

Ronald Dworkin'in İlkeler Yöntemiyle Bir Mahkeme Kararını Yeniden Yazmak: Herkül Olmayı Denemek (AİHM'de Osman Murat Ülke ve Türkiye Davası)

Hakemli Makale

Sezal ÇINAR ÖZKAN¹

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	2
I- VİCDANİ RET HAKKI	4
II- ULUSLARARASI ALANDA VİCDANİ RET HAKKI	6
III- RONALD DWORKİN VE İLKELER MODELİ	7
IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ OSMAN MURAT ÜLKE VE TÜRKİYE KARARI	10
A- Olayların Gelişimi Davanın Özeti Ve Tarafların İddiaları.	10
B- Karar Sonucu ve Ara Değerlendirme	13
V- DAVALI DEVLETİN HUKUKUNUN DAYANDIĞI AHLAKİ TEORİ.	16
A- Kararın Verildiği Tarihteki İç Hukuk Kurallarının Tespiti	16
B- Ahlaki Teorinin Tespiti	20
VI- DAVALI DEVLETE AİT POZİTİF MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ	25
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	29
K A Y N A K Ç A	31

¹ **Sorumlu Yazar:** Sezal Çınar Özkan, Dr., Danıştay 12. Dairesi Tetkik Hakimi. **e-mail:** sezalcinar@hotmail.com
Geliş Tarihi: 13.06.2017 ; Kabul Tarihi: 27.03.2018

ÖZ

Vicdani ret hakkı savaş karşıtlığında temellenen ve temel hak ve özgürlüklere göz attığımızda birden fazla hak statüsü ile ilişkisinin kurulabilmesi mümkün bir bireysel haktır. Ancak vicdani ret hakkı pozitif düzenlemelerce korunan bir hak değildir. Bu çalışmanın amacı Ronald Dworkin'in "Yargıç Herkül"ü rolüne bürünerek, AİHM'nde görülmüş olan vicdani ret hakkına konu Osman Murat Ülke davasının nasıl karara bağlanabileceğini görmektir.

Anahtar Kelimeler: Ronald Dworkin, hak, ilke, adalet, vicdani ret

ABSTRACT

**An Effort To Rewrite A Court Decision By Principles of Ronald Dworkin;
Trying To Be A Hercules
(Osman Murat Ülke vs. Turkey Case At ECHR)**

The right to conscientious objection is a right based on anti-war idea. If we look at the spectrum of fundamental rights and freedoms, it is an individual right that can be related to more than one category of rights. But, the right to conscientious objection is not a right protected by the positive regulations. The aim of this study is to see how the Osman Murat Ülke case, which is the subject of conscientious objection at the ECHR, can be dealt with through the figure of the "Hercules judge" of Ronald Dworkin.

Key Words: Ronald Dworkin, right, principle, justice, conscientious objection

GİRİŞ

Thomas C. Grey, “Yazılı Olmayan Bir Anayasaya mı Sahibiz?” başlıklı makalesinde, yargıçların yasaların anayasal denetiminde bu yasaların yazılı anayasadan kaynaklanan normlarla çelişip çelişmediğini sorgulamakla sınırlı bir denetim yapmasının yeterli olup olmadığını, anayasada bulunmayan özgürlük ve adalet ilkelerini de bu uygunluk denetiminde kullanabilip kullanamayacaklarını sorgulayarak, anayasalar hakkında belki de en önemli sorunun bu olduğuna dikkat çeker.¹

Anayasanın ya da pozitif düzenlemenin açıkça adalete aykırı olması halinde Ronald Dworkin’in mahkemelerin sorunu nasıl çözebilecekleri konusunda bir önerisi vardır.²

Dworkin’e göre eğer bir devlet hakları ciddiye almıyorsa o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir. Bu bağlamda karşımıza çıkacak temel kavramlar insanlık onuru ve siyasal eşitlik kavramlarıdır. Eğer bir hak, kişinin onurunu korumak ve eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse, kişinin devlete karşı güçlü bir hakka sahip olduğu açıktır.³

Vicdani ret hakkı, tam da Dworkin’in önerisinde olduğu gibi adaletle ilişkisi bakımından felsefi olarak temellendirilebilmesi açıkça mümkün, ancak ülkemizde pozitif düzenlemelerde yer bulmayan bir haktır. Anayasamızda açıkça tanınmış bir hak olmadığı gibi, aksine Askerlik Kanunu, Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemelerle bu hakkı kullanmak isteyen kişiler cezalandırılmaktadır.⁴ Ayrıca, Anayasanın 90. maddesi ve son fıkrası ile iç hukukun bir parçası haline gelen AİHS ile de açıkça tanınan bir hak değildir. Yalnızca AİHM içtihat yoluyla çeşitli kararlarında bu hakkı tanımıştır.⁵ AİHM, vicdani ret hakkını AİHS 9. maddede düzenlenen inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirmekte ve böylece ona dolaylı bir koruma sağlamaktadır.⁶

Bu sebeple bu çalışmada, pozitif hukuk yoluyla korunması mümkün olmayan ama haklar arasında yer aldığı kuşkusuz olan vicdani ret hakkını korumak için Dworkin’in metodunu uygulayarak ve yargıç Herkül olmayı deneyerek AİHM’de görülmüş olan Osman Murat Ülke davasının nasıl karara bağlanabileceğini inceleyeceğiz.

I- VİCDANİ RET HAKKI

Vicdani ret, “az ya da çok doğrudan hukuki bir hüküm veya idari emir ile uyumsuzluk” halinde olmak, “pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa veya izin vermediği bir uygulamaya, inançlar, ahlaki ya da politik değerler nedeniyle karşı çıkmak olarak tanımlanabilir.⁷

1 GREY, Thomas C., **Do We Have An Unwritten Constitution?**, Stanford Law Review, 1974-1975, 27, s. 703.

2 ÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları**, Anayasa Yargısı, 2011, Cilt 28, s.79.

3 DEMİRDAL, M. Balkan, **Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s.813.

4 Bkz. TCK 318. madde, Askeri CK.63. ve 87. maddeler.

5 ESMER, Barış, **Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret**, Propoganda Yayınları, 2012, s.56, 59.

6 DEMİR, Hande Seher, **Vicdani Ret Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.245.

7 ESMER, **2012**, s.22.

Vicdani ret hakkı savaş karşıtlığında temellenen ve temel hak ve özgürlüklere göz attığımızda birden fazla hak statüsü ile ilişkisinin kurulabilmesi mümkün bir bireysel hakktır.

Bunların ilki; din ve vicdan özgürlüğüdür. Düzenleme bulduğu pozitif hukuklarda genellikle en yalın haliyle dini inançlar veya ahlaki/vicdani kanaatler nedeniyle savaşa katılmayı ve zorunlu askerlik hizmetini reddetme hakkı olarak tanımlanır.⁸ Din, vicdan ya da ahlaki kanaatine göre savaşı ve öldürmeyi reddetmek beraberinde başka bir hakkı daha getirir; öldürmeme hakkı. Öldürmeme hakkı, tüm dinlerde ortak düzenleme bulunduğu kadar evrensel ahlaka dayanan, tabii hukuk düşüncesinden, sosyal sözleşme teorisine kadar her türlü felsefi temelde savunulabilen bir hakktır.⁹

Bu anlamda UAÖ (Uluslararası Af Örgütü) vicdani retçiyi şöyle tanımlamaktadır: "Vicdani ya da geçerli bağıllığından dolayı silahlı kuvvetlerde görev almayı ya da savaşlarda veya silahlı çatışmalarda doğrudan ya da dolaylı görev yapmayı reddeden kişi. Bu, bütün savaşlara katılmayı reddetmese bile, bir savaşın amaçları ya da yürütülme biçimine katılmadığı için reddetmesini de içerir. UAÖ, vicdani retçileri düşünce mahkumu olarak kabul eder."¹⁰

Vicdani ret hakkının ilişkisinin kurulabildiği bir diğer hak ifade özgürlüğüdür. Buna göre vicdani ret açıklamaları inancını yayma özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. İnancını yayma ve öğretme faaliyetini gerçekleştiren kaynak ve bu faaliyete maruz kalan hedef olmak üzere ifade özgürlüğü iki yüze sahiptir. İnancını yayma ve öğretme özgürlüğü vicdan özgürlüğüyle bağlantılı olarak değiştirebilme özgürlüğünün doğal uzantısıdır.¹¹

Vicdani ret hakkının felsefi temeli aynı zamanda anti-militarizm, savaş karşıtlığı ve evrensel barış düşüncesidir. Bu sebeple vicdani ret hakkı barış hakkıyla¹² ilişkili olarak değerlendirilmelidir. Savaşa karşı çıkma, öncelikle bir insanlık suçu olarak savaşa karşı çıkma, savaş lehine propagandalara karşı mücadele, savaş suçlarına, insanlığa ve barışa karşı suçlara muhalefet olarak tanımlanabilir. Savaşa ve zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkı da barış hakkının bu boyutu içerisinde değerlendirilmelidir.¹³

Savaşın en temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlali olduğundan hareket edildiğinde vicdani ret hakkının yaşam hakkı ile de sıkıca ilişki içinde olduğu görülür. Barış düşüncesine yaslanan vicdani ret hakkı, bu bağlamda, her bireyin yaşamını sadece güvenlik içerisinde sürdürme hakkıyla aynı anlama gelmektedir.

II- ULUSLARARASI ALANDA VİCDANİ RET HAKKI

Savaşa karşı olan barış hakkına, öldürmeme hakkına ve yaşam hakkına yaslanan

8 Ibid, s.25.

9 ESMER, 2012, s.26-28.

10 Ibid, s.62.

11 DEMİR, 2011, s.254-255.

12 KABOĞLU, İbrahim, **Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi?, İnsan Hakları mı?)**, İnsan Hakları Yıllığı, 1988-1989, Cilt 10-11, s.45-46.

13 ESMER, 2012, s.40. Daha geniş bilgi için bkz. TURANLI YÜCEL, Kıvılcım, **Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi**, Oniki Levha Yayınları, 2012.

vicdani ret hakkı uluslararası insan hakları belgelerinde koruma bulan haklardan biri değildir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 1993 tarihli ve 22 sayılı genel yorumunda, ikiz sözleşmelerden Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 18. maddesini yorumlayarak, sözleşme açık olarak bu hakka bir atıfta bulunmamasına karşın, zorunlu askerlik hizmetinin ve ölümcül güç kullanımının 18. maddede yer alan din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile çeliştiğini ifade etmekte, Birleşmiş Milletler üyesi ülkeleri bu hakkın hangi çerçevede tanındığı ve uygulamanın koşullarının neler olduğu konusunda komiteye rapor vermeleri çağırısında bulunmaktadır.¹⁴

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından ise, 1998/77 sayılı kararda, savaşa karşı vicdani ret hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddelerinde belirtilen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün meşru bir kullanımı olduğu belirterek üye ülkelere bu hakkın tanınması tavsiyesinde bulunulmakta, bu tavsiye komisyonun ileriki tarihlerdeki farklı kararlarında da yinelenmektedir.¹⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde vicdani ret hakkı tanınmamakta, sözleşmenin zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. maddesinde bu hakkı tanıyan ülkelerde uygulanan askerlik hizmetine alternatif zorunlu sivil hizmet, zorla çalıştırma yasağının istisnalarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁶

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi, vicdani ret hakkının bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar çerçevesinde tanındığı ifadesini içermektedir. Bu ifade Avrupa Birliği Anayasası'nda da yer almaktadır.¹⁷

Vicdani ret hakkı BM (Birleşmiş Milletler), AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü), AK (Avrupa Konseyi), AB (Avrupa Birliği) gibi uluslararası örgütler tarafından da benimsenmiş, üyelerine bu yönde yasal düzenlemeler yapmaları ve uygulamalarda da özenli olmaları konusunda sürekli uyarılar yapmaktadırlar. Gelişen süreçte bugün, AB üyesi bütün ülkelerde ve Avrupa Konseyine üye 47 ülkeden de yalnızca Türkiye, Azerbaycan ve Belarus dışında bütün ülkelerde, vicdani ret yasalarda yer almış durumdadır.¹⁸

III- RONALD DWORKİN VE İLKELER MODELİ

Dworkin, adaletin yazılı kuralların dar dünyasına sıkıştırılmayacak bir kavram olduğunu ileri sürer;

"... Hepimiz, mahkeme ne derse hukuk odur sözünü çok iyi biliyoruz. Ama bu iki farklı anlama gelebilir: Birincisi, mahkemelerin hukukun ne olduğunu belirleme konusunda daima haklı oldukları, kararlarının içtihat niteliği

14 ESMER, 2012, s.60.

15 GÖKSU, Rana, **Yargılanan Vicdani Ret**, TBB Dergisi, 2017, Cilt 129, s.40-41.

16 ESMER, 2012, s.55.

17 DEMİR, 2011, s.264. GÖKSU, 2017, s.41.

18 KAFKASLI, Zehra, **Her Şey Vatan İçin (!)**, Güncel Hukuk, Mart 2006/03, s.38-39. DEMİR, 2011, s.268-269.

taşıdığı, yani mahkeme anayasayı belli bir biçimde yorumladıysa bunun gelecekte de zorunlu olarak geçerli yorum olacağı anlamına gelebilir. Ya da basitçe, mahkeme kararlarını en azından pratik nedenlerle tanımamıza rağmen, mahkemelerin tek tek olaylarla ilgili yanılabilirlikleri yolundaki düşüncelerimizi saklı tutmamız gerektiği anlamına gelebilir. Birinci yaklaşım hukukî pozitivizmin yaklaşımıdır. Bana göre yanlıştır ve sonuç olarak da hukuk devleti anlayışını derinden zedeleyecek bir yaklaşımdır.”¹⁹

Dworkin’e göre adalet yalnızca yazılı kurallarla değil hukukun bir parçası olan ilkelere sağlanmalıdır. Çünkü hukuk, kural ve ilkelerden bir bütün olarak oluşur. Dworkin, yargıçlara kuralın eksik olduğu hukuki boşluk durumunda, ilkelere başvurarak adaleti sağlamaları ve kuralın açıkça adalete ve ilkeye aykırı olduğu durumda ise kuralın uygulanmayarak adalet ilkesinin uygulanması önerisinde bulunur. Dworkin bunu Herkül olarak tanımladığı ideal yargıç figürü üzerinden tasarlayarak anlatır.²⁰ Yargıç Herkül, uyuşmazlıklarla alakalı daha genel ve daha soyut düşünme biçimini getirerek uyuşmazlıklarda karar vermektedir. Böylece adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerini yerine getirebilecek, hakların temellerini daha iyi ortaya koyabilecektir. Herkül, insan üstü bilgi ve becerisiyle her somut olayda derinlemesine inceleme ve araştırmayla tek doğru yanıtı bulur ve adaleti sağlar.²¹

Bilindiği üzere pozitivizm bir kurallar modelidir. Dworkin’e göre; adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlar ise “ilke”dir. Hukuk, kurallar kadar ilkelerden de oluşmaktadır. Hatta ilkeler kuralların taşımadığı bir ağırlık boyutuna sahiptirler. Kural ilkenin uygulanışını göstermektedir. Kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanı aracılığı ile boşluk doldurulabilecektir. Ayrıca daha da fazlası olarak kuralın ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebilirse, kural geçersiz sayılabilmektedir uygulanmayacaktır. Bu durumda ilkeye uyulacaktır. Çünkü Dworkin’e göre kural politik temelli olabilirken, ilke hak temellidir.²²

Dworkin, “ilke” ve “politika” olarak bir ayrımına daha işaret eder.²³ İlke argümanını hak veren standartlar olarak tanımlamakta, toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme, erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlara ise “politika” adını vermektedir.²⁴ Politik argüman ile kolektif amaçlar tespit edilmektedir. Hukukun temeli ise hak temelli olan ilkeler olmalıdır.

Dworkin’e göre Anayasalar, büyük ölçüde politik argümanla oluşturulmuş toplumsal

19 DWORKIN, Ronald, **Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatikliği, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Çev: Yakup Coşar**, Ayrıntı Yayınları, 2001, İstanbul, s. 159.

20 DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ali Ulvi Türkbağ**, 2007, İstanbul; TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı**, 2010, Derin Yayınları, İstanbul, s.112-125.

21 DWORKIN, Ronald, **Justice in Robes**, Harvard University Press, Cambridge, 2006, s. 54 - 55.

22 DWORKIN, 2007, s.46.

23 ÖZKÖK, Gülriz, **Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar**, HFSA, 2002, Sayı 5, İstanbul, s. 105.

ÖZKÖK, Gülriz, **Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine**, A.Ü.H.F.D., 2002, Cilt 51, Sayı 2, s. 9.

24 DWORKIN, 2007, s.46.

sözleşme metinleri olsalar da ilke argümanlarını da ihtiva ederler. İlke argümanları, bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanan argümanlar, hakları tanımlayan önermelerdir.²⁵

Dworkin'e göre, politik tercih olarak kural ve ilke çatışması söz konusu olduğunda mahkeme aktivist davranmak zorunda olup, pozitif kural karşısında hak temelli ilkeyi korumalıdır. Bu noktada yargıya düşen en önemli görevin hak ve özgürlükleri korumak olduğu düşünüldüğünde, yargıcın hak ve özgürlükler konusunda taraf olması doğal karşılanmalıdır.²⁶

Ancak Dworkin, bir taraftan da hukuki pozitivizmden ayrılmanın yargıçların keyfi karar verecekleri anlamına gelmeyeceği konusunda uyarır. Yargıçların keyfi karar vermeyeceği ilkelere dayanan hukuk uygulaması bakımından Dworkin, "siyasi ilke - siyasi değer" ayrımını öne sürer. Siyasal ilkeler içinde hukuki ilke ile etiği barındıran, adalet ve hakkaniyeti sağlayan aynı zamanda da hukukta objektiflik ve belirliliği sağlayan ilkeler olduğundan bunlar yargıcın keyfliğinin önüne geçen ilkelere dir.²⁷

Politikalar ile haklar arasındaki ilişkinin ortaya konulmasının ardından Dworkin, haklara yönelik bir sınıflama yapar. Onun hak sınıflandırmasındaki anahtar ayrımı, "arka plan haklar" (temel haklar) ve "kurumsal haklar" ayrımıdır. Arka plan haklar (temel haklar), politik kararlar için toplum tarafından bir haklılık sağlayan haklardır. Kurumsal haklar ise, bir karar için belirli ve özel bir kurum tarafından haklılık sağlayan haklardır. Kişi daha önce arka plan hak olan şeyi, kurumsal bir hakka dönüştürebilir.²⁸

Arka plan haklar (temel haklar) ve kurumsal haklar ayrımının dışında Dworkin'in yaptığı ikinci bir ayrım; somut ve soyut haklar ayrımıdır. Soyut bir hak, genel politik bir amaç beyanıdır. Özel durumlarda diğer politik amaçlarla nasıl tartışacağı ya da onlarla nasıl uzlaşacağı ifade edilmemiştir. Somut haklar ise pozitif metinlerde net bir şekilde tanımlanmış olan haklardır. bir somut hak talebi, herhangi bir soyut hak talebinden çok daha kesindir. Ancak soyut haklar da somut haklara argüman sağlayan haklardır. Soyut haklara eşitlik, özgürlük, saygınlık ve insan onuru örnek verilebilir.²⁹

Dworkin'ci anlamda vicdani ret hakkı, soyut hak talebinden beslenen bir arka plan hakkı olarak okunabilir. Çünkü pozitif düzenlemelerle hayat bulan bir somut hak talebine dönüşmemiş, henüz kurumsal haklar arasında yer almış değildir. Ancak kurumsal ve somut haklar içinde yer almaması onun, bir hak olma iddiasını değiştirmez.

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ OSMAN MURAT ÜLKE VE TÜRKİYE KARARI

A- Olayların Gelişimi Davanın Özeti Ve Tarafların İddiaları

Dava³⁰, davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, başvuru Osman Murat Ülke'ye karşı gerek uygulamalarıyla gerekse de iç hukuk yoluyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

25 Ibid, s.124.

26 Ibid, s.186.

27 DWORKIN, Ronald, **Matter of Principle**, Oxford University Press, New York, 1985, s.11.

28 TÜRKBAĞ, 2010, s. 103-104.

29 Ibid, s. 105-106.

30 Karar metni için bkz. www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/ulke-karari (erişim tarihi 05.03.2008)

(Sözleşme)'nin, 3, 5, 8 ve 9. maddelerini ihlal etmiş olduğunun tespiti ve bu nedenle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini talebi hakkındadır.

Başvurucu, Osman Murat Ülke, halen sağ, 1970 doğumlu, Türk vatandaşıdır. 1985 yılına kadar Almanya'da yaşamış ve eğitiminin bir kısmını burada görmüştür. 1985'te Türkiye'ye dönerek bir kısım eğitimini ve üniversite eğitimini burada tamamlamıştır. 1993 yılında Savaş Karşıtları Derneği'ne katılarak, çeşitli ülkelerde düzenlenen çok sayıda toplantıda bu derneği temsil etmiş, dernekte aktif bir rol üstlenmiştir. Bu derneğin Kasım 1993'te feshinin ardından kurulan İzmir Savaş Karşıtları Derneği'nin 1994-1998 tarihleri arasındaki başkanlığını yapmıştır.

Başvurucunun davasına konu olaylar dizisi Ağustos 1995'te askere çağırılması ile başlamaktadır. Bu çağırının akabinde başvurucu pasifist inançlara sahip olduğu gerekçesi ile askerlik celbini reddetmiş, 01.09.1995'te İzmir'de düzenlenen bir basın toplantısında sülüsünü yakmıştır. 08.10.1996'da tutuklanmış, 18.10.1996'da Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi Başsavcısı, başvurucunun, TCK. m.155 ve Askeri CK. m.58 uyarınca halkı askerlikten soğutmak suçundan mahkumiyetini istemiştir. 28.01.1997 tarihinde Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi tarafından verilen altı ay hapis, para cezasına çarptırılmış, ayrıca asker kaçağı olduğu bildirilerek, Askeri Mahkeme Başsavcılığı'na ilgilinin askere alınması talimatını muhtevi karar, 03.07.1997 tarihli nihai kararlarla Askeri Yargıtay'ca onanmıştır.

Henüz davası sürmekte olan başvurucu, 22.11.1996'da Bilecik 9. Jandarma Er Eğitim Alayı'na gönderilmiştir. Askeri üniforma giymeyi ve alay komutanlarının emirlerine uymayı reddeden başvurucu için, "emre itaatsizlikte ısrar" suçu işlediği gerekçesi ile Askeri CK'nun 87. maddesi uyarınca açılan davada 06.12.1997 tarihinde verilen kararlar beş ay hapis cezası verilmiştir.

Mart 1997 ve Kasım 1998 tarihleri arasında aynı sürecin devamlı tekrar ettiği görülmektedir. Başvurucu bu tarihler arasında, askeri üniforma giymeyi reddettiği için 8 kez "emre itaatsizlikte ısrar" suçundan ve ayrıca alayına katılmaması nedeniyle 2 kez "fırar"dan mahkum edilmiştir. Bu mahkumiyetler nedeniyle 701 gün cezaevinde kalmıştır. Kalan cezasının infazı nedeniyle güvenlik güçlerince arandığından davanın görüldüğü tarih itibarıyla saklanmaktadır. Dernek ve politik faaliyetlerini bırakmıştır. Resmi bir adresi yoktur. Resmi yetkililerle tüm irtibatını kestiğinden ve saklandığından, nişanlısı ile resmi olarak evlenmemekte ve nişanlısı ile birlikteliğinden olan oğlunu resmi olarak tanıyamamaktadır.

Başvurucu, askeri üniforma giymeyi her reddedişinde mahkum edilip hapse atıldığını ve saliverilmesinin ardından bölüğe teslim edildiğini, askeri üniforma giymeyi yine reddettiği için bir kez daha mahkum edildiğini ve hapse atıldığını belirtmektedir. İnançları yüzünden uğradığı kovuşturma ve cezaların süre giden bir durum yarattığını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, bu sonu gelmez kovuşturma ve cezalar Sözleşmenin 9. maddesi anlamı dahilinde müdahale teşkil etmektedir ve ulusal makamlar tarafından öne sürülen amaçlarla orantılı bir nitelik taşımamaktadır.

Başvurucu ayrıca Avrupa'da yakın tarihte yaşanan gelişmelerin, askerlik hizmeti yapmayı reddetme ve vicdani retçi olmayı seçme hakkının genel kabul gören bir hak olmaya başladığını iddia etmektedir. Avrupa Konseyi'ne yeni katılan üye devletlerin tümü

bu hakkı esas itibariyle tanımış durumdadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da vicdani ret hakkını tanımaktadır. Avrupa Konseyi'ne üye olup da, askerlik hizmetinin düzenlenmesine ilişkin özel bir yasal mevzuata sahip olan 26 devlet arasındaki bu hakkı tanımayan tek ülke Türkiye'dir.

Hükümet Sözleşmenin 9. maddesinin bu davaya uygulanabilirliğine karşı çıkmaktadır. Sözleşme organlarının yerleşik içtihatlarına göre, 9. maddenin tek başına vicdani ret hakkını güvence altına almadığını iddia etmektedir.

Hükümet esasa ilişkin olarak, iç hukuka göre, Türk vatandaşı olan her erkeğin askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğü bulunduğunu ve bu yükümlülüğün vicdani nedenlere dayalı hiçbir istisnaya imkan tanımadığını vurgulamaktadır. Başvurucunun askeri disiplin kurallarını ihlal ettiği için askeri itaatsizlikten suçlu bulunduğunu hatırlatmaktadır. Hükümete göre, başvurucuya isnat edilen suçlamalar, askerlik hizmetini yerine getirenler arasında bir tedirginliğe, hatta bir ayaklanmaya yol açabilecek niteliktedir ve cezai yaptırımlarla karşılanmayı hak etmektedir. Bunun yanı sıra, Hükümet Heudens vs Belçika (Başvuru No: 24630/94, 22.05.1995 tarihli Komisyon kararı) ve Autio ve Finlandiya (Başvuru No:17086/90,06.12.1991 tarihli Komisyon Kararı) davalarına atıfta bulunmak suretiyle, Sözleşmenin 9. maddesinin 4. madde ışığında yorumlanması gerektiğini ve vicdani ret hakkının Sözleşme'de bu haliyle tanınmamış olduğunu iddia etmektedir.

B- Karar Sonucu ve Ara Değerlendirme

Davaya konu somut olay, Türk iç hukukundaki pozitif mevzuat uyarınca başvurucunun askerlik hizmetini yerine getirmek üzere askere alınmaya çalışılması, buna karşılık olarak da, başvurucunun Türk iç hukukunda açık bir düzenleme bulmamış olan "vicdani ret" hakkını kullandığından bahisle, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiş olması, akabinde, pozitif mevzuat gereğince cezalandırılması, ancak bu cezalandırmaların, her ceza sonu davalı devletin tekrar askere çağırması nedeniyle suça konu fiilin tekrarı nedeniyle, silsileler halinde devam ediyor olmasıdır.

Başvurucunun Sözleşme kapsamında iddiasında bulunduğu hak ihlalleri; bu silsile halinde cezalandırılma halinin, 3. madde kapsamında "insanlık dışı veya onur kırıcı ceza" mahiyetinde olduğu, 5. madde kapsamında, "özgürlük ve güvenlik" hakkının kısıtlanmasının maddenin istisna olarak bildirdiği aynı fıkranın (c) bendinde sayılan haller kapsamında değerlendirilemeyeceği, çünkü kendine yapılan muamelenin bu düzenlemenin amacını aşar nitelikte olduğu, 8. madde kapsamında, bu silsile halinde devam eden cezalandırma halinin resmi makamlarla ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuran kaçak yaşamına neden olması nedeniyle "özel hayatı, aile hayatı, konut sahibi olma hakkı ve haberleşme hakkı"nın ihlali mahiyetinde olduğu ve son olarak da, 9. madde kapsamında, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini reddetmiş olması nedeniyle davalı devletçe maruz bırakıldığı muamele nedeniyle "düşünce ve vicdan" özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği şeklindedir.

Davalı devlet hükümeti ise gerek kendi yasal mevzuatı gerekse de Sözleşme hükümleri gereğince, iddia edilen hak ihlallerinin gerçekleşmediği savunmasında bulunmaktadır. Davalıya göre, Türk iç hukukunun açık pozitif düzenlemeleri gereğince hareket

edilmiştir. Ayrıca, davalı AİHS hükümleri arasında vicdani ret hakkı düzenlenmemiş olduğu iddiası ile AİHM'nin daha önce vermiş olduğu kararlardan örnekler vererek Mahkeme'nin bu yönde geliştirmiş olduğu içtihadın da kendi uygulamasını destekler olduğu yönünde savunmada bulunmuştur.

Davalı devlet hükümetinin savunması, olayı ele alışı ve değerlendirmesi, Dworkin'in karşı çıktığı ve eleştirdiği pozitivist yaklaşım örneğidir. İç hukuktaki yargılama da bu pozitivist gelenek doğrultusunda gerçekleştirilerek, davacı aynı değerlendirme uyarınca askeri üniforma giymeyi her reddedişinde mahkum edilip hapse atılmış, salverilmesinin ardından bölüğe teslim edilmiş, askeri üniforma giymeyi yine reddettiği için bir kez daha mahkum edilmiş ve hapse atılmış, inançları yüzünden uğradığı kovuşturma ve cezalar süre giden bir durum yaratmış, bu mahkumiyetler nedeniyle 701 gün cezaevinde kalmıştır.

Pozitivist yaklaşım, açık mevzuat hükümleri nedeniyle ve AİHS'nde de açıkça ifade edilmemiş olması karşısında davacının vicdani ret hakkı bulunduğundan söz etmenin mümkün olmadığını savunacak, her askerliğe çağrının reddi durumunda, suç yeniden tüm unsurları ile vücut vermiş olduğundan, suçla oransız cezalandırmadan da söz edilemeyecektir. Buna göre, silsileler halinde devam eden cezalandırma ise her biri ayrı olarak ele alınarak cezalandırılan fiilden dolayıdır. Pozitivist yaklaşım, hem mevzuatta açıkça düzenlemediği için vicdani ret hakkını tanımamakta bunun sonucu olarak da, davacının inancı sebebiyle fiilin bütünlük gösterdiği değerlendirmesini yapmamakta, davacının her fiilini ayrı bir cezalandırmanın konusu olarak görmektedir. Bu hukuki pozitivismdeki, fiilin yalnızca formül önerme olan kanun kapsamına girip girmediğinin test edilmesi ile gerçekleşen bir değerlendirmenin sonucudur. Oysa Dworkin'in modelinde pozitivist kurala uygunluk testi ile birlikte, kuralın ilkelere uygunluğunun da değerlendirilmesi yapılır. Bu çok daha geniş kapsamlı bir değerlendirilmedir. Davalı devletçe böyle bir değerlendirme yapılmaksızın, pozitivist model uygulanmıştır.

AİHM'nce yapılan incelemede ise; Dworkin'in ilkeler modelini andıran kapsamlı bir değerlendirme yapılarak; Ülke'nin uğradığı muamelelerin bir bütün olarak gözetilerek ağırlığı ve tekrarlayıcı niteliği göz önüne alınarak, her türlü ceza ve tutuklama vakasında mevcut olan ve olağan sayılan küçük düşürme unsurunun ötesine geçen ciddi bir ıstırap ve sıkıntıya yol açtığına kanaat getirilmiş, söz konusu davranışların Sözleşmenin 3. maddesi anlamı dahilinde onur kırıcı muamele teşkil ettiği değerlendirilmesi ile ihlal bulunduğu yönünde karar verilmiş, aynı olgusal temellere dayandığı tespiti ile sözleşmenin 5, 8, 9. maddeleri kapsamındaki şikayetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına kanaat getirilmiştir.

Açıkça ifade etmek gerekir ki; Dworkin'in ilkeler ve haklar modeli uyarınca yapacağımız değerlendirmede de silsileler halinde gerçekleşen cezalandırmanın onur kırıcı muamele olduğundan hak ihlali bulunduğu yolunda AİHM'nce yapılan değerlendirmeden fazla ve farklı olarak söyleyecek bir şeyimiz yoktur.

Ancak, Dworkin'in ilkeler modelinden yaklaştığımızda AİHM kararı onur kırıcı muamelelerin tespiti konusunda Dworkin'in modelini andıran geniş değerlendirme bakımından tatminkar görünse de, yalnızca bu tespitle yetinerek kararını bu doğrultuda vermesi

ve davacının vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitine yer vermemesi bakımından aslında yine de pozitivist model içinde kaldığı şeklinde eleştirilebilir. AİHM'nce sözleşmenin 3. maddesi anlamında hak ihlali irdelenmiş, ancak Ülke'nin askerliğe zorlanmış olması, yani vicdani ret hakkı irdelenmemiş, AİHS ile açıkça vicdani ret hakkının düzenlenmemiş olması karşısında, pozitivist değerlendirme sınırları içinde kalınarak, bu konuda bir hukuki değerlendirmeye gidilmemiştir.

Bizim Dworkin'in rehberliğinde AİHM'den farklı olarak yapacak olduğumuz inceleme; Ülke'nin vicdani sebeplerle askerliğe alınma işlemine itirazda bulunduğu halde, davalı devletin bu itirazı kabul etmeyerek, başvurucuyu askerliğe zorlamış olması hakkındadır. Bu inceleme davalı devletin iç hukuku ve iç hukukunun bir parçası sayılan imzalamış olduğu milletlerarası sözleşmeler uyarınca, vicdani ret hakkının bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla Ülke'nin vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitine ilişkindir.

Davalı devlette vicdani ret hakkı bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla davacının vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin saptanması yolundaki inceleme iki adımda yapılacaktır. Ronald Dworkin, gerek anayasal sistemin gerekse uluslararası boyutlar taşıyan toplumsal sözleşme sistemlerinin belirli bir ahlaki teoriye dayandığını bildirmektedir.³¹ Öncelikle, davalı devletin hukukunun temelinde bulunan ahlaki teori araştırılacaktır. Bu araştırmayı yapabilmek için ise kararın verildiği tarihteki iç hukuk kurallarının tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. İkinci adımda ise, bu ahlaki teorinin yansımaları bulunduğu hukuki ilkelerin saptanmasına gidilerek davalı devletin pozitif mevzuatı ile uyumu tartışmasına gidilerek bu kapsamdaki değerlendirmemiz sonuçlandırılacaktır.

V-DAVALI DEVLETİN HUKUKUNUN DAYANDIĞI AHLAKİ TEORİ

A- Kararın Verildiği Tarihteki İç Hukuk Kurallarının Tespiti

Anayasa madde 72³²; "*Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*"

Anayasa madde 90/son; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.*³³ *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*"³⁴

Anayasa madde 24/1; "*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.*"³⁵

Anayasa madde 25; "*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple*

31 DWORGIN, 2007, s.186.

32 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (erişim tarihi 05.03.2008).

33 Ibid.

34 22.05.2004 tarihli ve 25469 sayılı Resmi Gazete, Ek cümle: 07.05.2004 tarih 5170 sayılı Yasa 7. Madde (erişim tarihi 05.03.2008).

35 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (erişim tarihi 05.03.2008).

ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaz ve suçlanamaz."³⁶

17.07.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu madde 1³⁷ "Türkiye Cumhuriyeti tebasası olan her erkek...askerlik yapmaya mecburdur."

17.07.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu madde 10/2³⁸ ; "Askere alınan kişilerin sayısı ordunun ihtiyaçlarından fazla olması halinde, askerlik dönemi gelmiş olanlar, bir bedel ödeyerek kısa askerlik hizmeti yapabilir veya temel askeri eğitim aldıktan sonra vatan hizmetlerini kamu sektöründe çalışarak tamamlayabilirler."

22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 63³⁹ ; "Askerlik yoklamasını yaptırmış kişiler sevk edildikleri kıtaya teslim olmak zorundadır. Bunu yapmayan kişi bakaya addedilerek...ile cezalandırılacaktır"

22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 87/1⁴⁰ ; "Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddetmek veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar."

01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 155⁴¹ ; "...Halkı askerlikten soğutma..Geçen maddelerde yazılı olan ahval haricinde (...) halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda (...) telkinatta bulunanlar iki aydan iki seneye kadar hapis olunur ve bunlardan (...) ağır cezayı nakdi alınır."

01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 43/1⁴²; " ...bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi..."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri şöyledir⁴³:

Madde 3. İşkence Yasağı; "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

Madde 4. Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı; "1-Hiç kimse bir devletin ceza yargılama usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez."

Madde 5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı; "1- Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine

36 Ibid.

37 17.07.1927 tarihli ve 631-635 sayılı Resmi Gazete, 1111 sayılı Yasa (erişim tarihi 05.03.2008); www.asal.msb.gov.tr/er_islemleri/askerlik_kanunu1.htm - 49k (erişim tarihi 05.03.2008).

38 Ibid., 21.05.1992 tarihli ve 3802 sayılı yasanın 2. maddesi ile değişik.

39 15.06.1930 ve 1520 sayılı Resmi Gazete, 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yasanın 4. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. (Karar tarihindeki madde metni esas alınmıştır.)

40 Ibid., 22.03.2000 tarihli ve 4551 sayılı yasanın 22. maddesi ile değişik.

41 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html - 508k, (erişim tarihi 05.03.2008). 765 sayılı eski TCK yürürlükten kaldırılmış, 5237 sayılı yeni TCK ile benzer düzenleme 318. madde ile getirilmiştir. Halkı askerlikten soğutma başlıklı 318. madde; (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

42 Ibid.

43 Bkz. www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 05.03.2008).

hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

- 1 *Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;*
- 2 *Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;*
- 3

5- Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

Madde 8. Özel hayatın ve aile hayatının korunması; "1- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. "

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, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2- Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

Madde 12. Evlenme Hakkı; "Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir."

Madde 17. Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması; "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."

Madde 41. Hakkaniyete Uygun Tatmin; "Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatmine hükmeder."

AİHS'nin Önsözü; "Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, Bu Bildiri'nin metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını, Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne alarak, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve

ortaklığa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir daha tekrarlayarak, aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri’de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlaştırarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin Önsözü⁴⁴; *“İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, insan haklarının tanınması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçlar olarak ilan edilmiş bulunmasına, insanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının bir zaruret olmasına,…”*

B- Ahlaki Teorinin Tespiti

Ronald Dworkin, gerek anayasal sistemin gerekse uluslararası boyutlar taşıyan toplumsal sözleşme sistemlerinin belirli bir ahlaki teoriye dayandığını bildirmektedir.⁴⁵

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, mahkemenin yargısal yetkisine dayanak oluşturan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’yi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 18.05.1954 yılında (R.G.19.03.1954-8662) onaylamıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devleti, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ni 27.05.1949 yılında (R.G-7217) imzalayarak yayımlamıştır.

AİHS ve İHEB dayandıkları ahlaki teoriye önsöz kısımlarında yer vermişlerdir. AİHS, önsöz kısmında, İHEB’ne göndermede bulunmaktadır. Bu nedenle dayandıkları ahlaki teoriyi saptamak için İHEB’ni de ele almak gerekmektedir. İHEB, Dünya’nın deneyimlemiş olduğu İkinci Dünya Savaşı trajedisinin bir sonucudur. Bu nedenle, İHEB’nin ruhuna hakim ahlaki teorinin “insan hakları” düşüncesinin yanı sıra “dünyada barış” düşüncesi de olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bildirgenin önsözünde “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, insan haklarının tanınması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçlar olarak ilan edilmiş bulunmasına, insanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının bir zaruret olması,…” şeklinde ifadeler yer verilmektedir.

Barış hakkı temelde üç boyutu içermektedir. Bu boyutlar, güvenlik hakkı, savaşa

⁴⁴ Bkz. https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (erişim tarihi 05.03.2008).

⁴⁵ DWORKIN, 2007, s.186.

karşı çıkma hakkı ve silahsızlanma hakkıdır.⁴⁶

Güvenlik hakkı hem ulusal hem de uluslararası düzlemde terör ve şiddet eylemlerine karşı korunmayı ifade eder. Ülke içinde ise güvenlik hakkı, iç barışın korunması anlamına gelir. Bu anlamda herkes barışa karşı tehlike oluşturan insan haklarının sistematik ihlallerine tek başına ya da toplu olarak karşı koyma hakkına sahiptir.

Savaşa karşı çıkma hakkı öncelikle bir insanlık suçu olarak savaşa karşı çıkma, savaş lehine propagandalara karşı mücadele, savaş suçlarına, insanlığa ve barışa karşı suçlara muhalefet hakkı olarak tanımlanmaktadır. Savaşa ve zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkı da barış hakkının bu boyutu içerisinde değerlendirilmelidir.

Yukarıda katı hukuki pozitivizme yönelik eleştirel görüşlerinden bahsettiğimiz Dworkin, toplumsal sözleşme metinlerinin ahlaki bir teoriye dayanması gerektiği yolundaki görüşlerini bütünleyen kural ve ilke ayırımına gitmektedir. Buna göre, pozitivizm bir kurallar modelidir. Adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlar ise "ilke"dir. Hukuk, kurallar kadar ilkelerden de oluşmaktadır. Hatta ilkeler kuralların taşımadığı bir ağırlık boyutuna sahiptirler. Kural ilkenin uygulanışını göstermektedir. Kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanına başvurulacak boşluk doldurulabilecek, dahası kuralın ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebildiğinde ise kural geçersiz sayılarak ilkeye uyulacaktır.⁴⁷

İHEB ve AİHS Sözleşmeciler Devletler tarafından madde hükümleri ve önsöz ile bütün olarak imza altına alınmıştır. Bunun anlamı madde hükümleri ile önsözün birlikte değerlendirilmeye tabi tutulmasıdır. Sadece, sözleşmede düzenlemesi yapılmış madde hükümleri uyarınca değerlendirmeye gitmek, katı pozitivist bir tutum olacaktır. Oysa, kurallarla bir bütün olarak tüm yapıyı gözetmek, ilkeleri ortaya koymamıza neden olacak ve hakkaniyetli bir sonuca varmamızı sağlayacaktır.

Bildirgenin temenni ifadesi olduğu, herhangi bir yaptırım gücüne sahip bulunmadığı itirazını ise, AİHM aracılığıyla yaptırım gücüne kavuşmuş olan AİHS'nin önsözündeki ifadeler ile karşılamak mümkündür: Sözleşmenin önsözünde "...bu sözleşmenin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, Bu Bildiri'nin metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını ve Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne alarak, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklığa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir daha tekrarlayarak, aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlaşarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Yaptırım gücüne sahip olmayan bildirge ve işbu mahkeme nedeniyle yaptırım

46 KABOĞLU, İbrahim, **Çevre Hakkı**, İmge Yayınları, Ankara, 1996, s.51.

47 DWORKIN, **2007**, s.46.

gücüne kavuşmuş olan AİHS, diğer amaçlarının yanı sıra “dünyada barışın sağlanması” ahlaki temelini de sahiptir. Buradan hareketle, bir haklar kataloğu olan AİHS’nin pozitif kural olarak açıkça insanın “barış hakkı”nı zikretmemiş olsa da, Sözleşmenin salt kendi varlığı ile ilke bazında bu hakkı verdiği kabul edilmelidir. Çünkü hukuk, kurallar kadar ilkeleri de içermektedir.⁴⁸

İHEB’nin imzalanmasına sebep olan İkinci Dünya Savaşı ertesinde kurulan mahkemelerde pozitivist yaklaşımın ortaya çıkardığı sonuçlar gözler önüne serilmiştir. Hukuku sadece kurallar modeli olarak tanımlamak, Nazi Almanyası’ndaki uygulamaları uygulayıcılar gözünde haklılaştırmıştır. Nürnberg’de yargılananlar, “Yasanın söylediğinin dışında bir şey yapmadık. Eylemlerimiz yasalı”⁴⁹ itirazında bulunmuşlardır. Mahkeme ise hukukun ve adaletin bu olamayacağı gerekçesi ile açık pozitif kurallara rağmen bu kişiler hakkında mahkumiyet kararları vermiştir. Somut olayımızda, kuralların açıkça “vicdani ret” hakkını tanımamasını bugünün uluslararası politika düzeninde, tıpkı Nazi Almanyası’nda Yahudileri öldürmenin sıradanlaşması ve yaygın bir durum alması karşısında doğal bir durum olarak karşılanması gibi, yaygın, sıradan, doğal bir durum olarak karşılamak mümkündür. Ama, insanların bir arada barış içinde yaşaması şeklindeki bir erekten yola çıkan ve her ne koşulda olursa olsun öldürmeyi reddeden bir tutumdan beslenen “vicdani ret” hakkının tanınmamış olması, gelecek kuşaklarda, bizlerin İkinci Dünya Savaşında yapılanlara karşı yaşadığımız şaşkınlığa benzer bir şaşkınlığa yol açacaktır. Bu yaklaşımın “doğalcı” bir bakışa sahip olduğundan, hukuki belirsizliğe sebep olabileceği itirazında bulunulabilecektir.⁵⁰

Ancak, Dworkin’in önerdiği model ilkelere dayandığından “doğal hukuk” yaklaşımının düştüğü hukuki belirsizliğe neden olmaz. Bu bağlamda, vicdani ret hakkı pozitif düzenlemelerde açıkça yer almasa da, İHEB ve AİHS’nin önsözünde yer alıyor olması, Dworkin’in “arka plan haklar” anlayışı ile ilgili bir açıklamaya yer verilmesini gerektirmektedir. Arka plan haklarda, somut durumda hak sahibini hukuki anlamda iddia sahibi yapabilecek yasal bir düzenleme yoktur, ancak henüz kurumsal düzenlemeye dönüşmemiş olması onun bir hak olma niteliğini değiştirmez.⁵¹ Bir hakkın “kurumsal hak”a dönüşebilmesi için toplumda daha öncesinde arka plan hakkı olarak açığa çıkması gerekmektedir. Görüldüğü gibi, ilkeler ve toplumsal dinamikleri gözetken bu yaklaşım doğalcı yaklaşımdan farklıdır.

Dworkin, “ilke” ve “politika” olarak bir ayrıma daha işaret etmektedir. İlke argümanını hak veren standartlar olarak tanımlamakta, toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme, erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlara ise “politika” adını vermektedir.⁵² Politik argüman ile kolektif amaçlar tes-

48 Ibid, s.54.

49 GÜNAL, Hüseyin, **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Dost Kitapevi, 2015, Ankara, s.110-111.

50 Ibid, s. 332.

51 TORUN Yıldırım, **Ronald Dworkin’in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s. 64.

52 DWORKIN, 2007, s.46.

pit edilmektedir.

Devletlerin anayasalarında ve kanunlarında askerlik ödevine yer verilmiş olmasının sebebi politik argümandır. Her devletin politik argümanla, anayasal ve yasal düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Anayasalar zaten büyük ölçüde bununla oluşturulmuş, toplumsal sözleşme metinleridir. Ayrıca, anayasalar ilke argümanlarını da ihtiva ederler. İlke argümanları bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanırlar ve hakları tanımlayan önermelerdir.⁵³ Görüldüğü gibi politik ve ilke argümanın birlikteliği anayasal düzlemde hiçbir problem teşkil etmemekteyken, yargısal düzlemde bir uyumsuzluk görülmeye başlandığında bu ikisinin çatışması söz konusu olabilmektedir. Dworkin'e göre böyle bir çatışma durumunda haklar söz konusu olduğunda mahkeme aktivist olarak davranmak zorundadır.⁵⁴ Bunun anlamı politik olanla, ilkesel olan çatıştığında mahkemenin hak veren ilkenin yanında ve aktif olarak davranmak zorunda olmasıdır. Yaşamın tüm alanlarında, politik argüman zaten aktif olarak işlemektedir. Hak veren ilkenin aktif olarak korunabileceği tek alan yargısal alandır. Mahkemenin hak veren ilke hakkında pasif tutum takınmasını beklemek, politik olanın bu alanı da tahakkümü altına alması anlamına gelir. Somut olayımıza geri dönersek, mahkemenin, elbette ki politik argümana müdahale anlamına gelecek, "ilgili devletin anayasal düzlemde vicdani ret hakkının tanınması" şeklinde bir hüküm kurabilmesi mümkün değildir (ancak temenni ifadelerinde bulunabilir). Mahkeme'nin gücü kendi yargısal yetki alanı ile sınırlıdır. İşte tam da bu nedenle hakla ilgili önüne gelen uyumsuzlıkla pasif bir tutum sergilememeli, aktif bir tavır almalıdır. Hak söz konusu olduğunda mahkemenin alacağı aktif tutum hem somut durumdaki bireysel hakkın korunmasını sağlayacak hem de siyasal karar mekanizmaları için ufuk açıcı örnek niteliğini taşıyacaktır.

VI- DAVALI DEVLETE AİT POZİTİF MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Davalı devletin pozitif mevzuatı ilk bakışta, "vicdani ret hakkı" hakkında açık bir yasal düzenlemeyi içerir görünmemektedir. Anayasa'nın 72. maddesi, vatan hizmetinin her Türk'ün hakkı ve ödevi olduğu düzenlemesini getirmiş, düzenlemenin kanunla yapılacağına işaret etmiştir. Anayasa'nın 72. maddesinin düzenlemesi; "Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetler'de veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir." şeklindedir. Buna göre, Askerlik Kanunu ile her erkeğin askerlik yapmasını mecburi kılan düzenlemeye gidilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi askerlik hizmetinin ihlali durumlarına ilişkin cezai müeyyideleri düzenlemektedirler. Bu düzenlemelerin yanı sıra T.C Anayasası 24/1; "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir." ve madde 25; "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaz ve suçlanamaz." hükümlerini ihtiva etmektedir.

⁵³ Ibid, s.124.

⁵⁴ Ibid, s.186.

Anayasa'nın 72. maddesi vatan hizmetini alternatifli olarak düzenlemiştir. Bu madde gereğince askerlik yapmak, vatan hizmetinin yerine getirilmesinin olmazsa olmaz koşulu değildir. Kamu hizmetinde bulunularak da bu ödev yerine getirilebilmektedir. Öte yandan, "vicdani kanaat" özgürlüğü 25. madde düzenlemesi ile dokunulmaz, sınırlanmaz, tartışılmaz bir konuma yerleştirilmiştir. Anayasada vicdani ret hakkı açıkça zikredilmemişse de vicdani ret hakkını bu düzenlemeler kapsamında değerlendirmek mümkündür. Buna göre, yasa koyucu Anayasa'nın 72. maddesince yasa ile düzenlemesi gereken vatan hizmetine ilişkin kuralı ihdas ederken askerliği herkes için zorunlu kılmakla Anayasa'nın 24. ve 25. maddelerine aykırı bir düzenlemeye gitmiştir.⁵⁵ Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi Anayasa'nın kapsamını daraltıcı niteliktedir. Anayasa'nın tanımı olduğu alternatifli hizmet olanağının herhangi bir Anayasal zorunluluk olmaksızın daraltılmış olması, daha geniş bir tartışmaya dahi girmeye gerek kalmaksızın Anayasa'nın lafzına aykırı bir durumdur. Kaldı ki daraltma yönünde bir zorunluluk olmamasının yanı sıra, genişletme ve alternatifleri gösterme konusunda 24. ve 25. madde düzenlemeleri yasa koyucunun hareket yönünü sabitlemektedir. Anayasa'nın 15. maddesi hükmü, ülkenin varlık mücadelesinin dahi vicdani kanaate dokunulma konusunda bir meşruiyet dayanağı sunamayacağını düzenlemesi ile 24. ve 25. madde düzenlemelerini bütünlüyle ilgili yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığını ortaya çıkarmaktadır.⁵⁶

Yukarıda yapılan açıklamalar, mevzuata ilişkin iç hukuk düzenlemelerinde pozitif kural ile Anayasal ilkelerin çeliştiğini göstermektedir. Anayasaya aykırı yasayı iptal etmek yetkisi, davalı devletin Anayasa Mahkemesi'ne aittir ve böyle bir aykırılık savında bulunulmadığı için davalı devletin meri mevzuatında yerini korumaya devam etmektedir. Ancak gerek normlar hiyerarşisi gerekse Dworkin'ci yaklaşım çerçevesinde kuralın ilkeye aykırı olmaması gerektiğinden yasa hükmü usulüne uygun olarak iptal edilmeyecek halen mevcudiyetini korusa da, Anayasal ilke karşısında etkisiz kalacaktır.

Türk mevzuatındaki zorunlu askerlik hakkındaki çelişik hukuki durumun yanı sıra, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümlerinin esas alınması" düzenlemesini haavidir. Aynı maddenin aynı fıkrasının bir önceki cümlesinde ise bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı düzenlemesine gidilmiştir.

Bu madde hükmü Türk doktrininde bir milletlerarası sözleşmenin insan haklarına ilişkin hüküm içermesi halinde hiyerarşik olarak kanunların üzerinde olduğu şeklinde değerlendirilmektedir.⁵⁷

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası düzenlemesi nedeniyle AİHS ve İHEB normlar hiyerarşisinde Askerlik Kanununun 1., Askeri Ceza

55 CAN, Osman, **Vicdani Ret ve Anayasa, Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.306.

56 Ibid, s.307.

57 Bkz. www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf (erişim tarihi: 05.03.2008)

Kanunu'nun 63. ve 87., Ceza Kanunu'nun 155. maddelerinin üstünde yere sahiptirler. Ayrıca, kanunların anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulabilir iken, insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelerin anayasa aykırılık iddiasında bulunulmaması, bu tür sözleşmeleri Anayasa ile kanunlar arasında yer alan sui generis bir konuma taşımaktadır.

İHEB'nin 18. maddesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi ve AİHS'nin 9. maddesi "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü"nü düzenlemektedir.⁵⁸

Düşünce ve kanaat özgürlüğü, kişilerin sadece düşünce ve kanaate sahip olmasını değil, sonuçları bir zarar doğurmadığı sürece, bunun gereklerine uygun bir tutum almasını da korumak yönünde değerlendirilmelidir. Başvurucunun savaşa karşı düşünceye sahip olması ve vicdani kanaatine uygun olarak askerlik hizmetini yerine getirmemesi zarar doğurucu bir davranış değildir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın vatani hizmeti düzenleyen 72. madde hükmünü, askerlik hizmeti dışında ülkeye hizmet edilen başka bir ödev şeklinde yorumlanarak yerine getirilmesini istemek mümkündür. Böyle bir ödevin olmazsa olmaz koşulu başvurunun felsefi inançları ve vicdani sebeple reddetmiş olduğu "askeri üniforma giymek" değildir. Anayasa'nın 72. maddesi kapsamında, sivil giysilerle gerçekleştirilebilecek herhangi bir kamu hizmeti alternatifi sunmak mümkündür. Çünkü başvurucuyu askeri üniforma giymeye zorlamak, düşünce ve vicdan hürriyetinin ihlalidir.

Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çeşitli kararlarında, vicdani ret hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağlantılı olduğunu defalarca belirtmişlerdir.⁵⁹ Davalı devlet ayrıca İHEB ve AİHS'nin yanı sıra Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni de 24.11.2006 tarihinde onaylamıştır.⁶⁰

Türk Anayasası 90. madde hükmü son fıkrası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası sözleşmeleri kanunun üstünde anayasal bir yere koymaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, İHEB'ni ve AİHS'sini imzalayarak, kendi iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. Bunun dava yönünden önemi, İHEB 18. ve AİHS 9. madde hükmünün de iç hukukun bir parçası haline gelmiş olmasıdır.

Bu Sözleşme hükümlerinin benzerlerinin zaten T.C Anayasasının 24 ve 25. maddelerinde düzenleme bulmuş olduğu, dolayısıyla vicdani ret hakkı kapsamında ek bir katkı sağlamamış olduğu yönündeki itiraz haklı bir itiraz olmayacaktır. Çünkü, Anayasa'nın madde 24. ve 25. maddeleri Türk yargısal içtihadında vicdani reddi kapsamına alacak şekilde yorumlanmamaktadır. Oysa, AİHS 9. madde düzenlemesi AİHM içtihatlarında vicdani ret hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Mahkemeyi ve Sözleşme

58 AİHM daha sonraki davalarda savaş karşıtlığından veya pasifist inançlardan doğan eylemlerin 9. madde tarafından sağlanan koruma kapsamına girdiğini kabul etme yönünde eğilimler sergilemişse de, Ülke Davası'nda bu madde kapsamında bir inceleme girişimi, başvurunun 9. madde kapsamındaki iddialarını yanıtlamaktan kaçınma yolunu tercih etmiştir. Bkz. BOYLE, Kevin, 2008, "Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası", Çarklardaki Kum:Vicdani Red , İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.281.

59 ÇINAR, Özgür Heval, **Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.235.

60 BRETT, Rachel, **Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.248.

hükümlerini tanımak, onların arkasındaki içtihatlar ve yorumlar ağının da kabulü anlamına gelir. Çünkü kurallar ancak bu içtihat ve yorumlar ağı ile birlikte değerlendirildiğinde bir bütündür ve anlamlıdır.

Toplumsal sözleşme metinlerinin temelinde bulunan ahlaki teori, hukuktaki ilke-kural bütünlüğü ve ilke argümanı-politik argümanı hakkındaki görüşlerinden yararlandığımız Dworkin, ortaya koyduklarının neticesinde şöyle bir sorgulama yapmaktadır;

“Bir hakimin ne zaman var olan bir hukuk kuralını değiştirme izni vardır? İlkeler bunun yanıtında iki biçimde rol oynar. Birincisi, gerekli ama yeterli olmamakla birlikte hakim bu değişikliğin, değişikliği haklılaştıran bir ilkeye ilerlediğini bulmalıdır.”⁶¹

Dworkin'e göre mahkeme karar verirken, politik argümanla değil, ilke argümanı ile hareket etmeli, hakkın korunması yönünde pasif değil, aktif bir değerlendirme yapmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 72. maddesi, vatani göreve ve bunun uygulanmasını gösteren Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi askerliğe ilişkin düzenlemeyi havi olsa da, kuralın değişikliğini haklılaştıran ilkeye doğru ilerlediğinin kanıtlarını yukarıda sunduğundan Mahkeme, (T.C. Anayasası madde 24, 25, AİHS madde 9, İHEB madde 18, MSHS madde 18) başvurusunun “vicdani ret” hakkının bulunduğu sonucuna varmalıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukukilik denetimi yalnızca pozitif düzenlemelerde yer bulan haklarla sınırlı olarak yapılan bir denetim mi olmalıdır? Yoksa, Anayasada, Sözleşmelerde ve yazılı metinlerde yer almayan özgürlük ve adalet ilkelerini hukuka uygunluk denetiminde kullanabilir miyiz? Dworkin, pozitif düzenlemelerde yer almasa bile özgürlük ve adalet ilkelerinin hukuka uygulanması gerektiğini, hatta pozitif düzenlemenin ilkeye aykırı olduğu durumlarda ise, pozitif düzenlemenin değil ilkenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Vicdani ret hakkı, gerek Anayasamızca gerekse, AİHS ile korunan haklardan değildir. Vicdani ret hakkını kullanmak isteyen ama pozitif düzenlemelerle bu hakkı korunmayan Ülke, vatandaşı olduğu ülkenin yargısal makamlarının pozitivist değerlendirmesi nedeniyle vicdani ret hakkını kullanamamış, Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi, Askeri Ceza Kanunu'nun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi uyarınca silsileler halinde devam eden hapis cezasına maruz kalmıştır. AİHM ise Ülke'nin hak ihlalinden bahisle açtığı davasını yalnızca, sözleşmenin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından değerlendirmiş, Sözleşme ile vicdani ret hakkının açıkça korunmaması karşısında yine pozitivist bir bakış açısıyla başvurusunun vicdani ret hakkı karşısında sessiz kalmıştır.

Bizim Dworkin'in bakış açısıyla gerçekleştirdiğimiz değerlendirmede davalı devletin Anayasasının dayandığı ahlaki teoriden yola çıkılmış, mevcut yasal mevzuat

61 DWORIKIN, 2007, s.63.

hükümleri bu ahlaki teori çerçevesinde hakkın yanında yer alınan aktivist bir yorum tercih edilmiştir.

Buna göre; davalı devletin davacıyı askerlik yapmaya zorlayan pozitif düzenlemeleri olan Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi, Askeri Ceza Kanununun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi için;

- AİHS'nin ahlaki teorisinde yer alan barış kavramı ile vicdani ret hakkının uyumlu olması karşısında bu hakkı tanımayan düzenlemelerin söz konusu ahlaki teori ile çelişik olması,
- Davalı devletin Anayasal ilkelerinde askerlik hizmetinin zorunlu kılınmış olmasının yanı sıra, Anayasal ilkelerinde "düşünce ve vicdan özgürlüğü"nü kayıtsız şartsız korunacağını bildirmesi,
- Davalı devletin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasa üzerinde yer veren Anayasa düzenlemesi, İHEB ve AİHS'nin "düşünce ve vicdan özgürlüğü"ne ilişkin madde hükümlerinin kapsamının doktrin ve içtihat tarafından vicdani reddi de kapsayacak tarzda anlaşılması,

olarak sıralanabilecek nedenlerle "var olan hukuk kuralının değiştirilebilmesinin" koşullarının doğmuş olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, hukuku yalnızca pozitif düzenlemelerin lafzi hükümleri ile daraltıcı bir tarzda yorumlamak ile Dworkin'in haklar ve ilkeler modeli ile genişletici ve aktivist bir tarzda yorumlamak arasındaki fark, hakkın ve adaletin gerçekleşmesi açısından büyük sonuçlar yaratacak, hukuku durağan ve bazen ortaya çıktığı haliyle hakkın yanında değil, karşısında yer alan konumundan kurtarmış olacaktır.

K A Y N A K Ç A

- BRETT, Rachel, "**Askerlik Hizmetinin Vicdanan Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.247-265
- BOYLE, Kevin, "**Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.273-289
- CAN, Osman, "**Vicdani Ret ve Anayasa**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.291-311
- ÇINAR, Özgür Heval, "**Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.235-246
- DEMİR, Hande Seher, "**Vicdani Ret Hakkı**", Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.241-283
- DEMİRDAL, M. Balkan, "**Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü**", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s.789-820
- DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak (Çev: Ali Ulvi Türkbağ)**, Dost Yayınları, İstanbul, 2007
- DWORKIN, Ronald, "**Justice in Robes**", Harvard University Press, Cambridge, 2006
- DWORKIN, Ronald, "**Matter of Principle**", Oxford University Press, NewYork, 1985
- DWORKIN, Ronald, "**Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatikliği**", **Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik (Çev: Yakup Coşar)**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001
- ESMER, Barış, **Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret**, Propoganda Yayınları, Ankara, 2012

- GÜNAL, Hüseyin, **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Dost Kitapevi, Ankara, 2015
- GREY, Thomas C., **"Do We have an Unwritten Constitution?"**, Stanford Law Review 27, 1974-1975, s. 703-718
- GÖKSU, Rana, **"Yargılanan Vicdani Ret"**, TBB Dergisi, 2017, Cilt 129, s.37-62
- KABOĞLU, İbrahim, **"Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi?, İnsan Hakları mı?)"**, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 10-11, 1988-1989, s.37-48
- KABOĞLU, İbrahim, **Çevre Hakkı**, İmge Kitapevi, Ankara, 1996
- KAFKASLI, Zehra, **"Her Sey Vatan İçin (!)"**, Güncel Hukuk, Mart **2006/03**
- ORHUN, Defne (Çev.), **"Osman Murat Ülke Davası"**, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.359-370
- ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004
- ÖZKÖK, Güriz, **Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar**, HFSA, S. 5, İstanbul, 2002, s.98-106
- ÖZKÖK, Güriz, **Hukuki Belirirsizlik Problemi Üzerine**, A.Ü.H.F.D., Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, s.1-18
- TORUN, Yıldırım, **Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008
- TURANLI, YÜCEL, Kivılcım, **Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Derin Yayınları, İstanbul, 2010
- TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **"Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları"**, Anayasa Yargısı 28 içinde, 2011, s.71-82

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html - 508k (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.asal.msb.gov.tr/er_islemleri/askerlik_kanunu1.htm - 49k (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf
- vicdaniret.org/ (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/ulke-karari (Erişim tarihi 05.03.2008)
- https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi 05.03.2008)