu da günümüz küreselleşen hukukunda hissetmeden yeşeren "yeni ortaçağ" anlayışının gölgelerinden biri olarak görülebilecektir.

Ülkemiz açısından bakıldığında ise durum son derece net. Erçep ve Savda kararlarından sonra mevcut düzenlemelerimiz değişmediği sürece yeni ihlal kararları gelebilecektir. Ancak çok kısıtlı bir dinsel grup açısından zorunlu olarak bunu din özgürlüğü olarak gören uluslararası kurumların kararları ışığında bu başvuruların büyük miktarlarda yığılma oluşturması beklenmemektedir. Demografik ve istatistiksel bir devlet merkezli bakış söz konusuyla, muhtemelen tartışmasının sorunun kendisinden daha büyük olduğu ve çözüm sıralamasında diğer birçok majör sorundan daha gerilerde olduğu görülmektedir.

50 NOZICK, *Anarchy, State, Utopia* IX

51 DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, s.193

KAYNAKÇA

- BAŞKENT, Can, **Vicdani Ret Yazıları**, Federe Yayınları, 2010
- CALO, Z.R: Pluralism, Secularisma and the European Court of Human Rights, **Journal of Law and Religion**,Vol:XXVI,p:106
- CALO, Zachary R, Constructing the Secular: Law and Religion Jurisprudence in Europe and the United States, European University Institute, Robert Schuman Center for Advanced Studies, Working Papers.
- CLAPHAM, Andrew, **Human Rights: A very Short Introduction**, Oxford, 2007.
- DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press,1978.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunda Metodoloji**, Ekin, Bursa, 2013.
- NOZICK, Anarchy, **State and Utopia**, Basic Books, 2013
- MARTINEZ, Jenny S, **The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law**, Oxford University Press, 2012, s. 13
- SCHNABLY, Stephen / RICHARD,Wilson / SIMON, Jonathan / TUSHNET, Mark, **International Human Rights and Humanitarian Law**, Treaties, Cases and Analysis, Cambridge, 2006.

ULUSLARARASI KURULUŐ RAPORLARI

Asma Jahangir tarafından yazılan 9 Ocak 2006 tarihli E/CN.4/2006/5 no'lu rapor <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/101/40/PDF/G0610140.pdf?OpenElement> Erişim tarihi 25.10.2014
27 Mart 2006 tarihli BM raporu <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/121/25/PDF/G0612125.pdf?OpenElement>.Erişim tarihi 26.10.2014

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Kararı:
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsIPWnUpp4BdB1noqT%2bdRusWojgc4Gxtc4OYOSepcQhkYfdLCnTcsKARufGfBtx3mbtYFcnJP5GtP3hcWe4wtre1yqyak81A9MdOaRGOfJSDgtXUIXrY8Zqm3ZFFvVJPE8FGeihtdbXhTd3qF9gPfhPy%3d> (Erişim Tarihi: 25.10.2014)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 1967 tarihli kararı:
<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta67/ERES337.htm>
(Erişim tarihi: 4.5.2013)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 1977 tarihli tavsiye kararı <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta77/EREC816.htm> (Erişim tarihi 25.10.2014)
Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı: http://www.ecmcaucasus.org/upload/reports/FoRB_conf_Report.pdf (Erişim tarihi 25.10.2014)

Avrupa Parlamentosu kararları
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:1983:068:TOC>; (Erişim tarihi 25.10.2014)
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:1994:044:TOC> (Erişim tarihi 25.10.2014)

Avrupa Vicdani Ret BÜrosu
<http://www.ebco-beoc.eu/page/1uside/document/doc2eu.htm> (Erişim tarihi 25.10.2014)
Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Ortak Amicus Curiae Mektubu
<http://www.refworld.org/type,AMICUS,,,4c7f5f522,0.html>

BASIN

Hürriyet Daily News haberi <http://www.hurriyetdailynews.com/turkish-military-court-recognizes-conscientious-objection-for-the-first-time-.aspx?pageID=238&nid=15710> (Erişim tarihi: 4.5.2013)
Hürriyet Daily News haberi <http://www.hurriyetdailynews.com/turkeys-judicial-reform-falls-short-on-conscientious-objection-eu-comissionner.aspx?pageID=238&nid=44843> (erişim tarihi: 4.5.2013)
The Guardian Gazetesi <http://www.guardian.co.uk/world/2013/apr/01/israel-jails-conscientious-objector-eighth> (erişim tarihi: 4.5.2013)