



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKİSCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

2023

Cilt-5 Sayı-2

Jahrgang-5 Heft-2

Cilt-5 Sayı-2 Jahrgang-5 Heft-2 2023

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ | ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien
Cilt/Jahrgang: 5 • Sayı/Heft: 2 • Aralık/Dezember 2023
ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber
Türk-Alman Üniversitesi
Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion
Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss
Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,
Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban,
Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürich Üniversitesi
Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürich Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi
Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi

Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörü/Spracheditor

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni,
Dezember)**

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)

Vefa-Fatih/İSTANBUL

Tel: (212) 527 0 718 - (850)441 0 359

Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Aralık/Dezember 2023

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE.....533

Davalıdır Şerhinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi

Untersuchung der Vormerkung über die Anhängigkeit einer Klage im Hinblick auf das Zivilprozessrecht.....535

Dr. Öğr. Üyesi Vildan PEKSÖZ

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı

Das Streikrecht für Beamte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Republik Türkiye567

Araş. Gör. Kemal Efe SAYIN, Araş. Gör. Canberk GÜMÜŞ

Ceza Hukukunda Değerlendirme Hatası

Der Bewertungsirrtum im Strafrecht623

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ÇINAR

Spor Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkime İlişkin Güncel Sorunlar ve Gelişmeler

Aktuelle Probleme und Entwicklungen bei der Schiedsgerichtsbarkeit zur Beilegung von sportrechtlichen Streitigkeiten.....666

Doç. Dr. / PD Dr. Habil. Efe DIRENİSA

1921 Anayasası'nda Meclis Başkanlığı ve Hükûmet Sistemi Problemi Üzerine Analitik Bir İnceleme

Eine analytische Untersuchung über die Präsidenz des Parlaments und das Problem des Regierungssystems in der Verfassung von 1921710

Araş. Gör. Dr. Eyüp Kaan DEMİRKIRAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sığınma Hakkı: Sığınma Arama Hakkından Sığınma Aramaya Erişim Hakkına

Das Recht auf Asyl in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Vom Recht, Asyl zu suchen, zum Recht auf Zugang zu Asylbewerbern754

Dr. Öğr. Üyesi Esra Yılmaz Eren

Parlamento Seçimlerinde Zorunlu Cinsiyet Kotası Uygulamasının Alman ve Türk Anayasalarına Uygunluğu

Vereinbarkeit verpflichtender Geschlechterquoten bei Parlamentswahlen mit der deutschen und türkischen Verfassung.....829
Araş. Gör. Kubilay YALÇIN

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde Yönetime Katılma Hakkı ve Türkiye (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. İHEB'in 75. Yılında Bir Muhasebe Denemesi)

Das Wahlrecht und Zugang zu öffentlichen Ämtern gemäß der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und der Türkiye
(Ein Rechnungslegungsversuch anlässlich des 100. Jahrestages der Republik Türkiye und des 75. Jahrestages des AEMR)901
Doç. Dr. Veysel DİNLER, Araş. Gör. Ezgi Fulya AKKUŞ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı

Der Haftbefehl des Internationalen Strafgerichtshofs gegen den Präsidenten der Russischen Föderation Wladimir Putin971
Doç. Dr. Tolga Candan, Dr. Öğr. Üyesi Derya Nur Kayacan

Osmanlı Yargı Sisteminde Gayrimüslim Ruhanî Liderlerin Uyuşmazlık Çözüm Yetkisi ve Günümüz Arabuluculuk Kurumuyla Mukayesesi

Die Befugnis nicht-muslimischer geistlicher Führer zur Beilegung von Streitigkeiten im osmanischen Rechtssystem sowie deren Vergleich zur Mediation.....1007
Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU, Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Sportstrafrecht – Ein analytischer Blick auf spezielle Straftatbestände im deutschen Strafrecht zum Schutz der „Integrität des Sports“

Spor Ceza Hukuku - Alman Ceza Hukukunda "Sporun Bütünlüğünün" Korunmasına Yönelik Suç Tiplerine Analitik Bir Bakış1036
Ass. Prof. Dr. Joachim KRETSCHMER

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN1101

(Birinci ve İkinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun

Gesetz zum Schutze der Republik - (Republikenschutzgesetz)1103
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Erdi Yetkin

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	
Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları	1128
Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien	
Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben.....	1134

MAKALELER/AUFSÄTZE

Davalıdır Şerhinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi

Untersuchung der Vormerkung über die Anhängigkeit einer Klage im Hinblick auf das Zivilprozessrecht

Dr. Öğr. Üyesi Vildan PEKSÖZ*

ÖZ

Tapu siciline kaydedilen şerh ve beyanlar sınırlı sayı ilkesine tâbî olmasına rağmen, taşınmazla ilgili bir davanın derdest olduğunun tapu siciline şerh edilmesine yönelik bir uygulama ortaya çıkmıştır. Davalıdır şerhi olarak adlandırılan bu şerh, çekişmeli haklar şerhini ve geçici tescil şerhini kapsayan bir şekilde uygulanmaktadır. Çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi, ihtiyatî tedbir olarak kabul edilir. Davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir olup olmadığına yönelik yargı içtihatları yeknesak değildir. Kimi kararlarda davalı şerhinin ihtiyatî tedbir olduğu, bu şerh için teminat yatırılması gerektiği ve şerh hakkındaki kararların kanun yoluna tâbî olduğu ifade edilse de aksi yönde kararlara da rastlanmıştır. Çalışmada yargı kararları temelinde davalıdır şerhinin medenî usûl hukuku açısından niteliği, hüküm ve sonuçları ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: Şerh, beyan, ihtiyatî tedbir, teminat.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (vildan.peksoz@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0001-5903-6209.



The Examination of the Annotation of the Lawsuit in Terms of Civil Procedure Law

ABSTRACT

The annotations and declarations to be made to the land registry are subject to the principle of limited number. Restrictions on powers of disposal may be entered if they result from an official order made to secure disputed or enforceable claims (Civil Code Art. 1010) or provisional entries may be made in the land register to secure asserted rights in rem (Civil Code Art. 1011). However, a practice has emerged to annotate in the land registry that a lawsuit regarding the immovable property is pending. The annotation of a lawsuit is applied in a way that covers the annotations that are held in Art. 1010 and in Art. 1011. The court decisions about the annotation of a lawsuit are very controversial. Some court decisions state that the annotation of the lawsuit is an interim injunction. According to these decisions holding a deposit is required, and the decisions are subject to legal remedy. Also, there are decisions to the contrary. In this study, based on judicial decisions, the nature, provisions, and consequences of the annotation of a lawsuit in the aspects of civil procedural law are discussed.

Keywords: *Annotation, declaration, interim injunction, deposit.*

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu taşınmazla ilgili davalarda kişisel hakka veya aynî hakka dayanılmasına göre tapu siciline konulacak şerhleri düzenlemiştir. Taşınmazın mülkiyetinin devri hâlinde üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldıran çekişmeli haklar ve geçici tescil şerhleri, TMK m. 1010 ve m. 1011 hükümlerine göre verilebilir. Ancak bu şerhler yerine, davalıdır şerhi olarak isimlendirilen bir şerhin tapu siciline beyan olarak kaydedilmesi uygulamada ortaya çıkmıştır. Bu şerh, taşınmazla ilgili bir davanın derdest olduğunu bildirme işlevine sahiptir.

Davalıdır şerhi yönünde karar tesisi eşya hukukunda tapu siciline kaydedilecek hususlar bakımından kabul edilen sınırlı sayı ilkesine aykırılık teşkil etse de, bu şerhin hukukî niteliğinin tespiti gerekir. Aksi durum tarafın menfaatinin, özellikle davalı tarafın, ihlâl edilmesine sebep olur.

Uygulamada davalıdır şerhinin niteliğinin ihtiyatî tedbir olduğu yönünde kararlar bulunduğu gibi bu şerhin ihtiyatî tedbir olmadığına ilişkin kararlar da mevcuttur. Buna bağlı olarak davalıdır şerhi verilebilmesi için teminat yatırılmasının gerekliliğine ve bu kararların kanun yoluna tâbî olup olmadığı meselelerine yönelik yargı içtihatları da çelişkilidir.

Çalışmada öncelikle maddî hukuk açısından davalıdır şerhinin niteliğinin tespiti yapılmaktadır. Ardından bu şerhin ihtiyatî tedbir olup olmadığı, teminata hükmedilmesinin gerekliliği ve davalıdır şerhine karşı kanun yoluna müracaat imkânı üzerinde durulmaktadır.

I- DAVALI/DIR ŞERHİNİN EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN NİTELİĞİ

A- Genel Olarak Şerh ve Beyan Kavramları

Şerh, kişisel hakların güçlendirilmesi veya aynî haklar dışında kalan bazı hak ve durumlar için gerçekleştirilen tapu işlemi olarak tanımlanmaktadır¹. Şerhler sınırlı sayı ilkesine tâbî olup kanunda düzenlenen hâller dışında tapu kütüğünde şerh kaydı tutulamaz².

¹ Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 180; Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 11. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 354; Yusuf Delipınar, *Geçici Tescil Şerhi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 12; H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Geçici Tescil Şerhi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 6, S. 11, 2018, s. 377.

² Christian Peter Meister, *Vorsorgliche Massnahmen bei immobilarsachenrechtlichen Streitigkeiten*, Verlag Rüegger, Diessenhofen, 1977, s. 25; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 334; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Bs., Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 1984, s. 273; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, 4. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, Nr. 2845; Ünal/Başpınar, s. 355; Melek Bilgin Yüce/Etem Saba Özmen,

Tasarruf yetkisine ait kısıtlamalar şerhi, TMK m. 1010'da düzenlenen hâllerde verilebilir. Bu maddenin birinci bendine göre çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararına dayanarak tapu kütüğüne şerh verilebilir. Sözgelimi TMK m. 716'ya göre açılan tescile zorlama davasında, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkına dayanan davacı çekişmeli haklar şerhi kapsamında uyuşmazlık konusu hakkının tapuya şerh verilmesini isteyebilir³. Bu şerh, aynî hakka dayanarak verilemez; davacının kişisel hakka dayanmış olması gerekir⁴.

Aynî hakka dayanarak verilen şerh, TMK m. 1011/b. 1'de düzenlenmiştir. Çekişmeli haklar şerhinden farklı olarak geçici tescil şerhi, ancak aynî hak iddiasında bulunulması hâlinde verilebilir; kişisel hakka dayanarak geçici tescil şerhi talebinde bulunulamaz⁵. Örnek olarak taşınmaz mülkiyetini devrettikten sonra geçersiz sözleşme

“Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMKm.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2022/4, s. 338; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1, 3; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 44; Delipınar, s. 13; Ercoskun Şenol, s. 377. Beyanların sınırlı sayı ilkesine tabî olup olmadığı tartışması için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 334.

- ³ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, Nr. 915; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 323; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 229; Esener/Güven, s. 185; Antalya/Topuz, Nr. 2880; Bilgin Yüce/Özmen, s. 337, 334; Delipınar, s. 21-22.
- ⁴ Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, C. I, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 399; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Nr. 915; Mustafa Serdar Özbek, “Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C, III, S. 1, 2017, s. 70; Doğan, s. 45; Delipınar, s. 27-28.
- ⁵ Aydın Aybay, *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962, s. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Nr. 925; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 289; Antalya/Topuz, Nr. 2884; Doğan, s. 45-46; Delipınar, s. 27.

iddiasıyla devralan adına yolsuz tescil bulunduğuna yönelik açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında (TMK m. 1025) geçici tescil şerhi talep edilebilir⁶.

Beyanlar ise taşınmazın fiilî veya hukukî durumunu açıklayıcı/bildirici nitelikte kayıtlardır⁷. Tapu kütüğünde beyanlara yer verilmekle taşınmazlarla ilgili açıklık sağlamak; kamuyu bilgilendirmek amaçlanmaktadır⁸. Tapu siciline beyan olarak sadece mevzuatın izin verdiği hâller kaydedilebilir; sınırlı sayı ilkesi beyanlar bakımından da uygulanır⁹.

Hem şerhler hem de beyanlar ilgili oldukları hususları aleni hâle getirdiğinden, bu kayıtların içeriğini bilmediğini hiç kimse ileri süremez (TMK m. 1020)¹⁰. Ayrıca beyanlar ve şerhler, taşınmazın aynî hak durumunda bir değişiklik meydana getirmezler¹¹.

B- Davalı/dır Şerhinin “Şerh” Niteliğini Haiz Olup Olmadığı Meselesi

Davalıdır şerhinin niteliği öğretide daha evvel tartışılmıştır. Bir görüşe göre davalıdır şerhi çekişmeli haklar şerhidir; bu şerh sayesinde

⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 396; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Nr. 925; Sirmen, s. 236-237; Bilgin Yüce/Özmen, s. 337; Ünal/Başpınar, s. 363-364.

⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 333, 338; Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku*, 3. Bs., Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s. 76; Sirmen, s. 239; Esener/Güven, s. 191; Antalya/Topuz, Nr. 2893; Ünal/Başpınar, s. 355, 369; Doğan, s. 107; Delipınar, s. 16.

⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 333; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 273.

⁹ Antalya/Topuz, Nr. 2893; Doğan, s. 108-109. Eşya hukukunda geçerli olan tipe bağlılık ilkesi, tapu kütüğüne yapılacak kayıtlarda da geçerli olup kayıt türlerinin içeriği sınırlı sayı ilkesine tâbidir (Gümüş, Yeni Şerhler, s. 2).

¹⁰ Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 272; Antalya/Topuz, Nr. 2843; Doğan, s. 108. Beyanlarla üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunmalarının engellendiği yönünde bkz. Arthur Wiederkehr, *Die vorläufige Eintragung im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB*, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Zürich, 1932, s. 2-3; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 333, 338; Antalya/Topuz, Nr. 2893; Doğan, s. 107. Şerhler için ayrıca bkz. aşa., II, A.

¹¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 272. Beyanlar için aynı yönde bkz. Ayiter, s. 76.

taşınmaz, malikin tasarruflarına karşı korunmuş olur¹². Diğer bir görüş tarafından, geçici tescil şerhi ile çekişmeli haklar şerhinin uygulamada karıştırıldığı, söz konusu şerhlerin ilişkin olduğu hususlara göre verilmesi gerekirken, bu şerhler yerine davalıdır şerhi verildiği, bunun yanlış bir uygulama olduğu ve bu uygulamadan dönülmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³. Bu anlamda davalıdır şerhinin tapu kütüğünün şerhler hanesine değil; beyanlar hanesine kaydedildiği¹⁴, beyanların mevzuatın izin verdiği hâllerde tapu siciline işleneceğinden beyan olarak dahi davalıdır şerhinin verilemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁵. Zira davalıdır şerhinin tek yasal dayanağınının Kadastro mevzuatında bulunduğu, kadastro uygulaması dışında taşınmazla ilgili bir dava hakkında davalıdır şerhinin tapuya kaydedilemeyeceği belirtilmiştir¹⁶. Dolayısıyla davalıdır şerhi kayıtlarının hukuken bir anlamı olmadığı savunulmuştur¹⁷.

Uygulamadaki durumu eleştirmekle beraber davalıdır şerhinin uygulanması sebebiyle, dava konusu ve şerhin verilme amacına göre şerhin niteliği hakkında bir sonuca varılması gerektiğine öğretilmiş yer verilmiştir¹⁸. Zira davalıdır şerhi, aynı hak iddiasının güvence altına alınması şerhi de dahil olmak üzere tüm çekişmeli hakları kapsamına alarak uygulanmaktadır¹⁹. Dolayısıyla davalıdır şerhini, geçici tescil şerhi verilebilecek durumdaysa TMK m. 1011 açısından; çekişmeli

¹² Bu görüş için bkz. Özbek, s. 84. Davalıdır şerhine çekişmeli haklar şerhi olarak yer verilmesi yönünde bkz. Antalya/Topuz, Nr. 2884.

¹³ Bilgin Yüce/Özmen, s. 349, 351-352. Aynı yönde bkz. Taşatan, Caner, Kişisel Nitelik Taşıyan Tescili İsteme Hakkı (TMK m. 716/1), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 256-257.

¹⁴ Bilgin Yüce/Özmen, s. 324; Gümüş, Mustafa Alper, "Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve 'Davalıdır Şerhi' Olarak Adlandırılan Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme", *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu*, 15-16 Kasım 2019, Ed. İlknur Serdar, Ayşe Fırat Şimşek, s. 83, 90; Delipınar, s. 48.

¹⁵ Gümüş, Sempozyum, s. 93-94.

¹⁶ Gümüş, Sempozyum, s. 93-94.

¹⁷ Gümüş, Sempozyum, s. 94.

¹⁸ Delipınar, s. 48.

¹⁹ Delipınar, s. 48.

hakların korunmasına ilişkin verilen şerh kapsamındaysa TMK m. 1010 hükmüne göre değerlendirmek gerekir²⁰. Gerçekten de çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi yerine, taşınmazla ilgili bir davanın derdest olduğuna ilişkin tapu kütüğüne kayıt düşülmesinin uygulamada benimsendiği görülmüştür²¹. İçtihatlarda kimi zaman davalıdır şerhi TMK m. 1010 anlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak nitelendirilmiştir²². Bunun yanı sıra geçici tescil şerhi verilmesi gereken durumda da davalıdır şerhi verilmiştir²³. Keza davalıdır şerhinin verilmesi için davacının hak iddiasının aynî hak olması yahut kişisel hak olması yönünde bir ayırım da yapılmış değildir. Uygulamada beyan olarak tapu siciline işlenen bu şerhin²⁴, malikin mülkiyetten doğan haklarını kullanmasını engellemediği, davacının haklı çıkması hâlinde

²⁰ Delipınar, s. 48. Uygulamada ve Yargıtay kararlarında davalıdır şerhinin çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararı olarak bilindiği, çekişmeli haklar (davalıdır) şerhinin yapı ruhsatı verilmesine ve kat irtifakı kurulmasına engel olup olmadığı sorusu hakkında bkz. Özbek, s. 66.

²¹ "...tapu iptal-tescil, olmadığı takdirde bedel tahsiline ilişkin yargılama devam ettiği sürece "davalıdır" şerhinin mevcudiyetini korumasının yerinde olduğu..." Bursa BAM, 1. HD., E. 2021/2107 K. 2021/1406 T. 6.10.2021

²² "Davalıdır şerhinin yasal dayanağı ise; M.K "tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında" başlığını taşıyan 1010.maddesi olup 1010/ son verilen şerhin taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi amacını taşıdığı..." İstanbul BAM, 1. HD., E. 2017/157 K. 2017/115 T. 22.2.201. "TMK'nun 1010. maddesinde çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının tapu kütüğüne şerh verilebileceği belirtilmiştir. Görülmekte olan gayrimenkul davaları ile ilgili olarak mahkemelerde "davalıdır" şerhinin tapuya işlenmesi yönünde verilen kararlar kaynağını TMK'dan almaktadır." Konya BAM, 5. HD., E. 2019/78 K. 2019/79 T. 6.2.2019.

²³ "Davada öncelikli talebin tapu iptal ve tescil olduğu, taşınmazın aynına ilişkin olduğu, dava konusu taşınmazın üçüncü kişilere devir ve temlik olması, davacı tarafın ileride telifisi imkansız zararlara uğrama ihtimali bulunması hususu göz önünde bulundurularak davalıdır şerhinin kaldırılması talebinin bu aşamada reddine.." İstanbul BAM, 13. HD., E. 2022/970 K. 2022/826 T. 25.5.2022.

²⁴ "Davacının 03/12/2019 tarihli dilekçesindeki "davalıdır"şerhinin dava konusu taşınmazın tapu kaydının beyanlar hanesine işlenmesi ..." Kayseri BAM, 6. HD., E. 2020/183 K. 2020/177 T. 10.2.2020. Bu yönde bkz. Bilgin Yüce/Özmen, s. 324; Gümüş, s. 83, 90; Delipınar, s. 48.

haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesine imkân sağladığı kabul edilmektedir²⁵.

Özetle davalıdır şerhi, yasal dayanağı olmaksızın çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi yerine geçen bir tapu kayıdır (beyandır).

II- DAVALI/DIR ŞERHİNİN MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN NİTELİĞİ

A- Geçici Tescil Şerhinin ve Çekişmeli Haklar Şerhinin İhtiyatî Tedbir Niteliği

Geçici tescil şerhi²⁶ ve çekişmeli haklar şerhi²⁷ taşınmaz üzerinde malikin tasarruf işlemi yapmasını engellemez²⁸. Bununla birlikte çekişmeli haklar şerhi verilmekle, taşınmaz üzerinde kazanılan hakların

²⁵ İstanbul BAM, 45. HD., E. 2022/924 K. 2022/851 T. 6.7.2022.

²⁶ Wiederkehr, s. 24; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/Galip Esmer, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, 2. Bs., İstanbul Matbaacılık, 1956, s. 78; İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bs., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 490; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 331; Muhammet Özkes, “Karar İncelemesi Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, cilt.1, sa.1, 2002, s. 532; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, Nr. 528; Alper, Yeni Şerh, s. 13; Hülya Taş Korkmaz, “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 1995, s. 46; Delipinar, s. 198, 201 vd.

²⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 282; Sirmen, s. 229; Nomer/Ergüne, Nr. 511; Gümüş, Yeni Şerhler, s. 12-13; Özbek, s. 71, 72.

²⁸ Thomas Sprecher, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Herausgeber Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017, Art. 262, s. 1594, Nr. 18; Ayiter, s. 73; Antalya/Topuz, Nr. 2880, 2892; Bilgin Yüce/Özmen, s. 347-348, 351; Doğan, s. 131. Medeni Kanun’a göre şerh ile tapu sicilinin kapanmadığına ilişkin bkz. Aybay, s. 7. Şerhten sonra malik, ancak şerhin kapsamında tapuda tasarruf yetkisine sahip olur (Esener/Güven, s. 185). Geçici tescil şerhinde, çekişmeli haklar şerhinden farklı olarak hâkimin tapuda işlem yapılmasını engelleyecek nitelikte karar verebileceği görüşünde bkz. Bilgin Yüce/Özmen, s. 351.

sahiplerine karşı tasarruf yetkisi kısıtlamaları ileri sürülebilir (TMK m. 1010, II). Aynı şekilde geçici tescil şerhinde de hak iktisap eden üçüncü kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı kabul edilir²⁹. Söz konusu şerhler, üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldırarak, taşınmaz üzerinde tasarruf sonucunda hak kayıplarının ortaya çıkmasını engellediklerinden ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilir³⁰. Bu kapsamda

²⁹ Ayiter, s. 73; Aybay, s. 13; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 370; Sirmen, s. 238; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 291; Esener/Güven, s. 189; Bilgin Yüce/Özmen, s. 350; Taş Korkmaz, s. 46; Ercoşkun Şenol, s. 399; Delipınar, s. 198.

³⁰ Çekişmeli haklar şerhi için bkz. Ayiter, s. 74; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Bs., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, C. IV, s. 4299; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, dn. 680; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 283, 284; Sirmen, s. 28-29; Gümüş, *Yeni Şerhler*, s. 12-13; Antalya/Topuz, Nr. 2880; Özbek, s. 68; Evrim Erişir, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 357; Doğan, s. 50, 142; geçici tescil şerhi için bkz. Wiederkehr, s. 23; Aybay, s. 14; Kuru, C. IV, s. 4298-4299; Sirmen, s. 237; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 290; Özekes, *Karar İncelemesi*, s. 532-533; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 715-716; Nomer/Ergüne, Nr. 524; Taş Korkmaz, s. 46; Delipınar, s. 180; Ercoşkun Şenol, s. 393, 395 vd.; Aziz Çelik, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Taşınmaz Mülkiyetine Elatmanın Önlenmesi Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 206-207. Ayrıca bu yönde bkz. Sprecher, BSK Art. 262, s. 1587, Nr. 3; Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, s. 579; Wiczorek/Schütze/Thümmel, § 935, Nr. 32; Samuel Baumgartner/Annette Dolge/Alexander R. Markus/Karl Spühler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 362, Nr. 251; Bilge/Önen, s. 370; H. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 407; Muhammet Özekes, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2504; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 11. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 662; Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 83. İnc. Meister, s. 37-38. Aksi yönde yargı içtihatları için bkz. "TMK 1010. maddesi uyarınca verilen şerhler ihtiyatî tedbir mahiyetinde olmayıp, taşınmazın devir ve temlikini veya üzerinde hak tesisini engellemez. Bu anlamda ihtiyatî tedbir

şerhler, dava konusunu muhafaza ederek hükmün icrasını sağlamayı amaçladığından teminat amaçlı tedbirler arasında yer alır³¹.

Medenî Kanun'daki şerhlerin tapu kütüğünde aynî hak değişikliğine engel olmaması sebebiyle, ferağdan men olarak adlandırılan tapu kütüğünü kilitleyen; taşınmazların üçüncü kişiye devrini engelleyen tedbir kararları ortaya çıkmıştır³². Ancak Türk Medenî Kanunun'da sınırlı sayılan şerhler arasında ferağdan men

ile bahse konu şerhler farklı anlamlandırılması gereken hususlardır.” Konya BAM, 5. HD., E. 2019/78 K. 2019/79 T. 6.2.2019; Antalya BAM, 1. HD., E. 2022/2406 K. 2022/1664 T. 15.11.2022 (Lexpera). Geçici tescil şerhinin teknik anlamda ihtiyatî tedbir olmadığı, geniş anlamda geçici hukukî koruma kararı olduğu yönünde bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 269.

³¹ Sprecher, BSK Art. 262, s. 1588, Nr. 3; Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 935, Nr. 32; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, s. 362, Nr. 250-251; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2504; Erişir, s. 351, 357; uyuşmazlık konusu taşınmazın üçüncü kişiye devrinde iyi niyeti ortadan kaldıracak ve devri yasaklayacak tedbirlerin teminat amaçlı tedbirler olduğuna dair bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 405. Ayrıca bkz. Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 373. Çekişmeli haklar şerhi için bkz. Özbek, s. 83. Geçici tescil şerhinin maddî hukuk talebinin geçici icrasını temin ettiği hususunda bkz. Wiederkehr, s. 23.

³² Bu hususta bkz. Kuru, C. IV, s. 4298 vd.; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1266; Postacıoğlu, s. 488-489, 491; Saim Üstündağ, *İhtiyatî Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri]*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 24 vd.; Bilge/Önen, s. 370; Yılmaz, s. 254; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 283, 291; Sirmen, s. 229; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 407-408; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2504; Özekes, s. 533; Nomer/Ergüne, Nr. 528; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 663; Özbek, s. 73; Taş Korkmaz, s. 46-49; Erişir, s. 364 vd.; Doğan, s. 133 vd., 145; Efe Dörenisa, “İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 11, C. 25, 2019, s. 103, dn. 9; Ercoşkun Şenol, s. 400; Taşatan, s. 254-255.

yönünde bir şerh türü olmadığından bu yönde verilen şerh kararları eleştirilmiştir³³.

B- Davalı/dır Şerhinin İhtiyatî Tedbir Niteliği

1- İhtiyatî Tedbir Niteliği

Davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir niteliği hakkında verilen yargı kararlarında bir yeknesaklık mevcut değildir³⁴. Kimi zaman davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir olduğu yönünde kararlar tesis edilmektedir³⁵. Hatta bu şerhin ihtiyatî tedbir niteliğine, TMK m. 1010 ve HMK m. 391 hükümlerinin dayanak alındığı da görülmektedir³⁶. Öyle ki İstanbul Anadolu 5. Ticaret Mahkemesinin davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı kararının istinafi üzerine İstanbul BAM 15. HD, yakın tarihli kararında, HMK m. 391 ve TMK m. 1010 maddelerine dayanarak davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir olduğunu ifade etmiştir³⁷.

³³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 283; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2504; Ercoşkun Şenol, s. 400. Bu yöndeki tedbir kararlarının Medeni Kanun'a uygun olmadığı yönünde bkz. Nomer/Ergüne, Nr. 528; Doğan, s. 147; Erişir, s. 369. Ferağdan men kararlarının medenî usûl hukukuna uygun olduğu görüşünde bkz. Kuru, C. IV, s. 4300. Ferağdan men olarak tesis edilen ihtiyatî tedbirler varken geçici tescil şerhinin uygulanmamasının isabetli olduğu yönünde bkz. Yılmaz, s. 270.

³⁴ Bu hususta ayrıca bkz. Gümüş, Sempozyum, s. 84, 94.

³⁵ 8. HD., E. 2021/8606 K. 2022/2316 T. 14.3.2022; İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/2696 K. 2020/159 T. 12.2.2020 (Lexpera).

³⁶ "Tapu kaydına "davalıdır" şerhi verilmesi, hukuki anlamda bir ihtiyati tedbir kararıdır. (HMK m.391(1), TMK m.1010)." İstanbul BAM, 12. HD., E. 2022/1169 K. 2022/911 T. 16.6.2022. Ayrıca bkz. İstanbul BAM, 13. HD., E. 2021/1732 K. 2021/1405 T. 14.10.2021 (Lexpera).

³⁷ "Tapu kaydına "davalıdır" şerhi verilmesi, hukuki anlamda bir ihtiyati tedbirdir (HMK m.391, TMK m.1010). Bu şerhin tapu kaydına konulması tapuda kayıtlı malikin tasarruf yetkisini hukuken kısıtlamaz ise de muhtemel alıcıların kararını olumsuz etkileme potansiyeli taşıdığından -tasarruf kısıtlaması getiren ihtiyati tedbir kararına göre daha az da olsa- davalının zarara uğrama ihtimalleri vardır. Aynı Kanun'un 391. maddesine göre, mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir. Görüldüğü üzere, Kanun, mahkemenin verebileceği ihtiyati

Bunun yanında davalıdır şerhini çekişmeli haklar şerhi olarak kabul eden görüş, HMK m. 391'e dayanarak davalıdır şerhinin verilebileceğini, bu şerh sayesinde taşınmazın malikin tasarruflarına karşı korunduğunu ileri sürmüştür³⁸.

Diğer yandan davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığına ilişkin kararlar da mevcuttur³⁹. Bu yönde, davalıdır şerhinin ferağdan men konulu ihtiyatî tedbirle birlikte talep edilmesi hâlinde, yaklaşık ispat yerine getirilmediğinden tedbir talebinin reddine ve davalıdır şerhi kararının devamına şeklinde karar verilmesi⁴⁰ davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbirden farklı olduğu düşüncesinden ileri gelmektedir. İhtiyatî tedbirin şartları sağlanmasa da davalıdır şerhiyle davacının talebinin güvence altına alınmasının mümkün olduğu yönünde bir kanı oluştuğu söylenebilir⁴¹.

tedbir kararlarının nelerden ibaret olduğunu sınırlandırmamış, hakkın korunması için gerekli her türlü önlemi alma yetkisini mahkemeye tanımıştır. Mahkemenin "davalıdır şerhi" konulması kararının bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir. TMK'nın 1010. maddesi uyarınca, bu tür kararların tapu siciline şerh edilmesi ve hak sahibinin şerhin hukuki etkilerinden faydalanmasının sağlanması mümkündür." İstanbul BAM, 12. HD., E. 2023/134 K. 2023/582 T. 17.4.2023 (Lexpera).

³⁸ Bu görüş için bkz. Özbek, s. 84.

³⁹ "Mahkemece, tapu kaydına düşülen "davalıdır" şerhi tedbir niteliğinde değildir. (Yargıtay 05/07/2017 tarih 2016/28553 Esas 2017/10126 Karar sayılı ilamı) İlk derece mahkemesince davalıdır şerhinin konulmaması kararı istinafa tabi kararlardan olmadığından, davacı vekili tarafından yapılan istinaf başvurusunun reddi gerektiği anlaşılmıştır." Adana BAM, 9. HD., E. 2022/2474 K. 2022/1627 T. 28.12.2022 (Lexpera). Davalıdır şerhi talebinin TMK m. 1010 kapsamında bir şerh konulması talebi vasfında olduğu ve ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı hususunda bkz. Kayseri BAM, 6. HD., E. 2020/183 K. 2020/177 T. 10.2.2020 (Lexpera)

⁴⁰ İstanbul BAM, 13. HD., E. 2022/970 K. 2022/826 T. 25.5.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 45. HD., E. 2022/924 K. 2022/851 T. 6.7.2022 (Lexpera).

⁴¹ "Mahkemece, 29/07/2021 tarihli ara karar ile; İhtiyatî tedbir talebinin yaklaşık ispat koşullarının gerçekleşmemesi, ihtiyatî tedbirin uyumsuzluk konusuna dair verilebilmesi, ihtiyatî tedbir koşulların somut olayda bulunmaması sebebiyle ihtiyatî tedbirin şartlarının oluşmadığı gerekçesi ile talebin reddine, davalılar adına tescilli bulunan araçları ve taşınmazları üzerine davalıdır şerhi konulması talebinin

Bir başka yargı kararına göre davalıdır şerhi, ihtiyatî tedbir olmayıp geçici hukukî koruma niteliğindedir⁴². Ne var ki aksi yönde olarak, davalıdır şerhinin geçici hukukî koruma olmadığı ifadesine yer verilen karara da rastlanmıştır⁴³.

Davalıdır şerhinin usûlî niteliğine ilişkin bu karışıklık içerisinde, para alacakları için borçlunun taşınmazlarına davalıdır şerhi konulması talebi dahi vardır. Şöyle ki, bir kararda, para alacağına dayanarak davalıdır şerhi talebinde bulunulmuş, mahkeme bu talebi reddetmiştir. Davacı istinaf dilekçesinde *“davaya konu taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir uygulanması değil davalıdır şerhi konulması talebinde bulduklarını, ayrıca müvekkilinin mağduriyetine sebep olan muaccel borç miktar olarak çok fazla bir miktar olduğunu, davalının davaya konu taşınmazı kötü niyetli olarak elinden çıkarmaya çalıştığını...”* ileri sürmüştür⁴⁴.

Öğretide davalıdır şerhinin yolsuz bir beyan olduğundan tapu siciline güven ilkesinin uygulanmaması gerektiği, bu kaydın etkisiyle iyi niyetin ortadan kalkmayacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Nitekim uygulamada kabul edildiği hâliyle davalıdır şerhi tapudaki kayıtların sınırlı sayıda olması gerektiği kuralını ihlal ederek ihtiyatî tedbir sonucunu ortaya çıkarır ve davacıyı korur⁴⁶. Bu anlamda, davalıdır şerhinin yasal dayanağı olmadığı, ihtiyatî tedbir kararı olarak tapu sicilinde davalıdır şerhi kaydına karar verilemeyeceği savunulmuştur⁴⁷. Ancak şayet tapu kütüğüne davalıdır şerhinin işleneceği kabul edilecek olursa, bu şerhin bir ihtiyatî tedbir kararı olabileceği ifade edilmiştir⁴⁸.

kabulüne karar verilmiştir.” Bursa BAM, 5. HD., E. 2022/138 K. 2022/780 T. 6.6.2022 (Lexpera).

⁴² Ankara BAM, 21. HD., E. 2021/1538 K. 2021/1218 T. 27.10.2021 (Lexpera).

⁴³ İstanbul BAM, 7. HD., E. 2023/2167 K. 2023/1780 T. 7.7.2023 (Lexpera).

⁴⁴ Adana BAM, 9. HD., E. 2022/2474 K. 2022/1627 T. 28.12.2022 (Lexpera).

⁴⁵ Gümüş, Sempozyum, s. 96.

⁴⁶ Gümüş, Sempozyum, s. 99.

⁴⁷ Gümüş, Sempozyum, s. 101-102, 110. Davalı şerhi için ayrıca bkz. Çelik, s. 207-208.

⁴⁸ Gümüş, Sempozyum, s. 100-101.

2- Teminat(sız) İhtiyatî Tedbir

Davalıdır şerhinin tedbir niteliğindeki karışıklığın devamı olarak, davalıdır şerhi kararı verilirken teminata hükmedilmesinin gerekliliği konusunda da belirsizlik vardır. Bu belirsizlikte teminatın gerekmemesi, davalıdır şerhi ile malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanmamasına dayandırıldığı olmuştur⁴⁹. Öyle ki uygulamada teminat yatırmamak için davalıdır şerhine yönelik bir eğilimin ortaya çıktığı görülmektedir. Şu kadar ki, teminat yatırılması için verilen süre zarfında teminat yatırılmayarak tedbir kararı engellenmekte, ardından, *“...teminatı yatırmaya maddi gücümüz yetmediği için teminatı yatıramadık, biz bu sebeple mahkeme tedbiri kaldıracaksa taşınmazlar üzerine davalıdır şerhi konulmasını talep ediyoruz.”* içerikli beyanlara başvurulmaktadır⁵⁰. Bu durum ise kimi zaman yargı içtihatları ile desteklenmektedir⁵¹. Hatta tedbir kararı verildikten sonra teminat yatırılmadığından tedbirin ortadan kalması üzerine, mahkemenin davalıdır şerhi talebini reddetmesinin çelişki oluşturduğu dahi uygulamada iddia edilmiştir⁵².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda teminatın tedbir kararından önce mi yatırılması gerektiği, yoksa teminatın tedbirin uygulanmasının şartı mı olduğu hususu açıkça düzenlenmemiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nda teminatın önceden alınması düzenlendiğinden (SchZPO Art. 265), süresinde teminat yatırılmaması hâlinde hâkimin tedbir kararı vermemesi gerektiği ifade edilmiştir⁵³. HMK m. 392, I, c. 1’de ihtiyatî

⁴⁹ *“...taşınmazların tapu kaydına davalıdır şerhi konulması ile malikin taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmayacağından mahkemece davacıdan teminat alınmamasında bir yanlışlık görülmemiştir.”* İstanbul BAM, 12. HD., E. 2021/638 K. 2021/1157 T. 13.7.2021 (Lexpera).

⁵⁰ Kayseri BAM, 1. HD., E. 2020/501 K. 2020/484 T. 11.11.2020 (Lexpera).

⁵¹ İhtiyatî tedbirin hukukî korumasından vazgeçilse de dava konusu taşınmazlar üzerine davalıdır şerhi konulmasının mümkün olduğu yönünde verilen karar için bkz. Kayseri BAM, 1. HD., E. 2020/501 K. 2020/484 T. 11.11.2020 (Lexpera).

⁵² İlk derece mahkemesi ise yerinde olarak davalıdır şerhi konulmasının yasal dayanağı olmadığından reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. İzmir BAM, 1. HD., E. 2020/1245 K. 2020/700 T. 8.10.2020 (Lexpera).

⁵³ Sprecher, Art. 265, Nr. 19. Hâkimin tedbir kararı verdikten sonra teminat yatırılması yönünde karar verilebileceği hususunda bkz. Rohner

tedbir talep edenin teminat göstermesinin zorunlu olduğu düzenlemesi, teminat şartının tedbir kararından önce yerine getirilmesi gerektiği yönünde anlaşılmalıdır. Buna göre teminatın tedbir kararı verilmeden önce yatırılması, teminat yatırılmamışsa tedbir kararı verilmemesi gerekir⁵⁴. Böylece tarafın ciddiyetle teminatı yatırması ve buna göre tedbir kararı alması mümkün olur. Hâkim de teminat güvencesiyle kararını verir. Bu sayede tarafın az evvel bahsedilen yöntemlere başvurması da engellenebilir.

Davalıdır şerhi için teminat yatırılmasının gerekliliğine ilişkin kararlara da rastlanmıştır. Sözgelimi bir kararda davalıdır şerhinin tapu kaydına konulması malikin tasarruf yetkisini hukuken kısıtlamasa da bu şerhten muhtemel alıcıların olumsuz etkilendiği dikkate alınmıştır. Bunun sonucunda malik zarara uğrayacağından, tasarruf yetkisini kısıtlayan tedbire göre daha az olmak üzere davalının teminat yatırması uygun görülmüştür⁵⁵.

Thomas/Wiget Matthias, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2., Auflage, Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach, Orell Füssli Verlag AG, 2015, Art. 265, Nr. 3.

⁵⁴ Bu yöndeki görüş için bkz. Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 25, dn. 62. Ayrıca bkz. Sprecher, Art. 265, Nr. 19. Karş. “Mahkemece 03/02/2015 tarihli ara kararı ile ihtiyati tedbir talebinin kabulüne, davacının 15000 TL nakdi teminatı mahkeme veznesine depo etmesine karar verilmiş, davalı hazinenin itirazı üzerine 31/03/2015 tarihli ara kararı ile ihtiyati tedbir talep eden tarafın teminatı yatırmadığı ve uygulanmasını talep etmediği gerekçesiyle itirazın kabulüne ve ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar verilmiş...” 20. HD., E. 2016/237 K. 2017/5380 T. 14.6.2017 (Lexpera).

⁵⁵ İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/2696 K. 2020/159 T. 12.2.2020. “Davalıdır şerhi, alıcının taşınmazı iktisap etmesinden vazgeçmesine neden olabilecektir. Bunun da satıcının zararına yol açması mümkündür. Bu durumda satıcının uğrayacağı muhtemel zararlara karşılık teminat gösterilmesi gerekir. Buna göre somut davada, mahkemece teminat alınmasına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.” İstanbul BAM, 17. HD., E. 2022/1105 K. 2022/891 T. 6.7.2022. “Mahkemece herhangi bir gerekçe belirtmeden teminat alınmadan ihtiyati tedbir kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur. Ayrıca verilen ihtiyati tedbir kararının da dava

Öğretide davalıdır şerhi ile teminat yatırma mecburiyetinden kurtularak ihtiyatî tedbirin sonucunun sağlandığı ve bunun kanuna karşı hile teşkil ettiği ifade edilmiştir⁵⁶. Kanuna karşı hile sebebiyle dolanılan hükmün sonucu yaptırım olarak uygulanacağından hâkimin teminata karar vermesi gerektiği savunulmuştur⁵⁷. Şöyle ki TMK m. 1010 ve m. 1011 şerhleri için teminat yatırılması gerekmesine rağmen, beyan niteliğindeki davalıdır şerhi ile teminat yatırmaksızın üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırma sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁸. Nihayet, davalıdır şerhine ilişkin karar verilmemesi gerekmele beraber, bu karar verildiği takdirde teminata hükmedilmesi icap ettiği ileri sürülmüştür⁵⁹.

3- Değerlendirme

Eşya hukukunda davalıdır şerhine verilen anlamla bağlantılı olarak bu şerhin medenî usûl hukukunda niteliği ortaya çıkabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere davalıdır şerhi Türk Medenî Kanunu'nun tanıdığı, kabul ettiği, hüküm ve sonuçlarını düzenlediği bir şerh değildir. Şerhler, sadece mevzuatın imkân verdiği hâllerde tapu sicilinde kendilerine yer bulabilir. Adı şerh olan bu kaydın beyanlar hanesine kaydedilmesi de bu şerhi caiz hâle getirmez. Nitekim beyanlar da şerhler gibi yasal dayanağa ihtiyaç duyarlar. Ne var ki davalıdır şerhi, şerh veya beyan olarak tapu siciline kaydedilebileceğine dair bu yönde bir dayanaktan maddî hukuk bakımından mahrumdur⁶⁰.

Maddî hukukta yasal dayanağı olmamakla beraber, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında bir beyana ya da şerhe imkân tanınabilir mi sorusu akla gelebilir. HMK m. 391, I hükmünde, mahkemenin "*sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire*" karar verebileceği ifade edilmiştir. O hâlde tartışma, eşya

değeri ile uyumlu olması gerekir." İstanbul BAM, 13. HD., E. 2021/1732 K. 2021/1405 T. 14.10.2021 (Lexpera).

⁵⁶ Gümüş, Sempozyum, s. 100.

⁵⁷ Gümüş, Sempozyum, s. 100.

⁵⁸ Gümüş, Sempozyum, s. 95.

⁵⁹ Gümüş, Sempozyum, s. 101-102, 110.

⁶⁰ Bkz. yuk., I, A ve B. Kadastro davalarına ilişkin bkz. Gümüş, Sempozyum, s. 90, 93.

hukukunun sınırlı sayı ilkesinin/tipe bağlılık kuralının HMK m. 391, I'ın hâkime verdiği takdir yetkisiyle aşılabiliş aşılamayacağına ilişkindir.

HMK m. 391, I'ın ifadesinden hâkimin takdir edeceği tedbirin “*gerekli tedbir*” olduğu anlaşılır⁶¹. Öyle ki tedbire konu mal veya hakkın korunmasında bir zorunluluk olmalıdır⁶². Nitekim orantılılık ilkesi, tedbirin gerekliliğinin yanı sıra elverişli ve ölçülü olmasını gerektirir⁶³. Buna göre söz konusu hüküm kapsamında verilecek tedbir, amaca uygun olmalı, malın niteliğine ve durumuna uygun düşmelidir⁶⁴.

Bu tartışmaya şu şekilde cevap verilemez: HMK m. 391, I'e göre tapu sicilini kilitleyen ihtiyatî tedbirler verilebiliyorsa⁶⁵, davanın derdest olduğuna ilişkin şerhin verilmesi de bu madde kapsamında mümkündür. Çünkü ferağdan men kararları yasal dayanağı olmaması sebebiyle eleştirilmekle beraber, Medenî Kanun şerhlerinin tapu sicilini kilitlememesi sebebiyle bu tür tedbirlere ihtiyaç duyulabilmektedir. Oysa davalıdır şerhinin HMK m. 391 kapsamında verilecek tedbirlerin özelliklerini taşıyan, gerekli bir tedbir olduğunu söylemeye imkân yoktur. Şöyle ki taşınmazla ilgili alınabilecek tedbir kararları tapu sicili ile ilgili olduğundan Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen hâllere (veya diğer mevzuata) ilişkin olabilir⁶⁶. TMK m. 1010 ve m. 1011 ile düzenlenen şerhler, davalıdır şerhinin işleviyle aynı amacı taşır. Her iki şerhin uygulanacağı uyumsuzluklar farklı olmakla beraber, her ikisi de taşınmazla ilgili davanın derdest olduğunu gösterir. Hâl böyle iken, yasal dayanağı olan şerhler yerine yasal dayanağı bulunmayan, niteliği, hüküm ve sonuçları hakkında yeknesak yargı uygulaması olmayan şerh/beyanın kabul edilmesinde “*gereklilik*”ten bahsetmek mümkün değildir.

⁶¹ Erişir, s. 535.

⁶² Taş Korkmaz, s. 57.

⁶³ Erişir, s. 536.

⁶⁴ Taş Korkmaz, s. 57.

⁶⁵ HUMK m. 101, b. 1 ile usûlî karakterde ihtiyatî tedbir oluşturulduğu, iyiniyeti önleyici etkinin ötesinde taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulmasını engellediği yönünde bkz. Aybay, s. 15. Bu hususta bkz. Kuru, C. IV, s. 4300.

⁶⁶ Taş Korkmaz, s. 45.

Davalıdır şerhinin dayanağı olarak İİK m. 28 de düşünülemez. Zira hükme göre taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiğinde mahkemenin kararını tapu dairesine bildireceği ifade edilir. Dolayısıyla bu hükmün uygulanması için dava hakkında davacı lehine karar tesis edilmiş olması gerekir. Oysa davalıdır şerhi mahkemenin hüküm tesis etmesinden önce verilir.

Davalıdır şerhinin teminat yatırılmasını zorunlu kılmaması, bu şerhin gerekliliğinin dayanağı olarak akla gelebilir. Öyle ki bir kararda *“Mahkemeden davaya konu taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir uygulanması değil davalıdır şerhi konulması talebinde bulduklarını, müvekkilinin yaşanan bu olaydan sonra ekonomik olarak büyük sıkıntılar içine girdiği için davaya konu taşınmaz için ihtiyati tedbir koymak istese de ihtiyati tedbir için gereken teminat harcını bulabilecek ekonomik gücü olmadığından davalıdır şerhi konulmasını istediğini...”*⁶⁷ şeklinde ifadelere rastlanmıştır. Hatta yukarıda ifade edildiği üzere⁶⁸, teminat yatırmayıp tedbir kararına engel olunarak, hâkimin tedbir kararı vermişken davalıdır şerhi kararı vermemesinin çelişkili olduğu dahi savunulmuştur. Bu uygulamanın sebebi açıktır, hüküm ve sonuçları belli olan ihtiyatî tedbir kararının teminat yükünden kurtulmak, yargı kararlarındaki içtihat karışıklığından istifade ederek olmayan kurumlarla menfaat elde etmektir. Bu durum, HMK m. 391, I anlamında tedbirin gerekliliği anlamına asla gelmediği gibi, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hukuk düzeni ise hakkın kötüye kullanılmasını korumaz (TMK m. 2, II). Ayrıca bu karışıklığın, davacı tarafı cesaretlendirdiği, adeta hâkimin davalıdır şerhi hakkında değerlendirme yetkisi olmadığı düşüncesine sevk ettiği görülmüştür. O kadar ki, tedbire ilişkin teminatı karşılayamadıkları için davalıdır şerhi konulması talebinde bulunulurken, davalıdır şerhi için bir *“ön koşul”*, *“şart”* söz konusu olmadığı dahi ileri sürülmüştür⁶⁹.

Kanaatimizce tarafların davalıdır şerhi tesisine yönelik talepte bulunmaması; hâkimlerin de bu şerhin tapu siciline işlenmesi yönünde karar vermemesi gerekir. Taşınmazla ilgili davanın derdest olduğunu

⁶⁷ Adana BAM, 9. HD., E. 2022/2474 K. 2022/1627 T. 28.12.2022 (Lexpera).

⁶⁸ Bkz. yuk., II, B, 2.

⁶⁹ İzmir BAM, 1. HD., E. 2020/1245 K. 2020/700 T. 8.10.2020 (Lexpera).

tapu siciline kaydettirmek isteyen taraf, TMK m. 1010 ve m. 1011 hükümlerine dayanarak şerh talebinde bulunmalıdır. Bölge adliye mahkemelerinin davalıdır şerhi kararlarının verilmemesi yönünde oluşturacakları içtihatlarla bu uygulama ortadan kalkabilir. Ne var ki davalıdır şerhi kararlarının verilmemesi gerektiği kanaatinde olmakla beraber, bu yönde tesis edilen kararlarla *hukuk karışıklığı* ortaya çıktığından bu kuruma medenî usûl hukukunda bir nitelik vermek gerekir. Aksi takdirde gerek teminat gerekse de kanun yoluna başvuru bakımından birbirine zıt, karşı tarafın menfaatini ihlâl eden kararlar verilmeye devam edecektir. Zira yargı kararlarında davalıdır şerhinin ait olduğu usûlî kurum öyle belirsizdir ki, bu şerh, bazen ihtiyatî tedbir, bazen geçici hukukî koruma bazen de “*hiçbir şey*” olarak karşımıza çıkar. Öyle ki yargı kararlarındaki kargaşadan istifade edilerek, herhangi bir usûlî kurumda yer bulamayan davalıdır şerhine kurumlar üstü bir değer atfedildiği söylene yanlış olmaz.

Türk Medenî Kanunu'nda yer alan çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi gibi, davalıdır şerhi ile taşınmaza ilişkin dava açılmış olduğu tapuda üçüncü kişilere bildirilir. TMK m. 1020 gereğince kimse tapuda yer alan kaydı bilmediğini ileri süremeyeceğinden üçüncü kişinin iyi niyeti bertaraf edilir. Ne var ki uygulamada beyanlar hanesine kaydedilen davalıdır şerhine ilişkin tapu memuru bilgi vermediğinde, üçüncü kişiler haberdar olmadan taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilmektedir. Fakat üçüncü kişiler davalıdır şerhinin beyanlar hanesine kaydedilmesiyle taşınmaz hakkında davanın derdest olduğunu bilebilecek durumdadırlar. Dolayısıyla davalıdır şerhiyle üçüncü kişilerin iyi niyetli hak iktisabı engellenir. Böylece taşınmaz üzerindeki olası tasarrufa karşı hak iddiasında bulunan tarafın korunması sağlanır. Bu sebeple tapu memurunun davalıdır şerhini görmesiyle taşınmazın mülkiyetini devralmak isteyen tarafa bilgi vermesi icap eder. Aksi takdirde devletin sorumluluğu gündeme gelebilir (TMK m. 1007).

Davalıdır şerhinin taşınmazın devrini üçüncü kişilerin davadan bilgi sahibi olmasıyla engellemesi, HMK m. 391'de yer alan mal veya hakkın aynen muhafaza altına alınmasının örneği olan çekişmeli haklar

şerhi ve geçici tescil şerhi gibi⁷⁰, davalıdır şerhini de teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler kapsamına almayı gerekli kılar. Bu şerhlerin ihtiyatî tedbir olması için mutlaka malikin tasarruf yetkisini kaldırması gerekmez. Zira ihtiyatî tedbir “*sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek*” her türlü tedbir olabilir. Bu engelleme kimi zaman bir şerhle üçüncü kişilerin iyi niyeti kaldırılarak, kimi zaman mal muhafaza altına alınarak ya da yediemine tevdi edilerek sağlanır. O hâlde davalıdır şerhinin malikin tasarruf yetkisini engellemediği gerekçesiyle ihtiyatî tedbir olmadığı ifade edilmemelidir.

Davalıdır şerhi, dava konusu taşınmazlarla ilgili olabileceğinden, para alacağını güvence altına almak amacıyla bu şerhlerin verilmesi yanlış kararın *pekiştirilmesine* sebep olur⁷¹. Zira ihtiyatî tedbir uyuşmazlık konusu mal veya hak üzerinde uygulanırken; ihtiyatî hacizde para alacağının tahsili güvence altına alınmak için borçlunun yeteri miktarda mal varlığına haciz konulur (İİK m. 257 vd.)⁷². Davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir olarak dava konusunun taşınmaza ilişkin olduğu davalarda uygulanabileceği, para alacağının tahsili için açılan davada davalının taşınmazlarının kayıtlı olduğu tapu siciline davalıdır şerhinin verilmesine imkân bulunmadığı, ihtiyatî hacze ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği vurgulanmalıdır. Ayrıca tasarrufun iptali davasında İİK m. 281, II ile iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında ihtiyatî haciz kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Kanun’un ihtiyatî hacze ilişkin düzenlemesinden hareketle, tasarrufun iptali davasına konu taşınmazlar hakkında davalıdır şerhi kararı verilmemesi gerektiği ifade edilmelidir⁷³.

⁷⁰ Erişir, s. 356-357. Ayrıca bkz. yuk., II, A.

⁷¹ Bu yöndeki talep ve haklı ret kararı için bkz. Bursa BAM, 5. HD., E. 2022/138 K. 2022/780 T. 6.6.2022 (Lexpera). Ayrıca bkz. yuk., II, B, 1.

⁷² Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1135-1136; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2549 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 703-704; Direnisa, s. 104.

⁷³ 17. HD., E. 2012/13716 K. 2012/13026 T. 26.11.2012 (Lexpera).

Davalıdır şerhi ihtiyatî tedbir olduğundan HMK m. 389 vd.'da ihtiyatî tedbirin şartlarına yönelik hükümlerin uygulanması gerekir. Keza teminat bakımından da HMK m. 392'ye göre hâkimin değerlendirme yapması icap eder. Buna göre davalıdır şerhi kararı verilmesi hâlinde teminat yatırılması gerekmediği yönündeki kabul hatalıdır. Bu şerh ihtiyatî tedbir olduğundan, HMK m. 392, I, c. 2 kapsamında kalan istisna bir durum yoksa HMK m. 392, I, c. 1 gereğince teminata hükmedilir.

III- DAVALIDIR ŞERHİNE KARŞI KANUN YOLUNA BAŞVURU İMKÂNI

HMK m. 341, I, b hükmüne göre ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyatî tedbir kararları ve karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyatî tedbir kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar istinaf yoluna götürülebilir. Davalıdır şerhinin niteliğine ilişkin karışıklık, bu şerhin istinafa götürülmesinin mümkün olup olmadığı yönüyle devam etmektedir. Şöyle ki davalıdır şerhini ihtiyatî tedbir olarak kabul eden mahkemeler, şerh kararlarına karşı HMK m. 341, I, b kapsamında kanun yolu imkânının olduğunu kabul etmektedir⁷⁴. Buna karşın davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı, bir ara kararla şerh kararı verildiği, bu kararların HMK m. 341'e göre istinaf kanun yolu kapsamında yer almadığından

⁷⁴ “Tapu kaydına “davalıdır” şerhi verilmesi, hukuki anlamda bir ihtiyati tedbirdir (HMK m.391, TMK m.1010). Bu şerhin tapu kaydına konulması tapuda kayıtlı malikin tasarruf yetkisini hukuken kısıtlamaz ise de muhtemel alıcıların kararını olumsuz etkileme potansiyeli taşıdığından -tasarruf kısıtlaması getiren ihtiyati tedbir kararına göre daha az da olsa- davalının zarara uğrama ihtimalleri vardır. Buna göre davacı vekilinin mahkemenin ara kararının 1. bendinde birbirinden farklı “davalıdır şerhi” ile “İhtiyati tedbir” kararını aynı mahiyette görmesinin hatalı olduğu yönündeki istinaf nedeni yerinde görülmemiştir.” İstanbul BAM, 14. HD., E. 2021/1868 K. 2021/1280 T. 21.10.2021. İstanbul BAM, 17. HD de davalı şerhinin teminatsız verilmesi gerektiği yönündeki istinaf başvurusunu incelemiştir. Bununla birlikte karşı oy yazısındaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “Davalıdır şerhi kararının ise, HMK’nın 389. ve müteakip maddeleri kapsamında düzenlenen ihtiyati tedbir kararı niteliğinde bulunmadığından davacı vekilinin istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmesi görüşümdedir.” İstanbul BAM 17. HD., E. 2022/1754 K. 2022/1396 T. 17.11.2022 (Lexpera).

kanun yoluna başvurunun mümkün olmadığı yönünde kararlar da vardır⁷⁵.

Diğer yandan davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı kabulüne rağmen, şerh talebinin reddi kararının istinaf kanun yoluna götürülmesi caiz görüldüğü; bölge adliye mahkemesi tarafından davalıdır şerhinin tapu siciline işlenmesi gerektiği yönünde karar tesis edildiği de olmuştur⁷⁶. Ayrıca davalıdır şerhinin geçici hukukî koruma olduğu, geçici hukukî korumalara karşı ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz dışında kanun yoluna başvuru imkânı olmadığı, bu sebeple de davalıdır şerhi talebinin reddine karşı kanun yoluna başvurulamayacağı yönünde karara da rastlanmıştır⁷⁷.

HMK m. 392, II'ye göre teminat yatırılmasının gerekip gerekmediği tartışması⁷⁸ bölge adliye mahkemelerini meşgul etmeye devam etmekte; ilk derece mahkemesinin teminata karar vererek yahut vermeyerek tesis ettiği davalıdır şerhi kararları teminat yönüyle de istinaf aşamasında incelenmektedir⁷⁹.

⁷⁵ İstanbul BAM, 17. HD., E. 2020/1958 K. 2020/1820 T. 1.10.2020; Kayseri BAM, 1. HD., E. 2020/501 K. 2020/484 T. 11.11.2020; İzmir BAM, 1. HD., E. 2020/1245 K. 2020/700 T. 8.10.2020; İstanbul BAM, 7. HD., E. 2023/2167 K. 2023/1780 T. 7.7.2023; Antalya BAM, 11. HD., E. 2022/945 K. 2022/812 T. 13.5.2022; Konya BAM, 5. HD., E. 2019/78 K. 2019/79 T. 6.2.2019. “*Davalıdır şerhi kararının ise, HMK'nın 389 ve müteakip maddeleri kapsamında düzenlenen ihtiyatî tedbir kararı niteliğinde bulunmadığından davalı adına olan tapu kaydı üzerine davalıdır şerhi konulmasına ilişkin karara yönelik davalı K3 vekilinin istinaf başvurusunun usulden reddine karar vermek gerekmiştir.*” Kayseri BAM, 1. HD., E. 2020/501 K. 2020/484 T. 11.11.2020 (Lexpera).

⁷⁶ Kayseri BAM, 6. HD., E. 2020/183 K. 2020/177 T. 10.2.2020 (Lexpera).

⁷⁷ Ankara BAM, 21. HD., E. 2021/1538 K. 2021/1218 T. 27.10.2021 (Lexpera).

⁷⁸ Bkz. yuk., II, B, 2.

⁷⁹ Bu hususta verilen kararlar için bkz. yuk., II, B, 2. İstanbul BAM 17. HD, bu yönde yapılan istinaf başvurusunu esaslan incelemiş, sınırlı sonuçları da olsa tedbir mahiyetinde bulunan dava konusu taşınmaz üzerine teminat karşılığı davalıdır şerhi yönünde tesis edilen ara kararda usûl ve yasaya aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. İstanbul BAM, 17. HD., E. 2022/960 K. 2022/880 T. 6.7.2022. HMK m. 396'ya göre durum ve koşulların değişmesi nedeniyle tedbirin kaldırılması taleplerine ilişkin olarak verilen

Fer'i müdahil adına kayıtlı taşınmaz üzerine davalıdır şerhi konulduğu da olmuştur. Bu karara fer'i müdahilin itirazının ardından kanun yoluna yaptığı başvuru, davanın tarafı olmayan müdahilin malik olduğu taşınmazlar üzerine davalıdır şerhi konmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle İstanbul BAM 17. HD tarafından kabul edilmiştir⁸⁰. Davalıdır şerhinin davanın derdestliğine ilişkin olduğu, derdestliğin davanın tarafları bakımından ortaya çıktığı dikkate alındığında kararın yerinde olduğu sonucuna ulaşılır. Kaldı ki davalıdır şerhi ile maksat, davacının dava konusu hakkının muhafaza altına alınması olduğundan, fer'i müdahilin mal varlığı bu hak için teminat sağlamaz.

Davalıdır şerhinin HMK m. 389 vd.'da düzenlenen ihtiyatî tedbir niteliğinde olduğu yukarıda ifade edilmişti⁸¹. İhtiyatî tedbir olması sebebiyle HMK m. 341, I, b kapsamında davalıdır şerhine ilişkin kararların istinaf kanun yoluna tâbî olması gerekir. Bu durum, davalıdır şerhinin niteliğinin ortaya konulmasının önemini tekrar gösterir. Keza davalıdır şerhinin ihtiyatî tedbir olmadığı kabul edildiğinde, tedbirin sonuçlarını ortaya çıkaran ancak kanun yoluna tâbî olmayan kararlar verilir. Ancak vurgulamak gerekir ki, kanun yoluna tâbî olması gereken kararların, bir şekilde kanun yoluna götürülmesinin engellenmesi, Kanun'un tanıdığı başvuru hakkının yok sayılmasına⁸², hak arama özgürlüğünün (AY m. 36)⁸³; ve hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27)⁸⁴ ihlâline sebep olur.

ara karara karşı kanun yolu açık olmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddi yönünde bkz. İstanbul BAM 12. HD., E. 2022/1169 K. 2022/911 T. 16.6.2022 (Lexpera).

⁸⁰ İstanbul BAM, 17. HD., E. 2021/591 K. 2021/650 T. 27.5.2021 (Lexpera).

⁸¹ Bkz. yuk., II, B, 3.

⁸² Karş. Bilge Umar, "Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İhtiyatî Birleştirme Kararı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 509-514 (Basım Yılı: 2015), s. 509-514, s. 514.

⁸³ Karş. Özkes, Pekcantez Usûl, s. 2491; Sümeyye Sena Fırat, "Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans

SONUÇ

Uygulamada çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi yerine davalı/dır şerhinin yerleştiği görülmektedir. Tapu siciline şerh veya beyan olarak bir hususun kaydedilmesi, eşya hukukunun tipe bağlılık/sınırlı sayı ilkesi uyarınca sadece mevzuatta izin verilen hâllerde mümkün olabilir. Davalıdır şerhi ise tapu siciline kaydedilebileceğine yönelik maddî hukukta dayanağı olmaksızın uygulanan bir tapu sicili kayıdır.

Davalıdır şerhinin medenî usûl hukukunda niteliğine yönelik yargı içtihatlarının farklı istikamette olduğu tespit edilmiştir. Buna bağlı olarak teminat yatırılması ve şerhe yönelik kararların kanun yoluna götürülebilmesi de uygulamada belirlilik kazanmış değildir. Açıkçası bu şerhin ihtiyatî tedbir niteliğini reddederken ihtiyatî tedbirin sonuçlarını doğurduğunu kabul etmeye yönelik eğilim, teminata karar verilmesinin ve kararlara karşı kanun yolu başvurusunun engellenmesine sebep olmaktadır. Yargı kararlarındaki çelişkiler, davalıdır şerhi bakımından bir hukuk kargaşası oluşturmaktadır.

Davalıdır şerhi verilmemesi gerektiğini kabul etmekle beraber, artık bu yöndeki kararlar uygulamaya yerleştiğinden, medenî usûl hukuku bakımından bu kararların nitelendirilmesi gerekir. Aksi durum,

Tezi, İstanbul, 2021, s. 46-47. *“Mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesinde dava açma hakkını değil, kanun yollarına başvurma hakkını da içermektedir. Bu bağlamda mahkeme kararlarına karşı tanınan hükmün denetlenmesini talep hakkı, hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkının bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır.”*İBK, E. 2021/5, K. 2023/2, 28.04.2023 (14.09.2023 tarih ve 32309 sayılı Resmi Gazete).

⁸⁴ Hukukî dinlenilme hakkının hem derdest davada ileri sürülen iddia ve savunmaların dinlenmesi hem de dava sonunda verilen karara karşı kanun yolunun açılması anlamına geldiği hususunda bkz. Hakan Pekcanıtez, *“Hukuki Dinlenilme Hakkı”*, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 2000, s. 758. Kanun yoluna başvurunun hukukî korunma talebinin ve yargılamada hakkı ihlâl edilenin hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olduğu hususunda bkz. Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 54.

tarafın menfaatinin hem teminat hem de kanun yolu açısından ihlâli sonucunu ortaya çıkarır.

Davalıdır şerhi kararları ihtiyatî tedbir niteliğindedir. HMK m. 389 vd. hükümlerinin uygulanması, ihtiyatî tedbir şartlarının davalıdır şerhi kararı verirken aranması gerekir. Buna göre davalıdır şerhine ilişkin teminat yatırılması kararı verilebileceği gibi, bu şerhe yönelik verilen karara karşı HMK m. 341'e uygun olarak kanun yoluna başvuru yapılması da mümkün olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Zivilgesetzbuch sieht nur bestimmte Fälle vor, bei denen eine Vormerkung im Grundbuch zulässig ist. Mit anderen Worten gilt das Prinzip des numerus clausus für die Vormerkungen und Anmerkungen. Die Verfügungsbeschränkung (auf Grund einer amtlichen Anordnung zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche; türkisches Zivilgesetzbuch - tZGB- Art. 1010) und die vorläufige Eintragung (Vorläufige Eintragungen können vorgemerkt werden: zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte; tZGB Art. 1011) sind die Vormerkungen, die auch Bedeutung im Zivilprozessrecht haben. Denn diese Vormerkungen sind einstweilige Verfügungen.

Diese Vormerkungen bedeuten keine eigentliche Sperre des Registers und verunmöglichen die Verfügung nicht. Allerdings sind sie eine Verfügungsbeschränkung. Die Verfügungsbeschränkung ist gegenüber jedem später erworbenen Recht wirksam. Denn sie zerstören den guten Glauben des Dritterwerbers.

Manche einstweiligen Verfügungen dienen der Sicherung eines bestehenden Rechtes (Individualansprüche). Diese sind Sicherungsverfügungen (Sicherungsmaßnahmen), die die künftige Vollstreckung des Urteils sicherstellen können. Die Sicherungsverfügungen können in einstweiligem Entzug oder einstweiliger Beschränkung der Verfügungsmacht des Berechtigten durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch (tZGB Art. 1010) oder vorläufige Eintragung in das Grundbuch (tZGB Art. 1011) bestehen.

In der Praxis ist zu beobachten, dass anstelle der Vormerkungen über einstweiligen Entzug oder einstweilige Beschränkung der Verfügungsmacht die "Vormerkung über die Klage" eingeführt wurde. Die "Vormerkung über die Klage" hat keine Rechtsgrundlage. Auch tZPO Art. 392 kann nicht als Grundlage für die "Vormerkung über die Klage" dienen. Jedoch akzeptieren die Gerichte einen solchen Antrag leider. Diese Vormerkung ist wie ein Oberbegriff der Vormerkungen vom tZGB akzeptiert.

Die Qualifikation von dieser Vormerkung ist in der Rechtspraxis sehr umstritten. In diesem Ansatz akzeptieren die Gerichte, dass die "Vormerkung

über die Klage“ eine einstweilige Verfügung im Sinne eine einstweilige Verfügung des Prozessrechts wie andere Vormerkungen (ZGB Art. 1010-Art. 1011) ist. Diese Vormerkung sichern den Streitgegenstand. Denn es ist zu befürchten, dass der Kläger den Streitgegenstand einem Dritten veräußert. Deswegen ist diese Vormerkung eine Sicherungsverfügung.

Die präventive Massnahme ist von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, wenn der Gegenpartei ein Schaden entstehen kann (tZPO Art. 392). Denn “die Vormerkung über die Klage“ ist eine einstweilige Verfügung. Es gilt tZPO Art. 392 für diese Vormerkung. Deswegen kann das Gericht die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer Sicherheitsleistung verpflichten, wenn der Kläger einen Antrag auf die Vormerkung über die Klage stellt. Das Gericht muss den Gesuchsteller zu einer vorläufigen Sicherheitsleistung zu verpflichten.

Gegen einstweilige Verfügungen sind der Widerspruch und Rechtsmittel möglich. Das Rechtsmittel der Berufung steht gegen die einstweilige Verfügung zur Verfügung. Da es sich bei der “Vormerkung über die Klage“ um eine einstweilige Verfügung handelt, kommt die Rechtsmittelregelung (tZPO Art. 341 ff.) für diese Vormerkung zur Anwendung. Andernfalls verstösst es gegen den Anspruch auf Rechtsschutz. Auch das rechtliche Gehör von der Partei wird verletzt.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass die “Vormerkung über die Klage“ nicht unvereinbar mit der Zivilordnung ist, aber auch nicht zulässig ist. Da diese Vormerkung angewendet wird, muss eine rechtliche Qualifikation für sie gefunden werden. Trotz widersprechender Gerichtsentscheidungen akzeptieren wir diese Vormerkung als einstweilige Verfügung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Vormerkung zulässig ist. Um jedoch weitere Probleme zu vermeiden, muss man diese Vormerkung rechtlich bestimmen.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, *Eşya Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2018.
- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, *Eşya Hukuku*, 4. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- AYBAY, Aydın, *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962.
- AYİTER, Nuşin, *Eşya Hukuku*, 3. Bs., Savaş Yayınları, Ankara, 1987.
- BAUMGARTNER, Samuel/DOLGE, Annette/MARKUS, Alexander R./SPÜHLER, Karl, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- BİLGİN YÜCE, Melek/ÖZMEN, Etem Saba, "Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMKm.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2022/4, s. 323-362.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ÇELİK, Aziz, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Taşınmaz Mülkiyetine Elatmanın Önlenmesi Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- DELİPİNAR, Yusuf, *Geçici Tescil Şerhi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- DİRENİSA, Efe, "İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları

- Hakkında Bir Değerlendirme” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 11, C. 25, 2019, s. 97-175.
- DOĞAN, Murat, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, “Geçici Tescil Şerhi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 6, S. 11, 2018, s. 375-407.
- ERİŞİR, Evrim, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, 8. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- FIRAT, Sümeyye Sena, “Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 11. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GULDENER, Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Yeni Şerhler).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve ‘Davalıdır Şerhi’ Olarak Adlandırılan Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu*, 15-16 Kasım 2019, Ed. İlknur Serdar, Ayşe Fırat Şimşek, s. 83-110 (Sempozyum).
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Bs., Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 1984.
- KORKMAZ, Ramazan, *Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Bs., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

- KURU, Baki/AYDIN, Burak, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- MEISTER, Christian Peter, *Vorsorgliche Massnahmen bei immobiliarsachenrechtlichen Streitigkeiten*, Verlag Rüegger, Diessenhofen, 1977.
- NOMER, Halûk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları" *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C, III, S. 1, 2017, s. 65-91.
- ÖZEKES, Muhammet, "Karar İncelemesi Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, cilt.1, sa.1, 2002, s. 527-540 (Karar İncelemesi).
- ÖZEKES, Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 2000, s. 753-791.
- POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bs., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.
- ROHNER, Thomas/WIGET, Matthias, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2., Auflage, Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach, Orell Füssli Verlag AG, 2015.
- SİRMEN, A. Lâle, *Eşya Hukuku*, 9. Bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

- SPRECHER, Thomas, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Herausgeber Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilâ, *Tekinay Eşya Hukuku*, C. I, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- TAŞATAN, Caner, *Kişisel Nitelik Taşıyan Tescilli İsteme Hakkı (TMK m. 716/1)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- TAŞ KORKMAZ, Hülya, “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Dicle Üniversitesi, 1995.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- UMAR, Bilge, “Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İctihadı Birleştirme Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 509-514 (Basım Yılı: 2015), s. 509-514.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, *Şeklî Eşya Hukuku*, 11. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri]*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ESMER, Galip, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, 2. Bs., İstanbul Matbaacılık, 1956.
- WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./THÜMMEL, Roderich C., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 5. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2020.
- WIEDERKEHR, Arthur, *Die vorläufige Eintragung im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB*, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Zürich, 1932.
- YILMAZ, Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı

Das Streikrecht für Beamte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Republik Türkiye

Araš. Gör. Kemal Efe SAYIN*

Araš. Gör. Canberk GÜMÜŞ**

ÖZ

Bu çalışma Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin içtihadını, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararları ile karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Makalenin amacı, Türkiye'de kamu görevlilerinin grev hakkına yönelik sınırlamaların, Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl ele alındığına yönelik bir perspektif sunmaktır. Makale, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerinin, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadının temel dayanaklarından biri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna gerekçe olarak Anayasa'nın 90. maddesi hakkındaki tartışmalar hukuki bir altyapı olarak kullanılmıştır. Bu sayede, Anayasa Mahkemesi kararlarının ve yerel mevzuatın,

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, (kemal.sayin@okan.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0953-8395.

** İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, (canberk.gumus@okan.edu.tr). ORCID: 0009-0002-5405-2976.

Yazarların katkı oranı eşittir.



uluslararası insan hakları normları ile daha uyumlu hale getirilmesi için eleştiriler ve çözüm önerileri dile getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Grev hakkı, kamu görevlisi, Anayasa Mahkemesi, Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.*

The Right to Strike for Public Employees in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye

ABSTRACT

This study conducts a comparative analysis by examining the Turkish Constitutional Court's case-law regarding the right to strike for public servants in Türkiye in relation to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). The article aims to provide a perspective on how the right to strike for public servants in Türkiye is addressed within the context of Turkish Constitutional Court decisions. The article argues that International Labour Organization (ILO) conventions should be recognized as one of the fundamental pillars of the Constitutional Court's jurisprudence on this matter. The debates surrounding Article 90 of the Turkish Constitution are used as a legal framework to support this argument. Consequently, criticisms and solutions are presented to promote greater alignment of Constitutional Court decisions and domestic law with international human rights norms.

Keywords: *The right to strike, public servant, Constitutional Court of the Republic of Türkiye, International Labour Organization, European Court of Human Rights.*

GİRİŞ

Avrupa'da Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan işçi sınıfı, sosyal hakların güvence altına alınmasında mühim rol oynamıştır.¹ Zira kişilerin serbest ve özgür olarak nitelendirildiği lâkin sosyal haklara sahip olmadığı bir liberal nizamın, insan haklarından faydalanmak için yeterli olmadığı tecrübe edilmiştir. Artık insan hakları sadece bir hürriyet ve serbesti sahası değil, kişileri devletten bir hizmet talep etme yetkisiyle donatan haklar olarak da tahayyül edilmeye başlanmıştır. Bunlar, sosyal haklar olarak isimlendirilmiştir.²

Grev hakkı, sosyal bir haktır.³ Sendikal haklar ve özellikle grev hakkının yalnızca hukuki değil politik amaçlar taŐıdığına da Şüphe yoktur. Bu haklar aynı zamanda günümüz kapitalist toplumundaki sınıf mücadelesinin önemli araçlarındandır.⁴ Modern demokrasilerde grev hakkı, işçi ve işveren arasındaki sosyal adaletin sağlanması için hayati bir görev üstlenmektedir.⁵ Zira iktisâdi olarak çok daha güçlü bir konumda olan işveren karşısında iŐçinin tek kozu, bir müddet de olsa esirgeyebileceği emeğidir. Demokratik bir topluma ulaşmak için önemli bir ilke olan sosyal adaletin sağlanması adına çalışanların grev hakkı da dâhil olmak üzere sendikal haklarının korunması oldukça önemlidir.

Grev hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" bölümünün 54. maddesinde güvence altına alınarak, işçilere grev hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte kamu

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

² Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 500.

³ Sosyal haklar tanımlanmadan önce de tarihte pek çok grev vuku bulmuştur. Kayıt altına alınmış ilk grevin, Mısır'ın Deir el Medina şehrinde MÖ 1158 yılında gerçekteŐtiĐi hususunda çoğunluk yazar mutabıktır. Bkz. Rosalie David, *The Pyramid Builders of Ancient Egypt: A Modern Investigation of Pharaoh's Workforce*, Routledge, London, 1996, s. 73-75.

⁴ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 88.

⁵ Turhan Esener, Ender Demir, *Toplu İŐ Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 121.

görevlilerinin durumu oldukça tartışmalıdır. Anayasa'da kamu görevlilerine grev hakkını öngören bir düzenleme mevcut değildir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu da işçilerin grev hakkını güvence altına almış ancak bu hak kamu görevlileri için öngörülmemiştir. Anayasa ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu birlikte dikkate alındığında, Türkiye'de kamu görevlilerinin grev hakkına dair bir güvenceye sahip olmadıkları söylenebilir. Nitekim 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise kamu görevlilerinin grev yapmasını açıkça yasaklayan hükümler içermektedir.

Kamu görevlileri için grev hakkı, kanunlar çerçevesinde yasak olsa da Türkiye'nin imza attığı başta Uluslararası Çalışma Örgütü ("ILO") sözleşmeleri olmak üzere birçok uluslararası sözleşme kamu görevlilerinin grev hakkını koruyan normlar ihtiva etmektedir. Bundan ötürü T.C. Anayasa Mahkemesi ("AYM") ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ("İHAM") içtihatları Türkiye'deki grev yasağına farklı bir yaklaşım getirmektedirler. Bu makalenin konusu da AYM'nin bireysel başvuru kararları ışığında Türkiye'de kamu görevlilerinin grev hakkının incelenmesidir. Bu doğrultuda öncelikle kamu görevlisi kavramı kısaca açıklanacak, ardından grev hakkı tanımlanacaktır. Grev hakkı tanımlanırken, yerel mevzuatta ve uluslararası belgelerde yer alan düzenlemelere de değinilecektir. Daha sonra AYM ve İHAM içtihatları karşılaştırmalı biçimde incelenecektir. Son bölümde ise AYM kararları değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken Anayasa'nın 90. maddesinin anlamı tartışma konusu edilecektir. Bunun amacı ise Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri hükümlerinin ve denetim organlarının kararlarının AYM içtihadında daha fazla yer bulması gerektiği görüşümüzü öne sürebilmek için hukuki bir altyapı oluşturmaktır.

1. KAMU GÖREVLİSİ

Kamu hizmetinin verilmesi ve idarenin işlem ve eylemlerinin yürütülmesi esnasında idareye yardımcı olan ve bu hizmetlerden faydalananlar karşısında idareyi temsil eden kişilere "kamu görevlisi" ismi verilmektedir. Bu anlamda kamu görevlileri, idarenin "insan

ögesini” oluştururlar.⁶ Bir kişinin kamu görevi yürütmesiyle kamu görevlisi olması arasında fark vardır. Nitekim serbest çalışan bir avukat bazı zamanlar kamu hizmeti yaparken, bir kamu kurumuna bağlı çalışmadığından kamu görevlisi değildir.⁷ Sözün özü, bir kimsenin kamu görevlisi olarak adlandırılabilmesi için devlet kurumları bünyesinde kamu hizmeti görmesi, asli ve sürekli olarak atanması, yaptığı işle alakalı üçüncü kişilere karşı değil, görevini ifa ettiği kamu kurumuna karşı sorumlu olması, ücretini “maaş” adı altında devlet bütçesinden alması gerekmektedir.⁸

Asli ve sürekli olarak atanan kamu görevlilerinin yanı sıra “sözleşmeli personel” ismi verilen bir kamu çalışanı grubu da mevcuttur. 1982 Anayasası bu kişilerin sendikal hakları hususunda bir yasak koymasa da güvence de içermemektedir. Anayasa Mahkemesi bu grubu oldukça dar biçimde yorumlamış; örneğin bu kimselerin sendikaya üye olmasını yasaklayan bir kanun hükmünde kararnameyi⁹ Anayasa’ya uygun bulmuştur. Mahkemeye göre sendika hakkı güvencesine yalnızca işçiler sahiptir; memurlar hakkındaki düzenlemeler yasa koyucuya bırakıldığından, yasa koyucunun yapılacak düzenlemeler konusunda takdir hakkı bulunmaktadır.¹⁰ Çalışmanın devamında izah edilen, Türkiye’nin imza ettiği uluslararası belgelere aykırı olan bu uygulama 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun’un 120. maddesi ile değiştirilmiştir. Son hâlde sözleşmeli personelin sendika kurma, üye olma vb. hakları sağlanmış ancak grev yasağı devam etmiştir. Yine de bugün, işçi, memur ve sözleşmeli personel ayrımını yapmak, oldukça zahmetlidir. Yasaların bu hususta

⁶ Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 547.

⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 579-80.

⁸ M. Refik Korkusuz, “Ülkemizde Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı ve İçeriği”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Nisan 2009, 10-11. Cilt, 12-13-14-15. Sayı, 105-123, s. 107-108.

⁹ 20 Ocak 1990 gün ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, R.G. 29.01.1990.

¹⁰ AYM, K.04.04.1991, E 1990/12, K 1991/7.

oldukça karmaşık olması ve statüler arasında açık bir ayırım bulmanın zorluğu meseleyi güç bir hâle getirmektedir.¹¹

2. GREV HAKKI

2.1. Kavram

Öğretide grev hakkını tanımlayan pek çok yazar bulunmaktadır. Örneğin Esener, 275 sayılı Kanun'dan hareketle grevi "*işçilerin topluca çalışmamak suretiyle bir işkolunda veya işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir teşekkülün aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği bir karara uyarak işi bırakmaları*" olarak tanımlamıştır.¹² Grev yapan çalışanın esas amacı, sendikalar vasıtası ile pazarlık gücünü kullanarak işvereni ekonomik olarak zorlamak ve bu sayede taleplerini kabul ettirmektir.¹³

Grevin iki esas unsurunun olduğu söylenebilir. Birincisi çalışanın işi bırakması, ikincisi ise bu eylemin eşgüdümlü ve genellikle aynı anda gerçekleşmesidir.¹⁴ Bazı yazarlar bunlara başka unsurlar da ilave etmektedir. Buna göre çalışanlar "*işi durdurma veya aksatma saikine*" sahip değillerse, o eylem grev sayılmayacaktır.¹⁵ Saydığımız bu unsurların ötesinde, yabancı devletlerin hukuk düzenlerinde hakkın tam olarak nasıl formüle edildiği ve düzenlendiği konusunda bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, çoğu devletin hukuk düzeni grev eylemini bir hak olarak tanımlarken, diğerlerinde bu bir özgürlük olarak anlaşılmaktadır. Yani pozitif bir haktan ziyade, yasalar grevci işçileri, işverenin iş sözleşmesinde dikte ettiği yasal yaptırımlarından korumaktadır. Avusturya ve Birleşik Krallık buna örnek devletlerdir. Almanya gibi bazı ülkeler önceleri, grevi bir özgürlük olarak kabul

¹¹ Metin Kutsal, "*Türkiye'de Kamu Görevlilerinin Sendikal Örgütlenme Hakları*", 45. Kitap, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 142-143.

¹² Turhan Esener, *İş Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 596.

¹³ Banu Uçkan, Deniz Kağncıoğlu, *Endüstri İlişkileri*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004, s. 208.

¹⁴ Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press Oxford, New York, 2003, s. 6.

¹⁵ Ünal Narmanlıoğlu, *Grev*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1990, s. 83; Esener, *İş Hukuku*, s. 599.

etmişler ve zamanla bir hak olarak tanımuşlardır. Bazı hukuk sistemlerinde grev hakkı bireysel bir haktır ve -neredeyse her zaman başkalarıyla birlikte icra edilse de- bireyin inisiyatifiyle kullanılmaktadır. Bu modeli belki de en iyi temsil eden Fransız sisteminde hakkın kullanılması için bir sendikanın kararı gerekmemektedir. Benzer biçimde İtalya'da da bu hak herhangi bir yetki kullanımı gerektirmez ve sendikalı olsun veya olmasın herhangi bir işçi grubu tarafından kullanılabilir. Diğerlerinde ise bu hak, yalnızca sendikanın inisiyatifiyle harekete geçen kolektif bir haktır.¹⁶ Nihayetinde grev hakkı hem bireysel hem de kolektif nitelikler taşıyan iç içe geçmiş bir haktır. Waas, bu hakkı "çifte temel hak" (*double fundamental right*) olarak nitelendirmektedir.¹⁷

2.2. Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı Konusundaki Kuramsal Tartışmalar

Kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olup olmadığı hususundaki kuramsal tartışmaları burada kısaca anmak faydalı olacaktır. Bazı yazarlar, grevsiz sendika hakkının özünden yoksun olduğunu kabul etmekle beraber, kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olmaması gerektiğini zira devletin "lokavt hakkına" sahip olmadığını öne sürmüşlerdir.¹⁸ Öncelikle, lokavtın bir "hak" olup olmadığının tartışmalı olduğunu söylemek gerekir. Birçok devlette lokavt bir haktan ziyade tarafların akitten doğan borcu hüviyetini taşımaktadır.¹⁹ Yine bu tartışmada, kamu istihdamı ile özel sektör istihdamı arasındaki ekonomik ayrımları da yadsımamak lâzımdır. İşveren mal veya hizmet satarak kar amacı gütmektedir. İdare ise hizmet sunmak amacıyla vergi toplamaktadır. İşveren, işçiler grev yaptığı

¹⁶ Bernd Waas, *The Right to Strike: A Comparative View*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2014, s. 8-15.

¹⁷ a.g.e., s. 8.

¹⁸ Hasan Tunç, *Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalıştayı*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010, s. 103; Kadir Arıcı, *Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalıştayı*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010, s. 129.

¹⁹ Metin Kutal, "Hukuki Açından Lokavt", *Journal of Social Policy Conferences*, 2011, 24. Sayı, 159-190, s. 167-68.

zaman “müşteri” kaybedip maddi zarar ile karşılaşmaktadır. İdare hizmet sunmak için vergi toplamakta olup, kamu görevlileri grev yaptığında çoğu zaman zarar etmez.²⁰

Bir başka görüşte, kamu görevlilerinin sahip olduğu statü hukuku nedeniyle grev yapamayacakları, bu hâlde kamu hizmetinin sürekliliği ve kesintisizliğinin ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.²¹ İnsan hakları hukukunda bir hak, çoğu zaman başka haklar ile çatışmaktadır.²² Örneğin, ifade özgürlüğü ile kişinin itibarını koruma hakkı çatıştığında bu haklardan birine tartışmasız bir öncelik verilmemektedir.²³ Böyle bir durumda insan hakları hukuku somut olayın koşullarına göre bir dengeleme metodu kullanarak birtakım kıstas ve ilkeler belirler. Bu bağlamda, bir kişinin kamu hizmetinden yararlanma hakkı ile kamu görevlisinin örgütlenme özgürlüğü çatıştığında, bunlardan birisine mutlak bir öncelik vermek doğru olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi İsmail Aslan ve Diğerleri başvurusunda benzer bir yorumda bulunmuş; grevin gayesinin toplumsal bir rahatsızlık yaratarak idarede farkındalık oluşturmak olduğunu, bu nedenle idarenin, toplumsal düzeni önemli ölçüde bozmadığı sürece bu rahatsızlıklara katlanması gerektiğini ifade etmiştir.²⁴

Grevin, kamu hizmetinin sürekliliğinin zarar görmesine yol açtığı görüşüne bir itirazımız daha bulunmaktadır. Buna göre grev, her zaman kamu hizmetinin kalitesine veya kamu menfaatine zarar

²⁰ Bengü Dereli, “Kamu Görevlileri Sendikacılığı, ile İlgili Başlıca Görüşler”, *Journal of Social Policy Conferences*, 2012, 31. Sayı, 359-380, s. 362-64.

²¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 652.

²² Lorenzo Zucca, “Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”, *Conflicts Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, Oxford: Intersentia, 2008, s. 26.

²³ Söz konusu hakların çatışması durumunda uygulanacak olan “tartım ilkesinin” Türk ve Alman hukukları bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Osman Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayınevi İstanbul, 2000, s. 59-70.

²⁴ AYM, İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, 2013/7197, 08.09.2015, par.72.

vermemektedir. Hatta bazen, kamu görevlisinin çıkarlarıyla halkın çıkarları tam olarak örtüşmektedir. Örneğin, personel yetersizliği ve yoğun iş yükü nedeniyle grev yapan kamu görevlileri, bir yandan halkın daha iyi hizmet alabilmesinin de önünü açmaya çalışırlar.²⁵ Bu hâlde grevin yasaklanması hem kamu menfaatine zarar verecek hem de tek karar mekanizması olarak devleti tayin ederek demokratik toplumun temel değerleri ile uyuşmayacaktır.

Devlet, özel sektöre tabi bir işverenle kıyaslanamayacak derecede muktedir bir konumdadır. Kamu görevlisinin elinden grev hakkının alınması bu kişileri özlük hakları ve çalışma koşulları bakımından bütünüyle savunmasız bırakacak, başta toplu pazarlık hakkı olmak üzere diğer tüm sendikal hakların da içeriğini tamamen boşaltacaktır.²⁶

2.3.Uluslararası Belgelerde Grev Hakkı

2.3.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İkinci Dünya Savaşı'nın acı hatıraları insanlığı tüm ulusları bağlayan bir insan hakları sözleşmesi yapmaya yöneltmiştir. Bunun üzerine hazırlanan ve 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23. maddesinin son fıkrası sendikal haklara ilişkindir. Buna göre "*Herkesin çıkarlarını savunmak için başkalarıyla sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı vardır.*"

Beyanname'de yer alan ifadede grev hakkından açıkça söz edilmediği görülebilir. Yine de bu çalışmanın devamında izah edileceği üzere, sendika hakkını grev hakkından ayırmak pek mümkün değildir.²⁷

²⁵ James A. Craft, "Future Directions in Public Sector Labor Relations: A 2020 Perspective", *Journal of Labor Research*, 2003, 24. Cilt, 4. Sayı, 545-560, s. 553. Örneğin Türkiye'de hekimler tarafından alınan bir iş bırakma kararının dayandığı talepler arasında muayene sürelerinin artırılarak nitelikli tedavi hizmetinin sunulması da yer almıştır. <https://www.diken.com.tr/saglikcilar-agustosun-ilk-iki-gunu-grevde/> Erişim Tarihi: 19.09.2023.

²⁶ Harry C. Katz, Thomas A. Kochan, Alexander J. S. Colvin, *An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations*, 4th edition, Irwin Professional Pub, Boston, 2007, s. 348.

²⁷ Taslağı hazırlayanlar sendika hakkına, onu insan hakları listesinde yer alacak ve daha soyut olan örgütlenme ve çalışma haklarıyla birlikte

Dolayısıyla grev hakkının beyannamede ilkesel olarak koruma altına alındığı söylenebilir. Maddede sendika hakkına sahip kişiler “herkes” olarak nitelendirildiğinden, işçilerin yanı sıra kamu görevlilerinin de bir hak öznesi olarak tanımlandığı söylenebilir.²⁸ Türkiye’nin de Beyanname’yi imzaladığını belirtmek gerekir. Beyanname’nin bağlayıcılığının antlaşma, teamül veya *jus cogens* niteliklerin hangisinden kaynaklandığı tartışmaları bir tarafa,²⁹ ahlaki bağlayıcılığı ve değeri hususunda şüphe yoktur.

2.3.2. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi,³⁰ 8. maddesinin (d) fıkrasında grev hakkına açıkça yer vermiş, Sözleşme’ye taraf devletler, yasal mevzuatlarına uygun olmak şartıyla grev hakkını sağlamayı üstlendiklerini kabul etmişlerdir.

Bu hakkın öznesinin kimler olduğu Sözleşme’de belirtilmemiştir. Yine 8. maddenin ikinci fıkrasında ise güvenlik güçleri ve silahlı kuvvetler mensuplarıyla devlet görevlilerinin grev hakkına yasal sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir. Burada dikkat edilecek husus, Sözleşme’nin taraf devletlere anılan kamu görevlisi kategorileri

sıralayacak kadar önem vermişlerdir. Ancak neyin insan hakkı sayılacağı ile neyin yerel makamların takdiri olduğu arasında bir çizgi çekmeleri gerekmiştir. Sendikal haklara ilişkin, grev hakkı dahil tüm görünümünün hakkın unsurlarına dahil edilmesi halinde neredeyse sonsuz bir “insan hakları” listesi ortaya çıkacağı düşünüldüğünden, söz konusu uygulamadan kaçınılmıştır. Bkz. Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, s. 174-81.

²⁸ Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 136.

²⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1*, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 63-69.

³⁰ Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 3 Ocak 1976’da ise yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme Türkiye tarafından 10 Temmuz 2003’te onaylanmıştır.

yönünden bir yasaklama imkânı değil “sınırlama” imkânı vermesidir.³¹ Lâkin yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında bu sınırlama imkânının devletlere, aşağıda açıklanacak Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi’nin (87 Sayılı Sözleşme) getirdiği yüksek güvencelere zarar verecek şekilde uygulama yetkisi vermediği düzenlenmiştir. Buna göre grev hakkına yönelik uluslararası korumanın asgari sınırını bu iki sözleşmeye de taraf olan bir devlet bakımından 87 Sayılı Sözleşme’nin çizdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.³²

8. maddede yer alan “devlet görevlileri” kavramını burada biraz daha tartışmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) uygulamasında, devlet yönetiminde çalışanlar ifadesi, istihbarat görevlileri de dahil olmak üzere, bakanlıklarda veya dairelerde ve benzer kamu kurumlarında çalışan kamu görevlilerini kastetmektedir. Farklı devletlerin iç hukukunda kamu görevlilerinin tanımı ve sınıflandırılmasındaki başkalıklar göz önüne alındığında, bu kategori objektif veya tek taraflı olarak belirlenemez. Bu, kamu görevlisinin yerine getirdiği nesnel işlevle ve devlet adına kullandığı yetkiyle alakalıdır. Ancak bu kategori, hükümet tarafından istihdam edilen tüm kişileri veya beyaz yakalı çalışanları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Bağımsız kamu kurumlarında, kamu iktisadi teşebbüslerinde, kamu hizmetlerinde (bankacılık, posta, telekomünikasyon, radyo ve televizyon) veya ulaştırmada (uçuş kontrolörleri, makinistler veya havacılık çalışanları gibi), temel hizmetlerde (öğretmenler veya hastane personeli gibi) ve özel yüklenicilerde iş gören personelin grev yasağından azade olması gerektiği görüşündeyiz.³³

³¹ Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 138.

³² a.g.e., s. 139.

³³ Ben Saul, David Kinley, Jaqueline Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 593-600.

2.3.3. Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi (ILO 87 Sayılı Sözleşme)

87 sayılı Sözleşme’de³⁴ grev hakkına açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte ILO denetim organları Sözleşme’deki üç hükümden yola çıkarak grev hakkının bu sözleşmenin koruması kapsamında bulunduğunu tespit etmiştir. Bunlardan birincisi, Sözleşme’nin sendikaların faaliyetlerini düzenleme ve eylem planları oluşturma hakkını tanıyan 3. maddesi, ikincisi ulusal mevzuatın sözleşmedeki güvencelere zarar veremeyeceğini düzenleyen 8. maddesi, üçüncüsü ise Sözleşme’deki örgüt terimini çalışanların veya işverenlerin menfaatine hizmet eden ve bu çıkarları müdafaa etme gayesi güden kuruluş olarak tanımlayan 10. maddesidir. Bu çıkarımın esası, grev hakkına getirilecek ölçüsüz bir kısıtlamanın Sözleşme’de korunan hakların kullanılmasını imkânsız kılacak olmasıdır.³⁵

Grev hakkının Sözleşme’de tanındığını açıkça ortaya koyan denetim organı Sendika Özgürlüğü Komitesi, grev hakkının hangi koşullarda sınırlandırılabilmesine ilişkin standartları da içtihatları vasıtasıyla belirlemiştir. Komite’ye göre grev hakkı ancak kesintiye uğraması halkın tamamı ya da bir kısmı için kişinin hayatını, güvenliğini ya da sağlığını tehlikeye uğratabilecek temel hizmetler söz konusu olduğunda kısıtlanabilir. Temel hizmetler dışında grev hakkının kısıtlanması ancak devlet adına otorite işlevleri yerine getiren görevliler bakımından mümkündür.³⁶ Komite’nin kamu görevlilerinin grev hakkı konusundaki görüşü, kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olduğu ve bu hakka getirilecek sınırlamaların yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde dar yorumlanması gerektiği yönündedir.³⁷

³⁴ 87 Sayılı Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Genel Konferansı’nda 9 Temmuz 1948’de kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşme’yi 8 Ocak 1993’te onaylamıştır.

³⁵ Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 148.

³⁶ Mesut Gülmez, “Artık Ankara’da Anayasa Mahkemesi Var!”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2015, 4. Cilt, 8. Sayı, 225-267, s. 258-59.

³⁷ Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 150.

2.3.4. Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Sözleşme (ILO 98 Sayılı Sözleşme)

98 sayılı Sözleşme³⁸, sendikalar arasında ayrımcılık yapılmasına, farklı grupların sendikalarının birbirlerinin faaliyetlerine müdahale etmelerine karşı tedbirler getirmekte ve toplu sözleşme sisteminin ilerletilmesine dönük hükümler içermektedir.

Sözleşme'nin 6. maddesi, Sözleşme'nin "devlet memurları" ile ilgili olmadığına ve onların hak ve statülerine zarar vermeyeceğine hükmetmiştir. Maddenin sözü dikkate alındığında Sözleşme'nin devlet memurlarını ilgilendirmediği söylenebilir. Ancak İngilizce metinde "*public servants engaged in the administration of the State*" (devlet idaresinde görev alan kamu görevlileri)" tabiri yer almaktadır. Fransızca metin ise "*fonctionnaires publics*" (kamu görevlileri) şeklindedir. Bu uyumsuzluk Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlükleri Komitesi tarafından incelenmiş ve İngilizce metnin esas alınması gerektiği belirlenmiştir.³⁹ Özetle, 98 Sayılı Sözleşme, tüm kamu görevlilerini dışlamamakta, yalnızca kamu gücünü kullanan ve devlet idaresinde görev alan kamu görevlilerini kapsam dışı bırakmaktadır.⁴⁰

2.3.5. Kamu Hizmetlerinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşme (ILO 151 Sayılı Sözleşme)

151 Sayılı Sözleşme,⁴¹ 98 Sayılı Sözleşme'nin devlet memurları bakımından kapsam tartışmasını takiben kabul edilen, Gülmez'in deyimiyile "yedek" bir sözleşmedir.⁴²

³⁸ 98 Sayılı Sözleşme ILO tarafından 1949 yılında kabul edilmiş ve 18 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'yi Türkiye, 8 Ağustos 1951 tarihinde onaylamıştır.

³⁹ a.g.e., s. 216-18.

⁴⁰ Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Guido, "ILO Principles Concerning Collective Bargaining", *International Labour Review*, 2000, 139.Cilt, 33-55, s. 39.

⁴¹ 151 Sayılı Sözleşme ILO tarafından 27 Haziran 1978'te kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşme'yi 25 Şubat 1993'te onaylamıştır.

⁴² Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 225.

Sözleşme'nin 1. maddesi, 151 Sayılı Sözleşme'nin tüm kamu görevlilerine uygulanacağını belirtmektedir. Sözleşme'nin konusu, kamu görevlilerine ve bunların kurduğu örgütlere getirilecek güvenceler, çalışma şartlarının belirlenmesi ve ihtilafların çözüm yollarıdır. Sözleşme'nin 9. maddesi "*Kamu görevlileri, diğer çalışanlar gibi yalnızca görevlerinin niteliğinden ve statülerinden kaynaklanan yükümlülüklerine bağlı olarak örgütlenme özgürlüğünün normal olarak uygulanması için gerekli kişisel ve siyasi haklardan yararlanacaklardır.*" diyerek, kişisel ve siyasal haklar ile sendikal haklar arasındaki bağlantıyı kurması bakımından önem taşımaktadır.⁴³

2.3.6. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ("İHAS")⁴⁴ sendikal haklarla ilgili düzenlemesi, 11. maddede yer almaktadır: "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.*"

Görülebileceği üzere ilgili madde metninde grev hakkında açıkça bahsedilmemektedir. İHAM'ın bu konuyu açıklığa kavuşturduğu ilk kararlardan biri, *Schmidt ve Dahlström* kararıdır.⁴⁵ İHAM bu kararında, grev hakkının önemini vurgulamış; sendika üyelerinin mesleki çıkarlarının korunması adına grevin "şüphesiz" en etkili yollardan birisi olduğunu ifade etmiştir. Fakat İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde grev hakkının alenen yer olmadığını belirtmiştir. İHAM, grev hakkının ulusal makamlar tarafından kısıtlanabileceğine de işaret etmiştir.⁴⁶

⁴³ Mesut Gülmez, *Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu*, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2005, s. 156.

⁴⁴ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşme'yi 10 Mart 1954'te onaylayıp 8 Mayıs 1954'te onay evraklarını ilgili mercilere depo ederek taraf devlet sıfatını haiz olmuştur.

⁴⁵ İHAM, *Schmidt ve Dahlström v. İsveç*, 5589/72, 06.02.1976.

⁴⁶ İHAM, *Schmidt ve Dahlström v. İsveç*, par. 36.

Yakın tarihlerde ise İHAM, grev hakkının uluslararası hukukta tanındığı ve korunduğu şekliyle sendikal örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturduğuna ve bu nedenle sadece kanunla öngörülen, meşru bir amaca sahip olan ve demokratik bir toplumda gerekli sebeplerle sınırlandırılabilmesine karar vermiştir. Bu gelişme, İHAM içtihadındaki değişikliği temsil etmektedir. Sırasıyla 2008 ve 2009 yıllarında verilen *Demir ve Baykara*⁴⁷ ve *Enerji Yapı-Yol Sen*⁴⁸ kararlarında Mahkeme, işçilerin sendikal haklarını daha az koruyan önceki içtihadından ayrılarak 11. maddenin kapsamını, örgütlenme özgürlüğünün temel unsurları olarak toplu pazarlık hakkı ve buna bağlı grev hakkını içerecek şekilde genişletmiştir.⁴⁹ Bu kararlar, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde AYM kararlarıyla karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulama alanı bakımından önem taşıyan ikinci fıkrasının son cümlesinde güvenlik güçleri ve silahlı kuvvetler mensuplarıyla devlet görevlilerinin grev hakkına meşru sınırlamalar getirilebileceği ifade edilmiştir. Burada dikkat çeken husus, Sözleşme'nin anılan gruplardaki personelin grev hakkı yönünden genel yasaklamaları değil "meşru sınırlamaları" öngörmesidir.⁵⁰

2.3.7. Avrupa Sosyal Şartı

18 Ekim 1961'de imzaya açılan Avrupa Sosyal Şartı, 20 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sosyal haklara dair Avrupa Konseyi standartlarını belirleyen bu belge yıllar sonra sosyal haklardaki gelişmelere paralel olarak tekrardan ele alınmış ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın "toplular pazarlık hakkı" başlıklı 6. maddesinin dördüncü bendi "*Akit taraflar, menfaat uyumsuzluğu*

⁴⁷ İHAM, *Demir ve Baykara v. Türkiye*, 34503/97, 12.11.2008.

⁴⁸ İHAM, *Enerji Yapı Yol-Sen v. Türkiye*, 68959/01, 21.04.2009.

⁴⁹ Vilija Velyvyte, "The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence", *Human Rights Law Review*, 2015, 15. Cilt, 1. Sayı, 73-100, s. 75-76.

⁵⁰ Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 172.

durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dâhil, toplu eylem hakkını tanır.” demek suretiyle grev hakkını açıkça tanımıştır.⁵¹ Madde metninde görülebileceği üzere, hak öznesi kişiler “çalışanlar” olarak belirtilmiştir. Bu bahisle, kamu görevlilerinin de hak öznesi olduğu ifade edilebilir.

Grev hakkına yönelik sınırlamalar öncelikle Avrupa Sosyal Şartı'nın 31. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede sınırlama ölçütleri kanunilik, demokratik toplumda gereklilik, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu güvenliği ve kamu sağlığı ve ahlaki olarak sayılmıştır. Gözden Geçirilmiş Şart'ın beşinci bölümündeki G maddesinde de neredeyse aynı düzenleme yer almaktadır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, tarafların mevzuat ve uygulamalarının Şart'ın hükümlerine uygunluğunu incelemekle görevlidir. Bu organ, ilgili devletin fiili uygulamasının incelenmesine özel önem vermektedir. Çünkü tarafların çoğunda grev hakkı yalnızca içtihat hukuku ile düzenlenmektedir.⁵² Komite, örgütlenme hakkına ilişkin 5. maddenin aksine -ki bu madde Sözleşmeci Taraflara bu hakkı polis veya silahlı kuvvetler mensupları için sınırlama yetkisi vermektedir-, "6. maddenin lafzı Taraf Devletlere belirli kategorilerdeki işçilerin toplu pazarlık hakkına kısıtlama getirme yetkisi vermemektedir" açıklamasını yapmıştır.⁵³ Bu nedenle, madde G'de belirtilen koşulların ötesine geçen her türlü kısıtlama Komite tarafından yakından izlenmektedir. Komite, özellikle, kamu görevlileri ve serbest meslek sahiplerine toplu pazarlık hakkını yasaklayan ulusal mevzuatlar hakkında karar vermek durumunda kalmıştır.⁵⁴ Komite, kamu

⁵¹ a.g.e., s. 203.

⁵² Erika Kovacs, “The Right to Strike in the European Social Charter”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2004, 26. Cilt, 2004, 445-476, s. 447.

⁵³ ASHK, Irish Congress of Trade Unions (ICTU) vs. İrlanda, 123/2016, 12.09.2018, par. 36.

⁵⁴ The Academic Network on the European, Carole Nivard (ed.), “The European Social Charter: A Commentary: Volume 2, Preamble, Part I and Part II (Articles 1 to 10)”, *The European Social Charter: A Commentary*, Brill Nijhoff, 2023, s. 231.

çalışanlarının grev hakkına ilişkin olarak, 31. madde uyarınca, kolluk ve silahlı kuvvetler mensupları, hâkimler ve üst düzey devlet görevlileri de içinde olmak üzere belirli kategorilerdeki kamu çalışanlarının grev hakkının kısıtlanabileceğini kabul etmektedir. Öte yandan, bir bütün olarak kamu görevlilerinin grev hakkından mahrum bırakılması, Şart ile uyumlu olarak değerlendirilemez.⁵⁵ Türkiye her ne kadar bu Sözleşme'ye taraf olsa da grev hakkını da içeren birçok maddeye çekince koymuştur.

2.4.Yerel Mevzuatta Grev Hakkı

1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 65. maddesinde, memurların topluca iş bırakamayacakları, aksi takdirde cezai ve idari müeyyide ile karşılaşacakları hususunda bir düzenleme bulunmaktaydı. Yine 1936 tarihli ve 3008 Sayılı İş Kanunu'nun grev fiilini işçiler için açıkça yasaklamasıyla grev yasağı dönemi, 1961 Anayasası yürürlüğe girene kadar sürmüştür.⁵⁶ 1961 Anayasası ile işçilerin grev hakkı açıkça tanınmış; kamu görevlileri içinse yalnızca sendika kurma ve üye olma güvencesi Anayasa'da yer almıştır.

2.4.1. 1961 Anayasası

1961 Anayasası'nın 46. maddesinde çalışanlar ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İşçi niteliğini haiz olmayan kamu görevlilerinin bu sahadaki haklarının kanunla düzenleneceği yine aynı maddede yer almaktadır. 47. maddede ise işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını muhafaza etmek amacıyla toplu sözleşme ve grev hakkına sahip olduğu belirtilmiş, grev hakkının nasıl kullanılacağı ve istisnaların kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki memurlar, "işçi" olmadıkları için bu anayasal tanımadan faydalanamamıştır.⁵⁷ Nitekim

⁵⁵ ASHK, Conclusions I, par. 38–39.

⁵⁶ Söz konusu 3008 sayılı Kanun'un grevi açıkça yasaklayan 72. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. AYM, 06.03.1963, E. 1962/280, K. 1963/51.

⁵⁷ Bülent Serim, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, Öteki Yayınevi, Ankara, 1995, s. 61.

14.07.1965 tarihinde kabul edilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesi kamu personelinin grev yapmasını açıkça yasaklamıştır.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi önüne gelen davalarda bu yasaklamaları Anayasa'ya uygun bulmuştur. AYM, kararını verirken 1961 Anayasası'nın yapımı aşamasındaki komisyon görüşmelerinden yola çıkmıştır. Bu kararlara karşı oy gerekçeleri sunan AYM yargıçlarından Avni Givda ve Ahmet Akar'a göre, grev kavramı açıkça tanımlanmadan memurlara yönelik düzenlenen yasak ve ceza, devlet memurlarının grev niteliğinde olup olmadığı bu maddelerdeki muğlaklık sebebiyle tespit edilemeyecek faaliyetleri sebebiyle cezalandırılmasına yol açabilecektir. Anılan yargıçlar, bu nedenle düzenlemelerin ifade hürriyetinin özüne dokunduğunu ve Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmektedir.⁵⁹

Türkiye'de değişen siyasi iklim nedeniyle, kamu görevlilerinin örgütlenme ve grev hakkı yönünden 1971 yılında bir Anayasa değişikliği yapılmıştır. Değişiklikte, 46. maddedeki "çalışanlar" ifadesi "işçiler" olarak değiştirilmiş ve devlet memurlarının sendikalaşma hakkının kanunla düzenleneceği ifadesi metinden çıkarılmıştır. Beraberinde Anayasa'ya eklenen 119. madde ile kamu görevlilerinin sendikalaşması yasaklanmıştır.⁶⁰

Burada belirtmek gerekir ki, 1971 yılında yapılan değişikliklere kadar olan dönemde, memurlara yönelik kategorik bir grev yasağının veya öngörülen grev suçunun Anayasa'ya aykırı olduğunu öne süren görüşler de vardır. Aksoy'a göre sırf Anayasa'nın yapılması sırasındaki görüşmeler dikkate alınarak Anayasa'yı yorumlamak Anayasa'yı ve hukuku yıllar boyu dar bir alana hapsetmek anlamına gelir. Kaldı ki bu görüşmeler dikkate alındığında dahi bu yasaklayıcı yorumu yapmak

⁵⁸ "Madde 27: Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez veya teşvik edemezler."

⁵⁹ AYM, 23.06.1970, E. 1969/68, K. 1970/34; AYM, 23.06.1970, E. 1970/11, K. 1970/36

⁶⁰ Serim, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, s. 62.

mümkün değildir. Yazara göre bu hususta amaçsal yolum lâzım gelmektedir. Amaçsal yoruma göre Anayasa yapıcının, memurların grev hakkı açısından bir hüküm getirmemesini dönemin koşulları içinde anlamak gerekir. Aksoy'a göre belli ki, Anayasa'yı yapanlar, dönemin grev hakkı anlayışı nedeniyle bu hakka Anayasa'da açıkça yer vermeye çekinmiştir. Bununla birlikte bu hak, Anayasa'da açıkça yasaklanmamıştır. Bunun nedeni, Anayasa Mahkemesinin amaçsal yorumu sayesinde bu hakkın sonradan ele alınabileceği düşüncesidir. Yazar, dönemin gelişmeleri, Anayasa'nın 2. maddesindeki "insan haklarına dayanan devlet" ilkesi, 46. maddede sendika hakkının memurlara tanındığı ve grev hakkının sendika hakkına mündemiç olduğu dikkate alındığında kamu görevlilerine grev hakkının tanınması gerektiğini düşünmektedir.⁶¹

1970'li yılların başında gerçekleşen bir öğretmen boykotuna ilişkin hazırlanan ve onlarca hukuk akademisyeni tarafından imzalanan bir raporda da Aksoy'un andığımız görüşlerine koştut şekilde memurların grev hakkının varlığının, Anayasa'nın amaçsal yorumuyla ortaya konabileceği belirtilmiştir.⁶² Ancak belirttiğimiz gibi, 1971'de Anayasa'da yapılan değişikliklerden sonra memurların sendika hakları da ortadan kaldırılmıştır. Bu halde, memurların grev hakkına sahip olduğunun söylenmesi Anayasa'nın amaçsal yorumuyla dahi mümkün olmamıştır.

2.4.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın 51, mülga 52, 53 ve 54. maddelerinde işçilerin sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Önce, 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde 53. maddeye ilave edilen üçüncü fıkra ile Anayasa'nın 128. madde birinci fıkrası kapsamındaki kamu görevlilerine sendika kurma hakkı

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Muammer Aksoy, "1961 Anayasası'na Göre Memurların Grev Hakkı", *SBF Dergisi*, 1971, 26. Cilt, 4. Sayı, 1-71.

⁶² "Öğretmenler Boykotu ve Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı Konusunda Rapor", 1971.

tanınmıştır.⁶³ 51. madde ise 2001 yılında değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden önce, sendika kurma hakkına yalnızca işçi ve işverenler sahip idi. Madde metninde kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını güvence altına alan herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu eylemi yasaklayan bir hüküm de mevcut değildi. Bu sorunsal, hukukçular arasında da tartışmalara sebep olmuştur. Örneğin Serim, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkının Anayasa'da tanınmamış olmasının, hakkın kullanımını yasaklamadığı, yalnızca devletten isteme yetkisi bakımından bir güvence yoksunluğu doğurduğunu öne sürmüştür.⁶⁴

Öğretideki görüşlerin yanı sıra Danıştay'ın da konu hakkında önemli kararları bulunmaktadır. Örneğin, 1992 yılının Kasım ayında, İçişleri Bakanlığı tarafından valiliklere gönderilmiş olan bir genelgede memurların sendika kurmalarının mümkün olmadığı belirtilmiş olsa da Danıştay, sendikal hakların, temel hak ve özgürlüklerden olduğu ve Anayasa'da yer almamaları nedeniyle engellenemeyeceğini ifade ederek genelgeyi iptal etmiştir.⁶⁵ Yine aynı yılın nisan ayında verdiği bir istişari görüş kararında Danıştay, kamu görevlilerine sendikal haklar tanıyan ILO 87 ve 151 No'lu sözleşmelerinin onaylanması yönünden anayasal bir engel bulunmadığına hükmetmiştir.⁶⁶ Devamında Türkiye Büyük Millet Meclisi, ILO'nun 87 ve 151 no'lu sözleşmelerini 1992 yılında onaylamıştır. Binaenaleyh 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile madde metnindeki "işçi" kelimesi "çalışan" olarak değiştirilmiş; işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsamının kanunla düzenleneceği maddeye eklenmiştir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle yürürlüğe konulan "*Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu Sözleşme Hakkı*" başlıklı 53. madde ile kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı tanınmıştır. Bu değişiklik öncesinde 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle 53. maddeye eklenen üçüncü fıkra ile öngörülen, idareyle amaçları doğrultusunda "toplular"

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekrem Ali Akartürk, *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 64.

⁶⁴ Serim, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, s. 65-66.

⁶⁵ Danıştay 10. Daire, 10.11.1992, E. 1991/1262, K. 1992/3911.

⁶⁶ Danıştay 1. Daire, 22.04.1992, E. 1992/136, K. 1992/147.

görüşme hakkı” söz konusuydu. Fakat söz konusu hak, toplu sözleşme hakkından farklıydı.⁶⁷

Anayasa’nın 54. maddesi, 1961 Anayasası’na benzer bir şekilde, grev hakkının öznesini “işçiler” olarak ifade etmiştir. Bu susmanın manası öğretide yine tartışılmıştır. Kuşkusuz bu susmadan Anayasa’nın kamu görevlilerinin grev yapmasını yasakladığı anlamı çıkmamaktadır. Bunun yanında bu hakkın güvence altına alındığını da söylemek mümkün değildir. Kanuni düzenlemelerde ise karmaşık bir hâl söz konusudur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, devlet memurlarının idareyi topluca şikayet etmesini ve idareye karşı dava açmasını yasaklayan hüküm mülga olmuştur. Fakat aynı kanunun 27. maddesinde yer alan grev yasağı hâlen yürürlüktedir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 260. maddesi de kamu görevlilerinin grev fiiline cezai yaptırım öngörmektedir.

Yalnızca Anayasa’nın 54. maddesinin lafzı dikkate alındığında grev hakkını yasaklayan kanunlar yapılması mümkündür. Nitekim anılan muhtelif kanunlarda bu yasaklar mevcuttur. Ancak Anayasa her maddesiyle bir bütündür. 90. madde bu meselede oldukça yol göstericidir. Mezkûr maddenin son fıkrasına 2004 yılında eklenen son cümle ile kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin meselelerde Anayasa’nın yanında milletlerarası antlaşmalarla da bağlı kılınmıştır. Bunun mesele bağlamında ortaya koyduğu sonuç, kanun koyucunun grev ile ilgili bir düzenleme yaparken Anayasa’dan başka, grev hakkına ilişkin milletlerarası antlaşmalara da uyması gerektiğidir.⁶⁸ Sözleşmelere uymak demek, çalışmada anılan sözleşmelerin metinleri kadar, denetim organlarının yorumları ile de bağlı olmak demektir. Bu bakış açısı, çalışmanın devamında da kullanılacaktır. Bu minvalde öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin yargı organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına değinilecektir. Bu sayede İHAM’ın grev hakkı bağlamında Sözleşme’yi nasıl yorumladığı ortaya konulacaktır. İHAM

⁶⁷ Akartürk, *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, s. 66.

⁶⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa’nın 90. Maddesi TİS ve Grev Hakkı*, ed. F. Ayber, KESK Yayınları, Ankara, 2006, s. 71-78.

içtihadından çıkan sonuçlar neticesinde, Anayasa Mahkemesinin içtihadı eleştirel bir bakış açısıyla incelenecek ve değerlendirilecektir.

3. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI

İHAM'ın grev hakkını nasıl ele aldığını, çalışmanın ilk bölümünde genel olarak izah etmeye çalışmıştık. Mahkeme'nin 2007 yılında verdiği *Karaçay v. Türkiye kararı*, grev hakkı bakımından önem arz etmektedir. Fakat öncelikle memurların sendika kurma ve buna üye olma hakkı yönünden *Tüm Haber Sen v. Türkiye kararı*ni hatırlamakta fayda vardır. Haberleşme ve iletişim alanında çalışan 851 sözleşmeli kamu çalışanının kurduğu Tüm Haber Sen isimli sendikanın yerel mahkeme kararıyla feshedilmesi sonucunda yapılan bu başvuruda İHAM, Sözleşme'nin on birinci maddesinin ikinci paragrafında, devletin çalışanlarına sendika kurma hürriyetini sağlaması gerektiğinin, yalnızca polis, idare çalışanları ve silahlı kuvvetler konusunda "yasal kısıtlamalar" uygulayabileceğinin açıkça öngörüldüğünü belirtmiştir.⁶⁹ İHAM bu içtihadını istikrarlı bir biçimde muhafaza etmiştir. Özetle Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin, kamu görevlilerinin sendika kurma ve buna üye olma hakkını tanıdığı rahatlıkla söylenebilir.

İHAM, *Karaçay v. Türkiye kararı*nda ise öncelikle 11. maddenin 1. paragrafının herkesin bir sendikaya üye olma ve menfaatini koruma hakkını koruduğunu belirtmiş ve kamu görevlilerinin bu haktan doğrudan yoksun edilmemesi gerektiğini tekrarlamıştır. Kararın esas odak noktası iş yavaşlatma ve bırakmadır. Bir kamu görevlisi olan başvurucu, Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu'nun düzenlediği iş yavaşlatma ve bırakma eylemine katılması sebebiyle disiplin soruşturmasına maruz kalmış ve cezalandırılmıştır. İHAM, başvurusunun sendikanın kararıyla iş bırakma eylemine katılmasının disiplin cezasıyla cezalandırılmasını, sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını korumak amacıyla grev ve eylemlere yasal olarak katılmaları

⁶⁹ İHAM, *Tüm Haber Sen ve Çınar v. Türkiye*, 28602/95, 21.02.2006.

üzerinde bir caydırıcı etki (*chilling effect*) yarattığı için 11. maddenin ihlali olarak görmüştür.⁷⁰

İHAM, 2007 yılında verdiği bir diğer kararda, üç saatlik süre boyunca iş bırakan görevlilerin, idarenin uğradığı zararı tazmin etmeye mecbur bırakılması konusunu incelemiştir. Mahkeme, grev hakkının Sözleşme’de açıkça yer almamasına karşın, bu hakkın sendikal haklar arasında önemli bir noktada bulunduğu altını çizmiştir. Mahkeme, başvuruculara uygulanan müdahaleyi orantılılık bakımından incelemiş ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Hükümet, sendikaların başkaca barışçıl yöntemleri kullanarak kamu görevlilerinin haklarını savunması imkânı bulunup bulunmadığı yönünde Mahkeme’ye bir açıklama sunmamıştır. Bu husus da Mahkeme tarafından not edilmiş ve kararda etkili olmuştur.⁷¹ Tam bir sene sonra verilen *Urcan ve Diğerleri* kararında ise Mahkeme, sendika kararıyla bir günlük ulusal greve katılan kamu görevlisi öğretmenlerin 756 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 236. maddesi uyarınca cezalandırılmasının demokratik toplumda gereklilik şartını karşılamadığını belirtmiş ve müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığına dahi şüphe ile bakmıştır. Ayrıca müdahalenin, diğer çalışanların sendikal faaliyetleri bakımından caydırıcı etki yaratılması amacını taşıdığını tespit etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁷²

Demir ve Baykara kararı, İHAM’ın 11. maddenin kapsamını ayrıntılı bir şekilde irdelediği ve eski içtihadını genişlettiğini ilan ettiği karar olmuştur. Tüm Bel-Sen isimli, belediye çalışanlarından müteşekkil bir sendikanın üyesi olan başvurucular, Gaziantep Belediyesi’nin sendika ile yapılan toplu sözleşmeye riayet etmemesi üzerine dava açmışlardır. Fakat Yargıtay memur sendikalarının toplu sözleşme yapma yetkisi bulunmadığına karar vermiştir. İHAM, önüne gelen başvuru üzerine, on birinci maddenin ikinci fıkrasındaki güvenlik güçleri ve silahlı kuvvetler mensuplarıyla devlet görevlileri bakımından getirilebilecek sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Buna göre ikinci fıkra kapsamında getirilecek sınırlamalar,

⁷⁰ İHAM, *Karaçay v. Türkiye*, 6615/03, 27.03.2007.

⁷¹ İHAM, *Satılmış ve Diğerleri v. Türkiye*, 74611/01, 17.07.2007.

⁷² İHAM, *Urcan ve Diğerleri v. Türkiye*, 23018/04, 17.07.2008.

zorunlu toplumsal bir ihtiyacın karşılığı olmalı, ilgili sınırlamada müdahalenin amacı ile sendikal hak sahibinin menfaatleri dengelenmelidir. Mahkeme'ye göre belediye çalışanları, devletin idare mekanizmasında görevli memurlar olarak nitelendirilemez ve sendikal faaliyet hakları bu temelde sınırlandırılmaz; bu hakkın özüne dokunulamaz.⁷³ İçtihadını bu yönde geliştiren Mahkeme, toplu sözleşme hakları için bir günlük grev yapan sendika üyelerinin konu olduğu *Enerji Yapı-Yol Sen* kararında da, Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Uluslararası Çalışma Örgütü 87 Sayılı Sözleşme'de grev hakkının sendika hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğini belirterek, greve katılan kamu görevlilerinin yayınlanan 1996/21 sayılı genelge uyarınca disiplin cezasına çarptırılmasını yukarıda anılan kararlarla aynı nedenlerle 11. maddenin ihlali olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre bu genelge, "zorlayıcı bir sosyal gereksinimi" karşılamamaktadır ve orantısız bir müdahaleye sebep olmaktadır.⁷⁴ Genelgede yer alan genel grev yasağını Sözleşme'ye aykırı gören bu yaklaşımla, Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenen grev yasağının da Sözleşme ile bağdaşmadığı yorumu pekâlâ yapılabilir.⁷⁵

İHAM, grev yapan kamu görevlilerine uygulanan hafif disiplin cezalarının dahi demokratik toplumda gerekli olmadığını tespit etmiştir. Örneğin, *Kaya ve Seyhan* başvurusunda bir günlük ulusal greve katılan başvuruculara uygulanan disiplin cezasını değerlendiren Mahkeme, başvuruculara uygulanan disiplin cezasının çok hafif bir ceza olarak nitelendirilebileceğini belirtse de cezanın diğer sendika üyesi kişileri sendikal haklarını kullanmaktan alıkoyabilecek caydırıcı bir etkiye sahip olduğunu ifade ederek, bu cezaların acil ve zorlayıcı bir sosyal gereksinimi karşılamadığına ve bu nedenle demokratik toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir. Neticede İHAM bu kararında da yukarıda andığımız kararlar ile benzer bir yaklaşım sergilemiştir.⁷⁶

⁷³ İHAM, Demir ve Baykara v. Türkiye, 34503/97, 12.11.2008.

⁷⁴ İHAM, Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye, 68959/01, 21.04.2009.

⁷⁵ Mesut Gülmez, "Sendikal Hakların Bölünmezliği: 'Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur'", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2010, 3. Cilt, 26. Sayı, 9-50, s. 40.

⁷⁶ İHAM, Kaya ve Seyhan v. Türkiye, 30946/04, 15.09.2009

Sonuç olarak, iki yönlü bir değerlendirmeye İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadına anlam vermek mümkündür. İlk olarak, İHAM'ın sendikal haklar konusunda içtihat değiştirmesi, toplu pazarlığı 11. madde tarafından korunan temel bir hak olarak kabul etmesi ve bunu yaparken başta grev hakkı olmak üzere diğer sendikal faaliyet biçimlerine de eşit biçimde uygulanması gereken tutarlı ve bütünsel bir muhakeme ortaya koyması sosyal hakların koruma alanını Avrupa sathında önemli ölçüde artmıştır.⁷⁷ İkincisi, Sözleşme'nin 11. maddesini, yaşayan ve dinamik bir yöntemle günün koşullarına göre yorumlayan Mahkeme, ILO ve Avrupa Sosyal Şartı'nın sosyal hak standartlarını ve denetim komitelerinin içtihatlarını bu hakkın içeriğine dâhil etmiştir. Böylece sosyal haklara ilişkin uluslararası hukukta toplu pazarlık ve toplu eylem hakları yönünden tekâmül eden ilkeler ve kararlar, artık daha etkin bir uluslararası yargı organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından - dolaylı da olsa- uygulanmaktadır.⁷⁸ Bu sayede, Avrupa Sosyal Şartı'nın sendikal haklarla ilgili maddelerine veya Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerine taraf olmayan veya bunların bağlayıcı olmadığını öne süren Avrupa devletleri, İHAM kararları neticesinde anılan sözleşmelerin ilkeleri ile bağlı olacaklardır.⁷⁹

⁷⁷ Bununla birlikte, anılan kararlarda grev hakkının özel olarak değil barışçıl toplanma özgürlüğü kapsamında korunmasına yönelik eğilime de dikkat çekmek gerekir. Bkz. Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 608.

⁷⁸ Karşıt görüşler için bkz. David John Harris vd., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, s. 731; Tonia Novitz, "Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Evolving and Divergent Practices", *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, ed. Colin Fenwick, Tonia Novitz, Oxford and Portland, Hart Publishing, Oregon, 2010, s. 409-438.

⁷⁹ Albertine Velman, "The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR", *Utrecht Law Review*, 2013, 9. Cilt, 104-117, s. 112.

4. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI

1961 Anayasası, kamu görevlilerine bazı sendikal haklar sağlamaktaydı. Ancak bu hakkın içeriğinde toplu sözleşme ve grev hakkı bulunmamaktaydı.⁸⁰ Nitekim bu çalışmada andığımız 1970 tarihli kararlarında Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin grev eylemini yasaklayan veya cezalandıran bazı kanunların iptali istemini reddetmiştir.⁸¹ 1971 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle beraber, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkı da ortadan kalkmıştır. Nihayetinde önce 1995 yılında daha sonra 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'da yapılan değişiklikler ile kamu görevlilerinin sendika kurma hakkı anayasal güvenceye kavuşmuştur. Bugün Anayasa Mahkemesinin güncel içtihadı dikkate alındığında da kamu görevlilerinin sendika kurma hakkına sahip olduğuna şüphe yoktur.⁸²

Çalışmanın ikinci bölümünde bahsedildiği üzere, 1961 Anayasası kamu görevlilerinin grev hakkını tanımamaktaydı. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası belgeleri göz ardı etmiş; Anayasa'nın lafzı ile sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. Bu yönde Mahkemenin, grev hakkının sendika kurma hakkına dahil olmadığı⁸³ ve Anayasa'da grevin yalnızca işçilere tanınmış bir temel hak olduğuna⁸⁴ ilişkin kararlarının mevcut olduğunu belirtmiştik. Öğretide bu kararlar, Mahkemenin kendini kanunun lafzi sınırları içine hapsetmesi suretiyle

⁸⁰ Serim, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, s. 61.

⁸¹ AYM, 23.06.1970, E. 1969/68, K. 1970/34; AYM, 23.06.1970, E. 1970/11, K. 1970/36

⁸² AYM, 10.04.2013, E. 2013/21, K. 2013/57. Kararda Anayasa Mahkemesi, 4688 sayılı Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında çalışan sivil memurlar ve kamu görevlilerinin sendikaya üye olamayacakları ve sendika kuramayacaklarına ilişkin yasağı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, sendika kurma hakkına sahip olmayan kamu görevlileri sınıflarını dar yorumlamaktadır.

⁸³ AYM, 23.06.1970, E. 1969/68, K. 1970/34; AYM, 23.06.1970, E. 1970/11, K. 1970/36

⁸⁴ AYM, 11.11.1969, E. 1969/27, K. 1969/64.

sendikal hakların gerçekleştirilmesine engel olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁵ Kanun koyucu ise ilgili kanunlarda grev hakkını güvence altına alacak herhangi bir değişiklik yapmamış; Gülmez'e göre siyasi partiler, memur sendikalarına yalnızca siyasi fayda amacıyla yaklaşmıştır.⁸⁶ Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girdiği 23.12.2012 tarihinden itibaren verdiği kararlar incelendiğinde ise memurların grev hakkıyla ilgili İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü düzenlemelerine paralel bir içtihat oluşturulmaya çalışıldığı söylenebilir.

Kamu görevlilerinin grev hakkı konusunda Anayasa Mahkemesinin önüne gelen en önemli başvurulardan bir tanesi *Tayfun Cengiz* başvurusudur.⁸⁷ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen) üyesi olan başvuru bir kamu görevlisidir. Anılan sendikanın yapmış olduğu 28 ve 29 Mart 2012 tarihli tüm ülke çapında “uyarı grevi” çağrısına uymuş ve iki gün işe gitmemiştir. Bu sebeple Tarsus İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından mazeretsiz olarak görevi başında bulunmaması sebebiyle uyarma cezasına çarptırılmıştır. AYM burada, grev hakkına ilişkin dikkat çeken bir tespit yapmış; Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin muhtevası belirlenirken Avrupa Sosyal Şartı ve Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerin ilgili organlarının yorumlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁸ Mahkeme ilk olarak, müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül edip etmediğini incelemiştir. Buna göre ordu, emniyet veya benzer diğer bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlama getirilebileceği kabul edilebilir fakat başvuru bir öğretmen olup bu tipte bir kısıtlamanın muhatabı değildir. Mahkemenin ikinci değerlendirme noktası ise ölçülülük ilkesidir. Mahkemeye göre her ne kadar verilen uyarma cezası hafif bir ceza olarak nitelendirilebilirse de toplumun sendika üyesi

⁸⁵ Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2006, 20. Cilt, 1-2. Sayı, 1-34, s. 18.

⁸⁶ Bkz. Mesut Gülmez, “1995 Anayasa Değişiklikleri ve Sendikal Haklar”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1999, 32. Cilt, 1. Sayı, s. 3-30.

⁸⁷ AYM, *Tayfun Cengiz Başvurusu*, 2013/8463, 18.09.2014.

⁸⁸ AYM, *Tayfun Cengiz Başvurusu*, par. 35.

bireylerini caydırıcı bir etkiye sahiptir. Mahkeme bu tespiti yaparken açıkça, İHAM'ın Kaya ve Seyhan kararı ve Karaçay kararı ile oluşan içtihadını ölçüt almıştır.⁸⁹ Sonuç olarak Mahkeme, müdahalenin "toplumsal bir ihtiyaç baskısını" karşılamaması sebebiyle demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin ihlal kararının yanı sıra yasal düzenlemelerin eksikliği konusundaki tespiti de dikkat çekicidir. AYM'ye göre, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu içtihadıyla⁹⁰ sendika kararıyla işe gelmemenin mazeret sebebi sayılması söz konusuysa da yasal mevzuat bu konuda yeterli güvence sağlamamaktadır.⁹¹

Anayasa Mahkemesi *Tayfun Cengiz* başvurusuna konu Eğitim-Sen grevine giden diğer birçok başvuruda da aynı sebeplerden ihlal kararı vermiştir.⁹² Mahkemenin grev hakkının kapsamını biraz daha genişlettiği bir diğer başvuru ise *İsmail Aslan ve Diğerleri* başvurusudur.⁹³ Başvurucular, Birleşik Taşımacılık Çalışanları Sendikası üyesi olup Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları'nda (TCDD) tren teşkil memuru⁹⁴ olarak kamu görevi ifa etmektedirler. Başvurucular, daha önce iş bırakma eylemine katılan meslektaşlarının görevden

⁸⁹ AYM, *Tayfun Cengiz* Başvurusu, par. 62.

⁹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu söz konusu kararında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına dayanarak İHAM'ın Kaya ve Seyhan kararını dikkate almıştır: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.5.2013, E. 2009/63, K. 2013/1998; Danıştay 12. Daire'nin aynı İHAM kararına atıfla kamu görevlilerinin işe gelmemesini haklı bulduğu bazı kararlar şunlardır: Danıştay 12. Daire, 28.01.2016, E. 2012/1089, K. 2016/345; Danıştay 12. Daire, 29.11.2016, E. 2016/5722, K. 2016/5443; Danıştay 12. Daire, 30.11.2016, E. 2016/3992, K. 2016/5844; Danıştay 12. Daire, 31.03.2021, E. 2018/1405, K. 2021/1787.

⁹¹ AYM, *Tayfun Cengiz* Başvurusu, par. 59.

⁹² AYM, *Selda Demir Taze* Başvurusu, 2014/7668, 10.06.2015; AYM, *Hayati Aktop ve Diğerleri* Başvurusu, 2014/4199, 10.06.2015; AYM, *Semihat Karakaya* Başvurusu, 2014/941, 06.01.2015; AYM, *Hasan Çakar* Başvurusu, 2013/8758, 06.01.2015; AYM, *Elif Kızıl* Başvurusu, 2013/8812, 06.01.2015, AYM, *Dilek Kaya Çakır* Başvurusu, 2014/1949, 06.01.2015.

⁹³ AYM, *İsmail Aslan ve Diğerleri* Başvurusu, 2013/7197, 08.09.2015.

⁹⁴ Trenlerin trafik, manevra ve makas hizmetlerinde çalışan memur sınıfı.

uzaklaştırılması sebebiyle düzenlenen ülke genelindeki bir greve katılmışlardır. Devamında başvurucular hakkında idare tarafından disiplin soruşturması açılmış ve kınama cezası ile cezalandırılmışlardır. şanlıurfa İdare Mahkemesine yapılan itiraz “demiryolu ulaşım hizmetlerinin aksadığı ve kişilerin seyahat özgürlüğünün engellendiği” gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, *Tayfun Cengiz* başvurusunda sıraladığı ilkeleri tekrarlamış; ardından grev hakkının doğası ile ilgili önemli bir tespit yapmıştır. Mahkemeye göre, bir günlük iş bırakma eyleminin gayesi, zaten toplumsal bir rahatsızlık yaratarak idarede farkındalık oluşturmaktır. Bu nedenle idare, toplumsal düzeni önemli lde bozmadığı sürece bu rahatsızlıklara tolerans göstermelidir.⁹⁵ AYM, bu tespitiyle grevin doğası gereği birtakım toplumsal rahatsızlıklara yol açabileceğini, buna dayanarak çalışanlara verilecek cezaların demokratik toplumda gerekli olmayacağını ifade etmiştir. Mahkemenin bu kararı belirtmek gerekir ki bir içtihat değişikliğidir. Zira aynı konuda yaklaşık 6 ay önce verdiği bir kararda⁹⁶ AYM, yolcu taşımacılığı alanında yapılan iş bırakma eylemine verilen cezaların “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç baskısından” kaynaklandığı gerekçesiyle ihlal olmadığına karar vermiş; Serruh Kaleli ise *Tayfun Cengiz* başvurusu ile oluşan itihadada vurgu yaptığı bir karşı oy sunmuştur.

AYM, kamu görevlilerinin ekonomik ve sosyal menfaatleri ve çalışma hayatına ilişkin ortak çıkarları ile ilgili olmayan “politik grevleri” sendikal haklar kapsamında görmemiş ve Anayasa’nın 33. maddesi kapsamındaki örgütlenme özgürlüğü yönünden değerlendirmiştir. Mahkemenin bu içtihadı *Ahmet Parmaksız*

⁹⁵ AYM, İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, par. 72.

⁹⁶ AYM, Yücel Yaşar Başvurusu, 2013/7199, 25.03.2015.

başvurusundan⁹⁷ itibaren istikrarlı bir hal almıştır.⁹⁸ Politik grev bakımından Danıştay da mütehavvil bir yaklaşım sergilemektedir.⁹⁹

Yukarıda anılan başvurularda sendikaların “grev” olarak nitelendirdiği eylemleri Anayasa Mahkemesi, “ses duyurmak amacıyla sendikal faaliyet” olarak tavsif etmiştir. Bu tavsifin gerekçesinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda grevin yasaklanması olduğu ifade edilebilir. Ayrıca Mahkeme ilgili kararlarda mevzuattaki karmaşıklık ve güvence yokluğuna dikkat çekmiş ve memurların iş bırakma biçimindeki “sendikal faaliyet” hakkından bütünüyle mahrum bırakılamayacağını belirtmiştir. Fakat bunu yaparken Devlet Memurları Kanunu’nun grevi tümüyle yasaklayan 27. maddesinden veya bu fiile ceza öngören 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 260. maddesinden söz etmemiştir. Bu husus ilgili kararlar bakımından bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Oysa Mahkeme, Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin ilgili insan hakları sözleşmelerine aykırılığının gündeme geldiği *Sevim Akat Eşki* başvurusunda, müdahaleye dayanak teşkil eden kanun hükmünün ilgili uluslararası sözleşmelere aykırı olduğunu tespit etmiş ve Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki "zımnen ilga kuralı" uyarınca bu hükmün yürürlükten kalktığını belirterek kanuni dayanaktan yoksun müdahalenin ihlal teşkil ettiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰

⁹⁷ AYM, Ahmet Parmaksız Başvurusu, 2017/29263, 22.05.2019.

⁹⁸ AYM, Tayyip Akbudak Başvurusu, 2018/5558, 11.09.2019; AYM, Dilek Kaya Başvurusu, 2018/14313, 17.07.2019; AYM, Filiz Koçak Demir ve Diğerleri Başvurusu, 2015/14046, 17.07.2019.

⁹⁹ Örneğin bir terör örgütünün saldırılarını kınayıp siyasi mesaj vermek amacıyla iş bırakan bir öğretmenin haklı bulunduğu bir karar için bkz. Danıştay 12. Daire, 30.11.2016, E. 2016/3992, K. 2016/5844. Kararda İHAM’ın *Kaya ve Seyhan* kararı ile oluşan içtihadı uygulanmıştır. Danıştay 12. Dairesi bu karardan kısa bir süre sonra aynı sendika kararı kapsamında başka bir öğretmen tarafından gerçekleştirilen iş bırakma eylemini ise kamu görevlilerinin ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve yükümlülüklerine ilişkin olmadığından haksız bulmuştur: Danıştay 12. Daire, 25.10.2017, E. 2017/2778, K. 2017/5061.

¹⁰⁰ Ergül, hak ihlali tespit eden Kararı olumlu bulurken 90. maddenin son fıkrasının uluslararası antlaşma ile kanun arasında hiyerarşi öngören bir

Kanunun 187. maddesinin birinci fıkrası bu Karardan yaklaşık on yıl sonra somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru mekanizması kapsamında benzer bir irdelemeyi memurların grev hakkına ilişkin yasaklamalar içeren kanuni düzenlemeler bakımından da yapabiliirdi. Böylece örnek verdiğimiz düzenleme açısından uluslararası hukuka aykırı bir kanun hükmünün iptali her ne kadar on yıl sürmüş olsa da norm denetimi mekanizmasıyla söz konusu hükümlerin iptaline kapı aralanmış olacaktı.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin sendika kurma ve buna üye olma özgürlüğünü koruması ancak grev hakkını korumada çekingen davranması dikkat çekicidir. Bu savı desteklemek adına, Mahkemenin kamu görevlilerinin sendikal haklarını incelediği bazı önemli iptal kararlarına yer vereceğiz.¹⁰² Bu kararlardan ilkinde, Türk Silahlı Kuvvetleri çalışanı sivil memurlar ve kamu görevlileri Sime-Sen (Sivil Memurlar Sendikası) isimli bir sendika kurmuşlar ve örgütlenmişlerdir. Ancak o tarihte, 4688 sayılı Kamu Görevlileri

zımnen ilga kuralı olmayıp özel bir çatışma kuralı olduğundan yola çıkarak Karardaki "uluslararası antlaşma ile kanun arasındaki ilişki ve etkileşime yönelik söylenenlere" haklı olarak itiraz etmektedir. Ozan Ergül "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir", Erdal, M. (Ed.), *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, 65-86; 90. maddenin son fıkrasının bir çatışma kuralı mı zımnen ilga kuralı mı olduğu önem taşımaksızın kanundaki yasağın uygulanma kabiliyetinin kalmadığı açıktır. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'ndaki İHAS'a aykırı mekân yasaklarının uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı yönünde benzer bir yaklaşım için bkz: Berke Özenç, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, 73. Cilt, 2. Sayı, 87-133, s. 114; Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi hakkında benzer değerlendirmeler için bkz: Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, "TCK 299 Olmayan Hükmün Gazabı mı?", *Güncel Hukuk*, Ekim 2015 Sayısı, 42-44.

¹⁰¹ AYM, 22.02.2023, E. 2022/155, K. 2023/38.

¹⁰² Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Banu Uçkan Hekimler, "Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi", *Çalışma ve Toplum*, 2015, 4. Cilt, 47. Sayı, 11-34.

Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, sendikaya üye olamayacak kişiler arasında, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri de sayılmaktaydı. İşbu gerekçe ile Ankara Valiliği, anılan sendikanın faaliyetlerinin durdurulmasını Ankara 8. İş Mahkemesinden talep etmiş; yerel mahkeme ise ilgili maddenin Anayasa'nın 10. ve 51. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla konuyu Anayasa Mahkemesine taşımıştır.¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, öncelikle sivil memurların statüsünü tespit etmiş; bu kişilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olduğunu ve "asker" olmadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 51. maddesine göre sendika kurma hakkına tüm çalışanların sahip olduğunu belirtmiş, bu hakkın ancak ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılabilmesine işaret etmiştir. Mahkemeye göre, sivil memurlar için getirilen sendika kurma ve sendikaya üye olma yasağının askeri disiplinin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenemez. Başka bir deyişle, böyle bir müdahale ölçülü olmayacak ve bu kişilerin sendika kurma özgürlüğünden mahrum bırakılması demokratik toplumun gereklilikleriyle uyuşmayacaktır. Mahkeme, kararını İHAM içtihadı ile de destekleyerek, ilgili maddenin iptaline karar vermiştir. Burada belirtmek gerekir ki, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda grev yasağı bulunması ve Mahkemenin kanunu anmasına rağmen bu konuda yine bir söz söylememesi, tespitin hukuki değerini tartışmalı hale getirmektedir.

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sivil memurları yönünden yapılan başvurunun bir benzeri de emniyet hizmetleri sınıfı için Mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme, emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına tabi personele uygulanan örgütlenme yasağının Anayasa'ya aykırı olduğuna benzer gerekçelerle karar vermiş ancak emniyet sınıfında yer alan personel için uygulanan yasağın Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁴

¹⁰³ AYM, 10.04.2013, E. 2013/21, K. 2013/57.

¹⁰⁴ AYM, 29.01.2014, E. 2013/130, K.2014/18.

Anayasa Mahkemesi bir diğer iptal kararında, cenaze işlerinde ve mezarlıklarda, doğal gaz, petrokimya sektöründe ve Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde grevin yasaklanabileceğini, bankacılık hizmetlerinde ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ise grevin yasaklanmasının Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁵

Özetle Mahkeme, güvenlik güçleri çatısı altında çalışan sivil memurların sendikal haklarını genişletmiş ancak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin asker olarak tanımlanan mensupları ve emniyet sınıfında yer alan personele uygulanan sendika kurma yasağını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. AYM, cenaze, doğal gaz ve petrol üretimi gibi işleri halkın günlük yaşamı için zorunlu ihtiyaçlar olarak görerek, bu alanlarda çalışan kamu görevlilerinin de grev yapmasının yasaklanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, her ne kadar kararlarında Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerine yer verse de bunları oldukça dar yorumladığı görülebilir. Zira 87 sayılı ILO sözleşmesi ve 151 sayılı ILO sözleşmesi, silahlı kuvvetler mensuplarına ve polislere sendika hakkı tanınmayacağına dair kesin bir hüküm içermemektedir. Bunun yerine, sendikal hakların bu gruplar için ne şekilde uygulanacağıнын yerel mevzuatta düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, emniyet mensupları için sendikal hakların tamamen kaldırılmasıyla ilgili bir hüküm bulunmamakta, sadece bu hakların sınırlanabileceği veya ulusal yasalarla düzenlenebileceği vurgulanmaktadır.¹⁰⁶

5. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 Anayasası'nın uluslararası hukuka uyum sağlamaya müsait bir Anayasa olduğu söylenebilir. Anayasa'nın pek çok maddesinde uluslararası hukuka açıkça gönderme yapılmış, hatta 38. maddenin son fıkrasında Uluslararası Ceza Divanı, 148. maddenin dördüncü fıkrasında ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin isimleri açıkça

¹⁰⁵ AYM, 22.10.2014, E. 2013/1, K. 2014/161.

¹⁰⁶ Hekimler, "Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi", s. 16.

anılmıştır.¹⁰⁷ Yine, 2. maddede yer alan “insan haklarına saygılı devlet” ve 14. maddede yer alan “insan haklarına dayanan demokratik ve lâik cumhuriyet” ifadeleri birlikte düşünüldüğünde, devletin insan haklarını sağlamakla yükümlü olduğunu söylemekte bir beis yoktur.¹⁰⁸

1982 Anayasası’nın 90. maddesi, 2004 yılında yapılan değişikliklerle aşağıdaki haline kavuşmuştur:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”¹⁰⁹

Grev hakkını tanıyan ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin iç hukukta uygulanması sorununu incelerken, karşımızda iki adet soru bulunmaktadır. Birincisi, bu sözleşmelerin normları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası veya kanunları çatıştığında bu sorun nasıl çözülecektir? İkincisi, anılan sözleşmelerin denetim organlarının içtihatları, sözleşmelerin bir normu sayılır mı ve iç hukuka etkisi nedir?

5.1. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Normlarının Kanunlar veya Anayasa ile Çatışması

Öğretideki hakim görüş, Anayasa’nın 90. maddesini normlar hiyerarşisini düzenleyen bir kural olarak yorumlamaktadır. 2004 yılında yapılan değişiklik ise bu kurala bir istisna getirmiş; uluslararası insan

¹⁰⁷ Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2021, 10. Cilt, 20. Sayı, 301-358, s. 306.

¹⁰⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 88-89.

¹⁰⁹ Maddenin gerekçesi için bkz. 5170 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 2/278 sayılı teklif metni, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf>> Erişim Tarihi 13.09.2023

hakları sözleşmelerinde yer alan normlar ile kanunlar çatıştığında, sözleşmeleri üstün tutmuştur.¹¹⁰ Hatta Gözler bu istisnaya itiraz etmiş; milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasında Türkiye'de hiyerarşi kurulamayacağını çünkü her ikisinin de Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğu tarafından kabul edildiğini, eğer milletlerarası antlaşmalar Anayasa ile eşit düzeyde kabul edilmek isteniyorsa, bu durumda milletlerarası antlaşmaların kabul edilmesi için TBMM'nin nitelikli çoğunluğunun gerektiğini öne sürmüştür. Yazara göre normlar hiyerarşisini sağlamak için bu şarttır. Aksi takdirde, TBMM çoğunluğu, normalde değiştiremeyeceği Anayasa'yı, milletlerarası antlaşmaları kabul ederek değiştirmiş olur. Bu da Türkiye'de Anayasa'nın üstünlüğünün ihlali anlamına gelir.¹¹¹

Anayasa'nın 90. maddesi uluslararası sözleşmelerle kanun çatışmasına bir cevap niteliğindedir. Dolayısıyla uluslararası sözleşmelerle Anayasa'nın çatışması ihtimali ise göz ardı edilmiş gibi gözükmektedir. Gözler'in itirazını unutan dar bir yorumla, Anayasa'nın bu çatışmadan muaf olduğu, madde metninde yalnızca kanunların mevzubahis edildiği söylenebilir. Hatta bazı yazarlar, anayasanın üstünlüğünü katı biçimde savunan normların hiyerarşik yorumuna bağlı kalarak, doğrudan uygulanma kabiliyeti olan insan hakları belgelerinin iç hukuka aktarımında Anayasa Mahkemesinin bir nevi ön

¹¹⁰ Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 231-32; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 26-27. Şirin ve Orcan'a göre, Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. Şirin, Orcan, "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu", s. 312. Bkz. AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, 2013/2187, 19.12.2013, par. 45.

¹¹¹ Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)", <https://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, 21.05.2004. Buna karşın bazı yazarlar, "Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" kuralını göz önüne alarak özellikle insan hakları konulu uluslararası belgeleri kanunlardan üstte, anayasal değerde ve hatta anayasanın üstünde görmüşlerdir. Aktaran: Tanör, Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 507.

denetim yapmasını savunmuşlardır.¹¹² Buna karşın öğretilerdeki diğer yazarlara göre, bu dar ve lafza sıkı sıkıya bağlı yorum, Anayasa'nın 2. ve 14. maddesinde belirtilen "insan haklarına saygılı ve dayalı devlet" tabirine aykırı düşecektir. Öyleyse, bir çatışma hâlinde, Anayasa'dan daha geniş güvenceler sunan bir uluslararası sözleşmenin uygulanması daha makbul olacaktır. Aksi halde, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan normlar ile çatışan anayasal hükümler korunduğunda ve insan hakları sözleşmelerinin normları yalnızca kanunlarla çatıştığı hâlde üstün tutulduğunda 90. maddenin amacına aykırı bir durum meydana gelecektir.¹¹³ Böyle bir ihtimalde insan hakları lehine yorum yapılarak, çatışmacı değil uyumlaştırıcı bir yaklaşım sergilenmesi, çatışma ihtimalinde olanaklıysa "uluslararası hukuka uygun yoruma" başvurulması gerekir.¹¹⁴ Kaldı ki insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile Anayasa arasında bir kademelendirilmeye başvurulmadan her ikisinin de insan haklarını koruma amacı güttüğü dikkate alındığında, bunların birbiriyle uyumlu yorumlanması gerekir. Bu bağlamda özde uyum yöntemi sayesinde uluslararası hukuk, Anayasa'nın yorumunda sistematik bir kanıt işlevi görecektir.¹¹⁵ Eğer bu mümkün değilse, Anayasa Mahkemesinin "yasama organına çağrı" gibi dinamik yollara başvurusu daha doğru olacaktır.¹¹⁶

Şirin ve Orcan'a göre de yukarıda anılan dar yorum, 90. maddenin normlar hiyerarşisini düzenleyen bir kural olarak algılanmasından doğmaktadır. Yazarlar buna karşın, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesinde yer alan ""Bir

¹¹² Faruk Bilir, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, 13. Cilt, 1. Sayı, 77-107, s. 105.

¹¹³ Mesut Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", *Çalışma ve Toplum*, 2005, 1. Cilt, 4. Sayı, 11-56, s. 35.

¹¹⁴ Şirin, Orcan, "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu", s. 326-31.

¹¹⁵ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 220.

¹¹⁶ Şirin, Orcan, "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu", s. 331.

taraf, bir sözleşmeyi yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz." ifadesinden yola çıkarak, 90. maddenin bir normlar derecelendirmesine işaret etmediğini, uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olarak nitelendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir.¹¹⁷ Gülmez'e göre "kanun hükmündedir" ifadesi, "kanun seviyesindedir", "kanun gibidir" veya "kanuna eşdeğerdir" şeklinde düşünülerek, yasa-yasa ilişkisine uygulanan geleneksel yorum kurallarına başvurulması hukuken hatalıdır. Bu yorum esas alındığında, sözleşme normlarının tıpkı kanunlar ile aynı usulde değiştirilebileceği düşünülebilir. Fakat bunu yapmak mümkün değildir. Çünkü 90. maddenin esas amacı insan haklarına dair uluslararası sözleşmeleri iç hukukun bir parçası haline getirmektir.¹¹⁸ Kısacası, uluslararası insan hakları belgelerindeki hükümlerin kanunlar veya Anayasa ile çatıştığı durumlarda, Anayasa'daki "kanun hükmündedir" ifadesini antlaşmanın normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek olarak değil, yerel hukukun onaylanan antlaşmayla uyumlu hale getirilmesini ifade eden bir düzenleme olarak yorumlamak gerekmektedir. Bu yaklaşım, yasama organı başta olmak üzere yürütme ve yargı organlarını da bağlayan, söz konusu organların uymaları ve uygulamaları gereken bir düzenlemeyi betimlemektedir.¹¹⁹

Grev hakkı, daha önce belirttiğimiz üzere anayasal güvenceye sahip değildir. Ancak Anayasa'da yasaklanmış da değildir. Bu nedenle, grev hakkını tanıyan uluslararası insan hakları belgelerinin Anayasa ile çatıştığı söylenemez. Anayasa'nın insan haklarına saygılı ve dayalı devlet anlayışı çerçevesinde, artık uluslararası insan haklarının bir normu haline gelen grev hakkının -bu hususta anayasal bir güvence öngörülme bile- güvence altında olduğunun kabul edilmesi gerekir. Başta ILO sözleşmeleri ve İHAS olmak üzere, uluslararası insan hakları belgelerinin kanunlar ile çatıştığı varsayımında ise yukarıda anılan

¹¹⁷ a.g.e., s. 312-13.

¹¹⁸ Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 47-50.

¹¹⁹ Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", s. 20.

görüşlerden hangisine taraf olunursa olunsun¹²⁰ sonuç olarak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan normların tereddütsüz uygulanması esastır. Özellikle İHAS'ın içerdiği kuralların Avrupa kamu düzenindeki gelişmeler bağlamında anayasal ilkeler haline geldiği açıktır.¹²¹ Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatlarına yönelik bir eleştiri, Mahkemenin bu hususu ilgili kararlarında yeterince vurgulamamış olmasıdır. Zira gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu grev fiilini açıkça yasaklarken ve greve katılan çalışanlara idari ve yargısal yaptırımlar uygulanmaktayken, Mahkemenin uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan normları öncelediğini¹²² tartışmaya yer bırakmaksızın ifade etmesi daha doğru olacaktır. Bu öneriyi yapmamızın sebebi ise özellikle son yıllarda greve katılan çalışan sayısının istatistiksel olarak anlamlı biçimde azalmasıdır.¹²³ Bu durumun ortaya çıkmasında elbette, ekonomik, sosyal, kültürel ve politik nedenler de etkili olabilir. Lâkin kanundan veya kanunun, uluslararası insan hakları sözleşmeleri göz ardı edilerek kurumsal olarak uygulanmasından kaynaklanan caydırıcı etkinin de büyük bir paya sahip olduğuna şüphe yoktur. Anayasa Mahkemesinin bu caydırıcı etkiyi ortadan kaldırmak için idarenin eylem ve işlemlerine esas alınabilecek hukuki bir tespit yapma zaruriyeti bulunmaktadır. Bunu

¹²⁰ Kelsen'e göre, bir devletin hükümetinin, uluslararası hukuk kapsamındaki antlaşmalar yoluyla kendi hareket özgürlüğünü ne ölçüde kısıtlayacağı ya da kısıtlayabileceği sorusu hukukun değil, siyasetin cevaplayabileceği bir sorudur. Bu sorunun cevabı ne uluslararası hukukun üstünlüğünden ne de ulusal hukukun üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde, hangi hukuk düzeninin üstün olması gerektiğine ilişkin tercih de hukuki değil politik saikler ile yapılmaktadır. Hans Kelsen, "Sovereignty and International Law", *Georgetown Law Journal*, 1960, 48. Cilt, 4. Sayı, 637-638.

¹²¹ Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 425.

¹²² Ergül'e göre bunun Anayasa hukukundaki teknik ismi "ihmal" veya "ihmal yaptırımıdır". Bkz. Ergül, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", s. 80.

¹²³ Aziz Çelik, "Grevin Kökünü Kuruttular", 21.11.2022, <https://bes.org.tr/2022/11/21/aziz-celik-grevin-kokunu-kuruttular/>. Erişim tarihi 12.09.2023.

yaparken de grev hakkını “ses duyurmak amacıyla yapılan sendikal faaliyet” olarak değil, doğrudan “grev” olarak anması, içtihadın uluslararası insan hakları belgeleriyle uyumluluğu yönünden daha işlevsel olacaktır.

5.2. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin Denetim Organlarının Kararlarının İç Hukuka Etkisi

Anayasa'nın 90. maddesinin lafzı temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların hükümlerini işaret etmektedir. Söz konusu antlaşmaların denetim organlarının kararlarının uygulanabilirliği bu yönüyle tartışma konusudur. Bu tartışmayı yürütebilmek için, öncelikle norm kavramına yargı kararlarının dâhil olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak gerekir. Geleneksel ve mutlak ayırım, hukuku yaratma işlevini yasamaya, hukuku uygulama işlevini ise yargıya yüklemektedir. Yani hukuk yaratma tekeli yalnızca yasamaya ait olup, yargı bu hukuku uygulamakla yükümlüdür. Fakat bu mantık, hukuk ve kanuna aynı anlamı atfetmesiyle oldukça kusurludur.¹²⁴ Oysa Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisi, hukukun kendi içinde insicamlı bir bütün olduğu kabulünden türetilmiş mantıksal bir çıkarımdır.¹²⁵ Kelsen bu bakımdan, Anayasa'dan başlayarak yargı kararları hatta idari işlemlerin dahi, normlar hiyerarşisinin her seviyesinde hukukun yaratılması ve uygulanması faaliyetinin, farklı yoğunluklarda da olsa gerçekleştiğini ifade eder.¹²⁶ Özetle, Kelsen'e göre hukuk, kanunun sözünden ibaret değildir; yargı kararları ve hatta idari işlemler de birer normdur.¹²⁷

Yargı kararlarının da bir norm olduğunu kabul ettikten sonra, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin denetim organlarının verdiği kararların da bir norm olduğunu söylemekte sakınca yoktur. Bu normların iç hukukta uygulanabilirliği konusunda ise soru işareti

¹²⁴ Berke Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2022, s. 28.

¹²⁵ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, s. 194.

¹²⁶ Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı*, s. 29.

¹²⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law & State*, çev. A. Javier Trevino, Transaction Publishers, 2006, s. 110-15.

bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kadının evlendikten sonra kocasının soyadını kullanması zorunluluğunun tartışıldığı *Sevim Akat Eşki* başvurusunda,¹²⁸ bu hususta önemli tespitler yapmıştır. Anayasa Mahkemesi öncelikle, birçok uluslararası insan hakları belgesinde “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” mefhumuna yer verildiğini lâkin bu hakkın İHAS’ta yer almadığını belirtmiştir.¹²⁹ Ancak Mahkeme, Sözleşme’nin denetim organı olan İHAM içtihatlarında bu hakkın, özel yaşama saygı hakkı kapsamına dahil edildiğini ve dolayısıyla Sözleşme’nin koruması altında bulunduğunu ifade etmiştir.¹³⁰ AYM bu tespitten yola çıkarak, 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesinde yer alan hükmün Sözleşme hükümleri ile çatıştığı, bu hâlde Anayasa’nın 90. maddesi gereği Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Hatta AYM, yargı organlarının da Sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiğinin altını çizmiştir.¹³¹ Sonuç olarak AYM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin denetim organının içtihatlarını “Sözleşme hükmü” olarak nitelendirmiştir.¹³²

Anayasa Mahkemesinin grev hakkına ilişkin kararlarında İHAM içtihadını da andığı, bunları destek ölçü norm olarak kullandığı rahatlıkla ifade edilebilir. ILO sözleşmeleri için ise aynı şeyleri söylemek pek mümkün değildir. Her ne kadar ILO sözleşmeleri AYM kararlarında anılmış olsa da bu sözleşmelerin denetim organlarının kararlarına yer verilmemiştir. Bunun sebebinin, Anayasa Mahkemesine başvuru kapsamının, kişilerin Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde düzenlenen haklarının ihlali iddiası olduğu

¹²⁸ AYM, *Sevim Akat Eşki* Başvurusu, 2013/2187, 19.12.2013

¹²⁹ AYM, *Sevim Akat Eşki* Başvurusu, par. 27.

¹³⁰ AYM, *Sevim Akat Eşki* Başvurusu, par. 28.

¹³¹ AYM, *Sevim Akat Eşki* Başvurusu, par. 44-46. Nitekim AYM daha sonra, 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. AYM, 22/2/2023, E. 2022/155, K. 2023/38. Mahkeme, söz konusu iptal kararında İHAM içtihadını anmış ancak 90. madde tartışması yapmamıştır.

¹³² Bazı yazarlar, Anayasa madde 90/son hükmü olmasaydı dahi “uluslararası hukukla dost” yorum ilkesi gereği, uluslararası hukukun (mahkeme kararları dahil) iç hukukta kanunlar gibi uygulanmasının gerektiğini söylemektedir. Şirin, Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu”, s. 342.

düşünülebilir. Ancak Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü gereği, Anayasa Mahkemesinin özellikle sendikal haklara ilişkin kararlarında ILO sözleşmelerini ve denetim organının kararlarını bir ölçü norm olarak kullanması gerektiği görüşündeyiz. Zira örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 87 sayılı Sözleşme arasında Anayasa'da sözü edilen *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler"* bakımından fark yoktur. Aynı tespit, ILO denetim organları ve İHAM kararları yönünden de geçerlidir.¹³³

SONUÇ

Çalışmamızda özetle, Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin kararları incelenmiş; içtihadın sorunlu yönleri tartışılmıştır. Bu minvalde, çalışmanın ilk bölümünde kamu görevlisi kavramı izah edilmiştir. Bu kişilerin hukuken nasıl nitelendirileceği öğretisi ve yasalar tarafından tanımlanmış olsa da özellikle yasaların bu hususta bir hayli karmaşık olması, çalışan, işçi, memur, sözleşmeli personel gibi statüler arasında ayırım yapmayı güçleştirmektedir.

Makalenin ikinci bölümünde grev hakkının tanımı ve kapsamı, hakkın bazı diğer devletlerin hukuk düzenindeki konumu ile de karşılaştırılarak açıklanmıştır. Buna göre grev hakkı hem bireysel hem de kolektif nitelikler taşıyan iç içe geçmiş, "çifte temel hak" olarak nitelendirilebilir. İkinci bölümü yazarken güttüğümüz esas amaç, ilgili uluslararası insan hakları belgelerinde grev hakkının yerini belirlemek idi. Bu bağlamda grev hakkının başta ILO sözleşmeleri olmak üzere insan hakları hukukunda artık yerleşik bir norm olduğunu kabul etmek gerekir. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın grev hakkına ilişkin maddelerine çekince koymuş olsa da ilgili ILO sözleşmelerini kabul edip onaylayarak grev hakkını tanımıştır. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi grev hakkına ilişkin kararlarında Avrupa Sosyal Şartı'ndan doğan ilkeleri kullanmış; bu sayede Türkiye dolaylı da olsa bu ilkelerle bağlı hale gelmiştir.

¹³³ Gülmez, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", s. 39-40.

Türkiye anılan uluslararası insan hakları belgelerini kabul edip onaylamış olsa da Anayasa ve kanunların yeterli güvence öngördüğünü söylemek zordur. Anayasa’da işçilerin grev hakkı tanınmış ancak kamu görevlileri için yalnızca sendika kurma ve buna üye olma hakkı güvence altına alınmıştır. Türkiye’nin imza attığı uluslararası insan hakları sözleşmelerinde kamu görevlilerinin grev hakkı açıkça korunmuş iken, Anayasa’da böyle bir güvenceye yer verilmemesi kuşkusuz önemli bir eksiklik. Fakat bu eksiklik, kamu görevlilerinin grev yapmasının yasaklandığı anlamına da gelmemektedir.

Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili kararlarında kamu görevlilerinin grev hakkını tanımıştır. Bunu yaparken ILO sözleşmelerini ve İHAM kararlarını da ölçü norm olarak kullanmıştır. Bu tercih, hakkın korunması ve geliştirilmesi açısından şüphesiz önemli bir adımdır. Ancak Mahkemenin kamu görevlilerinin grev yapmasının önündeki kanuni engelleri tartışmaması, Anayasa’daki güvence eksikliği konusunda sessiz kalması, dahası sendikaların “grev” olarak nitelendirdiği eylemleri, “ses duyurma amaçlı sendikal faaliyet” olarak tanımlamayı tercih etmesi eleştiri konusudur. Görülebilir ki, Anayasa Mahkemesinin olumlu kararlarına rağmen, Türkiye’de grev hakkına özellikle kanunlar ile getirilen sınırlamalar nedeniyle bu hakkın icra edilmesi ne yazık ki zorluklarla maluldür.

Anayasa Mahkemesinin içtihatları vasıtasıyla kamu görevlilerinin grev hakkını tanıdığını tekrardan ifade etmekle beraber, bu kararların idari ve yargısal uygulama bakımından pozitif bir etki meydana getireceğine şüpheyle bakmak gerekir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına saygılı ve dayalı bir devlet olduğunu belirtmekte ve aynı zamanda 90. maddede temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatıştığında üstün tutulacağına ilişkin bir de hüküm içermektedir. Bu hükmün bir zımmen ilga kuralı mı yoksa bir çatışma kuralı mı olduğu öğretilde epey tartışılmıştır. Uluslararası insan hakları normlarının kanunlarla eşdeğer, kanunlardan üstte, Anayasal değerde veya Anayasa’dan üstte olduğu görüşlerinin hangisine taraf olunursa olunsun Türkiye’nin kabul edip onayladığı uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan normların tereddütsüz uygulanması esastır. Zira 90. madde bu hususu açıkça

düzenlemektedir. Uygulamada bu tereddütün¹³⁴ doğmaması adına sunacağımız iki çözüm önerisi mevcuttur. İlki, uluslararası insan hakları normlarıyla çatışan kanunların bu belgelerle uyumlu hale gelecek biçimde değiştirilmesi, ikincisi yasama, idare ve yargı organlarının, kanunlar ile uluslararası insan hakları normları çatıştığında insan hakları lehine yorum yapmaları gerektiği konusunda eğitilmesi ve bilgilendirilmesidir. Belki de bu iki çözümü tek başına üstlenebilecek olan bir başka çözüm önerisi de pek tabii, anayasa değişikliği ile kamu görevlilerinin grev hakkının açıkça güvence altına alınmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin grev hakkının iç hukukta tartışmasız kabul edilmesi için üzerine düşen yargısal görevi yerine getirmelidir. Mahkeme, uluslararası standartları dikkate alarak ILO sözleşmelerine kararlarında daha fazla yer vermelidir. Yalnızca sözleşmeler değil, ILO'nun denetim organlarının içtihatları da birer normdur. Dolayısıyla AYM, yalnızca İHAM kararlarına sıkışmamalı, ILO denetim organlarının içtihat ve görüşlerine de dayanmalıdır. Anayasa Mahkemesinin bunlara daha fazla vurgu yapması, grev hakkının uluslararası standartlara uygun olarak korunmasına katkı sağlayacaktır. Daha da ötesi, Anayasa ve kanunların, kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin daha anlaşılır ve güçlü güvencelere yer vermesi için Mahkemenin yasama organına çağrı gibi dinamik yollara başvurması da bir hayli faydalı olabilir. Zira demokratik bir topluma ulaşmak adına önemli bir ilke olan sosyal adaletin sağlanması için çalışanların grev hakkı da dâhil olmak üzere sendikal haklarının muhafaza edilmesi hayati önem taşımaktadır.

¹³⁴ "Olumsuzu yakın kararsızlık hâlidir tereddüt. Kabulden çok redde yakındır. Zamana yayılan her irade; kabulün düşmanı, reddin dostudur. Kabul, keskin bir iradeyi gerektirdiğinden hızlıca onamayı; ret, belli bir bulanıklığı gerektirdiğinden zamana tabi oluşu gerektirir. Tereddüdün onamaya değil, redde yakın oluşu da söz konusu bulanıklıktır." İsmet Emre, "Tereddüt", *Türk Dili Dergisi*, 2020, 69. Cilt, 820. Sayı, 24-27, s. 24.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This study discusses the case-law of the Turkish Constitutional Court regarding the right to strike of public servants. In this article, firstly, the concepts of "public servant" and "right to strike" are explained. While the legal classification of these individuals is defined by doctrine and legislation, especially the complexity of legislation in this regard makes it difficult to distinguish between statuses such as workers, public servants, and contracted officer.

In the second part of this article, the definition and scope of the right to strike is explained in comparison with the position of the right in the legal order of some other states. Accordingly, the right to strike can be characterized as an intertwined "double fundamental right" with both individual and collective characteristics. Our main purpose of writing the second section was to demonstrate that the right to strike has become an established norm in international human rights law, particularly through ILO conventions. Indeed, Türkiye has legally recognized the right to strike by accepting and ratifying the relevant ILO conventions.

Although Türkiye has ratified international human rights instruments guaranteeing the right to strike, it is difficult to say that the constitution and laws provide sufficient guarantees. The constitution recognizes the right to strike for private sector workers, but only the right to form and join trade unions is guaranteed for public servants.

The Constitutional Court has recognized the right to strike for public servants in its decisions on the subject. In doing so, it has also used ILO conventions and ECtHR judgments as norms. This preference is undoubtedly an important step for the protection and development of the right. However, the Court's failure to discuss the legal obstacles to public servants' right to strike, its silence on the lack of constitutional guarantees, and its preference to define the actions that unions characterize as "strikes" as "union activities aimed at making a voice heard" are all subject to criticism. Despite the positive decisions of the Constitutional Court, the exercise of the right to strike in Turkey is unfortunately fraught with difficulties, especially due to the limitations imposed by law.

The Constitution states that Türkiye is a state that respects and is based on human rights, and also includes a provision in Article 90 that international conventions on human rights shall prevail when they conflict with the law. However, since the laws in Turkish law explicitly prohibit the right to strike, hesitation arising both in the actions of the administration and in judicial decisions results in the application of prohibitive laws. To avoid this hesitation in practice, we have proposed two solutions. The first is to amend laws that conflict with international human rights norms to bring them into conformity with these conventions, and the second is to train and inform the legislative, administrative, and judicial bodies that when laws conflict with international human rights norms, they should interpret them in favor of human rights. Another solution, which could perhaps solve the issue on its own without the need for these two solutions, is, of course, the constitutional amendment explicitly guaranteeing the right to strike for public servants.

The Constitutional Court should fulfill its judicial duty to ensure that the right to strike for public servants is recognized as indisputable in domestic law. The Court should rely more on ILO conventions in its judgments, considering international standards. Not only the conventions but also the case law of ILO committees are norms. Therefore, the Constitutional Court should not only rely on the judgments of the ECtHR, but also on the jurisprudence and opinions of ILO committees. Furthermore, it would be very useful for the Court to use dynamic means such as a parliamentary appeal to ensure that the constitution and laws include clearer and stronger guarantees for the right to strike for public servants.

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geen eser
ASHK	: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
ev.	: eviren
E.	: Esas
ILO Örgütü)	: International Labour Organization (Uluslararası alışma Örgütü)
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
K.	: Karar
par.	: Paragraf
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
Vb.	: ve benzeri

KAYNAKÇA

- AKARTÜRK, Ekrem Ali, 1995 *Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.
- AKDENİZ Yaman, ALTIPARMAK Kerem, "TCK 299 Olmayan Hükümün Gazabı mı?", *Güncel Hukuk*, Ekim 2015 Sayısı, 42-44.
- AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKSOY Muammer, "1961 Anayasası'na Göre Memurların Grev Hakkı", *SBF Dergisi*, 1971, 26. Cilt, 4. Sayı, 1-71.
- ARICI Kadir, *Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalıştayı*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.
- AYDIN Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2006, 20. Cilt, 1-2. Sayı, 1-34.
- BİLİR Faruk, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, 13. Cilt, 1. Sayı, 77-107.
- BULUT Nihat, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- CRAFT James A., "Future Directions in Public Sector Labor Relations: A 2020 Perspective", *Journal of Labor Research*, 2003, 24. Cilt, 4. Sayı, 545-560.
- ÇELİK Aziz, "Grevin Kökünü Kuruttular", 21.11.2022, <https://bes.org.tr/2022/11/21/aziz-celik-grevin-kokunu-kuruttular/>.
- ÇETİN Evra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- DAVID Rosalie, *The Pyramid Builders of Ancient Egypt: A Modern Investigation of Pharaoh's Workforce*, Routledge, London, 1996.
- DERELİ Bengü, "Kamu Görevlileri Sendikacılığı, ile İlgili Başlıca Görüşler", *Journal of Social Policy Conferences*, 2012, 31. Sayı, 359-380.
- EMRE İsmet, "Tereddüt", *Türk Dili Dergisi*, 2020, 69. Cilt, 820. Sayı, 24-27.
- ERGÜL Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", Erdal, M. (Ed.), *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014.
- ESENER Turhan, *İş Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- ESENER Turhan/ DEMİR Ender, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1*, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GERNİGON Bernard/ ODERO Alberto/ GUIDO Horacio, "ILO Principles Concerning Collective Bargaining", *International Labour Review*, 2000, 139. Cilt, 33-55.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)", <https://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, 21.05.2004.
- GÜLMEZ Mesut, "1995 Anayasa Değişiklikleri ve Sendikal Haklar", *Amme İdaresi Dergisi*, 1999, 32. Cilt, 1. Sayı, 3-30.
- GÜLMEZ Mesut, "Artık Ankara'da Anayasa Mahkemesi Var!", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2015, 4. Cilt, 8. Sayı, 225-67.
- GÜLMEZ Mesut, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü ,Ankara, 1996.

- GÜLMEZ Mesut, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, Ankara: TBB Yayınları, 2005.
- GÜLMEZ Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, *Çalışma ve Toplum*, 2005, 1. Cilt, 4. Sayı, s. 11-56.
- GÜLMEZ Mesut, *Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu*, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2005.
- GÜLMEZ Mesut, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: ‘Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur’”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2010, 3. Cilt, 26. Sayı, 9-50.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- HARRIS David John vd., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018.
- HEKİMLER Banu Uçkan, “Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2015, 4. Cilt, 47. Sayı, 11-34.
- KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa’nın 90. Maddesi TİS ve Grev Hakkı*, ed. F. Ayber, KESK Yayınları Ankara, 2006.
- KANADOĞLU Osman Korkut/ DUYGUN Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KANADOĞLU Osman Korkut, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayınevi İstanbul, 2000.
- KATZ Harry C., Thomas A. KOCHAN, Alexander J. S. COLVIN, *An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations*, 4th edition, Irwin Professional Pub, Boston, 2007.
- KELSEN Hans, *General Theory of Law & State*, çev. A. Javier Trevino, Transaction Publishers, 2006.

- KELSEN Hans, "Sovereignty and International Law", *Georgetown Law Journal*, 48. Cilt, 4. Sayı, 1960, 627-40.
- KORKUSUZ M. Refik, "Ülkemizde Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı ve İeriği", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, 10-11. Cilt, 12-13-14-15. Sayı, s. 105-23.
- KOVACS Erika, "The Right to Strike in the European Social Charter", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2004, 26. Cilt, 445-476.
- KUTAL Metin, "Hukuki Açıdan Lokavt", *Journal of Social Policy Conferences*, 2011, 24. Sayı, 159-90.
- KUTAL Metin, "Türkiye'de Kamu Görevlilerinin Sendikal Örgütlenme Hakları", 45. Kitap, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, 141-154.
- MORSINK Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.
- NARMANLIOĞLU Ünal, *Grev*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1990.
- NOVİTZ Tonia, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2003.
- NOVİTZ Tonia, "Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Evolving and Divergent Practices", *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, ed. FENWICK Colin/ NOVİTZ Tonia, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 409-438.
- "Öğretmenler Boykotu ve Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı Konusunda Rapor", 1971.
- ODER Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

- ÖZENÇ Berke, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2022.
- ÖZENÇ Berke, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, 73. Cilt, 2. Sayı, 87-133.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- SAUL Ben/ KINLEY David/ MOWBRAY Jaqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- SERİM Bülent, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, Öteki Yayınevi, Ankara, 1995.
- ŞİRİN Tolga/ ORCAN Necdet Umut, "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2021, 10. Cilt, 20. Sayı, 301-358.
- TANÖR Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- TANÖR Bülent, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- The Academic Network on the European, NIVARD Carole, (ed.), "The European Social Charter: A Commentary: Volume 2, Preamble, Part I and Part II (Articles 1 to 10)", *The European Social Charter: A Commentary*, Brill Nijhoff, 2023.
- TUNÇ Hasan, *Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalıştayı*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.
- UÇKAN Banu/ KAĞNICIOĞLU Deniz, *Endüstri İlişkileri*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004.
- UYGUN Oktay, *Devlet Teorisi*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

VELMAN Albertine, "The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR", *Utrecht Law Review*, 2013, 9. Cilt, 104-17.

VELYVYTE Vilija, "The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence", *Human Rights Law Review*, 2015, 15. Cilt, 1. Sayı, 73-100.

WAAS Bernd, *The Right to Strike: A Comparative View*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

ZUCCA Lorenzo, "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", *Conflicts Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, Intersentia, Oxford, 2008, 19-37.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları

Norm Denetimi Kararları

AYM, 06.03.1963, E. 1962/280, K. 1963/51.

AYM, 11.11.1969, E. 1969/27, K. 1969/64.

AYM, 23.06.1970, E. 1969/68, K. 1970/34.

AYM, 23.06.1970, E. 1970/11, K. 1970/36.

AYM, 04.04.1991, E. 1990/12, K 1991/7.

AYM, 10.04.2013, E. 2013/21, K. 2013/57.

AYM, 29.01.2014, E. 2013/130, K.2014/18.

AYM, 22.10.2014, E. 2013/1, K. 2014/161.

AYM, 22.02.2023, E. 2022/155, K. 2023/38.

Bireysel Başvuru Kararları

AYM, Ahmet Parmaksız Başvurusu, 2017/29263, 22.05.2019.

AYM, Dilek Kaya Çakır Başvurusu, 2014/1949, 6.01.2015.

AYM, Elif Kızıl Başvurusu, 2013/8812, 06.01.2015.

AYM, Filiz Koçak Demir ve Diğerleri Başvurusu, 2015/14046, 17.07.2019.

AYM, Hasan Çakar Başvurusu, 2013/8758, 06.01.2015.

AYM, Hayati Aktop ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4199, 10.06.2015.

AYM, İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, 2013/7197, 08.09.2015.

AYM, Selda Demir Taze Başvurusu, 2014/7668, 10.06.2015.

AYM, Semihat Karakaya Başvurusu, 2014/941, 06.01.2015

AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, 2013/2187, 19.12.2013.

AYM, Tayfun Cengiz Başvurusu, 2013/8463, 18.09.2014.

AYM, Tayyip Akbudak Başvurusu, 2018/5558, 11.09.2019.

AYM, Yücel Yaşar Başvurusu, 2013/7199, 25.03.2015.

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.05.2013, E. 2009/63, K. 2013/1998.

Danıştay 1. Daire, 22.04.1992, E. 1992/136, K. 1992/147.

Danıştay 10. Daire, 10.11.1992, E. 1991/1262, K. 1992/3911.

Danıştay 12. Daire, 28.01.2016, E. 2012/1089, K. 2016/345

Danıştay 12. Daire, 29.11.2016, E. 2016/5722, K. 2016/5443.

Danıştay 12. Daire, 30.11.2016, E. 2016/3992, K. 2016/5844.

Danıştay 12. Daire, 25.10.2017, E. 2017/2778, K. 2017/5061.

Danıştay 12. Daire, 31.03.2021, E. 2018/1405, K. 2021/1787.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

İHAM, Demir ve Baykara v. Türkiye, 34503/97, 12.11.2008.

İHAM, Enerji Yapı Yol-Sen v. Türkiye, 68959/01, 21.04.2009.

İHAM, Karaçay v. Türkiye, 6615/03, 27.03.2007.

İHAM, Kaya ve Seyhan v. Türkiye, 30946/04, 15.09.2009.

İHAM, Satılmış ve Diğerleri v. Türkiye, 74611/01, 17.07.2007.

İHAM, Schmidt ve Dahlström v. İsveç, 5589/72, 06.02.1976.

İHAM, Tüm Haber Sen ve Çınar v. Türkiye, 28602/95, 21.02.2006.

İHAM, Urcan ve Diğerleri v. Türkiye, 23018/04, 17.07.2008.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

ASHK, Irish Congress of Trade Unions (ICTU) vs. İrlanda, 123/2016,
12.09.2018.

Ceza Hukukunda Değerlendirme Hatası

Der Bewertungsirrtum im Strafrecht

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ÇINAR*

ÖZ

Ceza hukukunda hata konusu, en zor konular arasında gösterilmektedir. Konuyu zor yapan sebeplerin başında hata türlerinin birbirinden nasıl ayırt edileceği sorunu gelmektedir. Hata türlerinin birbirinden ayırt edilmesi konusu ise çözülmesi gereken bir problemdir. Zira her hataya bağlanan hukuki sonuç farklı olabilmektedir. Ceza hukukunda hata konusuna katkı sunmak amacıyla bu makalede özel bir hata türü olan değerlendirme hatası ele alınacaktır. Değerlendirme hatası, hatanın oluşması tarzı itibarıyla benzerlik gösterdiğinden literatürde sıklıkla altlama hatası ile karıştırılmakta ve onun hukuki sonuçlarına tabi kılınmaktadır. Bu karışıklığın da önüne geçmek amacıyla değerlendirme hatasının ele alınmasında fayda görüyoruz. Değerlendirme hatası, olguya ilişkin hatalardandır. Değerlendirmenin konusu belirli bir olgudur. Bir olgunun bilgisine vakıf olunabilmesi için bazen bir değerlendirme yapılması gerekebilmektedir. Bu değerlendirmenin yanlış yapılması sebebiyle failin tasavvuru ile gerçeklik uyuşmayabilir. Bu durum değerlendirme hatası şeklinde karşımıza çıkar. Bu sebeple değerlendirme hatasını şu şekilde tanımlamak mümkündür: Suç olayındaki somut bir olguyu doğru algıladığı hâlde bu olgunun hukuki-sosyal anlamını veren kavramı isabetsiz olarak dar değerlendirdiği için ilgili olguyu bu kavram

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ismail.cinar@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5086-5219.



kapsamında görmeyen failin, gerçekleştirdiği fiili de bu sebeple ilgili kavram tarafından kapsanmayan bir davranış olarak görmesine değerlendirme hatası denir. Değerlendirme hatası, anlam hatasına yol açmışsa kastı engeller.

Anahtar Kelimeler: *Değerlendirme hatası, kast, kusur, kastı engelleyen hata.*

Mistake of Evaluative in Criminal Law

ABSTRACT

The subject of mistake in criminal law is one of the most difficult topics. One of the reasons that make the subject difficult is the problem of how to distinguish between the different types of mistake. The problem of distinguishing the different types of mistake from one another is a problem that needs to be solved. This is because the legal result attributed to each type of mistake can be different. In order to contribute to the doctrine of mistake in criminal law, this article will focus on one particular type of mistake, namely the evaluative mistake. Since mistakes of assessment are similar in the way they arise, they are often confused in the literature with mistake of subsumption and subjected to the legal consequences of the latter. In order to avoid this confusion, we consider it useful to discuss the evaluative mistake. A evaluative mistake is a mistake about the factual circumstances of a crime. The object of the valuation is a specific fact. In order to recognize a fact, it may sometimes be necessary to make an evaluation. Since this evaluation is not made correctly, it is possible that the offender's understanding and the reality do not match. This situation presents itself as a evaluative mistake. For this reason, the evaluative mistake can be defined as follows: The offender, who perceives a concrete fact in the crime case correctly, but does not see the relevant fact within the scope of this concept due to an inaccurately narrow evaluation of the concept that gives the legal-social meaning of this fact, and sees the act he committed as an act that is not covered by the relevant concept for

this reason, is called an error of evaluation. An error of judgement prevents intent if it leads to an error of meaning.

Keywords: *Mistake of evaluative, intent, culpability, mistake preventing intent.*

GİRİŞ

Failin tasavvuru ile gerçekliğin uyuşmaması olarak tanımlanan hata, ceza hukukunda bilgisizlik ya da yanlış varsayım olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bilgisizlik ve yanlış varsayım şeklinde ortaya çıkmasının yanında, hatanın konusu açısından da birçok hata türü bulunmaktadır. Ceza hukukunda hatanın türlerine ayrılarak ele alınması hem bir kolaylık hem de bir zorunluluktur. Kolaylıktır, zira bu sayede hata konusunun anlaşılması daha rahat olmaktadır. Zorunluluktur, zira ceza hukukunda hataya tek bir hukuki sonuç yüklenmemekte; farklı hukuki sonuçların yüklenmesi, hatayı tasnif etmeyi zaruri kılmaktadır. Böylece hangi hata türüne hangi hukuki sonucun bağlanacağı belirlenebilmektedir.

Hatanın tasnif edilmesi farklı açılardan olabilir. Kendisine yüklenen hukuki sonuca göre hatanın türlerine ayrılması, elbette mümkündür. Ancak kendisine bağlanan hukuki sonucun ne olacağı sorusuna verilecek cevabın dogmatik olarak savunulan görüşün ne olduğuna bağlı olması, hata konusunda daima yeni ayrımların yapılmasını gerektirebilmektedir. Söz gelimi kastın haksızlık içerisinde mi yoksa kusur içerisinde mi ele alınacağı sorunu, farklı hata tasniflerinin yapılması sonucunu doğurabilmektedir. Nitekim klasik suç öğretisinin etkisiyle fiili hata-hukuki hata ayrımı, kastın tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmesiyle yerini zamanla olguda hata (tipiklik hatası)-haksızlık hatası ayrımına bırakmıştır. Detaylarına girmeyeceğimiz dogmatik görüşlerden ve dolayısıyla kendisine bağlanan hukuki sonucun ne olacağı sorusundan bağımsız olarak hatanın türlerine ayrılması da mümkündür. Bu açıdan bakıldığında ceza hukukunda hata, kendilerine yüklenen hukuki sonuçtan bağımsız olarak üzerinde hata edilen şey ya da hataya düşme şekli baz alınarak doğal bir şekilde türlerine ayrılabilir. Bu çalışmada hatayı doğal olarak

türlerine ayıracak ve bu açıdan yapılan tasnifte belirli hata olaylarını ifade etmek üzere kullanacağımız değerlendirme hatasını, kendisine yüklenecek hukuki sonuçtan bağımsız olarak belirlemeye çalışacağız. Yalnız değerlendirme hatasının aşağıda ele alınacağı üzere norma değil, olguya ilişkin bir hata olması ve olguya ilişkin hataların kast bağlamında ele alınması, konuyu tipiklik aşaması ile sınırlandırmayı gerektirmiştir. Bu sebeple her ne kadar hukuka aykırılık ve kusurluluk aşamalarında da olgusal bir yön bulunsa da¹ bu aşamalarda gündeme gelen hata türlerinin konumuz dışında kaldığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla açıklamalarımız tipiklik aşaması ile sınırlı olacaktır.

Tipiklik aşamasındaki hata türlerini belirledikten sonra Türk Ceza Kanunu bağlamında ve savunduğumuz dogmatik görüş açısından değerlendirme hatasına hangi hukuki sonucun yüklenmesi gerektiğini örneklerle izah edeceğiz.

I. BİR KAVRAM OLARAK DEĞERLENDİRME HATASINA GENEL BİR BAKIŞ

Değerlendirme hatası derken hangi hata olaylarını kast ettiğimizi öncelikli olarak belirlemek gerekir. Bu sebeple önce değerlendirme hatası kavramına genel bir bakış atmak yerinde olacaktır.

Değerlendirme hatası kavramı, hata ve değerlendirme kavramlarından oluşur. Bu hatayı diğer hata türlerinden ayıran husus “değerlendirme” kavramında yatan anlamdır. Bu sebeple önce hata, akabinde değerlendirme kavramları üzerinde duracağız.

A. Hata Kavramı

1. Genel Olarak

Hata kavramı hem genel dilde hem de hukuk dilinde² yerleşik bir kavramdır³. Sözlükte yanlışlık gibi anlamlara gelen hata kavramı⁴

¹ Hukuka uygunluk sebepleri ile zorunluluk hâli gibi kusurluluğu etkileyen hâllerde maddi şart olarak ifade edilen hususların olgusal oluşlarına dikkat çekilmiştir.

² Hata kavramının farklı hukuk dalları açısından ifade ettiği anlamlara dair açıklamalar için bkz. Thomas Rönnau/ Florian Faust/ Michael Fehling, “Der Irrtum und seine Rechtsfolgen”, *Juristische Schulung*, 2004, 667-674, s. 667.

bizi insanın *iç dünyasına* götürür. Bu dünyanın yegâne öznesi olarak insan soyut ya da somut nesnelere ilişkin tasavvurlarda bulunur ve bu tasavvurlara dayalı olarak objektif bakıldığında isabetli ya da isabetsiz olabilen kararlar verir. “Beşer şaşar” özdeyişinde de vurgulandığı üzere her birey, hata yapabilir. Zira her birey kendi dünyasına dair tasavvurlarda bulunur. Bireyin dünyasını, idrakinin yöneldiği her şey oluşturur⁵. Buna karşılık, insanların tasavvurları bu dünyanın imgeleridir, ancak benliklerinden bağımsızdırlar. Bu bakımdan, dünya nesnel tarafı, yani gerçekliği oluşturur; ancak bu dünyanın imgeleri, yani insanın tasavvurları öznel tarafı oluşturur⁶. Tasavvurlarını oluştururken insan önce kendi dünyasını algılar ve sonra bu salt duyusal algıları birer idrak hâline getirir⁷. Dolayısıyla hata yapan kişinin tasavvurları öznel⁸ ve fiilleri ile ilgili verdiği kararlarının temelini oluştururlar.

Bireyin oluşturduğu öznel tasavvurları doğru ya da yanlış olabilir. Bir kişinin iç dünyasında harici dünyaya ilişkin oluşturduğu tasavvur, harici dünya ile uyumlu ise doğrudur. Ancak eğer dış dünya ile uyumlu değilse tasavvur yanlıştır. İsabetsiz, doğru olmayan, dış dünya ile uyumsuz olan tasavvura yanlıştır tasavvur (*Fehlvorstellung*) denebilir. Bir şeye ilişkin yanlıştır tasavvurda bulunan kişi, elbette tasavvurunun yanlıştır olduğunu bilmez. Dolayısıyla yanlıştır tasavvurlar sadece bilinçsizce yapılabilirler⁹.

³ Diether Heidrich, *Die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, Buchdruckerei von Paul Menzel, Breslau, 1910, s. 1.

⁴ <https://sozluk.gov.tr>.

⁵ Michael Hettinger, “Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände- eine Einführung”, *Juristische Schulung*, 1988, 71-80, L. 72.

⁶ Hettinger, “Der Irrtum”, L. 71.

⁷ Kavramlarla bilgi edinme sürecine dair bilgi için bkz. İsmail Çınar, *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Logos Verlag Berlin, Berlin, 2019, s. 137, 139.

⁸ Hettinger, “Der Irrtum”, L. 72.

⁹ Arthur Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*, Krach, Mainz, 1949, s. 77.

Bu açıklamalardan hareketle hata, hukuki düzenlemelerden ve kendisine yüklenen hukuki sonuçlardan bağımsız olarak *bir şeye ilişkin yanlış tasavvur* şeklinde tanımlanabilir¹⁰. Bir *şeye* ilişkin yanlış tasavvurda bulunan kişi, hataya düşmüş demektir. Bu *şey*, üzerinde hataya düşülebilen her şeyi ifade eder. Bir diğer ifade ile bu *şey* gerçeklik olan dünyadan başka bir şey değildir¹¹. Yukarıda ifade edildiği gibi hata, tasavvur ile gerçekliğin farklılaşması, ayrık düşmesi, uyuşmaması olarak da tanımlanabilir¹².

Bu kaba tanımda iki seviye ortaya çıkmaktadır: *Tasavvur seviyesi* ve *gerçeklik seviyesi*. Bu iki seviye arasındaki uyumsuzluk bu nedenle hata olarak adlandırılır. Bu bilinçsiz uyumsuzluk veya sapma, hatayı yapan kişide öznel, içsel ve mevcut bir karar olarak ortaya çıkar¹³. Yanlış tasavvuru gerçeğe uymayan yanlış, hatalı bir tasavvur olarak ele aldığımızdan, buradan yanlış tasavvurdan bahsedilebilmesi için doğru bir tasavvurun bulunmaması gerektiği sonucu çıkar. Dolayısıyla yanlış tasavvur mevcut bir yanlış tasavvurun varlığını gerektirir. Zira herhangi bir tasavvurun bulunmayışı, tabii olarak yanlış bir tasavvurun da bulunmayışı anlamına gelir. Başka bir deyişle eğer bir tasavvur yoksa bir yanlış tasavvur da yoktur. Hata yanlış tasavvur olarak

¹⁰ Michael Hettinger, "Der Irrtum", L. 71; Nils Knobloch, "Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht – Eine systematische Darstellung", *Juristische Schulung*, 2010, 864-868, s. 864; Jürgen Rath, "Arbeitsschritte zur Behandlung strafrechtlicher Irrtumsfälle", *Juristische Ausbildung*, 1998, 539-544, s. 539; Rönnauf/Faust/Fehling, s. 667.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Emanuel Horn, *Der Begriff des Begriffes. Die Geschichte des Begriffes und seine metaphysische Deutung*, München, 1932, s. 88 vd.; Fritz Rolshoven, *Die Stellung des Subsumtionsirrtums im Gesamttirrtumsproblem des Strafrechts*, Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag, Zeulanroda, 1934, s. 27 vd.

¹² Heidrich, s. 1; Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 77; Leonhard E. Backmann, "Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum", *Juristische Schulung*, 1972, 196-199, s. 196; Hettinger, "Der Irrtum", L. 71; Patrick Alf Hinderer, "Tatumstandsirrtum oder Verbotsirrtum?", *Juristische Arbeitsblätter*, 2009, 864-868, s. 864; Rönnauf/ Faust/ Fehling, s. 667; Wilhelm Schuppe, *Grundriss der Erkenntnistheorie und Logik*, 2. b., Berlin, 1910, s. 173 vd.

¹³ Rönnauf/ Faust/ Fehling, s. 667; Hettinger, "Der Irrtum", L. 71, 72.

tanımlandığına göre, bir kimsenin hiçbir tasavvura sahip olmaması hâlinde bir hatadan da söz edilemez¹⁴.

Hatanın farklı sonuçları bulunabilir. Sonuçlarına göre bir hata hukuken önemli ya da önemsiz olabilir.

2. Ceza Hukukunda

Neyin hata teşkil ettiği, ceza hukukunda hata öğretisinin ilk ve temel sorusudur¹⁵. Ceza hukuku kapsamındaki her bir hata türünün temelinde aynı şeyi içermesi gerekir ki bu da ceza hukuku kapsamındaki hata kavramının tanımından çıkarılmaktadır. Bununla birlikte, münferit hata türlerinin her bir tanımı, hata kavramının temel tanımının ötesine geçen ve ilgili hata türünü diğerlerinden ayıran özelliklere sahiptir.

Hata, yukarıda genel anlamda bir şey hakkında yanlış tasavvur olarak tanımlanmıştı. Ancak, ceza hukuku kapsamında hata kavramı sadece yanlış tasavvurları kapsamaz. Zira yanlış tasavvur, mevcut yanlış bir tasavvurun varlığını gerektirir. Dolayısıyla, bir kimsenin hiçbir tasavvuru yoksa genel bir terim olarak hatadan bahsetmek mümkün değildir¹⁶. Ancak, salt bilgisizlik ya da fark edememe bu anlamda bir hata oluşturmazken, ceza hukukunda bu tür durumlar da hata olarak nitelendirilmektedir. Zira hukuken kastın engellenmesine yol açan sadece yanlış tasavvur (*error*) değil, aynı zamanda salt bilgisizliktir (*ignorantia*)¹⁷. Bu nedenle ceza hukukunda hata, temel olarak bir şey hakkında yanlış tasavvura sahip olma veya bilgisizlik anlamına gelir. Genel dildeki kullanımın ötesinde, ceza hukukundaki hata kavramı bu nedenle sadece hatalı varsayım (*irriga Annahme*) olarak

¹⁴ Heidrich, s. 2; Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 77; Hettinger, "Der Irrtum", L. 72.

¹⁵ Krş. Heinz-Günter Warda, "Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre", *Juristische Ausbildung*, 1979, 1-5, 71-82, s. 1.

¹⁶ Bkz. Heidrich, s. 2; Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 77.

¹⁷ Eduard Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903, s. 7; Heidrich, s. 2; Adolf Schweizer, *Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht*, Strassburg, 1906, s. 8; Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 77; Warda, s. 1; Hettinger, "Der Irrtum", L. 71; Christoph Burchard, *„Irren ist menschlich“*, Tübingen, 2008, s. 10, 11.

değil, aynı zamanda bir durumun varlığından habersiz olmak (*Unkenntnis*) olarak da anlaşılmaktadır¹⁸.

Hata eden kişinin belirli durumlara dair hiç ya da isabetsiz bir tasavvuru bulunuyorsa bu kişinin; ceza hukukunda failin, mağdurun ya da diğer kişilerin¹⁹ kararı, ceza hukuku anlamında hatalı bir karardır²⁰. Hakkında hiç ya da isabetsiz tasavvurda bulunulan durumlar olarak olaylar, somut olgular ve hatta hukuk söz konusu olabilir. Dolayısıyla ceza hukukunda fail, aşağıda ele alınacak olan bilgi düzeylerinin konusu hakkında yanlış tasavvurda bulunur ya da herhangi bir tasavvura sahip olmazsa hataya düşmüş demektir. Hangi hata türüne düşmüş olduğu ise hatanın konusuna bağlı olarak aşağıda belirlenecek, değerlendirme hatası da bu bağlamda tanımlanmış olacaktır.

Ceza hukukunda hata kavramı elbette tüm yanlış tasavvurları ya da bilgisizlik hâllerini kapsamaz. Bir hata ancak ceza hukuku anlamında önemli sonuçlara yol açıyorsa ceza hukukunda hata kavramının kapsamında kabul edilir²¹. Ceza hukukunda hata öğretisinin amacı da esasen ceza hukukunda önemli, dikkate alınması gereken hataları önemsiz hatalardan ayırt etmektir²². Bu sebeple ceza hukukunda hata kavramı şu şekilde tanımlanabilir: “Ceza hukuku açısından önemli sonuçları olan, yanlış varsayım ya da bilmeme şeklinde ortaya çıkan, tasavvur ile gerçekliğin uyuşmaması durumuna hata denir.”²³ Kısaca tasavvur ile

¹⁸ Hata formlarına dair detaylı bilgi için bkz. Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. b., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2020, §13 kn. 15, 16.

¹⁹ Dolandırıcılık suçunda dolandırılan kişinin düşürüldüğü hata ya da dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişinin hatası buna örnek gösterilebilir. Bkz. Hettinger, “Der Irrtum”, L. 73, dp. 14; Rath, s. 539, dp. 2; Rönnau/ Faust/ Fehling, s. 668.

²⁰ Rönnau/Faust/Fehling, s. 667; Warda, s. 1.

²¹ Gropp, §13 kn. 20.

²² Kohlrausch, s. 7 vd.; Rolshoven, s. 22; Gropp, §13 kn. 20; Rönnau/Faust/Fehling, s. 667.

²³ Backmann, s. 196; Rath, s. 539; Hinderer, s. 864; Burchard, s. 10; Çınar, *Der Subsumtionsirrtum*, s. 143.

gerçekliğin uyuşmaması olarak ifade edeceğimiz hatayı bu anlamıyla hem bilmeme hem de yanlış varsayımı kapsar şekilde kullanacağız.

Türk Ceza Kanunu'nda hataya ilişkin hükümler m. 4/1 ve m. 30'da yer almaktadır. Bu hatalara sonuç bağlanmıştır. Bu sebeple failin düştüğü hatanın bu hataların kapsamında yer alıp almadığı belirlenmelidir.

B. Değerlendirme Kavramı

Değerlendirme sözcük anlamı itibarıyla bir şeyin özünü, önemini, nitelik ve niceliğini belirlemek demektir²⁴. Ceza hukukunda değerlendirme kavramı öncelikle ceza muhakemesi hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Delillerin değerlendirilmesi bağlamında karşımıza çıkan değerlendirme kavramı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen faaliyetleri ifade eder²⁵. Hâkimin somut olayın tespitinde başvurduğu değerlendirme, yine hâkimin ispat edilmiş olaya uygulanacak normun bulunmasında başvurduğu yorumlamadan farklıdır. Yorumlama normun anlamını belirleme faaliyeti iken değerlendirme, yorumlanan normun kendisine uygulanacağı somut olayın ispatında başvurulan akıl yürütme faaliyetidir²⁶. Dolayısıyla değerlendirme olguya ilişkin, yorumlama ise norma ilişkin bir faaliyettir.

Ceza hukukunda değerlendirme ayrıca maddi ceza hukukunda, hata konusunda karşımıza çıkmaktadır. Burada failin suç olayındaki bir olguya ilişkin bilgisi ya da bilgisizliği ile sonuçlanan bir akıl yürütme faaliyeti olarak karşımıza çıkar. Kişinin faili olduğu olay hakkındaki tasavvurunun oluşumunda karşımıza çıkan değerlendirme, failin içinde bulunduğu olay hakkındaki haksızlık ya da cezalandırılabilirlik bilinci ile ilgili değildir. Dolayısıyla ceza muhakemesindeki kullanımlarına paralel olarak failin suç olayına ilişkin değerlendirmesi de aynı şekilde

²⁴ <https://sozluk.gov.tr>.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Çınar, "Ceza Muhakemesinde Hüküm Verme Sürecine Metodolojik Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 14, S. 56 (2023), 337-370, s. 346 vd.

²⁶ Çınar, "Ceza Muhakemesinde Hüküm Verme Sürecine Metodolojik Bir Bakış", ss. 346, 355.

olguya ilişkindir. Failin yorumlama faaliyetinde bulunması da olasıdır. Fail de tıpkı hâkimin yaptığı gibi, gerçekleştirdiği olayın hukuk karşısındaki durumunu, bir haksızlık gerçekleştirip gerçekleştirmediği ya da suç işleyip işlemediği konularında bir yorum faaliyetinde bulunabilir.

Dolayısıyla değerlendirme hatası olguya ilişkin hatalardandır. Olguya dair hangi hataların değerlendirme hatası olacağını ise daha detaylı izahlarla belirlemek gerekir. Bu sebeple olguya ilişkin bir hata olarak değerlendirme hatasının tam olarak ne anlama geldiğini belirlemek için failin olguya ilişkin bilgisinin mahiyetini ve olguyu bilmemesinin sonuçlarını ele almak gerekir.

II. FAİLİN OLGUYA İLİŞKİN BİLGİSİNİN MAHİYETİ: KAST

İfade edelim ki failin bilgisi sadece olguya ilişkin değildir. Failin norma ilişkin bilgisi de bulunmaktadır. Kast açısından olgunun, kusur açısından da normun bilgisi önem arz eder. Değerlendirme hatası olguya ilişkin olduğundan aşağıda sadece failin olguya ilişkin bilgisinin mahiyeti ve dolayısıyla kast üzerinde durulacaktır.

A. Olgu Kavramı ve Unsurdan Farkı

TCK m. 21/1'in açık ifadesi ile failin kasten hareket edebilmesi için bilmesi gereken şey, *suçun kanuni tanımındaki unsurlardır*. Bu sebeple suçun kanuni tanımında yer alan unsurlara nelerin dâhil olduğunu belirlemek gerekir. TCK m. 30/1'de *suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan* bahsedilmektedir. Burada düzenlenen hata hâllerinin kastın öbür yüzü²⁷ oldukları düşünüldüğünde, failin kasten hareket edebilmesi için bilmesi gereken unsurların, suçların tanımlarında yer alan maddi unsurlar olduğunu söyleyebiliriz²⁸.

Peki, “suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsur” ne demektir? Bilindiği gibi ceza kanunlarındaki hükümler iki ana kısımdan

²⁷ Rönnau/Faust/Fehling, s. 667; Warda, s. 2.

²⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. b., Seçkin Yayıncılık, 2022, Ankara, s. 159.

oluşurlar: bir olayın tasviri ve buna bağlanmış olan cezai yaptırım²⁹. Örneğin TCK m. 81'deki "bir insanı kasten öldüren kişi" ifadesi, kapsamına giren sonsuz olayları tasvir etmektedir. "Müebbet hapis cezası ile cezalandırılır" kısmı ise, tasvir edilen olaya bağlanan cezai yaptırımı belirtir. Tipiklik derken, suçun kanuni tanımının yer aldığı ilk kısım anlaşılır. Bu kısmın "insan" ve "öldürme fiili" gibi unsurları vardır. Bir araya geldiklerinde suç tipini oluşturduklarından bunlara tipikliğin (kanuni suç tanımının) maddi unsurları denir³⁰. Ne var ki TCK m. 61'de cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemede "... işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" ifadesinde suç olayının tasvir edilmediği, suç olayına bağlanan yaptırımın düzenlendiği ikinci kısım da suçun kanuni tanımının bir parçası olarak gösterilmiştir. Bu ifadenin isabetsiz olduğunu belirtmek gerekir. Zira suçun kanuni tanımı içerisinde cezanın alt ve üst sınırına dair ifadeler yer almaz. Aksi hâlde tanımda yer alan cezai yaptırıma dair hususların da kastın kapsamında yer aldığını kabul etmek gerekir ki bu, kabul edilemez bir sonuçtur. Bu sebeple düzenlemenin "işlenen suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" şeklinde anlaşılması gerekir.

Kastın kapsamında olan "suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar" kanunda yazılıdır. Fail bu unsurları kanunda yazılı olduğu şekliyle mi bilmelidir? Öncelikle şunu belirtelim ki fail, kanunlarda yer alan soyut suç tanımlarını ve dolayısıyla bu tanımlarda yer alan (maddi) unsurları bilemez, bilmek zorunda da değildir. Zira hukukçu olmayan failden kanuni bilgiye sahip olması beklenemez³¹. Bu

²⁹ Çınar, *Der Subsumtionsirrtum*, s. 92.

³⁰ Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968, s. 11, 12; Udo Ebert, *Untersuchungen zur Struktur und rechtlichen Relevanz des sogenannten Subsumtionsirrtums (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)*, Mainz, 1973, s. 42; Isabell Schwegler, *Der Subsumtionsirrtum*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995, s. 55 vd.

³¹ Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München, 1982, s. 16; Hettinger,

tarz bir bilgi esasında hukukçularda bulunur. Bu durumda sadece hukukçular mı kasten hareket edebilecektir? Elbette TCK m. 21/1’de yer alan ifade ile anlatılmak istenen bu olamaz³². Bu sebeple ifadenin anlatılmak isteneni iyi yansıtmadığı *kanaatindeyiz*.

Kanunda yer alan soyut unsurlar, esasen birer kavramdır ve kanundaki hâliyle belirli anlamları olan ve kapsamına giren olguları işaret eden birer göstergedirler. Kastedilen ise bu kavramların kapsamına giren olgulardır. Bu sebeple unsurun olgu olarak anlaşılması gerekir. Dolayısıyla kast unsura ilişkin değil, olguya ilişkindir. Nasıl ki somut bir vakanın (olayın) kendisine değil, kanuni tasvirine tipiklik diyorsak, somut olayın kesitlerine de unsur denmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Sözelimi “A, B’ye iki el ateş ederek ölümüne sebebiyet verdi” şeklinde yaşanan hadise, bir vakadır. Bu olay, “iki el ateş etmek” ve “öldürülenin B olması”ndan oluşmaktadır. *Suç tipi (TCK m. 81) olayı tasvir eder*. Nasıl ki tipikliği oluşturan öğeler varsa ve bunlara *unsur (Merkmal)* diyorsak, olayı oluşturan öğeler de vardır. Bunlara ise *biz olgu (Umstand)* demek istiyoruz. Bu durumda suç tipindeki insan ve öldürme fiili *tipikliğin maddi unsurları* olurken, yaşanmış gerçek olaydaki öldürülenin B olması ve iki el ateş etmek *olayın maddi olguları* olmaktadır³³. Bir olaydaki her bir maddi olgu, kanuni tipteki bir maddi unsura denk gelir. Somut olayın soyut tipi gerçekleştirmesi için somut olaydaki her bir maddi olgunun soyut tipteki her bir maddi unsuru gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla *suç tipinin maddi unsurları (Tatbestandsmerkmale)* ile *suç olayının maddi olguları (Tatumstände)* ayrı şeylerdir³⁴. Tipikliğin maddi unsurunun hangi maddi olguyu kapsadığı, ilgili unsurun anlamına göre belirlenir. Bir maddi olgunun herhangi bir

“Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände- eine Einführung”, *Juristische Schulung*, 1989, 17-25, L. 18.

³² Krş. Koca/Üzülmez, s. 160.

³³ Karşılaştırınız: Mustafa Ruhan Erdem, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, C. 21, S. Özel Sayı (2019), 43-68, s. 45.

³⁴ Hassemmer, s. 34 vd., 67; Schwegler, s. 60; Milan Kuhli, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung. Institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht*, Tübingen, 2018, s. 102.

maddi unsuru gerçekleştirip gerçekleştirmediği, yine ilgili unsurun anlamına göre belirlenir³⁵.

Failin işi maddi unsurlarla değil, maddi olgularladır. Bu sebeple failin kasten hareket edebilmesi için bilmesi gereken şey, suçun kanuni tanımındaki unsurlar değil, bu unsurların kavramsal kapsamına giren maddi olgulardır. Sözelimi belgede sahtecilik suçlarındaki belge unsuru, fail tarafından kanunda yer aldığı hâliyle bilinmek zorunda değildir. Kaldı ki bir hukukçu olmadığı için failin bunu bilmesi, istisnalar hariç, olanak dışıdır. Yani hukukçu olmayan fail bilgisini kanundan almaz. Kanunu okusa bile, kanun dilini bilmediğinden, kanunu bilmesi ona yardımcı olmayacaktır. Zira kanunun ne anlatmak istediğini doğrudan kanundan değil, yargı ve literatür ile birlikte öğrenmek durumundadır. Bu öğrenme işini ise eğitim görmüş uzman kişi (hukukçu) yapar³⁶. Failin “belge” unsuru açısından bilmesi gereken, sözelimi arabanın plakasının bir plaka olduğudur. Sahte bir plaka üreten fail bunu belge olarak adlandırmasa, hatta kendi anlam dünyasında sadece kâğıttan oluşan nesnelere belge dediği için plakanın belge olmadığını iddia etse bile, ürettiği şeyin bir plaka olduğunu bilmesi, kastı için yeterlidir. Zira o ne yaptığını; yani maddi olguyu bilmektedir. Çünkü suçun kanuni tanımında geçen “belge” maddi bir unsur iken, “plaka” maddi bir olgudur. Kanun veya hukukçular tarafından, teknik (hukuki) olarak bu eylemin ne şekilde dile getirildiği (formüle edildiği), failin kendisini değil, hukukçuları ilgilendirir. Hakeza fail hırsızlık suçunda geçen “malın başkasına aidiyeti” unsurunu, kanundaki ifade ediliş tarzıyla bilemez. Onun bilmesi gereken, sözelimi zilyedinin rızası olmadan aldığı saatin kendi mülkiyetinde olup olmadığıdır. “Malın başkasına aidiyeti” suçun maddi unsuru iken, “saatin faile ait olmaması” maddi olgudur. Suçun maddi unsurlarına maddi denmesinin sebebi, bu unsurların dış dünyada bir

³⁵ Krş. İsmail Çınar, “Hırsızlık Suçunun Maddi Unsurlarından ‘Malın Başkasına Aidiyeti’ ve Bu Unsurun Kast Bağlamında Yol Açtığı Sorunlar”, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, ed. Ü. Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2020, 177-228, s. 194 vd.

³⁶ Kaufmann, *Die Parallelwertung*, s. 16.

karşılıklarının olmasıdır. İşte fail maddi unsurların bu karşılıklarını bilmelidir. Aksi hâlde kastından söz edilemez. Bu sebeple kastı kaldıran hata hâli olarak (maddi) *unsurda hata* ya da *tipiklik hatası* yerine (maddi) *olguda hata* denmesinin daha isabetli olacağı *kanaatindeyiz*. Dolayısıyla failin kasten hareket edebilmesi için, *suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurları gerçekleştiren maddi olguları bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir*.

Kastın bilme unsurunun kapsamı ile ilgili söylenecekler elbette bunlarla sınırlı değildir. Olgu ve unsur kavramlarının farkını belirlemek için bu açıklamaların yeterli olacağını düşünüyoruz³⁷.

Failin bilgisinin unsurlara değil, olgulara ilişkin olduğunu belirttikten sonra değinilmesi gereken bir diğer husus ise olguların doğasının aynı olmadığı, farklı doğalara sahip olguların bulunabileceğidir. Olguların ilk kısmı hırsızlık suçundaki “mal” kavramına tekabül eden söz gelimi “saat” olgusu gibi somut, dış dünyaya ait ve dolayısıyla duyuşal olarak algılanabilir varlıklardır. İkinci kısmı ise yine hırsızlık suçundaki “başkasına aidiyet” kavramına tekabül eden söz gelimi “saatin başkasına ait oluşu” olgusu gibi soyut, düşünsel dünyaya ait ve dolayısıyla akli olarak algılanabilir varlıklardır. Nitekim başkasına aidiyet olgusu gözle görülemez; algılanamaz³⁸. Eğer maddi olgu ilk kısma giren bir varlıksa bu olguya *deskriptif olgu* denir. Buna karşılık eğer maddi olgu ikinci kısma giren bir varlıksa bu olgulara da *normatif olgu* denir. İlk olarak Mayer, suç tiplerindeki unsurların (olguların) aynı doğaya sahip olmadıklarını fark etmiş ve bunun neticesinde tipikliğin maddi unsurlarını (olgularını) deskriptif ve normatif unsurlar şeklinde ayırmıştır³⁹.

³⁷ Kastın kapsamı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, s. 159 vd.

³⁸ Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, kn. 156, 157.; Koca/Üzülmez, s. 108 vd.; Erdem, s. 46.

³⁹ Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Carl Winters, Heidelberg, 1915, s. 182 vd.; Kastın bilme unsurunun kapsamı ile doğrudan ilgili olan deskriptif ve normatif unsur ayırımına ilişkin fikir birliği yoktur. Tipikliğin unsurlarının normatif ve deskriptif olarak ayrılması konusunda dört tavrın olduğunu da belirtmek isteriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich Dopplaff, “Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in

Olguların bu şekilde tasnif edilmesi, doğaları gereğidir. Tasnife ihtiyaç duyulmasının sebebi ise kendilerine dair bilginin elde edilmesinin farklı yollarla olmasıdır. Nitekim duyusal algıya konu olabilen deskriptif olguya dair bilginin elde edilmesi duyusal algı ile mümkündür. Hâlbuki normatif olgularda bu konu aşağıda da ele alınacağı üzere farklılık gösterir. Olguya dair bilginin elde edilmesinin farklı yollarla olması konusu ise kast açısından önem arz eder. Bu durumda kişinin söz konusu olgu açısından kastının olup olmadığının ispatı, olgunun türüne göre değişir. Bir başka ifade ile failin maddi olguya ilişkin bilgiye hangi koşullar altında sahip addedileceği, bu olgunun *deskriptif bir olgu* veya *normatif bir olgu* olmasına göre değişecektir. Esasında bunun tespiti dogmatik olarak hangi suç teorisinin savunulduğuna göre de değişkenlik arz edebilmektedir. Tartışmalara girmeden bu konunun merkezinde yer alan *failin bilgisinin* farklı aşamaları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

B. Failin Olgu Bilgisine Sahip Olması

Failin tipiklik aşamasında olgu bilgisine sahip olması, bildiği olgu açısından kastının olduğunu gösterir. Bunun yanında TCK m. 30/4 işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşen kişiden bahsederek bir tür haksızlık bilgisine işaret eder. TCK m. 4 ise kanunu bilmemek mazeret sayılmaz diyerek kanun bilgisinden bahseder. Haksızlık ve kanun, norma ilişkin bilgilerdir. Dolayısıyla olguya ilişkin bilginin mahiyeti gibi norma ilişkin bilginin mahiyeti de ceza sorumluluğunun belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Öyleyse failin iki bilgi düzeyinden bahsedilebilir: olguya ilişkin bilgi ve norma ilişkin bilgi. Her düzey kendi içerisinde bilginin konusu ve elde edilmiş şekli açısından farklı kademeler şeklinde ele alınabilir. Ancak değerlendirme hatası kavramı açısından olguya ilişkin bilgi söz konusu olduğundan makalemizde tipiklik aşaması ile sınırlı olarak sadece olguya ilişkin bilgi üzerinde duracağız⁴⁰. Tipiklik aşamasında

deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, 1-26, s. 1-26.

⁴⁰ Norma ilişkin bilgiler için bkz. Çınar, *Der Subsumtionsirrtum*, s. 103 vd.

failin olgu bilgisi kendi içerisinde, olgunun anlamsal katmanları dikkate alınarak üç aşama olarak ele alınabilir.

1. Fiili Olgu Bilgisi

Failin bilgisinin ilk düzeyi, fiili olguların; yani gerçekten somut olarak var olan olguların bilinmesi ile alakalıdır⁴¹. Buna fiili olgu bilgisi (*Tatsachenkenntnis*) demeyi tercih ediyoruz. Bu aşamada edinilen bilgi, fiili olguların doğal mana içerikleridir⁴². Olgular “fiili-deneysel katmanları”⁴³ itibarıyla idrak edildiklerinde, onların doğal mana içerikleri de edinilmiş demektir. Fiili olgu bilgisi, sadece *duyusal algıya konu olabilen olgular* açısından söz konusu olur.

Peki bir olgunun doğal anlam içeriği ne zaman idrak edilir? Buna cevap olarak esas itibarıyla aynı şeyi kast eden ve aynı sonuca varan iki görüş ortaya atılmıştır. Her iki görüş de fiili olgu bilgisi için duyusal algıyı şart görmektedirler. Yani bir kimsenin fiili olguya ilişkin anlamı kavradığını söyleyebilmek için bu kişinin o olguyu duyusal olarak algılamış olması gerekir. Ancak duyusal algıdan ne anlaşmalı gerektiği konusunda iki görüş ayrı düşmektedir. İlk görüş olguya ilişkin bilginin salt duyusal algı ile elde edileceğini ve bunun ötesinde bir şeyin gerekmediğini kabul eder.⁴⁴ Kanaatimizce de isabetli olan ikinci görüş ise salt duyusal algının yeterli olmadığını, duyusal algının bir de

⁴¹ Rolshoven, s. 27 vd.; Jochen Bachmann, *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, s. 43 vd.; Rüdiger Nierwetberg, “Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?”, *Juristische Ausbildung*, 1985, 238-243, s. 239 vd.

⁴² Hoffmann-Holland, kn. 56; Hinderer, s. 866; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. b., C. F. Müller, Heidelberg, 2020, kn. 352; Erdem, s. 46.

⁴³ Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. b., Verlag Franz Vahlen, München, 2017, §5 kn. 91; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2. b., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991, §8 kn. 49.

⁴⁴ Bunun için bkz. Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 172; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. b., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, kn. 1066; Volker Krey/Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. b., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, kn. 414; Kühl, §5 kn. 91.

kavramsal bir idrak katmanının olduğunu, dolayısıyla idrak edilmeden salt duyusal algının olguya ilişkin bilgiyi vermeyeceğini söyler⁴⁵. Aynı sonuca varmaları sebebiyle bu görüşler, sözgelimi “bu araba kırmızıdır” ifadesindeki bilginin fiili olgu bilgisi olduğunu kabul ederler. Dolayısıyla eğer algılayanın algıladığı şeylere temel anlamlar yüklediği vaki ise bundan hareketle bu kişinin fiili olguya ilişkin doğal mana içeriğini kavradığı söylenebilir. Bu bilginin edinilmesi için algılayanın bunun ötesinde herhangi bir değerlendirme yapmasına gerek yoktur.

2. Fiili Olguya Dayanan Anlam Bilgisi

Failin bilgisinin ikinci düzeyinde düşünsel dünyada var olan, soyut ve tasavvur edilebilen olguların, gerçek dünyada var olan, somut ve duyusal olarak algılanabilen olgular aracılığıyla bilinmesi söz konusudur⁴⁶. Fiili olguya dayanan anlam bilgisinde *salt duyusal algı ile algılanamayan olgular*, salt duyusal algı ile algılanabilir bir olgu ile birlikte varlık gösterirler. Dolayısıyla burada normatif olgu oldukları hâlde haklarında bilgi edinilmesi herhangi bir değerlendirme gerektirmeyen; duyusal algıya dayalı olarak bilginin edinilmesinin mümkün olduğu olgular söz konusudur.

Sözgelimi bir kimse uzaktan kendisine doğru yürüyen şeyi ilk önce bir “hayvan”, kendisine yaklaştığında bir “köpek”, daha da yaklaştığında da “kendisine ait köpek” olarak algılar⁴⁷. Algılanan şey hep aynı şey olmasına rağmen hakkındaki bilgi sürekli değişmiştir. Buradaki ilk iki olgunun kapsamına girdikleri kavramlar (hayvan ve köpek) deskriptif kavramlardır. Zira bu kavramların kapsamlarına giren varlıklar düşünsel değil, gerçek dünyada var olan cismani (fiziki anlamda hayvan ve köpek) varlıklardır (deskriptif olgular). “Aidiyet” kavramı ise normatif bir kavramdır. Zira kapsamına düşünsel varlıklar

⁴⁵ Bunun için bkz. Hansrainer Bosbach, *Subsumtion als Problemlösung Psychologische Aspekte juristischer Textinterpretation*, Tübingen, 1981, s. 1; Rolshoven, s. 23 vd.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. b., Springer, Berlin, Heidelberg/New York, 1991, s. 276.

⁴⁶ Bu bilgi düzeyine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ebert, s. 346 vd.; Bachmann, s. 35 vd.; Nierwetberg, s. 240 vd.; Kühl, §5 kn. 91.

⁴⁷ Örnek için bkz. Moritz Schlick, *Allgemeine Erkenntnislehre*, Berlin, 1918, s. 6.

(normatif olgular) girer. Çünkü bir şeyin herhangi bir insana ait olup olmadığı duyusal olarak algılanacak bir husus değildir. Örnekteki kişinin köpeğin kendisine ait olduğunu buna rağmen nasıl tespit ettiğine bakıldığında “aidiyet” kelimesinin bir “kavram” olarak değil bir “sıfat” olarak rol oynadığı görülür. Bu sıfat duyusal olarak algılanabilen bir varlıkla beraber kullanıldığında, sıfata ilişkin bilgi, ilk bilgi düzeyinde (fiili olgu bilgisi) yapılacak tam bir duyusal algıyla elde edilebilir. Algılanmış olan hayvan, duyusal olarak tam bir algılama neticesinde sadece bir köpek olarak değil, kendine ait köpek olarak algılanmış olur. Dolayısıyla esasen burada deskriptif bir olgunun (örnekte köpek) sıfatlarıyla birlikte (örnekte bir kimseye ait oluş) duyusal algıya konu olduğu görülmektedir. Bu sebeple “başkasına aidiyet” normatif olgusu bu örnekte müstakil bir olgu olarak değil, deskriptif bir olgu ile birlikte ve onun bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla kişinin köpeğe ilişkin gerekli olan hukuki-sosyal anlamı idrak edebilmesi için köpeği sadece köpek olarak değil, aynı zamanda kendisine ait köpek olarak algılaması gerekli ve yeterlidir.

3. Değerlendirmeye Dayanan Anlam Bilgisi

Tipiklik aşamasında failin bilgisinin üçüncü düzeyinde de ikinci düzeyde olduğu gibi düşünsel dünyada var olan, soyut ve tasavvur edilebilen olguların bilinmesi söz konusudur. Değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinde salt duyusal algı ile algılanamayan olgulara ilişkin kavranması gereken bilgi, az veya çok bir değerlendirme yapmak suretiyle kavranabilmektedir. Duyusal olarak algılanmak suretiyle olguya ilişkin bazal anlamın elde edildiği fiili olgu bilgisine nazaran burada, elde edilmesi bir değerlendirme sürecini gerektiren anlam söz konusudur⁴⁸.

Sözgelimi sarhoşken saatini 100 liraya E'ye satmak için teklifte bulunan ve teklifi kabul ettiği için sonraki gün parasını vererek saatin

⁴⁸ Bunun için bkz. Nierwetberg, s. 240; Heinz Koriath, “Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre”, *Juristische Ausbildung*, 1996, 113-127, s. 125 vd.; Horst Schröder, “Die Irrtumsrechtsprechung des BGH”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, S. 65 (1953), 178-209, s. 190.

teslimini isteyen E'ye, ehliyetsizliği dolayısıyla zorunda olmadığı hâlde (TMK m. 15) bunu bilmediği için teslim etmek zorunda olduğunu düşünerek saatini teslim eden D, daha sonra E'nin rızası olmadan ondan teslim ettiği bu saati geri almıştır. D saati geri alırken, sarhoşken verdiği sözünde durmak gerekmediğini bu sebeple saat üzerinde hakkı olduğunu düşünmüştür. D burada norma ilişkin değil; olguya ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Olgu ise "malın başkasına aidiyeti" olgusudur. D, E'den aldığı şeyin bir saat olduğunu duyusal algısına dayanarak bilmektedir. Ancak bu saatin kendisine mi yoksa E'ye mi ait olduğu konusunda bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. D ne kadar dikkat ederse etsin, saati ne kadar incelerse incelesin, saatin kime ait olduğunu duyusal olarak algılayamaz; bunun için akli bir muhakeme yapması gerekir. Muhakemenin sonucunun isabetli olup olmadığının kriteri ise özel hukuktur. Ne var ki fail özel hukuku bilemez. Özel hukuka göre değerlendirme yapacak olan hâkimdir. Burada birbirine bağlı iki sorun ortaya çıkmaktadır: Manasının elde edilmesi bir değerlendirme yapmayı gerektiren normatif olguların anlam içeriği, hangi anlam içeriğidir ve bu anlam içeriğinin elde edilmesi için yapılması gereken değerlendirme nasıl bir değerlendirmedir?

Kast bağlamında ele alındığında, failin bu tarz olgulara ilişkin kastının olduğunu söyleyebilmek için kavraması gereken anlam, son derece hâkim olan görüşe göre *hukuki-sosyal anlamdır*⁴⁹. Gerçi failin bilgisinin ilk iki düzeyinde de somut olgularla alakalı hukuki-sosyal anlam kavranmış olmalıdır. Ancak ilk bilgi seviyesinde fail, somut olgunun doğal anlam içeriğini kavrayınca ona ilişkin hukuki-sosyal

⁴⁹ Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 173; Kaufmann, *Die Parallelwertung*, s. 32; Friedrich Nowakowski, "Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, S. 65 (1953), 379-402, s. 397; Konrad Hobe, *Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandsmerkmalen*, Heidelberg, 1962, s. 143; Edmund Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. b., Duncker & Humblot, Berlin/München, 1949, s. 328; Warda, s. 80; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. b., Verlag C. H. Beck, München, 2006, C. I, §12 kn. 101; Wolfgang Joecks, "§16 Irrtum über Tatumstände", *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§1-51*, München, 2017, §16 kn. 70; Hoffmann-Holland, kn. 157; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. b., Verlag C. H. Beck, München, 2020, §14 kn. 4; Bachmann, s. 36.

anlam içeriğini de kavramış varsayılmaktadır. İkinci bilgi düzeyinde de duyusal algıya dayalı olarak normatif olgunun hukuki-sosyal anlam içeriği kavranmış olmaktadır. Hâlbuki bazen olguya ilişkin hukuki-sosyal anlam, salt duyusal algı yoluyla elde edilememekte, bunun için verdiğimiz örnekte olduğu gibi bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bu değerlendirme hukuki-sosyal bilgiyi veren ve olguya ilişkin (*Sachverhaltsebene*) yapılan bir değerlendirmedir. Dolayısıyla değerlendirmenin hareket noktası norm değil olgudur. Eğer değerlendirme norma ilişkin (*Normebene*) yapılsaydı bu durumda olgunun bilgisinden değil, normun bilgisinden bahsetmek gerekirdi. Normun bilgisi ise ya yasağa ilişkin bilgi ya da ceza kanunlarına ilişkin bilgidir. Bu sebeple örneğimizde D saati geri alırken saatin kendisine ait olup olmadığı konusunda yaptığı değerlendirmenin sonucunda gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını kavramış olmalıdır. Bu anlam, sarhoşken verilen sözün muteber olmaması gerektiği, bu söze istinaden yapılan mali tasarrufların da geçerli olmaması gerektiği noktasında sosyal ve hukuken de kabul edilmiş bilinçtir⁵⁰. Bu anlamın kavranması için failin özel hukuktaki mülkiyetin geçişi ile ilgili düzenlemeleri bilmesine ve bu konudaki kavrayışını buraya dayandırmasına gerek yoktur.

Peki, olgu seviyesinde yapılan ve olguya ilişkin hukuki-sosyal anlamın kavranması ile neticelenmesi gereken bu değerlendirme nasıl bir değerlendirme olmalıdır? Hâkim olan görüş isabetli olarak burada yapılacak değerlendirmenin, sonradan hâkimin yapacağı değerlendirmeye paralel bir değerlendirme olacağını kabul etmektedir. Buna göre kastın varlığı için kısaca “*paralel değerlendirme*” olarak nitelendireceğimiz bir “*hukuk dışı alanda paralel değerlendirme (Parallelwertung in der Laiensphäre)*”⁵¹ veya “*failin bilincinde paralel*

⁵⁰ Çınar, “Malın Başkasına Aidiyeti”, s. 186, 219, 220.

⁵¹ Mezger, s. 328; bu formül altında Binding’e dayanmaktadır: Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretungen, Dritter Band: Der Irrtum*, Scientia-Verlag, Leipzig, 1918, s. §165 s. 148; bu formülün Türkçeye farklı bir çevirisi ve detaylı açıklamalar için bkz. Ragıp Barış Erman, *Yanulmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 45.

değerlendirme (*Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein*)⁵² yapılmış olması gerekli ve yeterlidir⁵³. Gereklidir, zira fail paralel değerlendirme yapmadan olgunun ne olduğunu belirleyememektedir. Yeterlidir, zira paralel değerlendirme dışında failden söz gelimi hukuk bilgisine sahip olması beklenemez. Bu görüş bununla, hukuk deneyimi olmayan kişi tarafından ilgili somut olayın hukuki-sosyal anlam içeriğinin kavranmasının yeterli olduğunu söylemiş olmaktadır⁵⁴.

Paralel değerlendirme kavramı, konumuz açısından son derece önemlidir. Zira olguya ilişkin bilginin hangi koşullarla elde edilmiş addedileceğinin kriterini teşkil etmektedir. Failin yaptığı değerlendirmenin paralel değerlendirme olabilmesi için hem yapılan değerlendirmenin nitelik itibarıyla hem de sonucun isabetliliği itibarıyla daha sonra olayla ilgili hâkimin yapacağı değerlendirme ile aynı olması gerekir. Tek fark, hâkimin değerlendirme yaparken bir uzman olarak hukuku kullanması, failin ise değerlendirmeyi kendi bilgi seviyesinde yapmasıdır. Eğer fail bir olguyu anlamlandırma çabası içerisinde iken yaptığı değerlendirme ile daha sonra hâkimin o olgu için yapacağı değerlendirme sonucunda ulaşacağı anlama ulaşmışsa, yapılan

⁵² Hans Welzel, “Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum)”, *Juristenzeitung*, 1954, 276-280, s. 279; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, 11. b., De Gruyter, Berlin, 1969, s. 76.

⁵³ Esas itibarıyla bu görüşü kabul edenlere örnek olarak bkz. Mezger, s. 328; Welzel, “Der Parteiverrat”, s. 279; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, s. 76; Roxin, §12 kn. 101; Joecks, §16 kn. 70; Hoffmann-Holland, kn. 157; Rengier, §15 kn. 4; Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 20. b., Verlag Dr. Rolf Schmidt, Bremen, 2018, kn. 208; Jakobs, §8 kn. 49; Krey/Esser, kn. 415; Kühl, §5 kn. 93; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 353; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 4. b., Verlag C. H. Beck, 2017, München, §24 kn. 11.

⁵⁴ Bkz. BGHSt. 3, 255; 8, 232 vd.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. b., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, §29 II kn. 3a; Roxin, §12 kn. 101; Joachim Vogel, “§16 rrtum über Tatumstände”, *Leipziger Kommentar StGB Band 1, Einleitung §§1-31*, Heinrich Wilhelm Lauffhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann, Berlin, 2007, §16 kn. 26; Bachmann, s. 36.

değerlendirme bir paralel değerlendirmedir. Dolayısıyla failin yapacağı değerlendirmenin paralel değerlendirme olabilmesi için;

- 1- Değerlendirmenin norma ilişkin değil, olguya ilişkin olması,
- 2- Değerlendirmenin olgunun anlamlandırılması ile ilgili olması

gerekir. Bu paralel değerlendirme sonucunda failin ilgili olgunun hukuki-sosyal anlamını kavramış olabilmesi için ise paralel değerlendirmenin sonucunun daha sonra hâkimin yapacağı değerlendirmenin sonucu ile örtüşmesi, yani paralel değerlendirmenin isabetli olması gerekir.

Dolayısıyla paralel değerlendirme isabetli ise fail değerlendirmeye konu olguya ilişkin bilgiyi kavramış, bu bilgi sayesinde de gerçekleştiği fiilin hukuki-sosyal anlamını bilerek; bir başka ifade ile kasten hareket etmiş demektir. Ne var ki paralel değerlendirmenin isabetli olmama ihtimali de vardır. Bu durumda fail olguyu bilmek için bir değerlendirme yapmış, ancak buna rağmen olguya ilişkin bilgiyi kavrayamamış ve bu sebeple de gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket etmiş olur. Bu durumda failin kastı söz konusu olamaz.

Ne var ki failin olguya ilişkin tüm değerlendirmeleri paralel değerlendirme değildir. Ancak kastın varlığı için değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinin kavranması gerekir. Bu bilgi ise ancak hukuk dışı alanda paralel değerlendirme ile elde edilebilir.

Failin anlam bilgisini ne zaman edindiği konusunda hâkim olan bu görüşün yanında başka teoriler de geliştirilmiştir. Bunlardan kimi özellikle normatif olguların kastın bilme unsuru kapsamında nasıl ele alınacağı konusunda kendine has çözümler getirirken⁵⁵, kimi de tipikliğin maddi unsurlarının normatif ve deskriptif olarak ayrılmasını

⁵⁵ Ellen Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, s. 115 vd.

sürdürülemez olarak gördüğünden “hukuk dışı alanda paralel değerlendirme (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)” görüşünü reddeder⁵⁶.

Normatif olgulara ilişkin kastın belirlenmesinde kriter olarak kabul ettiğimiz paralel değerlendirmenin, norma ilişkin yapılan “hukuk dışı alanda paralel yorumlama (*Parallelauslegung in der Laiensphäre*)” ile karıştırılmaması gerekir⁵⁷. Paralel yorumlama, failin gerçekleştirdiği fiilin cezalandırılabilir bir fiil olup olmadığı konusunda, kendi bilgi düzeyinde ceza kanunlara ilişkin yaptığı yorumdur. Bu yorumun sonunda fail bir haksızlık gerçekleştirdiğini bilerek hareket edebileceği gibi, yanlış yorum sebebiyle kendisinde haksızlık bilincinin bulunmamasına da sebebiyet verebilir. Bu durumda failin düşeceği hataya atılma hatası (*Subsumtionsirrtum*) denir⁵⁸.

III. FAİLİN OLGUYA İLİŞKİN BİLGİSİZLİĞİNİN MAHİYETİ: HATA

Failin tipiklik aşamasında olgu bilgisine sahip olmaması, ilgili olgu açısından kastının olmadığını gösterir. Bu duruma hata denir. Hangi hata türünün oluştuğu, hatanın hangi bilgi düzeyinde gerçekleştiğine göre belirlenebilir. Burada ele alınacak hata türleri, hatanın “yanlış varsayım” değil, sadece “bilmeme” formu baz alınarak belirlenmiştir.

A. Fiili Olgu Hatası

Failde fiili olgu bilgisinin olmaması sebebiyle düştüğü hataya fiili olgu hatası (*Tatsachenirrtum*) denir. Fail bu hatada suçun kanuni tanımında yer alan maddi bir unsuru gerçekleştiren maddi bir olguyu bilmemektedir. Dolayısıyla bu hata, olguda hata kapsamında olup kasti engeller. Bu hataya düşülmesinin sebebi duyuusal algının bulunmaması

⁵⁶ Klaus Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 337; Tonio Walter, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 219 vd.

⁵⁷ Kavram hakkında bkz. Çınar, *Der Subsumtionsirrtum*, s. 176 vd.

⁵⁸ Hataya dair ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Çınar, “Atılma Hatası’nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 2 (2021), 79-128, s. 79 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1705038>.

sebebiyle gerçekleştirilen fiilin hukuki-sosyal anlamının bilinmemesidir⁵⁹.

Örnek: A, avlanırken çalılıkların arkasında hacet gideren B'ye, av zannederek ateş edip ölümüne sebebiyet verir. A ateş ettiği şeyin bir insan olduğunu bilmeden hareket etmiştir. Zira B'yi görmemiştir. Bu sebeple duyuşsal algının bulunmayışı sebebiyle ateş ettiği şeyin farkına varmamıştır. Bu durumda kasten öldürme suçu açısından fiili olgu bilgisi bulunmadığından A'nın kastı yoktur. Ancak TCK m. 30/1 gereği taksirle öldürme suçundan sorumluluğu devam eder.

B. Anlam Hatası

Failde fiili olguya dayanan anlam bilgisinin olmaması sebebiyle düştüğü hataya anlam hatası (*Bedeutungsirrtum*) denir. Anlam hatasında fail normatif olguya ilişkin bilgisizlik durumuna düşer. Bunun sebebi failin o olguyu duyuşsal olarak tam algılamamasıdır. Bu hata da kastı engeller. Her ne kadar değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinin bulunmaması hâline de anlam hatası denebilirse de anlam hatası kavramını sadece ikinci düzey bilginin failde bulunmadığı hâllerle sınırlı olarak kullanmayı tercih ediyoruz⁶⁰.

Örnek: Yemek yediğı restorandan ayrılırken askıda duran başkasına ait ceketini yanlışlıkla alan A, ceketin başkasına ait olup olmadığını, normatif bir olgu olduğundan duyuşsal olarak algılayamaz. Ancak biraz daha dikkat ederse, sözgelimi ceplerini karıştırırsa, duyuşsal olarak malın başkasına aidiyetini algılayabilir. Bu sebeple duyuşsal algı eksikliği sebebiyle normatif bir olguya ilişkin bilgisizlik söz konusu olmuştur. Bu hata TCK m. 30/1 gereği kastı engeller. Dolayısıyla fail hırsızlık suçu açısından kastı bulunmamaktadır. Hırsızlık suçunun taksirli hali de kanunda düzenlenmediğı için A'nın herhangi bir cezai sorumluluğu söz konusu olmaz.

⁵⁹ Çınar, "Malın Başkasına Aidiyeti", s. 218.

⁶⁰ Çınar, "Altıma Hatası", s. 102.

C. Değerlendirme Hatası

1. Genel Olarak

Failin değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinin idrak edilmesi sürecinde düştüğü hataya değerlendirme hatası (*Bewertungsirrtum*) adını veriyoruz⁶¹. Bu hata olguya ilişkin bir hatadır. Bu sebeple kasti engelleyip engellemediği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira değerlendirme olguya ilişkin olduğundan, değerlendirme sürecine yapılan hata sonucu failin kast için gerekli olan hukuki-sosyal anlamı idrak edememesi söz konusu olabilir. Değerlendirme hatasının sebebi failin olguyu duyuşsal olarak tam algılamaması değil, yaptığı yanlış değerlendirmedir. Bu yanlış değerlendirme sebebiyle fail, fiilinin hukuki-sosyal anlamını kavramamış olabilir. Ne var ki bu hata türünün her zaman bir anlam hatası olmayacağını da belirtmek gerekir.

Değerlendirme hatasının kasti engelleyip engellemediği, kastın kapsamına nelerin dâhil olduğu konusuna bağlıdır. Hâkim olan ve yukarıda detaylarını ele aldığımız görüşe göre bu kast için failin olguya ilişkin bilmesi gereken anlam, hukuki-sosyal anlamdır. Bu anlamı veren değerlendirme ise “hukuk dışı alanda paralel değerlendirmedir (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)”⁶².

Değerlendirme hatası, olguya ilişkin failin yapacağı tüm değerlendirme hatalarını kapsayan bir kavramdır. Dolayısıyla sadece paralel değerlendirmenin isabetsiz olması halindeki değerlendirme hatasını kapsamaz. Öyleyse tüm değerlendirme hataları kasti engellemez. Bu sebeple değerlendirme hatasına düşen failde, kast için gerekli olan anlam bilgisinin doğal olarak olmadığı sonucuna varılamaz. Değerlendirme hatasına düşen kişinin bu hata sebebiyle anlam bilgisinden de mahrum olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Eğer anlam bilgisinden de mahrum olmuşsa değerlendirme hatası kasti engeller.

⁶¹ Krş. Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 8; Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. b., Baden-Baden, 2016, s. 115.

⁶² Mezger, s. 328.

Değerlendirme hatasının, failin değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinin idrak edilmesi sürecinde düştüğü hata olduğunu belirledikten ve bu sebeple mutlak manada failde anlam bilgisizliği şeklinde sonuçlanmayacağını ortaya koyduktan sonra kastı engelleyen ve engellemeyen değerlendirme hatalarının olabileceğini ifade etmek gerekir. Her iki değerlendirme hatasının ayrı ayrı ele alınarak somutlaştırılması gerekir.

2. Kastı Engelleyen Değerlendirme Hatası

İfade edelim ki olgunun kavranması sürecinde fail her zaman değerlendirme yapmaz. Eğer fail bir duraksama yaşamış ve bir değerlendirme safhasına girmişse bu durumda failin yapacağı değerlendirme isabetli ya da isabetsiz olabilir. Değerlendirmenin isabetli olup olmadığı failin tasavvuruna göre değil, gerçekliğe göre belirlenir.

Kastı engelleyen değerlendirme hatası, yaptığı yanlış değerlendirme sebebiyle failin olguyu kavramaması ve böylece gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket etmesine yol açan bir hata türüdür⁶³. Bu değerlendirme genellikle, yukarıda detaylarını verdiğimiz paralel değerlendirmedir. Paralel değerlendirmenin isabetli olması halinde fail kasten hareket eder. Söz gelimi hırsızlık suçunda malın başkasına aidiyeti konusunda uzman olmayan failin yaptığı değerlendirme kendisini, hâkimin bir uzman olarak özel hukuk bilgisini dikkate alarak yapacağı değerlendirme ile aynı sonuca götürmüşse failin yaptığı bu paralel değerlendirme isabetlidir; bu durumda failin başkasına aidiyet olgusunu bilerek hareket ettiği söylenir. Bu bilgiye rağmen failin malı alması, kastının varlığını gösterir. Failin kendisini bu bilgiye rağmen haklı görmesi hâlinde kastının olmadığı söylenemez. Bu durumda bilginin konusu, olgu düzeyinden norm düzeyine geçmiş olur. Bu sebeple haksızlık yanılığının olup olmadığına bakılabilir.

Ancak eğer malın başkasına aidiyeti konusunda yapılan paralel değerlendirme faili, hâkimin özel hukuk bilgisini dikkate alarak yapacağı değerlendirmeden farklı bir sonuca götürmüşse paralel değerlendirme isabetli değildir; fail bu durumda başkasına aidiyet

⁶³ Çınar, "Altlama Hatası", s. 120.

olgusunu bilmeden hareket etmiş demektir. Bu ihtimalde failin gerçekleştirdiği hareketin hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket ettiği söylenebilir. Bu durumda failin düştüğü değerlendirme hatası kastını engeller. Dolayısıyla fail olguya ilişkin hukuki-sosyal anlamın idrak edilmesi sürecinde yaptığı paralel değerlendirmede hata yaparak, olguya ilişkin hukuki-sosyal anlamı kavrayamazsa düştüğü değerlendirme hatası bir anlam hatasına dönüşerek kastı engeller.

Örnek 1: A terziden beden ölçülerini ve parasını peşin vererek özel bir ceket sipariş eder. Teslim günü terziye giden A, kendisi için dikilen ceketin askıda hazır olduğunu görünce ister, ancak terzi sebepsizce teslimden kaçınır. Birkaç defa gidip ceketini alamayan A, nihayet bir gün terzi dükkânının önünden geçerken terzinin olmadığını fırsat bilir ve ceketini alıp gider. A kendisi için dikilen, parasını verdiği ceketini kendisinin addederek almıştır⁶⁴. A, aldığı şeyin hangi ceket olduğu konusunda tam bilgi sahibi olmasına rağmen, ceketin kime ait olduğu konusunda yanılmıştır. Zira teslim edilmeden mülkiyet kendisine geçmediği hâlde, yaptığı değerlendirme sonucu isabetsiz olarak ceketini kendisine ait sanmıştır.

Bu örnekte fail ceketin kendisine ait olup olmadığı konusunda bir paralel değerlendirme yapmış ve sonuç itibarıyla ceketin kendisine ait olduğu kanısına vararak hareket etmiştir. Failin tasavvuru ile gerçeklik uyuşmamaktadır. Zira özel hukuk hükümlerine göre alım satımda malın mülkiyeti teslim ile geçer (.....). Ancak failin özel hukuku bilmesi mümkün değildir. Değerlendirme yapmış ve hataya düşmüştür. Düştüğü hatanın konusu ise normatif bir olgu olan başkasına aidiyet olgusudur. Bu hata sebebiyle fail gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını kavramamıştır. Zira kendisinde kastın varlığı için gerekli olan, başkasına ait bir malı aldığı noktasında bulunması gereken bilgi, düştüğü değerlendirme hatasının sonucu olarak bulunmamaktadır. Dolayısıyla fail bir anlam hatasına düşmüştür. Ancak bunun sebebi düştüğü değerlendirme hatasıdır. Bu sebeple değerlendirme hatası anlam hatasına dönüşerek kastı engellemiştir.

⁶⁴ Benzer örnekler için bkz. Hinderer, s. 866, 867; Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, s. 175.

Örnek 2: Devlet hastanesinde ameliyat edilmek üzere rıza gösteren babasının ameliyatını engellemek isteyen, hekime müdahale etmeyeceğine ve fakat en azından hekim dışındaki çalışanları engellemek için ameliyathane önünde bekleyen A, kapıya yönelmiş olarak hızla yürüyen önlüklü kişinin hekim mi yoksa diğer sağlık personeli mi olduğu konusunda şüpheye düşer. Önlüğün mavi olduğunu, hekimlerin ise beyaz önlük giydiklerini ve bu sebeple kapıya ilerleyen hekim olmadığını düşünen A, ilgili kişinin içeri girmesine engel olmak için kolundan tutarak engel olmaya çalışır. Daha sonra ameliyat için içeri girmeye çalışan kişinin hekim olduğu anlaşılır⁶⁵. Görevini yaptırmamak için direnme (TCK m. 265) suçu açısından olayın değerlendirilmesi gerekir.

Hekimin ameliyat yapmasını engellemek olayı şeklinde ele aldığımızda failin, somut olayda bir hekimi engellediğini bilmesi gerekir. Hekim, salt duyuşsal algıyla tanınacak bir olgu değildir. Bir kimsenin hekim olup olmadığı, öncesindeki bir bilgi ile bilinebilir. Örneğimizde tanımadığı kişinin bir hekim olup olmadığı konusunda değerlendirme yapan fail, hataya düşmüş, hekimin başka sağlık çalışanı olduğunu düşünerek hareket etmiştir. Bu değerlendirme hatası, olguya ilişkindir. Görevini yaptırmamak için direnme (TCK m. 265) suçu açısından ele aldığımızda olayda hekimin engellenmesi suretiyle bu suçun işlendiğinden bahsedilemez. Zira fail kolundan tutup engellediği kişinin bir hekim olduğunu bilmemekte, bu sebeple gerçekleştirdiği fiilin görevini yaptırmamak için direnme (TCK m. 265) suçu açısından hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket etmiştir. Bu sebeple bu suç açısından failin kastı bulunmamaktadır. Ancak failin hekimin kolunu tutması, kasten yaralama suçu açısından değerlendirilebilir.

Örnek 3: B, restoran çıkışı arabasını getiren çalışan Ç'ye az evvel çıktıkları restorana gidip unuttuğu siyah ceketini almasını söyler. Ç gittiğinde askıda siyah bir ceket ve siyah bir mont vardır. Ceket ve

⁶⁵ Benzer örnekler için bkz. Melik Kartal, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 139, 142, 143.

montu sürekli karıştıran Ç, montu ceket sanarak başkasına ait montu alıp B'ye getirir⁶⁶.

Bu örnekte Ç başkasına ait taşınır bir malı aldığını bilmemektedir. Bunun sebebi bir ceketin mi yoksa montun mu alındığı konusunda yapılan yanlış değerlendirmedir. Alınan şeyin o şey olarak tanınmamasından kaynaklanan, esasen bir bilgi eksikliği sebebiyle yapılan yanlış değerlendirme, değerlendirme hatasının anlam hatasına yol açmasına sebebiyet vermiştir. Bu örnekte Ç, hırsızlık suçu açısından malın başkasına aidiyeti olgusunda bir değerlendirme hatasına düşmüştür. Bunun sebebi özel hukuktan kaynaklanan bilgi eksikliği değil, failin şahsından kaynaklanan genel sosyal bilgi eksikliğidir. Bu değerlendirme hatasının da kastı engellediğini belirtmek gerekir. Zira failde gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket etmiştir.

Örnek 4: A girdiği alışveriş mağazasında iki adet tahta almak istemektedir. Tahtaları bir sergide kullanmak isteyen ve sergi renkleri ile uyumlu olmasını isteyen A, tahtalar üzerindeki tahtanın fiyatını gösteren renkli etiketi, tahtanın teslimatını belirten bir etiket olduğunu düşünerek fiyatı uygun başka tahtanın etiketi ile değiştirir. Böylece pahalı olan tahtaları daha ucuza alır.

Bu örnekte A, belgede sahtecilik suçu açısından olgu düzeyinde bir değerlendirme yapmış ve hataya düşmüştür. Etiket fiyatı gösteren bir etiket değil, teslimatı gösteren önemsiz bir etiket olarak anlayan A'nın belge bilgisi olmadan ve bu sebeple gerçekleştirdiği hareketin hukuki-sosyal anlamını bilmeden hareket ettiği aşikârdır. Bu sebeple belgede sahtecilik suçları açısından kastı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla failin düştüğü değerlendirme hatasının kastı engelleyip engellemediği, bu hata sebebiyle gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamını yitirip yitirmediğine bakarak belirlenmelidir.

3. Kastı Engellemeyen Önemsiz Değerlendirme Hatası

Failin olguya dair yaptığı değerlendirme isabetsizse bakılır; eğer fail buna rağmen kast için gerekli olan hukuki-sosyal anlamı kavramışsa

⁶⁶ Örnek için bkz. Çınar, "Altlama Hatası", s. 102.

düştüğü değerlendirme hatası kastı engellemeyen önemsiz bir hatadır. Konu ile ilgili bir örnek vermekle iktifa ediyoruz.

Örnek: A restoranda yemek yiyen B'nin çok kıymetli siyah ceketini askıya astığı haberini alır. Yemek yerken fark etmeyeceğini düşünerek ceket almaya giden A, gittiğinde askıda siyah bir ceket ve siyah bir mont vardır. Ceket ve montu sürekli karıştıran A, montu ceket sanarak başkasına ait montu alıp restorandan ayrılır. A başkasına ait taşınır bir malı aldığını bilmektedir. Aldığı montu esasen algılamış, ancak algıladığı bu şeyin ceket mi mont mu olduğu konusunda yaptığı değerlendirme yanlış olunca, sonuç da hatalı olmuştur. Bu hata bir değerlendirme hatasıdır. Ancak başkasına aidiyet noktasında bilgisi buna rağmen tamdır. Bu sebeple bu değerlendirme hatası, kastını engellemez. Zira başkasına ait olduğu bilindiği halde bir malın alınması fiilinin hukuki-sosyal anlamını kavramış olmak için ceketin ne şekilde adlandırıldığına bir önemi yoktur⁶⁷.

4. Değerlendirme Hatasının Hata Türleri Arasındaki Yeri

Son tahlilde, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmemesi (TCK m. 30/1) kapsamında kastı engelleyen hata hâlleri şunlardır: *Fiili olgu hatası* ve *anlam hatası*. *Değerlendirme hatası* ise anlam hatasına yol açması koşuluyla kastı engelleyecektir. Dolayısıyla olgu seviyesinde (*Sachverhaltsebene*) yapılan her hata kastı engellememektedir. Kastı kesin olarak engelleyen iki hata türü olarak fiili olgu ve anlam hatalarına birlikte *olguda hata* (*Tatumstandsirrthum* veya *Tatbestandsirrthum*) denilmesini tercih ediyoruz.

Yargıtay verdiği kararlarda değerlendirme hatası kavramına yer vermekte, ancak bununla haksızlık yanılığını kast etmektedir. Bazı kararlarındaki şu ifadeler bunun açık göstergesidir: "...haksızlık yanılığında fail somut olayda ne yaptığının bilincindedir. Fakat davranışını yasaklayan normun varlığında veya yorumunda ... hataya düşmekte, böylece davranışının meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir."⁶⁸ "...unsur hatası bir algılama hatası olduğu hâlde, yasak hatası bir **değerlendirme**

⁶⁷ Çınar, *Der Subsumtionsirrthum*, s. 101 vd.

⁶⁸ Yargıtay 16. CD, 2019/9681 E., 2021/490 K.

hatasıdır.”⁶⁹ Ne var ki yorum ya da değerlendirme hatası olarak nitelendirilen, atılma hatası olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşündüğümüz⁷⁰ hatanın doğrudan yasak hatası olarak veya olguya ilişkin bir hata olan değerlendirme hatası olarak nitelendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu sebeple değerlendirme hatasının, anlam hatasına yol açması halinde kastı engelleyeceğini vurgulamak gerekir.

Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof-BGH*) kararlarında ise değerlendirme hatası ile atılma hatası olarak nitelendirdiğimiz hataların ikisine de *Subsumtionsirrtum* denmekte⁷¹ ve hukuken kural olarak önemsiz addedilse de yasak hatasının bir görünüş şekli gibi kabul edilmektedir⁷². Biz bu değerlendirmeye de katılmıyoruz. Zira değerlendirme hatası duruma göre olguda hataya yol açabilmekte ve kastı engellemekte iken atılma hatası, kural olarak önemsiz olmasına rağmen duruma göre yasak hatasına yol açabilmektedir. Bu sebeple iki hata türünün birbirinden ayrılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira bu iki hatanın birbiri ile karıştırılması sebebiyle bu tarz hata hâllerinin olguda hatanın kapsamına mı yoksa yasak hatası kapsamına mı girdiği konusu sürekli tartışılmaktadır.

Sonuç

Ceza hukuku açısından önemli sonuçları olan, yanlış varsayım ya da bilmeme şeklinde ortaya çıkan, tasavvur ile gerçekliğin uyuşmaması durumuna hata denir. Failin tasavvuru ile gerçekliğin uyuşmaması olarak da tanımlanabilen hatanın birçok türü vardır. Değerlendirme hatası, tipiklik aşamasında gerçekleşen, olguya ilişkin bir hata türüdür. Değerlendirme olarak isimlendirilmesinin sebebi, failin

⁶⁹ Yargıtay 16. CD, 2020/84 E., 2021/1909 K.

⁷⁰ Krş. Çınar, “Atılma Hatası”, s. 79 vd.

⁷¹ Her iki hatanın benzerlik sebebiyle karıştırılması ve *Subsumtionsirrtum* başlığı altında tek bir hata gibi algılanmasına öğretilerde de sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin bkz. Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrkässigkeit im Strafrecht*, Scientia-Verlag, Berlin, 1930, s. 82 vd.; Welzel, “Der Parteiverrat”, s. 279; Jürgen Baumann, “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, 16-18, s. 17; Nierwetberg, s. 239; Hinderer, s. 864 vd.

⁷² Örnek olarak bkz. BGHSt. 7, s.23; 9, s.347; 13, s.138; 15, s.338.

olguya ilişkin anlamı kavrararken yaptığı değerlendirme faaliyetinde hata yapmasıdır.

Değerlendirme hatası tipiklik aşamasında olguya ilişkin bir hata olduğundan, failin olguya ilişkin bilgisinin mahiyetinin belirlenmesi gerekir. Failin tipiklik aşamasında olguya ilişkin bilgisine kast denir. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlansa da aslında kastın kapsamına birer kavram olan unsurlar değil, bu unsurlara tekabül eden suç olayındaki münferit somut olgular girer.

Failin olguya dair bilgisi, olgunun doğasına göre farklı yollarla elde edilir. Bu bağlamda olguya dair bilginin üç şekilde elde edilmesi mümkündür. İlk bilgi düzeyine fiili olgu bilgisi denir. Deskriptif olguların söz konusu olduğu bu düzeyde olgu bilgisi, duyuşsal algıya yoluyla elde edilir. İkinci bilgi düzeyine ise fiili olguya dayanan anlam bilgisi denir. Bu düzeyde normatif olgular söz konusudur. Ancak normatif olguya dair bilgi duyuşsal algı yoluyla elde edilir. Son bilgi düzeyine ise değerlendirmeye dayanan anlam bilgisi denir. Bu aşamada failin olgu bilgisi, yapacağı bir değerlendirme sonucu oluşur. Failin elde etmesi gereken bilgi, gerçekleştirdiği fiilin hukuki-sosyal anlamıdır. Bu anlamı elde etmek için yapması gereken değerlendirme ise hukuk dışı alanda paralel değerlendirmedir. Fail olgu hakkında ancak bu şartlar altında kasten hareket etmiş sayılır. Bu değerlendirme norma değil olguya ilişkindir.

Failin tipiklik aşamasında olgu bilgisine sahip olmaması, ilgili olgu açısından kastının olmadığını gösterir. Bu duruma hata denir. Hangi hata türünün oluştuğu, hatanın hangi bilgi düzeyinde gerçekleştiğine göre belirlenebilir. Failde fiili olgu bilgisinin olmaması sebebiyle düştüğü hataya fiili olgu hatası (*Tatsachenirrtum*) denir. Dolayısıyla bu hata, olguda hata kapsamında olup kastı engeller. Failde fiili olguya dayanan anlam bilgisinin olmaması sebebiyle düştüğü hataya anlam hatası (*Bedeutungsirrtum*) denir. Anlam hatasında fail normatif olguya ilişkin bilgisizlik durumuna düşer. Bunun sebebi failin o olguyu duyuşsal olarak tam algılamamasıdır. Bu hata da kastı engeller. Failin değerlendirmeye dayanan anlam bilgisinin idrak edilmesi sürecinde düştüğü hataya değerlendirme hatası (*Bewertungsirrtum*) adını

veriyoruz. Bu hata olguya ilişkin bir hatadır. Bu sebeple kastı engelleyip engellemediği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Değerlendirme hatasının kastı engelleyip engellemediği, kastın kapsamına nelerin dâhil olduğu konusuna bağlıdır. Hâkim olan ve yukarıda detaylarını ele aldığımız görüşe göre bu kast için failin olguya ilişkin bilmesi gereken anlam, hukuki-sosyal anlamdır. Bu anlamı veren değerlendirme ise “hukuk dışı alanda paralel değerlendirmedir (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)”. Değerlendirme hatası, olguya ilişkin failin yapacağı tüm değerlendirme hatalarını kapsayan bir kavramdır. Dolayısıyla sadece paralel değerlendirmenin isabetsiz olması halindeki değerlendirme hatasını kapsamaz. Öyleyse tüm değerlendirme hataları kastı engellemez. Bu sebeple değerlendirme hatasına düşen kişinin bu hata sebebiyle anlam bilgisinden de mahrum olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Eğer anlam bilgisinden de mahrum olmuşsa değerlendirme hatası kastı engeller, aksi halde kastı engellemeyen değerlendirme hatası söz konusudur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Irrtum als ein Begriff kann im Strafrecht als ein zu strafrechtlich beachtlichen Folgen führendes Auseinanderfallen von der Vorstellung und der Wirklichkeit, das in Form der irrigen Annahme oder der Unkenntnis zustande kommt, definiert werden. Wenn die Nichtübereinstimmung von der Vorstellung des Irrenden und der Wirklichkeit dadurch erfolgt, dass dem Irrenden die Kenntnis der Wirklichkeit fehlt, kommt der Irrtum in der Form der „Unkenntnis“ zustande. Im Strafrecht gibt es verschiedene Irrtumsarten. Der Bewertungsirrtum ist eine Irrtumsart, der auf der Stufe der Tatbestandsmäßigkeit des Deliktsaufbaus auftritt. Der Grund, warum er als Bewertungsirrtum bezeichnet wird, ist, dass der Täter bei seiner Bewertungstätigkeit einen Irrtum begeht, während er die Bedeutung des Sachverhalts erfasst.

Da es sich bei dem Bewertungsirrtum um einen Irrtum bezüglich einen Tatumstand auf der Tatbestandsmäßigkeitsebene handelt, ist es notwendig, die Art des Wissens des Täters über den Tatumstand zu bestimmen. Das Wissen des Täters über den Tatumstand auf der Tatbestandsmäßigkeitsebene wird als Vorsatz bezeichnet. Obwohl der Vorsatz als die willentliche und wissentliche Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale in der Legaldefinition des Straftatbestands definiert ist, umfasst die Wissensseite des Vorsatzes nicht die Tatbestandsmerkmale, die Begriffe sind, sondern die einzelnen konkreten Tatumstände im Tatgeschehen, die diesen Tatbestandsmerkmalen unterfallen.

Es soll auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit zwischen drei Kenntnisstufen des Täters bezüglich eines Umstandes unterschieden werden, die zum besseren Verständnis als Tatsachenkenntnis, Bedeutungskennntnis durch Tatsachenkenntnis und Bedeutungskennntnis durch Bewertung benannt werden können. Bei der ersten Stufe der Täterkenntnis handelt es sich um die Kenntnis von Tatsachen bzw. tatsächlichen, realen Umständen. Bei dieser ersten Stufe wird tatsächliche bzw. natürliche Sinngehalt der Umstände erfasst. Sind die realen Umstände in ihrem „faktisch-empirischen Substrat“ erkannt, so wird deren natürlicher Sinngehalt erfasst. Tatsachenkenntnis ist nur bei den Umständen möglich, die durch deskriptive Tatbestandsmerkmale beschrieben bzw. bezeichnet werden. Bei der zweiten Stufe der Täterkenntnis handelt es sich

um solche Umstände, die zwar von normativen Tatbestandsmerkmalen bezeichnet werden, deren Bedeutungsgehalt aber keine Bewertung bzw. Beurteilung erfordert. Bei der letzten Stufe soll diejenige Bedeutung der normativen Umstände verstanden werden, deren Erfassung mehr oder weniger eine Beurteilung erfordert. Im Vergleich mit der Tatsachenkenntnis, bei der bloße Unterordnung von dem sinnlich Wahrgenommenen unter einen Alltagsbegriff bereits ausreicht und damit eine basale Bedeutung erfasst wird, wird hier eine solche Bedeutung erfasst, deren Erfassung einen Beurteilungsvorgang erfordert. Genau hier tauchen zwei miteinander verbundenen Fragen auf: Welcher Bedeutungsgehalt der gedachten Umstände ist es, dessen Bedeutung eine Beurteilung erfordert und was für eine Beurteilung ist es, die zur Erfassung dieses Sinngehalts führt?

Diese Fragen sollen im Folgenden speziell beruhend auf der Vorsatzproblematik beantwortet werden. Betrachtet man die zweite und dritte Stufe im Rahmen der Wissensseite des Vorsatzes, so ist die Bedeutung, die bezüglich der Umstände hier zu erfassen ist, nach ganz vorherrschender Meinung die rechtlich-soziale Bedeutung. Zur Erwerbung des sozialen Sinngehalts der gedachten Umstände reicht also die sinnliche Wahrnehmung bzw. die alltagsbegriffliche Erfassung des sinnlich Wahrgenommenen nicht aus. Denn solche gedachten Umstände sind sinnlich nicht wahrnehmbar. Um die Bedeutungskennntnis solcher die unter normative Tatbestandsmerkmale fallenden gedachten Umstände zu besitzen, muss darüber hinaus eine Beurteilung vorliegen, die uns im Rahmen des Vorsatzes den sozialen Sinngehalt liefern muss. Trotz aller Diskussionen um diese Beurteilung im Rahmen der Vorsatzproblematik, ist es an dieser Stelle ausreichend festzuhalten, dass die vorherrschende Ansicht hierzu mit Recht eine Parallelwertung in der Laiensphäre fordert und als hinreichend ansieht. Die Parallelwertung in der Laiensphäre besagt also, dass die Bedeutungskennntnis objektiv als vorliegend angenommen wird, wenn der Täter die gedachten Umstände so bewertet hat, wie sie der Richter später bewerten werden wird.

Den drei Kennntnisstufen des Täters auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit entsprechend kann man die Irrtumsarten theoretisch in drei Arten aufgliedern: Tatsachenirrtum, Bedeutungsirrtum und Bewertungsirrtum. Das Fehlen von der Tatsachenkenntnis kann man theoretisch als Tatsachenirrtum bezeichnen. Dieser Irrtum schließt den Vorsatz

aus. Das Fehlen der Bedeutungskennntnis durch Tatsachenkenntnis kann man theoretisch als Bedeutungsirrtum bezeichnen. Dieser Irrtum schließt den Vorsatz auch aus. Das Fehlen der Bedeutungskennntnis durch Bewertung kann man theoretisch als Bewertungsirrtum bezeichnen. Da der Bewertungsirrtum hier wegen einer falschen Bewertung nicht erlangt wird, kann man sagen, dass der Bewertungsirrtum zum Bedeutungsirrtum geführt hat. Mit anderen Worten kann ein Bewertungsirrtum theoretisch zur Folge haben, dass der Täter nicht die zum Vorsatz erforderliche Bedeutungskennntnis erlangt hat. Ob aber jeder Bewertungsirrtum rechtlich wie der Bedeutungsirrtum als vorsatzausschließend qualifiziert werden kann, kann man davon abhängig bestimmen, welche Anforderungen man an den Vorsatz stellt. Wie oben bereits erwähnt wurde, ist die zum Vorsatz erforderliche Bedeutungskennntnis nach ganz herrschender Meinung die rechtlich-soziale Bedeutung. Zur Erwerbung des sozialen Sinngehalts der gedachten Umstände muss über die sinnliche Wahrnehmung hinaus eine Beurteilung vorliegen, die uns im Rahmen des Vorsatzes den sozialen Sinngehalt liefern muss. Nach vorherrschender Ansicht ist die hierfür erforderliche und ausreichende Beurteilung eine Parallelwertung in der Laiensphäre. Der Begriff des Bewertungsirrtum umfasst alle Bewertungsirrtümer des Täters in Bezug auf den Tatumstand. Er umfasst also nicht nur den Bewertungsirrtümer, wenn die Parallelwertung falsch ist. Daher schließt nicht jeder Bewertungsirrtum den Vorsatz aus. Aus diesem Grund sollte auch untersucht werden, ob der Täter, der einen Bewertungsirrtum begangen hat, aufgrund dieses Irrtums das Wissen um die Bedeutung vorenthalten wurde. Wenn ihm die Kennntnis des Sinns entzogen wurde, schließt der Bewertungsirrtum den Vorsatz aus, andernfalls handelt es sich um einen Bewertungsirrtum, der den Vorsatz nicht verhindert.

Ferner ist hier zu beachten, dass der Bewertungsirrtum auf der Sachverhaltsebene unterlaufen ist. Der Gegenstand der Parallelwertung ist hier deshalb nicht etwa die Rechtswidrigkeit bzw. die Verbotenheit oder Strafbarkeit der Handlung, die auf der Normebene in Betracht kommen.

KISALTMALAR

b.	: Bası
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt.	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
D.E.Ü	: Dokuz Eylül Üniversitesi
dp.	: Dipnot
ed.	: editör(ler)
kn.	: kenar notu
Krş.	: Karşılaştırınız
L.	: Lernbogen
m.	: madde
Örn.	: Örneğin
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
StGB	: Strafgesetzbuch
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

- BACHMANN Jochen, *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- BACKMANN Leonhard E., "Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum", *Juristische Schulung*, 1972, s. 196-199.
- BAUMANN Jürgen, "Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, s. 16-18.
- BINDING Karl, *Die Normen und Ihre Übertretungen, Dritter Band: Der Irrtum*, Scientia-Verlag, Leipzig, 1918.
- BOSBACH Hansrainer, *Subsumtion als Problemlösung Psychologische Aspekte juristischer Textinterpretation*, Tübingen, 1981.
- BURCHARD Christoph, *„Irren ist menschlich“*, Tübingen, 2008.
- ÇINAR İsmail, "Altlama Hatası'nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsalsal ve Hukuki Anlamı", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 2 (2021), s. 79-128, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1705038>.
- ÇINAR İsmail, "Ceza Muhakemesinde Hüküm Verme Sürecine Metodolojik Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 14, S. 56 (2023), s. 337-370.
- ÇINAR İsmail, *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Logos Verlag Berlin, Berlin, 2019.
- ÇINAR İsmail, "Hırsızlık Suçunun Maddi Unsurlarından 'Malın Başkasına Aidiyeti' ve Bu Unsurun Kast Bağlamında Yol Açtığı Sorunlar", *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, ed. Ü. Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 177-228.

- DOPSLAFF Ulrich, "Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, 1-26.
- EBERT Udo, *Untersuchungen zur Struktur und rechtlichen Relevanz des sogenannten Subsumtionsirrtums (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)*, Mainz, 1973.
- ENGISCH Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrkässigkeit im Strafrecht*, Scientia-Verlag, Berlin, 1930.
- ERDEM Mustafa Ruhan, "Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma", *D.E.Ü Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*, C. 21, S. Özel Sayı (2019), s. 43-68.
- ERMAN Ragıp Barış, *Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- GROPP Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. b., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2020.
- HASSEMER Winfried, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968.
- HEIDRICH Diether, *Die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, Buchdruckerei von Paul Menzel, Breslau, 1910.
- HEINRICH Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. b., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- HETTINGER Michael, "Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumsstände- eine Einführung", *Juristische Schulung*, 1988, L. 71-80.
- HETTINGER Michael, "Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumsstände- eine Einführung", *Juristische Schulung*, 1989, L. 17-24.
- HINDERER Patrick Alf, "Tatumstandsirrtum oder Verbotsirrtum?", *Juristische Arbeitsblätter*, 2009, s. 864-868.
- HOBE Konrad, *Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandsmerkmalen*, Heidelberg, 1962.

- HOFFMANN-HOLLAND Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.
- HORN Emanuel, *Der Begriff des Begriffes. Die Geschichte des Begriffes und seine metaphysische Deutung*, München, 1932.
- JAKOBS Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2. b., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991.
- JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. b., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JOECKS Wolfgang, "§16 Irrtum über Tatumstände", *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§1-51*, 3. b., München, 2017.
- KARTAL Melik, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- KAUFMANN Arthur, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*, Mainz: Krach, 1949.
- KAUFMANN Arthur, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München, 1982.
- KNOBLOCH Nils, "Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht – Eine systematische Darstellung", *Juristische Schulung*, 2010, s. 864-868.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KOHLRAUSCH Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903.
- KORIATH Heinz, "Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre", *Juristische Ausbildung*, 1996, s. 113-127.
- KREY Volker/ESSER Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. b., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.

- KUHLI Milan, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung. Institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht*, Tübingen, 2018.
- KÜHL Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. b., Verlag Franz Vahlen, München, 2017.
- LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. b., Springer, Berlin, Heidelberg/New York, 1991.
- MAYER Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Carl Winters, Heidelberg, 1915.
- MEZGER Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. b., Duncker & Humblot, Berlin/München, 1949.
- MURMANN Uwe, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 4. b., Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- NIERWETBERG Rüdiger, "Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum-Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?", *Juristische Ausbildung*, 1985, s. 238-243.
- NOWAKOWSKI Friedrich, "Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, S. 65 (1953), s. 379-402.
- PUPPE Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. b., Baden-Baden, 2016.
- RATH Jürgen, "Arbeitsschritte zur Behandlung strafrechtlicher Irrtumsfälle", *Juristische Ausbildung*, 1998, s. 539-544.
- RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. b., Verlag C. H. Beck, München, 2020.
- RINCK Klaus, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- ROLSHOVEN Fritz, *Die Stellung des Subsumtionsirrtums im Gesamtirrtumsproblem des Strafrechts*, Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag, Zeulanroda, 1934.
- ROXIN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. b., Verlag C. H. Beck, München, 2006.

- RÖNNAU Thomas/FAUST Florian/FEHLING Michael, "Der Irrtum und seine Rechtsfolgen", *Juristische Schulung*, 2004, s. 667-674.
- SCHLICK Moritz, *Allgemeine Erkenntnislehre*, Berlin, 1918.
- SCHLÜCHTER Ellen, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- SCHMIDT Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 20. b., Verlag Dr. Rolf Schmidt, Bremen, 2018.
- SCHRÖDER Horst, "Die Irrtumsrechtsprechung des BGH", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, S. 65 (1953), s. 178-209.
- SCHUPPE Wilhelm, *Grundriss der Erkenntnistheorie und Logik*, 2. b., Berlin, 1910.
- SCHWEGLER Isabell, *Der Subsumtionsirrtum*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995.
- SCHWEIZER Adolf, *Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht*, Strassburg, 1906.
- TUNÇ Kübra, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*, Adalet Yayinevi, Ankara, 2020.
- VOGEL Joachim, "§16 Irrtum über Tatumstände", *Leipziger Kommentar StGB Band 1, Einleitung §§1-31*, 12. b., Berlin: Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann, 2007.
- WALTER Tonio, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- WARDA Heinz-Günter, "Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre", *Juristische Ausbildung*, 1979, s. 1-5; 71-82.
- WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, 11. b., De Gruyter, Berlin, 1969.
- WELZEL Hans, "Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum)", *Juristenzeitung*, 1954, s. 276-280.
- WESSELS Johannes, Werner BEULKE, Helmut SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. b., C. F. Müller, Heidelberg, 2020.

Spor Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkime İlişkin Güncel Sorunlar ve Gelişmeler

Aktuelle Probleme und Entwicklungen bei der Schiedsgerichtsbarkeit zur Beilegung von sportrechtlichen Streitigkeiten

Doç. Dr. / PD Dr. Habil. Efe DİRENİSA*

ÖZ

Spor hukukundan doğan uyuşmazlıkların, sporun yapısına uygun, kısa sürede ve etkin biçimde çözümlenmesi için tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye’de de özel tahkim kurulları oluşturulmuştur. Türkiye Futbol Federasyonu 1991 yılında özerk yapıya kavuşmuş ve bünyesinde Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Ardından özerkleşen diğer federasyonlar için Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Bu çalışmada spor hukukunda tahkime başvurma nedenlerine değinilecek; bu alanın hukukçular için barındırdığı yenilikler gösterilip, bu kapsamda spor tahkiminin önde gelen kurumları güncel gelişmeler ışığında açıklanacaktır. Bu kapsamda öncelikle Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport (CAS)), sonrasında ise Türkiye Futbol Federasyonu bünyesindeki Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ile Tahkim Kurulu, ardından Spor Hukuk Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu ve son olarak FIBA Basketbol Tahkim Mahkemesi (Basketball Arbitral Tribunal (BAT)) incelenecektir. Spor tahkiminin adil yargılanma hakkıyla bağlantısını ortaya koyabilmek için konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (direnisa@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-2220-9468.



Anahtar Kelimeler: *Spor hukuku, tahkim, spor hukuku uyuşmazlıkları, Spor Tahkim Mahkemesi, FIBA Basketbol Tahkim Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.*

Current Problems and Developments Regarding Arbitration in Resolving Sports Law Disputes

ABSTRACT

Special arbitration boards have been established in Türkiye, as in the rest of the world, to resolve sports law disputes in a short time and in an effective manner in accordance with the structure of sports. The Turkish Football Federation became autonomous in 1991, and an Arbitration Board was established within. Subsequently, the Arbitration Board of the General Directorate of Sports was established for other federations that became autonomous. This study will address the grounds for resorting to arbitration in sports law and indicate the new developments in this field for lawyers. Then, it describes the leading institutions of sports arbitration in light of current developments. In this context, the following arbitral institutions will be examined: the Court of Arbitration for Sport (CAS), the Dispute Resolution Board and the Arbitration Board within the Turkish Football Federation, the Arbitration Board of the General Directorate of Sports Law, and the Basketball Arbitral Tribunal (BAT). The topic will be discussed considering the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Turkish Constitutional Court (CC) to reveal the link between sports arbitration and the right to a fair trial.

Keywords: *Sports law, arbitration, sports law disputes, Court of Arbitration for Sport, Basketball Arbitral Tribunal, Turkish Constitutional Court, European Court of Human Rights.*

Giriş

Çalışmamızın amacı genel hatlarıyla spor hukukunda tahkime başvurma nedenlerine değinerek, bu alanın hukukçular için barındırdığı yenilikleri göstermek ve bu kapsamda spor tahkiminin önde gelen kurumlarını güncel gelişmeler ışığında açıklamaktır. Bu bağlamda öncelikle Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport (CAS)), sonrasında ise Türkiye Futbol Federasyonu bünyesindeki Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ile Tahkim Kurulu, ardından Spor Hukuk Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu ve son olarak FIBA Basketbol Tahkim Mahkemesi (Basketball Arbitral Tribunal (BAT)) incelenmiştir. Spor tahkiminin adil yargılanma hakkıyla bağlantısını ortaya koyabilmek için konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

I. Genel Olarak Spor Hukuku

Spor hukuku en yalın tanımıyla, temel hukuk ilkelerinin spor sektöründe uygulanmasıdır.¹ Spor hukuku ayrı bir hukuk dalı olarak görülmeye başlamış olsa da, aslında borçlar hukuku, medenî usûl hukuku, milletlerarası özel hukuk, idare hukuku, rekabet hukuku, iş hukuku ve yabancılar hukuku gibi birden çok hukuk dalının etkisiyle ortaya çıkmıştır. Doktrinde spor hukuku dar ve geniş anlamda olarak farklı şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda spor hukuku, sporcuların hak ve yükümlülüklerini, sportif kuruluşların işleyişini ve spor sektöründe yer alan aktörlerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır.² Geniş anlamda spor hukukunun konusunu ise bireylerin spor yapma ve sportif faaliyetlere katılma hakkı, sportif faaliyetlerde bulunan kişilerin iş ve sosyal güvenlik hukuku kaynaklı hakları, sporda şiddet, *fair play* ve disiplin hukuku kuralları oluşturmaktadır.³ Bu

¹ Michael J. Cozilli/Mark S. Levinstein/Michael R. Dimino/Gabriel Feldman, *Sports Law Cases and Materials*, Second Edition, Carolina Academic Press, 2007, s. 5 vd.

² Kısmet Erkiner, "Türkiye'de Spor Hukuku'nun Oluşumu", İstanbul Barosu Dergisi (Spor Hukuku Özel Sayısı), s. 18; Cahit Özkan, 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Çerçevesinde Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 17.

³ Erkiner, s. 18.

çerçeve de geniş anlamda spor hukuku birden çok hukuk dalıyla ilişkilidir. Örneğin, iş hukuku kapsamında antrenörlük sözleşmeleri veya sporcuların sendika kurma hakları; vergi hukuku kapsamında sporculara ödenen ücretlerin vergilendirilmesi; ceza ve disiplin hukuku kapsamında stadyumlarda yaşanan olumsuz davranışlar; yabancılar hukuku kapsamında sporcuların ve ailelerinin çalışma izni ve yurda girişleri gibi hukukun farklı alanlarını ilgilendirebilmektedir.

Spor hukukuna ilişkin diğer bir ayırım ise millî ve milletlerarası spor hukuku ayırımıdır. Bu ayırımı göre, yabancılik unsuru taşıyan sportif faaliyetler, milletlerarası spor olarak kabul edilmektedir.⁴ Sportif faaliyetin yabancılik unsuru içermesi durumu, uyuşmazlığın çözümü hakkında yetkili mahkemeyi veya tahkim merkezini değıştirdiğı gibi, davada uygulanacak olan hukuk kurallarını da değıştirmektedir.⁵

Spor sektörü, birden çok farklı spor dalından oluşur. Profesyonel olarak icra edilen her spor branşı, Türkiye’de bulunan kendi federasyonunun kurallarına tâbidir. Bu federasyonlar, ilgili olduğu spor branşının müsabakalarının ulusal alanda gerçekleşmesinden sorumludur. Sporun evrensel yapısının gerektirdiğı üzere, ulusal federasyonlar da uluslararası federasyonlara karşı sorumlu olur. Federasyonlar, genel olarak Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesindeki Spor Genel Müdürlüğü’ne bağlıdır ve özerk yapıları gereğince özel hukuk hükümlerine tâbidir.

Örneğin, Türkiye Basketbol Federasyonu, Türkiye Voleybol Federasyonu, Türkiye Binicilik Federasyonu, Türkiye Hentbol Federasyonu ve Türkiye Atletizm Federasyonu’nun ana statülerinin beşinci maddesi; bu federasyonları, özel hukuk hükümlerine tâbi, bağımsız statüye ve tüzel kişiliğe sahip olarak tanımlamıştır. Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ise, Spor Genel Müdürlüğü’nden bağımsızdır. Kendi kanunu (5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun)⁶ olan TFF, bu bağlamda diğer federasyonlardan farklıdır. 5894 sayılı Kanun’un birinci maddesinde,

⁴ Nuray Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 12.

⁵ Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, s. 12.

⁶ RG, T. 16.05.2009, S. 27230.

TFF'nin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu öngörülmüş olup; anılan maddede TFF tüzel kişiliğe sahip ve özerk olan bir federasyon olarak tanımlanmıştır.

Spor hukuku, kendine özgü yapısı olan bir alan olup, spor hukuku alanında sporun gerçeklerine ve gerekliliklerine hâkim, bu alanda uzmanlaşmış hukukçulara ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle yabancılik unsuru içeren davalar bakımından spor hukuku uyuşmazlıklarının uzman, tarafsız ve bağımsız hukukçularla çözümlenmesi, spor kültürünün gelişimi için gereklidir. Bu kapsamda spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlar hakkında tarafların adalete erişimini sağlamak için çeşitli tahkim kuruluşları kurulmuştur.⁷

II. Tahkim ve Spor Uyuşmazlıkları

Tahkim, taraflar arasındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri yerine, bizzat tarafların tasarrufuyla belirlenmiş olan bir veya birden çok hakem nezdinde çözümlenmesidir.⁸ Tahkimin sunmuş olduğu bağımsızlık, hız ve gizlilik gibi avantajlar, özellikle yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda tahkimin en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olmasını sağlamıştır.⁹ Ayrıca tahkim yargılamasında usûl kurallarının devlet

⁷ Mustafa Artuç, "Spor Tahkim Kurulları", Türkiye Adalet Akademisi, S. 19, C. 5, Y. 2014, 867-902, s. 867 vd.

⁸ Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4. Bası, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 2 vd.; Nurettin Emre Bilginoğlu, Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 1; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milleterarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 812.

⁹ Hakan Pekcanıtez/Ali Yeşilirmak, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2602-2604; Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 319-324; Nuray Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 170-171; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 9-12; Baver Mazlum Mert, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 3.

yargısına tâbi olarak yürütülen yargılamayla kıyaslandığında, daha esnek olması; tarafların, hakemler, tahkim yeri, uyuşmazlığın esasına ve usûlüne uygulanacak hukuk kuralları ve tahkimin süresi üzerinde belirleyici güce sahip olmaları da, tahkim kurumunu taraflar için cazip hâle getirmektedir.

Spor hukuku özelinde ise tahkimin hızlı ve etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunması oldukça önemlidir. Zira sportif faaliyetlerin gerçekleşeceği tarihler önceden belirlenmekte ve uyuşmazlıkların çoğu zaman bu tarihlere kadar çözümlenmiş olması beklenmekte ve gerekmektedir. Örneğin, sportif bir organizasyondan men edilen bir kulübün, bu kararın kaldırılması ve ilgili organizasyona katılabilmesi için oldukça kısa süre içerisinde verilmesi gereken bir karara ihtiyacı vardır.¹⁰ Aynı şekilde, müsabakadan men cezası alan bir sporcunun, o müsabakada yer alabilmesi için müsabakadan önce, konu hakkında bir karar alınması gerekir. Daha önce ifade edildiği üzere, tahkim yargılamasının devlet yargısına nazaran daha hızlı olmasının yanı sıra spor hukukundan doğan uyuşmazlıklarının, spor hukuku alanında uzmanlaşmış olan kişilerce çözümlenecek olması da tahkimi tercih sebebi yapmaktadır.¹¹

III. Tahkime Elverişlilik ve Spor Tahkimi

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için, “tahkime elverişli” olması gerekir. “Elverişlilik”, tarafların uyuşmazlık konusunda serbestçe anlaşma yapabilmeleri olup, bu anlaşmanın geçerli olması için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamasıdır.¹² Bu bağlamda

¹⁰ Hatice Özdemir Kocasakal, *Sportif Uyuşmazlıkların Çözümü ve CAS*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2013, s. 143.

¹¹ Fatih Gündoğdu, “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” *TBB Dergisi*, S. 140, C. 31, Y. 2019, 140-170 s. 140 vd.

¹² Bu hususta ayrıca bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2011; Hilmi Bolatoğlu, “Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliğine İlişkin Hukuki Çerçeve”, *Hacettepe HFD*, S. 2, C. 7, Y. 2017, 305-332, s. 307-309.

tahkime elverişlilik, taraf iradesinin de sınırını oluşturmaktadır.¹³ Türk hukuku bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁴ (HMK) düzenlenen millî (ulusal) tahkim ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda¹⁵ (MTK) milletlerarası tahkimde, tahkime elverişlilik benzer şekilde düzenlenmiştir. HMK m. 408 hükmüne göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Anılan hükümde yer alan bu ifadeden, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakların tahkime elverişli olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶ MTK m. 1/4 hükmünde, "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar" şeklinde, HMK m. 408 hükmüne benzer bir düzenleme yer almaktadır. Türk hukukunda söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden doğan uyuşmazlıkların, tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar genellikle kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku alanları ile çekişmesiz yargı işlerinde görülmektedir. Bunun sebebi, devletin bireyi ve aileyi ilgilendiren konulardaki yargı yetkisini, özel kişilere bırakmak istememesidir. Spor uyuşmazlıkları bakımından ise tarafların hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmeleri söz konusu olduğu için, spor hukukundan doğan uyuşmazlıkların genellikle tahkime elverişlidir.

IV. Zorunlu Tahkim Olarak Spor Tahkimi

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi kanunen zorunlu kılınmamış ise tarafların tahkim yoluna

¹³ İlhan H. Afşin, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 221; Selda Taşyürek Köksal, "Tahkime Elverişlilik", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Panelleri Serisi, C. I, eds. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 413-426, s. 413 vd.

¹⁴ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵ RG, T. 05.07.2001, S. 24453.

¹⁶ Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 177.

başvurması ihtiyarîdir.¹⁷ Diğer bir ifadeyle taraflar, tahkimin ihtiyarî olduğu durumlarda uyuşmazlığı gidermek için devlet yargısı veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilir. Öte yandan tahkime başvurulması kanunen zorunlu kılınmış olabilir. Bunun sebebi, kanun koyucunun belirli konuların uzmanlık gerektirdiğini ve uyuşmazlığın çözümünde süratin önemli olduğunu öngörmesidir. Yine spor kültürünün gelişmesi ve Türkiye'nin uluslararası alanda sporcular tarafından tercih edilen bir ülke hâline gelmesi gibi amaçlarla, tahkimin zorunlu kılınması söz konusu olmuştur. Bu kapsamda Anayasa'nın "Sporun Geliştirilmesi" kenar başlıklı 59. maddesine göre, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz. Dolayısıyla Anayasa'nın 59. maddesi uyarınca, federasyonların, spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı tahkimden başka bir hukukî yola başvurulmasına imkân tanınmamıştır. Ancak dikkat edilmelidir ki, Anayasa'da sadece spor faaliyetlerinin "yönetimi" ve "disiplini" hakkındaki hususlarda zorunlu tahkim öngörülmüştür. Bu sebeple yönetime veya disipline ilişkin olmayan konularda, taraflar dilerlerse devlet yargısına başvurabilecekleri gibi, uyuşmazlığın konusunu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hak oluşturuyorsa, bu takdirde ihtiyarî tahkim yoluna da başvurulabilirler.¹⁸

V. Önde Gelen Kurumsal Spor Tahkimi Mercileri

A. TFF Tahkim Kurulu

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca TFF bünyesindeki Tahkim Kurulu, bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim merciidir. TFF Tahkim Kurulu; altı asıl, altı yedek üyeden oluşan sadece futbol uyuşmazlıklarını çözümlmek için görevlendirilmiş bir tahkim kuruludur. TFF'nin en üst hukuk kurulu olan Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklarla bağlı

¹⁷ Akıncı, s. 8.

¹⁸ Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, s. 17.

olarak nihaî karar merciidir. Kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihaî olarak karara bağlar.

İlgili mevzuat kapsamında Tahkim Kurulu'nun kesin olarak karara bağlayacağı birçok husus bulunmaktadır. Bunlar, futbola mensup kişiler ve kulüpler hakkında Yönetim Kurulu tarafından verilen kararlar, AFDK ve PFDK kararları, UÇK kararları, Kulüp Lisans Kurulu kararları, Etik Kurulu kararları, diğer nihaî karar verme yetkisine sahip olan kurulların kararları ile TFF Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan talimatlardır. Tahkim Kurulu'nun konuyla ilgili birkaç kararını incelemek, Tahkim Kurulu'nun kararlarına konu olayları daha iyi anlayabilmek bakımından önemlidir.

İlk olarak, Tahkim Kurulu'nun AFDK kararı üzerine verdiği 2014/181 sayılı kararına¹⁹ değinmek gerekir. Bu karara konu olan somut olayda, maç esnasında bir takımın oyuncu sayısı, rakip takımın teknik sorumlusu tarafından bir oyuncunun sakatlanması nedeniyle altıya düşmüş ve bunun sonucunda hakem Futbol Müsabaka Talimatı'nın 22. maddesine uygun olarak müsabakanın sona ermesine karar vermiştir. Ancak oyuncu sayısının altıya düşme nedeni, rakip takımın teknik sorumlusudur (direktörüdür). Çünkü futbolcunun yaralanmasına neden olan saldırı eyleminin faili bu kişidir. AFDK, bu gerçeği gözetmeyerek sahada altı oyuncuyla kalan takıma hükmen mağlubiyet cezası vermiştir. Haksızlığa uğrayan takım, bu durumu AFDK'nın kararına itiraz yoluyla Tahkim Kurulu'na taşımıştır. Tahkim Kurulu yaşanan durumu "kimse kendi kusurundan yararlanamaz" (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) temel hukuk ilkesine aykırı bularak, hükmen mağlubiyet cezasının kaldırılmasına ve dosyanın TFF Yönetim Kurulu'na sunulmasına karar vermiştir. Bu kararda, dosyanın TFF Yönetim Kurulu'na sunulmasının nedeni de Futbol Müsabaka Talimatı'nda maddî olayı düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamasıdır. Futbol Müsabaka Talimatı'nda hükme bağlanmamış hususlar hakkında karar vermeye TFF yetkilidir.

¹⁹ RG, E. 2014/176 ve 2014/181, T. 03.07.2014
(<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=24>).

Tahkim Kurulu'nun kararına konu başka bir olayda PFDK, millî futbolcu Tolga Zengin'e bir gazetede yayımlanmış olan ve kendi ağzından söylendiği iddia olunan sportmenliğe aykırı açıklamalar nedeniyle bir resmî müsabakadan men ve 10.000,00 Türk lirası tutarında para cezası vermiştir. Ancak futbolcu, kendisine ait olduğu iddia edilen açıklamaları (beyanatu) reddetmiş ve durumu TFF Tahkim Kurulu'na taşımıştır.²⁰ Durumu inceleyen Tahkim Kurulu söz konusu cezanın; müsabaka görevlilerinin raporları, tarafların ve tanıkların beyanları, maddî deliller, uzman görüşleri ile ses ya da video kayıtları gibi kabul edilebilir delillere dayanılarak verilebileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda da, isnat edilen disiplin ihlâlinin tek gerekçesi, anılan gazete haberi olduğundan, gazete haberinin tek başına maddî bir delil olup olmayacağı hususu tartışılmıştır. Tahkim Kurulu nezdinde disiplin yargılamasında ve ceza hukukunda, başkaca maddî delille desteklenmeyen ve fail tarafından açıkça reddedilip kabul edilmeyen gazete haberleri, tek başına cezalandırmanın gerekçesi olamaz. Diğer deyişle faile ait olduğu açıkça tespit edilemeyen, tanık beyanı, müsabaka görevlilerinin raporları, ses veya video görüntüsü gibi delillerle ya da ikrarla desteklenmeyen gazete haberi, maddî delil olarak kabul edilemez. Dolayısıyla Tahkim Kurulu, Tolga Zengin'e verilen cezaların kaldırılmasına karar vermiştir.²¹

Tahkim Kurulu'nun kararına konu başka bir olayda, bir futbolcu tam 10 yıldan uzun bir süredir kardeşinin adını kullanarak futbol oynamıştır. TFF bünyesine kardeşinin adıyla kaydolmuş ve kendisine TFF tarafından kardeşinin adıyla lisans verilmiştir. Bu futbolcunun vizesi her yıl kardeşinin adıyla hazırlanmıştır. Bunun üzerine AFDK, bu kişinin kulübünü ceza olarak alt lige düşürmüştür. Fakat durumu Tahkim Kurulu'na taşıyan kulüp, TFF kayıtlarına güvenerek bu futbolcuyu transfer ettiğini belirtmiş ve bu sahtecilik eylemini bilmediğini veya bilmesini gerektirir bir durumun olmadığını beyan

²⁰ RG, E. 2013/162, T. 06.06.2013,
(<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=18256>).

²¹ RG, E. 2013/162 ve 2013/164, T. 06.06.2013
(<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=18256>).

etmiştir. Uyuşmazlığı karara bağlayan Tahkim Kurulu, küme düşme cezasının kaldırılmasına karar vermiştir.²²

TFF Tahkim Kurulu bir diğer önemli kararında²³ ise “hakemlerin müsabaka sonuçları hakkındaki kararı kesindir. Hükmü, her ne olursa olsun müsabakanın teknik sonuçlarına dair hakem kararlarının (raporlarının) aksini ispata olanak vermemektedir. Disiplin Kurulu müsabaka esnasında meydana gelen olaylarla ilgili hakem kararlarının hiçbirini değiştiremez veya bozamaz. Görüntü, tanık ve sair belgeler dahi şahısta hata halleri hariç olmak üzere, hakemin teknik kararlarının (kırmızı, sarı kart, gol, faul gibi) aksini ispata yetmeyecektir” ifadelerine yer vererek, ispat hukuku bakımından sınırlayıcı bir tutum izlenmiştir.²⁴

Tahkim Kurulu’nun kararına konu başka bir olayda ise bir futbolcu, *methylhexaneamine* adlı bileşene sahip olan bir sporcu ürünü kullanmıştır. Oysa bu madde, diğer adıyla (*dimethylpentylamine* olarak) yasaklı madde listesinde yer almaktadır. Kullanılan sporcu ürününde de, yasaklı madde listesinde yer alan ismine rastlanmamaktadır. Fakat yasaklı maddeyi kullanan futbolcu, tetkiklerde dopingli çıkmıştır. Bunun üzerine PFDK dopingli çıkan futbolcuya iki yıl resmî müsabakalardan men cezası vermiştir. Ceza alan futbolcunun itirazı üzerine uyuşmazlık Tahkim Kurulu’nun önüne gelmiştir.²⁵ Bu aşamada Tahkim Kurulu kararında, konuyla ilgili bir CAS kararına atıfta bulunarak, *methylhexaneamine* etken maddesinin WADA Yasaklılar Listesinde belirtilen maddeler arasında aynı isimle yer almadığını tespit ederek, bu hususun cezada indirime gidilmesi bakımından oyuncu

²² RG, E. 2014/172 ve 2014/178 ve T. 26.06.2014
(<http://www.tff.org.tr/default.aspx?pageID=247&ftxtID=20838>).

²³ RG, E. 2012/263 esas ve 2012/276, T. 27.12.2012
(<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=16998>).

²⁴ Şekip Mosturoğlu, “Televizyon Görüntülerinin Futbol Disiplin Hukukunda İkincil Derecede Delil Olarak Kullanımı Hususunda Emsal Kararlar ve Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Avukat Serdar Özersin’e Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 267-285, s. 267-269.

²⁵ RG, E. 2013/6 ve 2013/12, T. 17.01.2013
(<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=17114>).

lehine değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶ Sonuç olarak Tahkim Kurulu önüne gelen olayda konuyla ilgili mevcut CAS kararını takip etmiş ve futbolcunun cezasında indirim giderek, futbolcunun cezasını 18 ay resmî müsabakalardan men şeklinde belirlemiştir. Fakat Tahkim Kurulu bu kararında, her ne kadar WADA Yasaklı Maddeler Listesi'nden bahsetse de, Türkiye'nin taraf olduğu Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme'ye atıfta bulunmamıştır.²⁷ Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme, sporcuların buldukları ülke fark etmeksizin eşit koşullarda yarışmalarını hedeflemektedir. Söz konusu Sözleşme kapsamında, taraf ülkeler, WADA'nın Anti Doping Kodu'yla uyumlu düzenlemeler yapmak zorundadır. Bu çerçevede Yasaklı Maddeler Listesi metni WADA tarafından sağlanmakta olup, bu listedeki maddelerin sporcular tarafından kullanılması kesinlikle yasaktır. Bu nedenle, WADA Yasaklı Maddeler Listesi büyük önemi haizdir. Sporcular ile teknik heyetin bu listeyi her sene güncellenen hâlini takip etmesi gerekir. Olayda geçen *methyhexaneamine*, WADA'nın Yasaklı Maddeler Listesi'ni ilk düzenlediği 2004 yılından beri listede uyarıcı olarak yer almaktadır. *Methyhexaneamine* WADA'nın Yasaklı Maddeler Listesi'nde 2011 yılında "tanımlanmış madde" olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin sporcular tarafından kullanımı kesinlikle yasaktır. Artık karışıklıkları da gidermek için parantez içinde *dimethylpentylamine* adına da, anılan yasaklı maddenin yanında yer verilmiştir.²⁸

TFF Tahkim Kurulu bir diğer uyuşmazlıkta²⁹ ise "Futbol Disiplin Talimatı ile düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmış bulunan eylemlerin tümünün özünde centilmenliğe ya da sportmenliğe aykırı davranma yasağı ve disiplinin sağlanması amacı bulunmaktadır. Sportif kurallar

²⁶ CAS 2012/A/2804, Dimitar Kutrovsky v. International Tennis Federation, (<http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/6318/5048/0/Award20280420INTERNET.pdf>).

²⁷ RG, 06.05.2009, S. 27220.

²⁸ WADA'nın 2014 yılı için hazırladığı Yasaklı Maddeler Listesi için bkz. <http://list.wada-ama.org/list/s6-stimulants/#methyhexaneamine>.

²⁹ RG, E. 2009/617, 2009/601, T. 31.10.2009 (<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=8356>).

ve Fair Play ilkesi dikkate alındığında, olayda futbolcunun sergilediği davranışların sportmenliğin ve Fair Play'in ciddî nitelikte ihlâli olarak algılanacağı şüphesizdir. Bu değerlendirme içinde artık futbol müsabakalarının sadece tribünde bulunan seyirciler tarafından izlenmediği, canlı yayınlar sonucunda müsabaka görüntülerinin TV karşısında bulunan milyonlarca kişi ile buluştuğu, sporcuların her türlü eylem ve hareketlerinin kadın, erkek tüm sporseverler tarafından izlendiği unutulmamalıdır. Sportmenliğe ve Fair Play'e aykırı hareket ve davranışlar sadece eylemde bulunan kişinin özel maksadından ziyade, izleyenlerin o harekete vereceği anlam açısında da değerlendirilmelidir" şeklinde karar vermiştir. Söz konusu kararda disiplin ihlâlinde bulunan kişinin eylemindeki niyetine önem verilmemiş, doğrudan seyircilerin söz konusu eyleme atfedeceği anlam araştırılmıştır. Doktrinde söz konusu kararın sübjektif ve varsayıma dayalı gerekçelerle hareket edilerek verilmiş olması sebebiyle hukukî ve çağdışı olduğu vurgulanmıştır.³⁰

Konuyla ilgili değinilmesi gereken başka bir husus ise, Tahkim Kurulu kararlarının niteliğine ilişkindir. Tahkim kurulu kararları kesin olmakla birlikte, ilâm niteliğinde belge değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.12.2004 tarihli kararında şu sonuca varmıştır: "Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamında olup, yerel mahkemenin ve özel dairesinin kabullerinin tersine, bu kesinlik, anılan kararlara ilâm hükmünde belge niteliği kazandırmaz. Gerçekten de, hangi belgelerin ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi bulunduğu, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde tahdidî olarak sayılmış. Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerin, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi olduğu belirtilmiştir".³¹

³⁰ Mosturoğlu, s. 278.

³¹ HGK, 15.12.2004, 13-722/707, (Lexpera).

İncelenen örneklerden anlaşılacağı üzere, şu anda avukatlardan ve hukukçu akademisyenlerden oluşan Tahkim Kurulu, kararlarını, Türk spor hukuk mevzuatı yanında; evrensel hukuk ilkelerini, CAS kararlarını, diğer yargı kararlarını ve hukuk doktrini gözeterek vermek durumundadır. TFF'nin en üst hukuk kurulu olan Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklarla bağlı olarak nihaî karar merciidir ve kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihaî olarak karara bağlar.

Bununla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nce 5894 sayılı Kanun'un Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağını öngören maddesi iptal edilmiştir.³² Anayasa Mahkemesi iptal kararını verirken, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine atıfta bulunmuştur. Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, yargı yetkisi Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, şüphesiz olarak adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.³³

Öte yandan, Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hayata geçirilmesi mümkün olmuştur: "Bu durumda yasa koyucu, futbol sporu alanındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere, görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması gerekir". Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, zorunlu olarak tahkime başvurma yükümlülüğünü olumlu değerlendirmekle birlikte, tahkim kararına karşı yargı yolunun kapalı olması durumunu benimsememiştir.

³² AYM, 06.01.2011, 61/7, RG, 26.02.2011, S. 27858.

³³ Türkiye Millî Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu, "Spor Hukukunda Güncel Sorunlar-II" Sempozyumu, Ataköy 2010, s. 21.

Dolayısıyla, kararların aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı ibaresini Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ayrıca Tahkim Kurulu'nun kararlarının kesin ve nihaî olması hakkında da görüş bildirmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre kararların kesin olması, Tahkim Kurulu'nun incelediği konularda verdiği kararların biçimsel yönden kesin, uygulanabilir ve bağlayıcı nitelikte olduğunu ifade eder. Kararların nihaî olması ise, Tahkim Kurulu'nun, TFF içerisinde başvurulacak en son merci olduğu anlamına gelir. Bu doğrultuda, kararların kesin ve nihaî olması, savunma ve hak arama özgürlüklerini sınırlandırmaz ve yargı yoluna başvurulmasını engellemez. Netice itibariyle, Tahkim Kurulu'nun kararlarının kesin ve nihaî olduğu ibaresi Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararıyla ilgili olarak değinmemiz gereken iki ayrı karşı oy gerekçesi bulunmaktadır.

İlk karşı oy gerekçesine göre, TFF'nin kamu tüzel kişiliği haiz olması nedeniyle, Tahkim Kurulu'nun da bu kamu tüzel kişiliğinin en üst hukuk kurulu olmasından dolayı, verdiği kararlar idarî niteliktedir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen karar her ne kadar asliye hukuk mahkemesi yoluyla gelmişse de, görevli mahkeme aslında idare mahkemeleridir. Anayasa Mahkemesi'nin, görevsiz olması sebebiyle davayı reddetmesi gerekir.

İkinci karşı oyun gerekçesini ise, Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasındaki esas sebebin FIFA ve UEFA kurallarına uyum sağlamak olduğu hususu oluşturmaktadır. Tahkim esasının uluslararası düzeyde öngörülmesinin nedeninin futbola ilişkin hızlı ve kesin sonuç alınması zorunluluğu olarak vurgulanmaktadır. Bu doğrultudaki karşı görüş uyarınca, futbol dâhil, uluslararası spor dallarındaki ihtilâflarda tahkim usûlü benimsenip genel biçimde kabul gördüğüne göre, bu konudaki ihtilâflarda tahkim usûlünün öngörülmesi ve Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı ilkesinin getirilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, karşı oya göre dava konusu kuralda öngörülen yargı yolu kısıtlamasının Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin devri niteliğinde olmadığı açık olduğu gibi, bu

düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesiyle bağdaşmadığı da söylenemez. Dava konusu kural, bu görüş çerçevesinde Türkiye'nin uluslararası yükümlülüğünün tabii bir sonucu olarak görülmektedir. Bu bağlamda uluslararası kuralların dışına çıkılarak, bu konuda daha farklı bir düzenleme getirmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra 6214 sayılı ve 17.03.2011 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un³⁴ birinci maddesiyle Anayasa'nın 59. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkraya göre, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz. Böylece sporun disiplinine ve yönetimine ilişkin uyuşmazlıkların zorunlu tahkime tâbi kılınması ve zorunlu tahkim sonucu verilen kararlara karşı yargı yolunun kapalı olmasının, Anayasa Mahkemesi'nde yeniden yargılamaya konu yapılmasının önüne geçilmiştir.

TFF Tahkimi hakkında önem taşıyan diğer bir husus ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2020 Yılı'nda vermiş olduğu *Ali Rıza and Others v. Turkey*³⁵ kararıdır. Pilot karar niteliğinde olan bu kararda, başvuru hem İngiliz hem Türk vatandaşı olup, TFF Tahkim Kurulu'nun bağımsız olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma haklarının ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zorunlu olarak öngörülmüş olan tahkim şartlarının tek başına mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmadığını belirtmek suretiyle, söz konusu tahkim mahkemelerinin belirli kanunla kurulmuş olması gerektiğini ifade etmiştir. Aynı kararında AİHM, TFF Tahkim Kurulu'nun oluşumunda futbolcuların ve yöneticilerin eşit konumda olmadığını, tahkim kurulunda yer alan hakemlerin TFF Yönetim Kurulu'nca belirlendiğini ve söz konusu yönetim kurulunu kulüp yöneticilerinin oluşturduğunu, TFF Tahkim

³⁴ RG, 29.03.2011, S. 27889.

³⁵ 22.06.2020 tarihli ve 30226/10 başvuru numaralı karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200548>.

Kurulu'nun TFF binası içinde yer aldığını bu sebeple TFF Tahkim kurulunun tarafsız ve bağımsızlığına gölge düştüğünü belirtmiştir.³⁶

B. Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport (CAS))

Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport (CAS)) kurumsal spor tahkiminin en önde gelen kurumlarından birisidir.³⁷ CAS, 1984 yılında kurulmuş ve başlangıçta Uluslararası Spor Tahkim Konseyi'nin (ICAS) idarî ve malî otoritesi altında bulunmuştur. CAS'a üye olan 87 farklı ülkeden 300'e yakın hakem mevcuttur. Bu hakemlerin, tahkim ve spor hukukuna dair uzmanlıkları sebebiyle, CAS tahkim yargılamasında görev yapmaları kabul edilmiştir. CAS'da her yıl yaklaşık 500 dava görülmektedir.³⁸

Merkezi İsviçre'nin Lozan şehrinde bulunan CAS, ulusal veya uluslararası spor uyuşmazlıklarının ihtiyaçlarına uygun olarak düzenlenen usûl kuralları çerçevesinde, sporla ilgili uyuşmazlıkları tahkim veya arabuluculuk yoluyla çözümlenmek üzere çalışan ve spor organizasyonlarından tamamen bağımsız olan bir kurumdur. CAS, sportif uyuşmazlıklarını hızlı ve etkin bir biçimde, taraflara fazla malî yük getirmeden çözmek amacıyla kurulmuştur.

CAS'ın yargılama sistemine ilişkin kurallar, CAS Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmelik'in R28 maddesi uyarınca, CAS ve tahkim panellerinin yeri Lozan'dadır. Tahkim yeri konusunda CAS Yönetmeliği emredici hükümler içermektedir. Başka bir ifadeyle

³⁶ Karar hakkında ayrıca bkz. Nuray Ekşi, "AİHM'in Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Davasında Verdiği 28 Ocak 2020 Tarihli Kararın Özeti", İstanbul Spor Hukuku Dergisi, S. 2, C. 2, Y. 2020, 215-230, s. 226-229; Haydar Burak Gemalmaz, "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights" the International Sports Law Journal, Vol. 19, Y. 2019, 38-58, s. 38-58.

³⁷ Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, 507.

³⁸ Simone Hofbauer, "History of Arbitration", Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, ed. Manuel Arroyo, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2018, 3-19, s. 8-9.

tahkim yerini belirleme konusunda taraf iradesi söz konusu değildir.³⁹ Tahkimin usûlüne uygulanacak hukuk, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunu'nda (LDIP) yer alan tahkime ilişkin hükümlerdir. Zira bu Kanun, tahkim anlaşması imzalandığında taraflardan en az birisinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin İsviçre dışında olduğu hâllerde uygulanır. CAS'ın neredeyse her hakem kararına karşı yargı yolunda bu kıstas gerçekleştiği için LDIP'nin tahkime ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Avustralya'nın Sydney ve Amerika Birleşik Devletleri'nin New York şehirlerinde CAS bürosu mevcuttur. Bu bürolarca verilen kararlar da Lozan'da CAS tarafından verilmiş gibi kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Sidney ve New York'ta gerçekleşen CAS tahkim yargılamaları açısından da tahkim yeri İsviçre'dir. Dolayısıyla Sidney ve New York'ta gerçekleşen CAS tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarının iptali davaları da İsviçre Federal Mahkemesi'nde açılır.

CAS nezdindeki tahkim yargılamaları ve arabuluculuk, kural olarak Fransızca, İspanyolca veya İngilizce yürütülür. Yönetmelik'in R29 maddesi gereğince, taraflar hakem heyetinin ve sekreteryanın onayıyla, yargılamanın bu üç dil dışındaki bir dilde yapılmasını kararlaştırabilir. Tarafların ve hakemlerin aynı ülkeden olduğu durumlarda, taraflar anadilleriyle süreci yürütmüşlerdir. Özellikle İtalyanca ve Almanca yürütülmüş olan çok sayıda tahkim yargılaması mevcuttur.

CAS'ın görevi Yönetmelik'in S12 maddesine öngörülmüş olup, bu görev, spor alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesidir. CAS'ın sunduğu diğer bir hizmet arabuluculuktur. CAS, tarafların uyuşmazlıklarını, uygun koşulların varlığı hâlinde arabuluculuk yöntemiyle dostane biçimde de çözüme kavuşturmalarını sağlayabilir.⁴⁰

CAS'ın diğer bir görevi, olimpiyat gibi büyük spor organizasyonlarında görev yapacak *ad hoc* mahkemeler kurmaktır.

³⁹ Kocasakal, Spor Tahkim Mahkemesi, s. 238.

⁴⁰ Despina Mavromati/Mathieu Reeb, The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials, Kluwer Law International, 2015, s. 7-8.

Örneğin, 19.07.2014 tarihinden 03.08.2014 tarihine kadar İskoçya'nın Glasgow kentinde Milletler Cemiyeti (*Commonwealth*) Oyunları sebebiyle geçici tahkim mahkemesi oluşturulmuştur. Bu tür büyük organizasyonların durumunu gözeterek, her organizasyona özel usûl kuralları kabul edilmektedir.

CAS'ın yapısına ilişkin önemli hususlardan birisi, CAS'ın iki bölümden oluşmasıdır. Yönetmelik'in S20 maddesi uyarınca, bu bölümlerden birisi Genel Tahkim Bölümü iken, diğeri Temyiz Tahkim Bölümü'dür. Genel Tahkim Bölümü, ihtiyarî tahkim başvurularını inceler ve taraflarca yapılan tahkim sözleşmesi çerçevesinde spor hukukundan doğan uyuşmazlıkları karara bağlar. İkinci bölüm olan Temyiz Tahkim Bölümü'nde ise federasyonların, kurulların veya diğere spor organlarının verdiği kararlarından doğan uyuşmazlıklar görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Yönetmelik'in R27 maddesi kapsamında sporla doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan uyuşmazlıkların tamamı CAS'a götürülebilir. Bu uyuşmazlıklar ticarî nitelikte olabileceği gibi, spor organizasyonlarının disiplin cezalarına dair de olabilir. Dolayısıyla hem sponsorluk sözleşmesi gibi ticari nitelikte olan bir uyuşmazlık hem de dopingden kaynaklanan bir cezadan doğan bir uyuşmazlık CAS tarafından çözümlenebilir.

Bu bağlamda, fiil ehliyeti bulunan her gerçek veya tüzel kişi CAS'a müracaat edebilir. Bu kişiler arasından futbolcular, atletler, spor kulüpleri, spor federasyonları, spor müsabakaları organizatörleri, sponsorlar veya televizyon şirketlerinin her biri CAS'a başvurabilecektir. Yalnız, CAS tahkim yoluna başvurulabilmesi için taraflar arasında yapılmış bir tahkim anlaşmasının bulunması gerekir.

Tarafların yapmış olduğu CAS tahkimi sözleşmesi (anlaşması), asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşmeye konulan bir şartla (klozla) veya bir spor organizasyonunun mevzuatında yer alan mevzuat hükmüyle de yapılabilir. Taraflar uyuşmazlığın doğmasından önce CAS'a gideceklerini kararlaştırabilecekleri gibi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da tahkim anlaşması yaparak CAS'a başvurabilir.

Sözleşmesel ilişkilerden veya haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar için genel tahkim usûlü ile arabuluculuk usûlleri uygulanabilir. Öte yandan spor federasyonlarına bağlı kurulların vermiş olduğu kararlardan doğan uyuşmazlıklar için de temyiz tahkim usûlü uygulanmaktadır. Bu bağlamda CAS'ın bir de danışmanlık görevi, yani danışmanlığa dayalı bir usûlü bulunmaktadır. Bu kapsamda henüz uyuşmazlığın ortaya çıkmamış olduğu durumlarda belirli kuruluşlar, spor hukukuna dair konularda CAS'ın danışmanlık görüşlerinden faydalanabilir. Danışmanlık neticesinde sunulan görüşlerin bağlayıcılığı bulunmayıp, bu görüşler karar niteliğini haiz değildir.

CAS tahkimi, belirli bir alana, yani sporla ilgili uyuşmazlıklara özgüdür. CAS tahkimi, bu niteliği sebebiyle özel uzmanlık gerektiren bir tahkim türüdür. Bu çerçevede, sporla ilgili olmayan uyuşmazlıkların CAS nezdinde görülmesi mümkün değildir. Ancak spor hukukundan doğan uyuşmazlıklarının türü ve sayısı önemli ölçüde yüksektir. Hatta spor hukukundan doğan uyuşmazlıkları tahdidî biçimde saymak da mümkün değildir. Spor hukukundan doğan uyuşmazlıklar çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. CAS hakem kararları Lozan'da verilmiş sayılır. Hatta Sidney ve New York'ta yapılan tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar da Lozan'da verilmiş sayıldığından, CAS hakem kararlarına karşı İsviçre'de yargı yoluna başvurulur.

CAS kararlarına karşı başvuru hakkında, LDIP'de yer alan hükümler uygulanır. Bu çerçevede CAS kararlarına karşı yargı yoluna başvurmak isteyen taraf, LDIP'nin 191. maddesi uyarınca yalnızca İsviçre Federal Mahkemesi'nde iptal davası açabilir. Bilindiği üzere, milletlerarası antlaşmalarda aksi öngörülmedikçe, yabancı bir devlette alınan mahkeme kararının Türkiye'de sonuç doğurması için tanınması veya tenfiz edilmesi gerekir.

C. CAS Kararlarının Tenfizi

Tanıma veya tenfiz davasında, esas yönünden yargılama yapılmayıp, sadece yabancı mahkeme kararının belirli şartlara uygun

olup olmadığı incelenir.⁴¹ Yabancı mahkeme kararının tanınması sonucunda bu karar, kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder. Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesiyle, kesin hüküm, kesin delil ve icra edilebilirlik etkisi söz konusu olur. Dolayısıyla, eğer yabancı mahkeme kararı, Türk hukuku bakımından tespit niteliğinde bir karar ise bu kararın tanınması talep edilir. Örneğin, yaşın düzeltilmesine ilişkin yabancı mahkeme kararının icra edilebilirlik etkisi bulunmadığı için, bu kararın tanınması söz konusudur. Fakat bir alacağın tahsiline ilişkin yabancı mahkeme kararı, bu karara uymayan tarafa karşı cebrî icra yoluna başvurulmasını gerektirir. Bu nedenle, yabancı ilâmın icra edilebilirlik etkisi kazanması için tenfiz edilmesi gerekir.

Yabancı mahkeme kararlarının yanı sıra, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de “hakem kararı” olarak sonuç doğurabilmesi için bunların da tanınması veya tenfiz edilmesi gerekir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 60. ilâ 63. maddelerinde yer almaktadır. Ayrıca, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, uyuşmazlığın ticarî nitelikte olması ve kararın verildiği ülkenin karşılıklılık şartını yerine getirmesi şartıyla, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10.06.1958 Tarihli New York Sözleşmesi uygulanmaktadır. Yine Türkiye’nin bazı devletlerle yaptığı iki taraflı adli yardım antlaşmalarının bir kısmında hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler mevcuttur.

Ancak CAS kararları Lozan’da verileceğinden, hatta Lozan dışında verilen hakem kararları da İsviçre’de verilmiş sayıldığından ve Türkiye ile İsviçre arasında adli yardım antlaşması bulunmadığından, CAS kararlarının tanınması ve tenfizinde iki taraflı adli yardım antlaşmalarının herhangi bir rolü söz konusu değildir. CAS hakem kararlarının tanınması ve tenfizi özel olarak incelenmesi gereken bir konudur. TFF Statüsü’nde de belirtildiği üzere; TFF, kendisinin ve üyelerinin, futbolcuların, resmî görevlilerin ve müsabaka organizatörleri

⁴¹ Marco van der Harst, *The Enforcement of CAS Arbitral Awards by National Courts and the Effective Protection of EU Law, Fundamental Rights in International and European Law*, eds Christophe Paulussen/Tamara Takacs/Vesna Lazić/Ben Van Rompuy, Springer, 2015, s. 297 vd.

ve futbolcu temsilcilerinin FIFA veya UEFA organları ile CAS tarafından alınan ve kesinleşen tüm kararlarına tam olarak uymasını sağlar. Uygulamada herhangi bir konuda CAS kararı mevcutsa, ilgili federasyon bunu uygulamaktadır. Örneğin, TFF bünyesindeki kişilerden CAS'ı tanıdığına ve üyelerinin, kulüplerinin, yetkililerinin ve futbolcularının da CAS'ın kararlarına uymasını temin edeceğine ilişkin taahhütname talep etmektedir. Nitekim 5894 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca TFF; üyelerinin, kulüplerin, futbolcuların, hakemlerin, yöneticilerin, teknik direktör ve antrenörlerin, sağlık personelleri, futbolcu temsilcileri ve müsabaka organizatörleri ile diğer tüm ilgililerin FIFA ve UEFA'nın kanunî düzenlemeleri ve bu kuruluşların yetkili kurulları tarafından verilen kararlara uymalarını sağlamakla görevlidir.

CAS, İsviçre'de bulunduğu ve İsviçre, New York Sözleşmesi'nin tarafı olduğundan, MÖHUK'un uygulama alanının son derece sınırlı kalacağını söylemek doğru olacaktır. MÖHUK'un 1. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Ancak New York Konvansiyonu'nda düzenleme bulunmayan hususlarda, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olarak MÖHUK'da yer alan hükümler uygulanır. Dolayısıyla New York Konvansiyonu'nun uygulandığı hâllerde dahi, tanıma ve tenfizde yetkili ve görevli mahkeme, New York Konvansiyonu'nda öngörülmediği için, bu noktadaki boşluk MÖHUK hükümleriyle doldurulacaktır. MÖHUK'un 51. maddesi uyarınca yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizde görevli mahkeme "asliye mahkemesidir". Bu kapsamda Yargıtay, Kanun'da özellikle "asliye hukuk mahkemesi" yerine "asliye mahkemesi" ifadesi kullanıldığından, tanıma ve tenfiz davalarında asliye ticaret mahkemelerinin de görevli olduğu görüşündedir. Bu bağlamda, CAS'ın Temyiz Tahkim usûlünde verdiği kararın Türkiye'de icrası, spor hukuku boyutunda incelenmelidir. TFF'nin ve diğer ülkelerdeki futbol federasyonlarının tâbi olduğu FIFA nezdinde, CAS kararlarına uyulması zorunludur. FIFA Disiplin Kanunu'nun 64. maddesinde belirtildiği üzere, kararın konusu para olsun olmasın, CAS kararına uymayan tarafa para cezası verilir. Sonrasında kararın yerine getirilmesi için son tarih belirlenir, bu tarihten sonra karar yine yerine getirilmez ise; futbolcular için transfer yasağı ve futboldan men,

kulüpler için puan silme veya küme düşürme yaptırımları söz konusu olur. CAS kararına uymayan Federasyon için dahi uyarı, kınama veya uluslararası müsabakalardan men gibi cezalar verilebilir.

Tenfizin diğer bir şartı, hem New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinde hem de MÖHUK'un 62. maddesinde belirtildiği üzere, taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunmasıdır. CAS tahkimine başvurmanın şartlarından birisi, yazılı tahkim anlaşmasının varlığıdır. Kulüpler, TFF bünyesinde olmak için FIFA'nın ve dolayısıyla CAS'ın yetkisini kabul etmektedir. Bu şekilde yapılan tahkim anlaşmasının, hakem kararının tenfizini engelleyeceğini söylemek doğru değildir. Nitekim kulüplerin ulusal müsabakalarda yer alabilmeleri için TFF'nin yetkisini ve TFF'nin uluslararası müsabakalarda yer alabilmesi için FIFA'nın ve dolayısıyla CAS'ın yetkisini kabul etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar futbolcular ve kulüpler bakımından tahkim anlaşmasının zorunlu olarak dayatıldığı düşünülse de, tenfiz edilebilmesi uygun bir tahkim anlaşmasının mevcut olması gerekir.

Profesyonel sporcular için öngörülen tahkim zorunluluğu nedeniyle, çoğu zaman sporcular dava hakkından feragat etmektedir. Dava hakkından feragat serbestçe ve açıkça yapıldığı takdirde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından geçerli kabul edilmektedir. Sporcuların feragati serbest iradeleriyle yapıp yapmadıkları tartışmalıdır. Çoğu zaman spor federasyonları, sporcuya profesyonel olma şansını tanırken, sporcuya tahkim şartını da imzalatmaktadır. Federasyonların kurallarına uymayan sporcular da profesyonel sporcu statüsüne ulaşamaz. Kanaatimizce, spor hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle yapılan feragatin geçersiz olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Bu noktada sporcunun serbest iradesinden ayrıldığı söylenemez. Çünkü profesyonel olmanın birçok getirisi olduğu gibi, bazı külfetleri de beraberinde getirdiği makul kabul edilmelidir. Kaldı ki tahkim, uyuşmazlıkların hızlı biçimde çözülmesini sağlaması yönüyle sporcular için, mahkemelere göre çok daha avantajlıdır. Yine de, feragatin geçerliliğinin her somut olay özelinde yorumlanması ve değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, alacak hakkını devlet yargısında arayamayan bir teknik direktörün yapmış olduğu feragatin, serbestçe yapılmış bir feragat olarak nitelendirilmesi mümkün olmayabilir.

Spor tahkimi lehine, devlet mahkemesinden feragatin geçersizliğinin tartışıldığı son dönemde oldukça önemli olan spor hukuku davalarından birisi *Pechstein* davasıdır. Alman patenci *Claudia Pechstein*, Uluslararası Paten Federasyonu (ISU) tarafından iki yıl süreyle müsabakalardan men edilmiştir. Men cezası CAS tarafından da onaylanmış ve *Pechstein* İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur.⁴² Buradan da olumlu bir netice alamayan *Pechstein*, AİHM'e başvurmuştur.⁴³ AİHM, *Pechstein* kararında CAS'ta görülen davanın kamuya açık olarak görülmemesinden ötürü, hak ihlâlinin olduğunu oybirliğiyle kabul etmiştir. Ancak AİHM aynı kararda, CAS'ın tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin olarak herhangi bir hak ihlâlinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır. *Pechstein*'in, CAS'nin tarafsız ve bağımsız bir tahkim kurumu olmadığı, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası, AİHM tarafından oyçokluğuyla reddedilmiştir.

Fakat *Pechstein*'in avukatları bununla yetinmemiş, Almanya'da ISU'ya karşı Münih Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme, *Pechstein*'in taleplerini, kesin hükmün (*res iudicata*) mevcut olması gerekçesiyle reddetmiştir.⁴⁴ Münih İstinaf Mahkemesi bu kararı bozmuştur. Mahkeme'ye göre *Pechstein* ile ISU'nun arasındaki sözleşme, Alman rekabet hukukuna aykırıdır ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Mahkeme, uluslararası spor federasyonlarının monopolist olduğunu belirtmiştir. Alman doktrininde bu prensip, *Ein- Platz- Prinzip* olarak ifade edilmektedir. Bu prensibe göre, her coğrafi seviyedeki spor başına bir federasyon mevcut olabilir. Paten sporunda, eğer bir atlet bu spordan para kazanmak istiyorsa, uluslararası müsabakaların alternatifi yoktur. Bu durum Alman rekabet hukukuna göre, ISU'yu hâkim durumda kılmaktadır. Atletlerin uluslararası müsabakalara katılmak için tahkim şartı imzalaması başlı

⁴² BGer 4A_612/2009 vom 10.02.2010.

⁴³ Mutu ve Pechstein v. İsviçre, Applications nos. 40575/10 and 67474/10, (<https://hudoc.echr.coe.int/>).

⁴⁴ LG München I, 26.02.2014 - 37 O 28331/12.

başına hâkim durumun kötüye kullanılması değildir. Çünkü bunun makul bir sebebi vardır.⁴⁵

AİHM ise CAS'ın yapısındaki dengesizliğe değinmiştir. 2009'da, Pechstein tahkim şartını imzaladığında, CAS Kodu 5 hakemden 3'ünün sporun yönetim organundan, ikisinin bu organlardan bağımsız kişilerden oluştuğunu belirtmiştir. Dahası, tarafların heyet başkanı üzerinde anlayamadığı durumlarda heyet başkanı, ICAS tarafından seçilen CAS Temyiz Bölümü başkanı tarafından seçilir. Bu durumda CAS, spor federasyonlarına sıkı sıkıya bağlıdır. Bir atletin bu şekilde dengesiz olan bir tahkim kurulunun yargısına zorlanması, pazar gücünün kötüye kullanılmasıdır.⁴⁶

Dava Alman Federal Mahkemesi'ne de taşınmıştır. Federal mahkeme, tahkim anlaşmasıyla tarafların devlet mahkemelerinin yetkisin bertaraf edebileceğini, ancak söz konusu tahkim iradesinin özgürce ortaya konmuş olması gerektiğini belirtmiştir. Akabinde Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının akdedilmesinde manevi veya fiziksel bir korkutma olmadığı için tahkim iradesinin geçerli olduğunu kabul etmiştir.

*Peschstein'*ın iddialarından birisi, zorunlu olarak belirlenmiş olan CAS bünyesindeki tahkimin, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği yönündedir. CAS'a göre ise zorunlu tahkim, adil yargılanma hakkını ihlâl etmemektedir. Zira spordan kaynaklanan uyuşmazlıkları yeknesak biçimde çözüme kavuşturmak için uzmanlaşmış bir uluslararası tahkim mahkemesinin mevcudiyeti elzemdir. CAS'ın konu hakkındaki görüşü, *Peschstein'*ın adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olmadığı ve zaten İsviçre Federal Mahkemesi'nin konu hakkındaki kararının kesin ve nihaî olduğudur.

⁴⁵ Antoine Duval, "Time to Go Public? The Need for Transparency at the Court of Arbitration for Sport", Yearbook of International Sports Arbitration, Springer Verlag, 2017, s. 11-12.

⁴⁶ Söz konusu AİHM kararının değerlendirilmesi hakkında bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Public and Private International Law Bulletin, Vol. 40, Issue 1 Y. 2020, 79-123, s. 79 vd.

Ayrıca, CAS'a göre, *Pechstein*'ın hakem heyetinin oluşumuna itiraz hakkı mevcut olmasına rağmen, kendisi bu hakkını kullanmamıştır. CAS, zorunlu olarak belirlenmiş olan tahkim anlaşmalarının bu şekilde geçersiz sayılmasının, uluslararası tahkim için bir tehdit oluşturacağını da belirtmiştir. CAS özetle, devlet mahkemelerinin CAS'ın verdiği kararlar hakkında tekrar yargılama yapmasının, spor hukukuna özgü kararların etkinliğini ve uyumluluğunu bozduğunu ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin ilk cümlesindeki tanıma göre herkes davasının, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Davaya konu olan hakkın, medenî hukuk alanına ilişkin bir hak olması veya kişiye isnat edilen bir suç dolayısıyla ortaya çıkmış olması gerekir. AİHS'in 6. maddesinde yer alan kavramlar, AİHM tarafından çok sayıda kararda yorumlanmıştır. AİHM kararları, AİHS'in 46. maddesi uyarınca taraf devletlerce uygulanmak zorundadır. Dolayısıyla AİHM'in kararları ve bu kararlardaki adil yargılanma hakkına dair açıklamaları, adil yargılanma hakkının tam olarak anlaşılabilmesi için vazgeçilmez niteliktedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; davanın görülmesini talep etme hakkı, hukuka aykırı şekilde hak ihlâline maruz kalan ve hakkını hukukî yoldan arayan herkes için mevcuttur. İhlâl, hakkın varlığını ilgilendirebildiği gibi, bu hakkın kapsamına veya kullanılmasına dair de olabilir. Buradaki ihlâlin, yani ortadaki uyuşmazlığın tek taraflı olmaması gerekir. Bunun yanında AİHM, uyuşmazlığın hakiki ve ciddî olması gerektiğini belirtmiştir.

Kural olarak, mahkemeye erişim bir haktır. Bu hakkın pratik ve verimli biçimde kullanılabilmesi gerekir. AİHM'in görüşü uyarınca, mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir ve sınırlandırılabilir. Her somut olayın, toplumun ihtiyaçları ve kaynakları ile kişilerin hakları açısından değerlendirilmesi gerekir. Fakat bu sınırlama kesinlikle mahkemeye erişim hakkının özünü ihlâl etmemelidir. Mahkemeye erişim hakkı sadece dava açabilmekle sınırlı değildir. Mahkemenin karar verme yükümlülüğü de mahkemeye erişim hakkı kapsamındadır.

Sınırlamanın meşru bir amacı olması ve amacın izlenen yolla orantılı olması gerekir. Bu kural mahkemeye başvuru ücretleri için de geçerlidir. Süre sınırlamalarının da aynı şekilde makul olması gerekir. AİHM'in *Pechstein* hakkında vermiş olduğu bu karar, TFF'nin tarafsızlık ve bağımsızlığının değerlendirilmiş olduğu *Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye*⁴⁷ gibi farklı uyuşmazlıklarda, Türk tahkim kurumlarını da etkilemiştir. AİHM söz konusu kararında, Türk spor tahkimi mercilerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığını yetersiz bulmuştur.

D. TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK)

TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK), TFF'nin⁴⁸ ilk derece hukuk kuruludur. Aynı zamanda ihtiyarî tahkim kurulu olarak görev yapmakta olup, kulüpler, futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri gibi futbolun çeşitli aktörleri arasındaki uyuşmazlıklarda görevlendirilebilir. 01.08.2015 tarihinden itibaren UÇK 2015 Talimatı'nın yürürlükte olduğu dört yıl boyunca UÇK zorunlu tahkim mercii olarak görev yapmıştır.⁴⁹

UÇK 2015 Talimatı'nın yürürlükte olduğu dört yıl boyunca Türk futbolcular, Türk kulüplerine karşı UÇK dışında herhangi bir kanunî mercie başvuramamaktaydı. Yabancı futbolcular ise, FIFA nezdinde 2002 yılında kurulan Uyuşmazlık Çözüm Dairesi (Dispute Resolution Chamber (UÇD)) adındaki tahkim merciiine başvurmaktadır. Bu kurum, TFF bünyesinde bulunan UÇK'ya örnek olmuştur. Uyuşmazlıkların hızlı ve etkin olarak çözümlenmesi amacıyla kurulan UÇD; TFF bünyesinde eşitlik prensibine uygun, adil yargılama esasına bağlı bir tahkim kurumunun yokluğunda, yabancı oyuncuların sözleşmeden doğan ihtilâflarını çözümlenmekle görevlendirilmiştir. TFF bünyesindeki UÇK, bu niteliklerde görülmediği için, yabancı futbolcular Türk kulüpleri aleyhine UÇD'ye başvurarak alacaklarını tahsil etmek konusunda Türk futbolculara göre daha geniş imkânlarla sahipti. UÇK'nın zorunlu tahkim olduğu 2015 öncesi düzenlemede ise UÇK, taraflarca ihtiyarî

⁴⁷ Ali Rıza and Others v. Turkey, App. Nos. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 and 5506/16, Judgment of 28 January 2020.

⁴⁸ Gemalmaz, s. 38-58.

⁴⁹ AYM, 18.01.2018, 136/7, RG, T. 02.03.2018, S. 30348.

tahkim kurulu olarak görevlendirilebilirdi. Diğer bir ifadeyle, UÇK'nın ihtiyarî hakem kurulu yetkisinin taraflarca kabul edilmesi gerekirdi. Fakat UÇK 2015 Talimatı'yla bu konuda kökten bir değişikliğe gidilerek, UÇK zorunlu tahkim mercii hâline getirilmiştir. UÇK'nın tüm uyuşmazlıklar için zorunlu tahkim mercii niteliği, aşağıda değineceğimiz yürürlük tarihi 02.03.2019 olan Anayasa Mahkemesi kararıyla son bulmuştur.

Sportif cezalar ile yetiştirme tazminatına ilişkin uyuşmazlıklarda, UÇK hâlen zorunlu tahkim kurulu olarak görevlendirilmektedir. Dolayısıyla UÇK'nın hem zorunlu tahkim kurulu olarak hem de ihtiyarî tahkim kurulu olarak nitelendirilmesi mümkündür.

TFF'nin ilk derece hukuk kurullarının yer aldığı TFF Kuruluş Kanunu'nun 5/2 maddesi, UÇK'nın zorunlu tahkim mercii olduğu dönemde: "İlk derece hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilâflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir" şeklinde olup, ilgili madde Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2018 tarih ve 136/7 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İptal kararının temelini, TFF Kuruluş Kanunu'nun 5. maddesinin 2 numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 59 maddelerine aykırı olduğu gerekçesi oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararındaki "Anayasa'nın 59. maddesinde spor federasyonlarının yalnızca spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarına karşı yargı merciiine başvurulamayacağı öngörülmesine rağmen, itiraz konusu kanun hükmünde böyle bir ayırım yapılmaksızın ilgili mevzuat ile TFF kurul ve organlarının kararlarına ilişkin olarak çıkacak tüm uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının münhasıran karar vermekle yetkili kılınması ve ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi, Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan düzenlemeyle bağdaşmadığı gibi ilgililerin mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmakta ve hak arama

hürriyetinin özüne dokunmaktadır” gerekçesiyle TFF Kanunu’nun 5. maddesinin 2. fıkrası iptal edilmiştir.

İptal kararının yürürlüğe gireceği gün ise anılan kararda “5894 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkra ile ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür” ifadeleriyle 02.03.2019 tarihi olarak belirlenmiştir. TFF, AYM’nin bu kararı üzerine 2019 yılında UÇK Talimatı’nı değiştirmiş, zorunlu tahkimi yeniden sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı ihtilaflarıyla sınırlamıştır.

E. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu

Futbol dışındaki sporlarda Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği’ne⁵⁰ bağlı olarak Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu yetkilidir. Bu Yönetmelik 21.05.1986 tarihli ve 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un⁵¹ Ek-9., Ek-9/A ve Geçici 11. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır. Bu bağlamda anılan Yönetmelik’in beşinci maddesine göre Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu:

a) Federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler arasındaki ihtilâfları,

b) Kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular arasındaki uyumsuzlukları,

c) Kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak anlaşmazlıkları,

ç) Federasyonlarca verilecek kararlar ile ceza ve disiplin kurulu kararlarını,

d) Genel Müdürlük ile federasyonlar arasında veya federasyonların kendi arasında çıkacak ihtilâflar hakkında Kurulca

⁵⁰ RG, T. 28.01.2012, S. 28187.

⁵¹ RG, T. 28.05.1986, S. 19120.

belirlenecek bir üyenin başkanlığında Genel Müdürlük ve federasyon temsilcilerinin katılımıyla oluşturulacak olan komisyon kararlarını,

e) Federasyon başkanları ile Yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyelerinin spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışlarının tespiti halinde Bakan tarafından Genel Müdürlük Merkez Ceza Kuruluna sevk edilmeleri sonucunda Merkez Ceza Kurulunca verilecek kararları,

f) Sportif Değerlendirme ve Geliştirme Kurulu raporlarında yeterli düzeyde görülmeyen veya yapılan denetim sonucu görevi başında kalmasında sakınca görülen federasyon başkanı ve Yönetim kurulu üyeleri hakkında karar almak üzere, Bakanın istemi üzerine toplanacak olağanüstü genel kurulu yapacak olan üç kişilik komisyonu belirleyerek bu komisyonun işlem ve kararlarını,

g) Olağan ve olağanüstü genel kurullarını 3289 sayılı Kanun'da öngörülen süre ve esaslar dahilinde yapmayan federasyonların genel kurullarını altmış gün içerisinde yapacak olan üç kişilik komisyonu oluşturmak ve bu komisyonun işlem ve kararlarını,

ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin sonuca bağlayacak mercidir. Kurula başvuru süresi, özerk federasyon Yönetim kurulu kararıyla disiplin veya ceza kurulu kararının yazılı bildiriminden itibaren 10 gündür.

Tahkim Kurulu tarafından verilen karara karşı, bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceği konusu, Anayasa Mahkemesi'nin 12.02.2013 tarihli kararıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin söz konusu kararında, Türkiye Wushu Federasyonu Başkanı olan başvuru, Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulu tarafından kendisine verilen disiplin cezasına karşı Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na itiraz başvurusunda bulunduğunu ancak sonuç alamadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesiyle tanımlanan haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, anayasa koyucunun; spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceğini, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğunu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı mercine başvurulamayacağını hüküm altına aldığını belirtmiştir.

Bu çerçevede, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun kapsamında Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağına vurgu yapan Anayasa Mahkemesi, Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezaları için bireysel başvuruda bulunulmasını konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edemeyeceği sonucuna varmıştır. AYM'ye başvulmasa dahi, tahkim kurulu kararlarına karşı AİHM'e başvuru yapılabilir. Nitekim AİHM'in Türkiye'ye ilişkin *Eksioğlu ve Mosturoğlu, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği, Ali Rıza ve Diğerleri, İbrahim Tokmak* kararları, Tahkim Kurulu yapılanmasının tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda mevcut düzeni yetersiz görmektedir. Dolayısıyla, tahkim mercilerinin federasyonların veya Spor Genel Müdürlüğü'nün bünyesinden çıkarılması başta olmak üzere, mevzuatımızda birtakım değişiklikler yapılması gerekmektedir.

F. FIBA Basketbol Tahkim Mahkemesi (Basketball Arbitral Tribunal (BAT))

"FIBA Basketbol Tahkim Mahkemesi" (Basketball Arbitral Tribunal (BAT)), Uluslararası Basketbol Federasyonu (FIBA-Fédération Internationale de Basketball Association) tarafından tanınan; oyuncular, menajerler, koçlar ve kulüpler arasındaki uyuşmazlıkların, tarafların BAT tahkimine başvurmak konusunda anlaşması ve sözleşmelerinde bu yönde bir hüküm bulunması durumunda, süratli ve maliyet bakımından etkin şekilde çözüm sunan, merkezi Cenevre olan basketbol tahkimi kurumudur.⁵² FIBA Statüsü'nün 7. kısmında belirlenmiş olan BAT kararlarına uyulmaması hâlinde, kararı uygulamayan tarafa FIBA tarafından yaptırım uygulanır. Duruşmaların sadece talebe bağlı olarak gerçekleştiği BAT tahkimi, basketbol camiasında sıklıkla başvuru olan hızlı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu sebeple, ülkemiz basketbol oyuncularının, kulüplerinin, menajerlerin ve koçların BAT kararlarından haberdar olması haklarını savunabilmeleri ve adalete erişebilmeleri açısından önem taşımaktadır.

⁵² Daniel Girsberger/Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 367.

BAT tahkimi tek hakemle yürütülür ve hakem, tarafların talep etmemesi durumunda duruşmasız olarak tahkim sürecini tamamlar. BAT kuralları kapsamında altı hafta içinde karar verilir. Ayrıca, uyuşmazlığın değerinin 30.000,00 avrodan az olması hâlinde, kararın gerekçesiz verilmesi öngörülmüştür. Böylelikle kararın hızlı verilmesi sağlanır. Tarafın, kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde BAT Sekreteryası'nın belirttiği giderleri karşılaması hâlinde, gerekçeli kararı talep etme hakkı bulunmaktadır.

Hakem, tarafların yerleşim yerlerini değerlendirmeksizin, hakkaniyete dayalı olarak karar verir. Verilen karar, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu kapsamında değerlendirilir. Hakkaniyete dayalı tahkim, diğer bir ifadeyle hak ve nasafet çerçevesinde görülen tahkim, İsviçre hukukundaki genel tahkime göre farklılık gösterir. Hakkaniyete dayalı tahkimde, hakemler yürürlükteki olan kanunlara dayalı bir adalet anlayışıyla karar vermez. Hatta verilen kararlar bu kanunlarla çelişebilir. Hakem, herhangi bir ulusal veya uluslararası hukuk kuralına atıf yapmadan, adalet ve hakkaniyet nasıl gerektiriyorsa, öyle karar verir. Ancak tarafların, belirli bir hukuk seçiminde anlaşması halinde de taraf iradesine önem verilir. Profesyonel basketbolcuların sözleşmelerinin tamamına yakınında yer alan "prim" kapsamında doğan uyuşmazlıkların önüne geçmek için, kulübün, primler konusunda yanlış anlaşılmaya mahal vermemesi ve açık olması gerekir. Bir uyuşmazlıkta oyuncu, diğer talepleriyle beraber, kulüp başkanının sözlü olarak prim vaadinde bulunduğunu ileri sürmüş ve bu primi kulüpten talep etmiştir. Bu talebini kulüp yetkilisinin: "söz verilen primleri henüz kimseye ödemedik" ve "diğer oyuncularla beraber primini ödeyeceğiz" ifadelerini kullandığı e-postalar ile desteklemiştir. Hakem, bu e-postalar olmasaydı "söze karşı söz" mevcut olacağı için, primin istenemeyeceğini ve fakat mezkûr e-postalar nedeniyle 90.000,00 Amerikan doları tutarındaki primin varlığının ispat edilmiş olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, kulüplerin e-posta yoluyla iletişimde de son derece dikkatli olması gerekir.⁵³

⁵³ Zellous, Dyke, Baptiste v. Galatasaray, BAT 0605/14.

Prime ilişkin başka bir uyuşmazlıkta, kulüp yönetimi, *play-off*larda final oynarken son maçtan çekilme kararı almış ve bu kararın sonucunda rakip takım şampiyon olmuştur. Söz konusu davada hakem, oyuncunun şampiyonluk primine hak kazanmadığına karar vermiştir. Bunun nedeni, primin şartı olan şampiyonluğun kazanılmaması ve de şampiyonluk primlerinin ödeneceğine dair pazarlık yapılmış olsa da, primin verilmesine ilişkin karar verilmiş olduğuna dair hiçbir somut delil bulunmaması şeklinde açıklanmıştır.⁵⁴

Oyuncuların *fair-play* ve profesyonellik seviyelerine yakışmayacak şekilde davranışlarının da kulüpler tarafından gerekli hukukî tedbirler alınarak karşılanması gerekir. Bir uyuşmazlıkta, oyuncunun sözleşmesi; (i) oyuncunun twitter hesabında takım hakkında olumsuz içerikte olan bir *tweet*'i paylaşması, (ii) oyuncunun soyunma odasında koçun otoritesinin aleyhinde davranış sergilemesi, (iii) oyuncunun maç esnasında koça doğru havlu fırlatması sonrasında feshedilmiştir. Oyuncu, kulübün sözleşmesini feshetme nedeninin davranışları değil, alacağını talep etmesi olduğunu belirtmiştir. Hakem, her ne kadar bu davranışları haksız bulsa da, bu davranışların her birinden sonra kulüpten hiçbir yazılı uyarı gelmemesi sebebiyle kulübü haksız bulmuş ve oyuncunun yaklaşık 400.000,00 Amerikan doları tutarında ödemeye hak kazanmasını sağlamıştır.⁵⁵ Hakem, kulüplerin oyunculara disiplin cezası verirken veya kulüplerin, oyuncu sözleşmelerini disiplin gibi nedenlerle feshederken iş hukukunun temel ilkeleri ve bildirim yükümlülüklerine hakkaniyet kapsamında uymaları gerektiğini belirtmiştir.

BAT tarafından görülen uyuşmazlıkların çoğu, menajerin veya oyuncunun ücretinin ödenmemesinden kaynaklanmıştır. Bir uyuşmazlıkta oyuncu, kulübün ücretini ödememesi nedeniyle sözleşmesini feshetmiştir. Birkaç ay sonra da başka bir takımla anlaşmıştır. Hakem, oyuncunun sözleşmesini haklı sebeple feshettiği hâllerde, oyuncunun bu fesihden faydalanmaması gerektiğini ve kulüp bulmak suretiyle zararını olanakları dâhilinde sınırlandırması

⁵⁴ Erceg v. Galatasaray, BAT 0747/15.

⁵⁵ Smith ve Wasserman Media Group v. Galatasaray, BAT 0640/14.

gerektiğini belirttiikten sonra, oyuncunun yeni kulüple anlaşmasındaki ücreti (primler de dâhil olmak üzere) kulübün ödemesi gereken tutardan indirmiştir. Kulüp, haksız fesih için ödediği tazminatın yanında, oyuncunun başvuru giderleri ve vekâlet ücreti için de 8.000,00 avroyu ödemek zorunda kalmıştır.

Kulüplerin, özellikle de ücretin nispeten düşük olduğu hâllerde uyuşmazlığın BAT'a taşınmadan dostane yöntemlerle çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim uygulamada BAT tarafından verilen kararlarda yargılama giderlerinin yüksek olduğu görülmektedir. Örneğin, 25.000,00 Amerikan doları tutarındaki borcunu ödemeyen bir kulüp; bu borcun yanında başvuru giderleri, hakem ücreti, vekâlet ücreti toplamında 10.500,00 Amerikan dolarını fazladan ödemek zorunda kalmıştır.⁵⁶ Benzer olarak başka bir kulübün menajere ödemesi gereken tutar yaklaşık 6.000,00 Amerikan doları olduğu hâlde, kulüp bu tutara ek olarak yaklaşık 4.000,00 avro tutarında yargılama masrafı ödemek zorunda bırakılmıştır.⁵⁷ Söz konusu kararın değeri 30.000,00 avrodan az olduğu için, karar gerekçesiz olarak verilmiştir. Kararın değerinin 30.000,00 avro ile 200.000,00 avro arasında olduğu hâllerde, davalının gider avansını ödememesi hâlinde, davacının talebiyle hakem gerekçesiz karar verebilir ve yargılama giderlerini indirebilir.

BAT kararlarında vurgulanan en önemli prensip ahde vefa ilkesidir (*pacta sunt servanda*). Bu kapsamda hakem, taraf iradesini ön planda tutar ve taraflar arasındaki sözleşmenin aynen uygulanmasını sağlamaya çalışır. Taraflardan birisinin yaşadığı ekonomik sorunlar, sözleşmede ekonomik zorluk hâlinde taraflara çıkış yolu sunulmadığından, yükümlülükleri yerine getirmemek için haklı sebep oluşturmaz.⁵⁸ Bir davada, oyuncu, BAT'ta çözümlenen bir uyuşmazlıkta kulüp temsilcisiyle olan *WhatsApp* konuşmasını delil olarak sunmuş, hakem, kulüp temsilcisinin oyuncuya kulüpte nakit para olmadığını ve

⁵⁶ Stoll v. Trabzonspor, BAT 0645/15.

⁵⁷ Octagon, Dimitropoulos v. Torcu Konya Selçuk Üniversitesi, BAT 0686/15.

⁵⁸ Jawai ve Wasserman Media Group v. Galatasaray, BAT 0650/15.

yeni başkan seçildiğinde ödeme yapılacağını yazmasının, kulübün ödeme yapmaması için haklı bir sebep olmadığına karar vermiştir.⁵⁹

BAT içtihatlarında, oyuncu sözleşmesinde belirtilmese bile, temerrüt faizi olarak yıllık %5'lik oran kabul edilmiştir. Oyuncunun, ihtar çekmek suretiyle ücretini talep etmesi hâlinde, alacağı olan primleri de talep etmesi gerekir. Yoksa primler için temerrüt faizi ihtarla başlamaz. Temerrüt faizi sadece ihtarla konu ücret için oluşur. Oyuncunun, ihtar çekerken faizi de ayrıca talep etmesi gerekir. Faizi, tahkim başvurusunda bulunana kadar talep etmemişse, faiz ancak tahkim talebinde bulunulan gün itibarıyla işlemeye başlar.⁶⁰

Oyuncu ile kulüp arasında hem TBF lisansı için kurulan sözleşme, hem de özel bir sözleşme varsa, TBF lisansı için yapılan sözleşme, tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmek için önemlidir. Fakat bir uyuşmazlıkta hakem, tarafların bu sözleşmenin, özel sözleşmenin hükümlerinden önce uygulanması gerektiğini ileri sürmemesi nedeniyle, özel sözleşmeye göre karar vermiştir.⁶¹ Başka bir uyuşmazlıkta ise taraflar, önce 13.09.2013 tarihinde bir sözleşme imzalamış; bu sözleşmede taraflar arasındaki başkaca sözleşmelerin geçersiz kabul edileceği öngörülmüştür. Taraflar sonra 26.09.2013 tarihinde, TBF sözleşmesini imzalamıştır. Oyuncu, ilk imzalanan sözleşmedeki hükme dayanarak sonraki sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürse de, hakem bu sözleşmenin sadece daha önce imzalanan sözleşmelerin yerine geçtiğini ve bu sözleşmenin sonraki tarihli sözleşmeler için geçerli olmayacağını belirtmiştir.

Kulübün oyuncuya borcu olduğu ve kulüp ile oyuncu arasında yeni bir sözleşme yapıldığı hâlde, oyuncunun alacaklı olduğunu ispat etmesi için alacaklarından feragat etmediğine dair ihtirazî kayıt düşmesi gerekir. Aksi takdirde, aynı takımla sözleşmesini yenileyen oyuncunun kulüpten alacağı olduğunu ispat etmesi oldukça zordur. Oyuncunun, kulüpten alacağını alamaması sebebiyle haklı fesih yoluna gideceği

⁵⁹ Macvan v. Galatasaray, BAT 0651/15.f.

⁶⁰ Gueye, Garcia, Kurdoglu v. Fenerbahçe, BAT 730/15.

⁶¹ Gueye, Garcia, Kurdoglu v. Fenerbahçe, BAT 730/15.

hâllerde ise, oyuncunun bu hakkı kullandığını bildirmesi ve söz konusu kulüpte basketbol oynamayı sürdürmemesi gerekmektedir.⁶²

Oyuncular için en önemli husus, sakatlanmamaları ve oynamaya hazır durumda olmalarıdır. Bu sebeple, kulüplerin, sözleşmelerde sakatlık konusunu düzenlemeleri önemlidir. Bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın tarafı olan kulüp, oyuncunun sağlık geçmişinin parlak olmadığı ve sağlık testinde bazı sorunların tespit edildiği bir durumda, sözleşmeye özel bir hüküm koyarak oyuncunun sağlık sorunlarının, oynamasını engellemesi hâlinde fesih hakkını saklı tutmuştur.⁶³ Kulüp, buna rağmen oyuncuya fesih bildiriminde bulunmamıştır. Bu sebeple hakem, sözleşmenin feshedilmediğine karar vermiştir. Hakem, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi nedeniyle kulübün oyuncuya fesih bildiriminde bulunması ve oyuncuya cevap hakkı tanınması gerektiğini karara bağlamıştır. Ayrıca hakem, oyuncunun kulüpten ayrıldıktan sonra iki takımda daha oynamış olması vakiasının, oyuncunun sağlık sorunlarının ciddiyetine şüphe düşürdüğünü belirtmiştir.⁶⁴

BAT, basketbol sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları süratli biçimde sonuçlandırmak için kurulmuştur. Bu noktada usûl kuralları, uyuşmazlıkların süratli şekilde çözümlenmesini sağlamaya yönelik olarak formüle edilmiştir. Bu hızlı ve basit çözüm yolunun, profesyonel basketbol camiası tarafından iyi incelenmesi ve öğrenilmesi oldukça önemlidir. BAT kararlarının FIBA tarafından uygulanmasının sağlanması, BAT uyuşmazlık çözüm yolunu zamanla daha da yaygınlaştıracaktır.

Çalışmamızda verilmiş olan örneklerden anlaşılacağı üzere, uygulamada uyuşmazlıkların çoğunda Türk kulüpleri haksız bulunmakta ve yüksek miktarda tazminat ödemek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle kulüplerin, ileride daha da yaygın hâle gelecek olan BAT yargılaması ve içtihatları hakkında daha kapsamlı çalışmalar yapması, gerekirse Türkiye Basketbol Federasyonu'nun bu kararlar hakkında kulüplere çeşitli bilgilendirmelerde bulunması yararlı

⁶² Millage v. Torku Konyaspor, 0720/15.

⁶³ Millage v. Torku Konyaspor, 0720/15.

⁶⁴ Millage v. Torku Konyaspor, 0720/15.

olacaktır. Konu hakkında yürütülecek eğitim faaliyetleri, ileride yaşanabilecek uyuşmazlıkların Türk kulüpleri aleyhine sonuçlanmasının önüne geçilebilmesini sağlayacaktır.

Sonuç

Spor hukuku, tahkimin özellikle hızlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olması nedeniyle kullanılan ve tahkimin dünyadaki gelişimine katkıda bulunan önemli bir alandır. Spor tahkimi hızla gelişmekle beraber, Türkiye'nin önde gelen bir spor merkezi hâline gelmesi için ülkemiz hukukçularının bu alanda bilgi sahibi olması gerekmektedir. Hâlihazırda önemli sayıda hukukçu, spor tahkimiyle tahkimle tanışmıştır. Bu durum tahkim kültürünün gelişimi açısından önemlidir. Spor tahkimi konusunda bilgi sahibi olmak isteyen hukukçuların, CAS başta olmak üzere UÇK, Tahkim Kurulu, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu ve BAT'ın işleyişini ve kararlarını incelemesi oldukça mühimdir. Öte yandan spor hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, zorunlu tahkimin öngörüldüğü hâllerde, adil yargılanma hakkını olumsuz etkilediğine yönelik eleştiriler mevcuttur. Spor tahkiminin henüz Avrupa'da dahi tam olarak gelişimini tamamlamadığı ifade edilmektedir. Diğer yandan AİHM, her ne kadar oybirliğiyle olmasa dahi, CAS'ın bağımsızlığı ve tarafsızlığı yönünden adil yargılanma hakkının ihlâline sebebiyet vermediğini kabul etmiş olsa da, Türk tahkim kurumlarının AİHM nezdinde aynı noktada olmadığını söylemek mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Die einfachste Definition von Sportrecht ist die Anwendung grundlegender Rechtsprinzipien im Sportbereich. Obwohl das Sportrecht allmählich als eigenständiger Rechtszweig angesehen wird, ist es in Wirklichkeit unter dem Einfluss mehrerer Rechtszweige wie Schuldrecht, Zivilprozessrecht, internationales Privatrecht, Verwaltungsrecht, Wettbewerbsrecht, Arbeitsrecht und Ausländerrecht entstanden. In der Literatur wird das Sportrecht im engeren und im weiteren Sinn unterschiedlich definiert. Im engeren Sinn ist das Sportrecht der Rechtszweig, der die Rechte und Pflichten von Sportlern, die Funktionsweise von Sportorganisationen und die Beziehungen zwischen den Akteuren des Sportsektors regelt. Im weiteren Sinn befasst sich das Sportrecht mit dem Recht des Einzelnen, Sport zu treiben und an sportlichen Aktivitäten teilzunehmen, mit den Rechten der Athleten, die sich aus dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ergeben, mit Gewalt im Sport, Fair Play und Disziplinarregeln. In diesem Rahmen ist das Sportrecht im weiteren Sinn mit mehreren Rechtszweigen verbunden. Zum Beispiel kann es sich um verschiedene Rechtsbereiche handeln, wie Trainerverträge oder das Recht der Athleten, Gewerkschaften zu gründen (Arbeitsrecht), die Besteuerung der an die Athleten gezahlten Gehälter (Steuerrecht), negatives Verhalten in den Stadien (Straf- und Disziplinarrecht), Arbeitserlaubnis und Einreise von Athleten und ihren Familien (Ausländerrecht).

Ein weiterer Unterschied im Sportrecht ist die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Sportrecht. Demnach werden sportliche Aktivitäten, die einen Auslandsbezug haben, als internationale Sportarten anerkannt. Wenn die sportliche Aktivität ein ausländisches Element enthält, ändert sich das für die Beilegung des Streitfalls zuständige Gericht oder Schiedszentrum sowie die in dem Fall anzuwendenden Rechtsregeln.

Wie in anderen Ländern wurden auch in der Türkei spezielle Schiedsstellen eingerichtet, um sportrechtliche Streitigkeiten in kurzer Zeit und auf effektive Weise im Einklang mit der Struktur des Sports zu lösen. Der türkische Fußballverband wurde 1991 autonom und es wurde ein Schiedsgericht eingerichtet. In der Folge wurde die Schiedsstelle der Generaldirektion für Sport für andere Verbände eingerichtet, die autonom

wurden. In dieser Studie werden die Gründe für die Inanspruchnahme von Schiedsverfahren im Sportrecht erörtert, die Neuerungen, die dieser Bereich für Juristen bereithält, und in diesem Zusammenhang werden die führenden Institutionen der Sportschiedsgerichtsbarkeit im Lichte der aktuellen Entwicklungen erläutert. In diesem Zusammenhang werden zunächst der Schiedsgerichtshof für Sport (CAS), dann das Streitschlichtungsgremium und das Schiedsgremium innerhalb des türkischen Fußballverbands, und anschließend das Schiedsgremium der Generaldirektion für Sportrecht und schließlich das FIBA Basketball-Schiedsgericht (BAT) analysiert. Um den Zusammenhang zwischen der Sportschiedsgerichtsbarkeit und dem Recht auf ein faires Verfahren aufzuzeigen, wird das Thema im Rahmen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Verfassungsgerichts (VerfG) analysiert.

Das Sportrecht ist ein wichtiger Bereich, in dem die Schiedsgerichtsbarkeit zum Einsatz kommt, zumal sie eine schnelle Methode der Streitbeilegung ist und zur Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit in der Welt beiträgt. Auch wenn die Sportschiedsgerichtsbarkeit eine rasante Entwicklung nimmt, müssen türkische Anwälte in diesem Bereich sachkundig sein, damit die Türkei ein führendes Sportzentrum werden kann. Zahlreiche Anwälte haben bereits durch Sportschiedsverfahren Bekanntschaft mit der Schiedsgerichtsbarkeit gemacht. Dies ist wichtig für die Entwicklung der Schiedskultur. Für Juristen, die sich mit der Sportschiedsgerichtsbarkeit befassen, ist es sehr wichtig, die Funktionsweise und die Entscheidungen des Ausschusses zur Beilegung von Streitigkeiten (UÇK), des Schiedsausschusses, des Schiedsausschusses der Generaldirektion Sport und des BAT, insbesondere des CAS, zu prüfen. Andererseits wird bei sportrechtlichen Streitigkeiten, bei denen ein obligatorisches Schiedsverfahren vorgesehen ist, kritisiert, dass dies negative Auswirkungen auf das Recht auf ein faires Verfahren hat. Auch in Europa hat sich die Sportschiedsgerichtsbarkeit noch nicht vollständig entwickelt. Obwohl der EGMR, wenn auch nicht einstimmig, akzeptiert hat, dass die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des TAS nicht zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren führt, kann man andererseits sagen, dass die türkischen Schiedsinstitutionen vor dem EGMR nicht in der gleichen Position sind.

KAYNAKÇA

- AFŞIN, İlhan H., Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ARTUÇ, Mustafa, "Spor Tahkim Kurulları", Türkiye Adalet Akademisi, C. 19, S. 5, Y. 2014, s. 867-902.
- BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre, Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- BOLATOĞLU, Hilmi, Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliğine İlişkin Hukuki Çerçeve, Hacettepe HFD, C. 7, S. 2, Y. 2017, s. 305-332.
- ÇELİKEL Aysel / ERDEM, Bahadır, Milleterarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- COZZILLIO, Michael J. / LEVINSTEIN, Mark S./ DIMINO, Michael R. / FELDMAN, Gabriel, Sports Law Cases and Materials, 2nd Edition, Carolina Academic Press, 2007.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- DUVAL, Antoine, "Time to Go Public? The Need for Transparency at the Court of Arbitration for Sport", Yearbook of International Sports Arbitration, Springer Verlag, 2017.
- EKŞİ, Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- EKŞİ, Nuray, "AİHM'in Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Davasında Verdiği 28 Ocak 2020 Tarihli Kararın Özeti", İstanbul Spor Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2020, s. 215-230.

- ERKİNER, Kısmet, "Türkiye'de Spor Hukuku'nun Oluşumu", İstanbul Barosu Dergisi (Spor Hukuku Özel Sayısı), s. 17-41.
- GEMALMAZ, Haydar Burak, "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights" The International Sports Law Journal, Vol. 19, 2019.
- GIRSBERGER, Daniel/VOSER, Nathalie, International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives Third Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- GÜNDOĞDU, Fatih, "TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi" TBB Dergisi, 2019/140, s. 140-170.
- HOFBAUER, Simone, "History of Arbitration", Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2nd Edition, Kluwer Law International, ed. Manuel Arroyo, 2018, s. 3-19.
- HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, Ankara 2011.
- KÖKSAL, Selda Taşyürek, "Tahkime Elverişlilik", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Panelleri Serisi, C. I, eds. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 413-426.
- MAVROMATI, Despina/Mathieu Reeb, The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials, Kluwer Law International, 2015.
- MERT, Baver Mazlum, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- MOSTUROĞLU, Şekip, "Televizyon Görüntülerinin Futbol Disiplin Hukukunda İkincil Derecede Delil Olarak Kullanımı Hususunda Emsal Kararlar ve Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Avukat Serdar Özersin'e Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 267-285.

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli
Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4. Bası, C. I, Beta Yayınevi,
İstanbul 2013.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Sportif Uyuşmazlıkların Çözümü ve
CAS, Vedat Kitapçılık, Ankara 2013.

ÖZKAN, Cahit, 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları
Kanunu Çerçevesinde Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara
2022.

PEKCANİTEZ, Hakan / YEŞİLİRMAK, Ali, Pekcanıtez Usûl Medenî
Usûl Hukuku, 15. Bası, C. III, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık,
İstanbul 2017.

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve
Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul
2019.

van der HARST, Marco, The Enforcement of CAS Arbitral Awards by
National Courts and the Effective Protection of EU Law,
Fundamental Rights in International and European Law, eds
Christophe Paulussen/Tamara Takacs/Vesna LazićBen Van
Rompuy, Springer, 2015, s. 297-307.

Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu, "Spor
Hukukunda Güncel Sorunlar-II" Sempozyumu, Ataköy 2010.

1921 Anayasası'nda Meclis Başkanlığı ve Hükûmet Sistemi Problemi Üzerine Analitik Bir İnceleme

Eine analytische Untersuchung über die Präsidenz des Parlaments und das Problem des Regierungssystems in der Verfassung von 1921

Araş. Gör. Dr. Eyüp Kaan DEMİRKIRAN*

ÖZ

Hükûmet sistemleri yasama ve yürütme organları arasındaki ilişki esas alınarak açıklanmaktadır. Literatürde, dörtlü bir ayrımla, hükûmet sistemleri parlamenter, başkanlık, yarı-başkanlık ve meclis hükûmeti sistemi şeklinde sınıflandırılmaktadır. 1921 Anayasası'nın hükûmet sisteminin saf meclis hükûmeti sistemi olduğuna dair görüşler literatürde yaygın olarak yer alır. Meclis hükûmeti sistemi kuvvetlerin mecliste birleştiği ve uygulaması sık görülmeyen bir hükûmet sistemi şeklindedir. 1921 Anayasasında meclis hükûmeti sisteminin kabulü olağanüstü bir dönemde, bu dönemin ihtiyaçlarına cevap vermek için gerçekleşmiştir. Bu dönemde meclis başkanlığı makamı da önem arz etmektedir. Birinci Meclis bir devlet başkanı kabul etmemiştir. Bununla beraber 24 Nisan 1920'de yapılan seçimlerde birinci meclis başkanı ve ikinci meclis başkanı seçildiği görülmektedir. Bu çalışmada 1921 Anayasası'nda hükûmet sistemi içerisinde meclis başkanlığı makamı ekseninde analitik bir inceleme yürütülmüştür. Bu çalışmada öncelikle Büyük Millet Meclisi'nin (BMM) açılışından 1921 Anayasası'nın yapımına kadarki dönem incelenmiştir. Ardından, 1921 Anayasası'nın konu hakkındaki düzenlemeleri irdelenmiştir. Bilindiği üzere 1923

* Türk-Alman Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (demirkiran@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1729-8101.



yılında Cumhuriyet'in ilanı Anayasada yapılan önemli bir değişiklikle olmuştur. Bu değişikliğin 1921 Anayasası'nın hükümet sistemi üzerindeki etkisi incelenmiştir. Dolayısıyla tarihsel süreç takip edilerek açıklamalar yapılmıştır. Bu çalışmada temelde meclis zabıtları incelenmiştir. Meclis zabıtları üzerinden tartışmalar gözlemlenmiştir. Literatürdeki anayasa hukuku ve siyaset bilimine ilişkin eserler de sistematik olarak kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Büyük Millet Meclisi, meclis hükümeti sistemi, 1921 Anayasası, hükümet sistemleri, 1921 Anayasası'nın hükümet sistemi.*

An Analytical Examination on the Presidency of the Assembly and on the Problem of the Government System in the Constitution of 1921

ABSTRACT

Government systems are explained on the basis of the relationship between the legislative and executive branches. In the literature, government systems are categorised as parliamentary, presidential, semi-presidential and assembly government systems. The 1921 Constitution's system of government is widely believed to be an assembly government. The assembly government system is a form of government system in which the powers are united in the parliament and its application is not common. In the 1921 Constitution, the adoption of the assembly government system was realised in an extraordinary period in order to respond to the needs of this period. In this period, the office of the parliamentary presidency was also important. The First Assembly did not accept a head of state. However, in the elections held on 24 April 1920, it is seen that the first president of the parliament and the second president of the parliament were elected. In this study, an analytical examination was carried out on the axis of the office of the speaker of the parliament within the government system in the 1921 Constitution. In this study, firstly, the period from the opening of the Assembly until the making of the 1921 Constitution is analysed. Then, the regulations of the 1921 Constitution on the subject were analysed. As is known, the proclamation of the Republic in 1923

was accompanied by an important amendment to the Constitution. The effect of this amendment on the government system of the 1921 Constitution is analysed. Therefore, explanations have been made by following the historical process. In this study, the minutes of the parliament were analysed. Upon the official reports of the assembly the debates are observed. Studies in the literature regarding the constitutional law and the political science are used systematically.

Keywords: *Grand National Assembly, assembly government, government systems, 1921 Constitution, government system of 1921 Constitution.*

GİRİŞ

1921 Anayasası'nın hükûmet sistemi ve bu ekseninde meclis başkanlığı kurumu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İncelemede tarihsel gelişim sırası takip edilecektir. Önce, 23 Nisan 1920'de Büyük Millet Meclisi'nin (BMM) açılışından 1921 Anayasası'nın kabulüne kadarki süreçte duruma kısa bir bakış atılacak ve 1921 Anayasası'na kadar hükûmetin oluşumuna değinilecektir. Gerçekten meclisin açılışından sonra uğraştığı ilk problem bir hükûmetin nasıl oluşturulacağı konusu olmuştur. Neticede hükûmet oluşturulması kabul edilmiş ve geçici bir hükûmet kurulmuştur. BMM, daha sonra BMM İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair 3 Sayılı Kanun'u yürürlüğe koyacaktır. Zaman içinde 47 sayılı Kanun'la bu kanunda da değişikliğe gidilecektir. Anayasanın uygulandığı dönemde 8 Temmuz 1922 Tarihli İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun ile vekillerin seçim usulü tekrar değişecektir. 1921 Anayasası döneminde 1923 yılında Teşkilât-ı Esasiye Kanununun Bâzı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun ile cumhuriyet ilan edilmiştir. Hükûmet şeklinin, cumhuriyetin ilanını sağlayan kanun ile ne surette değiştiği irdelenecektir. 1921 Anayasası'nın hükûmet sistemine dair yukarıda belirtilen tarihsel gelişim içerisinde meclis başkanlığının konumu üzerinde çalışmada durulacaktır. Bu anlamda meclis başkanlığının seçimi, yetkileri, 1921 Anayasası'nın m. 9 hükmündeki düzenlemenin anlamına dair incelemeler yürütülecektir.

Teşkilatı Esasiye Kanunu yahut 1921 Anayasası pek kısa bir metindir. Ancak bu kısa metnin, Türk anayasa hukuku tarihindeki en önemli metinlerden biri olduğunu söylemek yanlış olmaz; zira bu anayasa, hem tarihimizde tek yumuşak anayasa olmak¹ hem 1876 yılından bu yana parlamenter rejim geleneğinin istisnası olarak gösterilmek² özelliklerine sahiptir. 1921 Anayasası, kanımızca yapılış süreci bakımından en ilgi çekici anayasalarımızdan biri olmak özelliklerine sahiptir. Gerçekten 1921 Anayasası'nı yapan Birinci BMM, sosyolojik tabanı bakımından daha sonra emsali görülmemiş derecede çok sesliliğe ve çeşitliliğe sahip bir meclis hususiyetindedir.³

Tüm bu incelemeler esasen meclis zabıtları üzerinden yapılmıştır. Bu anlamda hukuki metinleri, hukuki metinlerin kabulü esnasında cereyan etmiş meclis görüşmelerini ve tartışmalarını inceleyeceğiz. Bununla beraber konu hakkında doktrindeki çeşitli görüşler de sistematik olarak irdelenecek, konu hakkında kamu hukuku incelemelerinin çok sınırlı olması nedeniyle siyaset bilimi ile ilgili çalışmalardan da faydalanılacaktır.⁴

1. 1921 ANAYASASI ÖNCESİNDE HÜKÛMET PROBLEMİ VE MECLİS BAŞKANLIĞI

1.1. Genel Bakış

Mondros Mütarekesi'nin peşi sıra tüm ülke sathında süratli bir şekilde örgütlenme faaliyetlerinin başladığı bilinmektedir. Bu tarihten itibaren tüm Anadolu sathında ve Trakya ile Kuzey Kafkasya gibi uç

¹ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) İkinci Kitap: Mütareke, Cumhuriyet ve Atatürk (1918-1938)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 106-107.

² Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 113-115.

³ Tarık Zafer Tunaya, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmeti'nin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", *Birinci Meclis*, (Editör: Cemil Koçak), Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 5-6.

⁴ Akademi ve 1921 Anayasası hakkında bir inceleme için Bkz: Murat Sevinç, Dinçer Demirkent, *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası: 1921 Anayasası ve Tutanakları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 19-24.

bölgelerde, yerel bazda başlayıp büyüme eğilimi içerisinde olan, bölgesel kurtuluş odaklı ancak ulusal kurtuluş fikrine de yatkın, temsile dayalı, belirli bir kurallılık içerisinde kararlar alıp uygulayan pek çok örgütlenme ortaya çıkmaya başlamıştır.⁵ Yine bu tarihten sonra artık Osmanlı devlet otoritesinin esaslı bir biçimde sarsıldığı ve ortada bir devlet ve iktidar probleminin bulunduğu⁶ kabulü gerekmektedir. Bu açıklamayı yapmamızın sebebi ulusal meclis olan BMM'nin kuruluşu ve başlangıcını da görerek tutarlı bir dizge oluşturmaktır. Bir devlet ve iktidar probleminin varlığını gördükten sonra artık o iktidarın ve devletin anayasasının geçerliliği mevzusunda daha eleştirel bakmak gerektiği meydana çıkar. Gerçekten her ne kadar hukuki planda 1876 Anayasasının geçerliliğini koruduğu düşünülebilirse de BMM hiçbir zaman bu anayasaya kendini tamamen bağlı hissetmeyecektir.⁷

23 Nisan 1920 tarihinde BMM açıldığında, yürütme işlerinin nasıl yapılacağı konusu büyük bir soru işareti arz etmiştir. Meclis tutanakları incelendiğinde 24 Nisan 1920 tarihli oturumda M. Kemal Paşa'nın, çözüm bekleyen bu meseleyi gündeme taşıdığı anlaşılmaktadır. 1921 Anayasası'nın kabulüne kadar yürütmenin ne şekilde oluşturulduğu konusuna eğildiğimizde, meclis tutanaklarında öncelikle, 24 ve 25 Nisan'da konunun görüşüldüğünü⁸, BMM İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair 3 Sayılı Kanunun teklif edildiğini ve bu konuda 1 ve 2 Mayıs tarihlerinde görüşmeler yapıldığını⁹ görmekteyiz. Bu Kanun'da 4 Kasım 1920 tarihinde bir değişiklik de yaşanmıştır.¹⁰ Tüm bu düzenlemeler sırasında meclis başkanlığı makamı, seçimi ve konumu da incelenecektir.

⁵ Geniş bilgi için Bkz: Bülent Tanör, *Türkiye'de Kongre İktidarları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 93-179 ve tümü.

⁶ Tanör, *Türkiye'de Kongre İktidarları*, s. 77-84.

⁷ Ergun Özbudun, *1921 Anayasası*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008, s. 2-3, s. 47-49.

⁸ TBMM., Z.C., 24-25 Nisan 1920, Devre: 1, C: 1, s. 6-39 ve 52-60.

⁹ TBMM, Z.C., 1-2 Mayıs 1920, Devre: 1, C: 1, s. 156-182 ve 184-187.

¹⁰ TBMM, Z.C., 4 Kasım 1920, Devre: 1, C: 5, s. 291-292.

1.2. Mustafa Kemal Paşa'nın Önergesi

24 Nisan 1920'de M. Kemal Paşa, mütarekeden meclisin açılışına kadar geçen süreç içerisinde cereyan eden siyasi durum hakkında hayli uzun bir konuřma¹¹ yaptıktan sonra hükümetin teşkili hakkında bir takrir (önerge) vermiştir. M. Kemal Paşa önergesi ile ilgili konuřmasında¹² bir hükümetin teşkil edilmesi konusunda zorunluluk bulunduğuna değindikten sonra, aslında hükümet teşkilatının esas şeklinin sorumsuz bir hükümet reisi, yasama organı ve onun güvenine tâbi bir yürütmeden meydana geldiğini; bu sistemin ancak hilafet ve saltanat kurtarıldıktan sonra meclisin düzenleyeceği kanun esasları çerçevesinde mümkün olabileceğini vurgulamıştır. Oysa meclisin denetleyici ve inceleyici bir meclis olmadığını, meclisin milletin kaderiyle bizzat iştigal edecek konumda olduğunu söylemiştir. Bu noktadan sonra meclisin ayrıntısıyla her hususu inceleme ve müzakere imkânının bulunmayacağını, meclis içerisinden çıkacak her biri birer birer ve toplu olarak meclise karşı sorumlu olacak üyelerin bu konuda yeterli olacağını ifade etmiş; meclis başkanının bu kurula da başkanlık etmesi ve meclis adına imza ve onay yetkilerine de sahip olması ve meclise karşı ayrıca onun da sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir. Bunlarla beraber geçici de olsa bir "hükümet reisi" veya "padişah kaymakamı" ihdas etmemek, devlet reisi olmadan bir hükümet kurmak gerektiđini¹³ vurgulamıştır. M. Kemal Paşa'nın önergesi oylanarak çoğunlukla kabul edilmiştir. Zabıtlardan anlaşıldığı üzere kabul edilen bu önerenin aslı bulunmamıştır. Fakat Nutuk'ta şu surette bir "*ifade ve kayıt*" bulunduğu belirtilmektedir:

"Bu takriri, bugün gözden geçirecek olursak orada esaslı umdelerin tesbit ve ifade edilmiş olduğunu görürüz. Bu umdeleri müsaade buyurursanız burada tebarüz ettirerek sayacağım:

¹¹ TBMM, Z.C., 24 Nisan 1920, Devre: 1, C: 1, s. 8-30.

¹² TBMM, Z.C., 24 Nisan 1920, Devre: 1, C: 1, s. 30-32.

¹³ Tunaya'ya göre bu fikir hem muhafazakâr kesimlerle uzlaştırıcı hem de meclisin üzerinde bu şekilde sorumsuz bir hâkimiyet tanımayarak devrimcidir. Bkz: Tunaya, *Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük*, Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul, 1981, s. 215'te 19. dn.

1. Hükûmet teşkili zaruridir.

2. Muvakkat kaydiyle bir Hükûmet Reisi tanımak veya bir Padişah kaymakamı ihdas etmek kabili tecviz değildir.

3. Mecliste mütekasif irade-i milliyeyi, bilfiil mukadderatı vatana vazülyed tanımak umdei esasiyedir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin fevkinde bir kuvvet mevcut değildir.

4. Türkiye Büyük Millet Meclisi teşrii ve icrai selâhiyetleri câmidir. Meclisten tefrik ve tevkil edilecek bir heyeti umuru Hükûmeti rüyet eder. Meclis reisi, bu heyetin de reisidir.

Hatıra: Padişah ve Halife, cebrü ikrahtan azade olduğu zaman, Meclisin tanzim edeceği esasatı kanuniye dairesinde vaziyetini ahzeder."¹⁴

Tanör, bu önergeyle ilgili "Aslında burada, 'yeni bir hükûmet teşkili' adı altında açıkça 'yeni bir devletin kurulması'nın ana esasları öngörülmüştü." demektedir. Yazara göre, M. Kemal ve meclis, Kanun-i Esasi'nin akıbeti gibi "netameli" bir konuya girmeden "ulusal iradeye dayalı tam yetkili bir meclis ile, ona bağlı ve sorumlu bir hükûmetin anakuruluşunu" yapmıştır.¹⁵ Arsel'e göre ise bu önergenin kabulü ile meclis milli egemenlik esasına dayalı bir yönetim ve cumhuriyeti kabul etmiş olmaktadır.¹⁶ Kabul edilen önergenin dördüncü maddesinde meclisin yasama ve yürütme yetkilerine sahip olduğu belirtilmekle beraber meclisten çıkacak bir heyetin hükümet işlerini göreceği, meclis başkanının bu heyetin de başkanı olacağı belirtilmiştir.

¹⁴ TBMM, Z.C., 24 Nisan 1920, Devre:1, C:1, s. 32'de 1 numaralı dn. Osmanlıca meclis zabıtlarında böyle bir dipnot yer almıyorken Latin harflerine aktarılan zabıtlarda bu dipnot bulunmaktadır.

¹⁵ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 20. Baskı, Mart 2011, s.235.

¹⁶ İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, C: 1, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 63.

1.3. İlk Meclis Başkanlığı Seçimi ve Geçici İcra Heyetinin Kurulması

BMM'nin ilk meclis başkanı, ikinci meclis başkanı ve vekillerin seçimleri, meclisin açılışından hemen bir gün sonra 24 Nisan 1920'de yapılmıştır. Konu tartışılırken Çorum milletvekili Fuad Bey ve arkadaşları, meclisin yasama gücünün yanında yürütme gücüne de sahip olması sebebiyle meclis başkanının yanında bir ikinci meclis başkanının seçilmesi gerektiğine dair bir önerge sunmuştur. Bu önerge kabul edilmiştir.¹⁷ Bu sebeple BMM'nin açılışından sonra meclis başkanı seçimlerinde "iki meclis başkanı" seçildiği görülür.¹⁸ Toplam oyun (120) salt çoğunluğu (61) aranmıştır. Seçim sonucuna göre, M. Kemal Paşa 110 oy ile Birinci Meclis Başkanı seçilirken 109 oy ile Celalettin Arif Bey İkinci Meclis Başkanı olmuştur. Birinci Meclis Başkanlığı Vekilliğine Çelebi Abdülhalim Efendi (91 oy)¹⁹ ve İkinci Meclis Başkanlığı Vekilliğine ise 25 Nisan tarihinde İsmail Paşa (44 oy) seçilmiştir.²⁰

24 Nisan'daki önerenin kabulü sonrasında icra işlerinin yürütülmesi konusunda 25 Nisan'da çeşitli önergeler verilmiş ve tartışmalar yaşanmıştır.²¹ Neticede, Erzurum mebusu Celalettin Arif Bey'in, icra heyeti üyelerinin seçimi ve bunların meclisle münasebeti konuları hakkında bir kanun tasarısı hazırlanması ve bu olana kadar beş, altı kişiden müteşekkil geçici bir icra heyeti kurulması yolundaki görüşü kabul edilmiştir.²² Akın'a göre, bu gelişmeyle birlikte BMM "*mercisiz kalan devlete elkoymuştur*" ve devlet erklerinin tümünün kendinde belirlediğinden hareket ederek bir yürütme kuvveti meydana

¹⁷ TBMM, Z.C., 24 Nisan 1920, Devre:1 C: 1 s. 32, 38.

¹⁸ Meclis ikinci başkanlığı, ikinci devre birinci içtimadan sonra kaldırılacaktır. Bkz: Şeref İba, *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı*, Nobel Yayıncılık, 2006, s. 13.

¹⁹ TBMM, Z.C., 24 Nisan 1920, Devre:1 C: 1 s. 38.

²⁰ TBMM, Z.C., 25 Nisan 1920, Devre:1 C:1 s. 44.

²¹ T.B.M.M., Z.C., 25 Nisan 1920, Devre:1, C:1, s. 52-58.

²² T.B.M.M., Z.C., 25 Nisan 1920, Devre:1, C:1, s. 55, 58.

getirmiştir.²³ Çelik de bu seçimi yeni devletin ilk yürütme organı olarak nitelemektedir.²⁴

1.4. Meclisin İçtüzük Hakkında Kararı

26 Nisandaki tartışmalarda içtüzüğe dair meclisin kararını görmek mümkün olacaktır. 26 Nisan'da Sivas milletvekili Rasim Bey tarafından verilen önerge ile Meclis-i Mebusan İçtüzüğü'nün ya aynen kabulü veya değiştirilerek uygulanması istenmiştir.²⁵ Meclis-i Mebusan İçtüzüğü'nün kullanımı konusunda 26 Nisan'daki görüşmelerde lehte ve aleyhte milletvekillerinin söz aldığı görülmektedir. Bahsedilen Meclis-i Mebusan İçtüzüğü, 13 Mayıs 1877 tarihli Meclis-i Mebusan İçtüzüğü'nün 1909 anayasa değişiklikleri sonrasındaki duruma uydurulması için yapılan ve mecliste 1914 yılında kabul edilen içtüzük metnidir.²⁶ Bu içtüzük metninin 5. maddesine göre, bir başkan, iki başkan vekili, dört veya altı kâtip ve üç idare memuru seçilmesi gerekmektedir. Hâlihazırda Bursa milletvekili Muhiddin Baha'nın belirttiği gibi, meclis bu içtüzüğe aykırı olarak karar alıp iki meclis başkanı zaten seçmiştir.²⁷ Dolayısıyla içtüzüğün aynen kabulü mümkün değildir. BMM de 26 Nisan'da 7 sayılı kararı ile içtüzüğün değiştirilerek kullanılmasına karar vermiştir.²⁸

²³ Rıdvan Akın, *TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare*, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 100.

²⁴ Burak Çelik, *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Aralık 2007, s. 45. Tanör ise "kuvve-i icraiye" deyiminin yanlış olduğunu belirtmiştir. İcra Heyetinin özelliklerini sıraladıktan sonra onun bir yürütme organı yahut gücü olmadığını, ancak BMM'nin ajanı veya memuru olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 237. İfadenin yerinde olduğuna dair aksi yönde Bkz: Şirin, Sinem Şirin, *Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki 1920-1923*, Legal Yayıncılık, Ocak 2017 s. 18

²⁵ TBMM Z.C., 26 Nisan 1920, Devre: 1, C:1 s. 72.

²⁶ Şeref İba, *Parlamento İçtüzük Metinleri: Osmanlı'dan Günümüze*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009, s. 521-573.

²⁷ TBMM Z.C., 26 Nisan 1920, Devre: 1, C: 1 s. 72.

²⁸ İba, *Parlamento İçtüzük Metinleri*, s. 575.

Meclisin içtüzük hakkındaki belirlemesi önemlidir; zira BMM'nin yeni bir içtüzük yapması oldukça sonra olacaktır.²⁹ Dolayısıyla uygulamada aksine bir karar alınıp alınmadığı nazara alınmakla birlikte, bahse konu Meclis-i Mebusan İchtüzüğü'nün meclis başkanlık divanına dair düzenlemelerinin geçerli olduğunu söylemek gerekecektir. Bu anlamda içtüzükte meclis başkanı için öngörülen yetkilerin de düzenlendiği görülecektir.³⁰ Ne var ki, kanımızca daha ilk bakışta,

²⁹ Bu ancak 1927 İchtüzüğü ile gerçekleşmiştir. Bkz: TBMM Başkanlığı İchtüzük Sitesi, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yirmi-yedi-ictuzuk>, Erişim Tarihi: 17.07.2023.

³⁰ BMM, Meclis-i Mebusan İchtüzüğünü değiştirerek uygulamayı kabul etmiş, ancak bu kararda hangi maddelerin değiştirildiği belirtilmemiştir. Süreç içerisinde çeşitli kararlarla bu içtüzük maddelerinde değişiklikler görülmüştür. Bunlar, encümenlere dair 27.04.1920 tarihli 9 ve 10 sayılı TBMM kararları, TBMM üyelerinin andiçmesine dair 06.06.1920 tarihli 20 sayılı TBMM kararı, yine encümenlerle ilgili 08.07.1920 tarihli 21 sayılı TBMM kararı, toplantı yarıyılına başlangıcına dair 12.02.1921 tarihli 99 sayılı TBMM kararı, içtüzüğün dilekçeler hakkındaki maddelerinin tamamen uygulanmasına dair 10.09.1921 tarihli 170 sayılı TBMM kararıdır. Bkz: Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 67-68. Meclis-i Mebusan İchtüzüğünün 159. maddesine göre meclis başkanının görevleri, celseleri açıp kapamak, görüşmelerin içtüzüğe uygun idaresini sağlamak, kayıt ve talep sırasına göre söz vermek, konuları oya koyup sonucu bildirmek, meclis içerisinde düzeni korumak, meclisi dış ilişkilerinde temsil etmek, şube ve encümenlerin mesaisine dikkat edip işlerin düzenli yürümesini sağlamak, meclis memurlarını meclis başkanlığı ile müzakere ederek seçmek ve görevden almak şeklinde sıralanmıştır. Ayrıca aynı hükme göre, meclis başkanı şube ve encümen görüşmelerine katılabilirse de oy kullanamaz. Gürültü meydana geldiğinde celseyi tatil edebilir. Meclis-i Mebusan içtüzüğünün 160. maddesi meclis başkanvekillerinin görevlerini, 161. maddesi kâtiplerin görevlerini, 162. maddesi idare memurlarının görevlerini düzenler. 160. maddeye göre meclis başkan vekillerinin görevi, meclis başkanının yokluğunda onun yerine meclis başkanlığı görevini icra etmektir. Kâtiplerin görevleri, tutanakların tanzimi ve basılması iken idare memurlarının vazifesi meclis binası ve eklentilerinin idaresi ve inzibatına nezaret etmektir. Kanun-i Esasi'nin kendi sistemi içerisinde hazırlanmış Meclis-i Mebusan İchtüzüğünün 1921 Anayasası döneminde doğrudan uygulanmasını beklemek kanımızca gerçekçilikten uzak olurdu. Nitekim

meclisin iki meclis başkanı seçmesi ve 24 Nisan tarihli önergede meclis başkanının ayrıca icra vekilleri heyeti başkanı olarak kabul edilmesi karşısında, meclis başkanlığının kendine has, daha özel bir konuma sahip olduğunu söylemek mümkündür.

1.5. Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-İ İntihabına Dair 3 Sayılı Kanun

İcra vekillerinin seçim şekilleri hakkındaki kanun taslağının görüşülmesine 1 Mayıs 1920 günü³¹ başlanmıştır. Kanun için görüşmeler başladığında Celalettin Arif Bey söz alarak, metin hazırlanırken M. Kemal Paşa'nın meclisçe kabul edilmiş önergesinin tasarıya temel teşkil ettiğini söylemiştir. Buna göre meclis başkanı, icra heyetinin de başkanı oluyor ve icra heyeti üyeleri doğrudan meclis içinden seçiliyordu. Celalettin Arif Bey, meclisin ismini de gerek meclisin verdiği çeşitli kararlara, gerek Hiyanet-i Vataniye Kanunu'na göre BMM olarak yazdıklarını bildirmiştir.³²

Saruhan mebusu Refik Şevket Bey söz alarak bu değişikliğin bir anayasa değişikliği olduğunu ve buna göre isim okunmak sureti ve üçte iki çoğunluk (tâyini esâmi ve ekseriyeti sülusânı âra) ile kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu yolda arkadaşlarıyla beraber bir önerge sunmuştur.³³ Celsenin sonunda ilgili önergenin oylanmasına geçilmiştir. Üçte iki çoğunluk ve isim okunması usulü oylanarak kabul edilmiştir.³⁴ Ara verildikten sonra maddelerin tek tek görüşülmesine başlanmıştır. Birinci madde heyet üyelerinin görevli oldukları alanların tespitiyle

gördüğümüz gibi BMM, içtüzüğü değiştirerek uygulamayı kabul etmiştir. Öte yandan 1921 Anayasası döneminde BMM'nin Osmanlı dönemi meclis birikiminden faydalandığı da bir gerçektir. Bkz: Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 26.

³¹ Görüşmeler için Bkz: TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 156-182.

³² TBMM Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre: 1, C: 1, s. 156-157. Aslında daha meclisin açılış günü en yaşlı üye sıfatıyla geçici başkan olan Şerif Bey konuşmasında Büyük Millet Meclisi ibaresini kullanmıştır. Bkz: TBMM, Z.C., 23 Nisan 1920, Devre: 1, C: 1, s. 2.

³³ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 159.

³⁴ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 161.

ilgilidir.³⁵ Birinci maddenin müzakeresinin ardından madde hakkında değişikliğe dair pek çok öneriler verilmiş ve neticede oylama sonucunda birinci madde iktisat kısmına parantez içinde sanayi kelimesi ve Defter-i Hakâni ifadesi eklenerek kabul edilmiştir. Buna göre on bir kişiden oluşan bir icra vekilleri heyeti öngörülmüştür.³⁶

İkinci madde vekillerin seçimi ile alakalıdır.³⁷ Madde, vekillerin doğrudan meclis içerisinde seçilmesini öngörmekteydi. Madde hakkındaki tartışmalar esnasında, söz alan Hamdullah Suphi Bey, icra reisinin çalışma arkadaşlarını kendisi seçmesi gerektiğini savunmuştur. Çorum mebusu Refid Bey icra heyeti reisinin üçer adayı meclise önermesi ve seçimi bu adaylar arasından meclisin yapması şeklinde başka bir formül öne sürmüştür. Çeşitli milletvekilleri benzer görüşler açıklamıştır. Nihayet oya koyulan madde, yalnızca “ekseriyet-i mutlakası ile intihabolunur” kısmı “ekseriyet-i mutlakası ile aralarından intihabolunur” şeklinde değiştirilerek kabul edilmiştir.³⁸ Böylelikle vekillerin doğrudan meclis içerisinde seçilmesi usulü kabul edilerek diğer alternatif görüşlerin reddedildiği anlaşılmaktadır.

Üçüncü madde, vekillerin görev alanları ile ilgili işlerde, mensup oldukları encümenin (komisyonun)³⁹ görüşünü almasıyla alakalıdır.⁴⁰

³⁵ Tasarıdaki birinci madde: “*Şer’iye ve Evkaf, Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye, İktisat (Ticaret, Ziraat, Orman ve Maadin) Maarif, Adliye ve Mezabib, Maliye ve Rüsumat, Nafia, Dahiliye (Emniyeti Umumiye, Posta ve Telgraf), Müdafaa-i Millîye, Hariciye, Erkânı Harbiye-i Umumiye işlerini görmek üzere Büyük Millet Meclisinin on bir zattan mürekkep bir icra Vekilleri Heyeti vardır.*” Tasarının tümü için Bkz: TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 157.

³⁶ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 162-170.

³⁷ Tasarıdaki ikinci madde: “*İcra Vekilleri, Büyük Millet Meclisinin ekseriyeti mutlakası ile intihabolunur.*”

³⁸ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 170-173.

³⁹ Yasama komisyonları, meclis genel kurullarına yardımcı olur; yasaya kaynaklık edecek tasarı ve tekliflerin komisyonlarda görüşülmesi yasama faaliyeti açısından verimliliği artırır. Yüksek sayıda üyelere sahip meclislerin ön hazırlık olmadan görüşmeler yapması büyük sorunlar meydana getirir. Bkz: Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul, 2009, s.42-43. Bu nedenle komisyonlar bir zorunluluktur. Osmanlı döneminde de Meclis-i Mebusan İctüzüğü’ne göre Şubeler ve Encümenler öngörülmüştür.

Abdülkadir Kemali Bey maddede encümenin görüşünü almanın mecbur tutulmadığını, bunun istişârî olduğunu belirtmiş maddenin aynen kabulünü istemiştir. Neticede oylama sonucunda tasarıdaki madde değişmeden kabul edilmiştir.⁴¹ Dördüncü madde icra heyeti arasında çıkacak anlaşmazlıklarda çözümün BMM tarafından yapılacağını beyan etmiştir.⁴² Dördüncü maddenin tartışılması sırasında Refik Şevket Bey, konunun seçime ait olmayıp vazifeye ait olduğundan bahisle bu kanuna dâhil olmaması gerektiğini savunmuş, Abdülkadir Kemali Bey ve bir grup milletvekili, görüş ayrılığını çözecek daha üst bir makam olmadığından bunu meclisin çözeceğini ifade etmiştir. Neticede oylama sonucunda madde aynen kabul edilmiştir.⁴³

Beşinci madde ise meclis toplantı halinde değilken bir vekil istifa edecek olursa, daha sonra meclisin onayına sunmak üzere, meclis başkanının meclis içerisinde bir kişiye bu görevi kendi sorumluluğu altında geçici olarak tevdi edeceğini belirtmektedir.⁴⁴ Madde tartışmalarında meclisin toplanmadığı zamanlarda vekiller arasında ayrılmanın salt istifaya hasredilemeyeceği, başka sebeplerin de olabileceği, ölüm durumunun da dikkate alınması gerektiği görüşleri ifade edilmiştir. Bu maddenin kaldırılmasına dair ve çeşitli değişiklikleri içeren başka önergeler okunduktan sonra maddenin kaldırılmasına

Bkz: İba, *Parlamento İktüzük Metinleri*, s. 532-537. BMM, yukarıda da değinildiği gibi 26 Nisan tarihinde verdiği kararla, Meclis-i Mebusan İctüzüğünü'nün Büyük Millet Meclisi'nde değiştirilerek uygulanmasını kabul etmiştir. Bkz TBMM, Z.C., 26 Nisan 1920, Devre:1, C:1, s. 71-72. Ne var ki Büyük Millet Meclisi bu kararında, hangi maddelerin aynen uygulanacağı ve hangilerinin değiştirileceği hususunda bir açıklık ortaya koymamıştır.

⁴⁰ Tasarıdaki üçüncü madde: *"Her Vekil deruhde ettiği umurun ifasında mensubolduğu encümenin reyî istişarisini alabilir."*

⁴¹ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C: 1, s. 174-175.

⁴² Tasarıdaki dördüncü madde: *"İcra Vekilleri arasında çıkacak ihtilâfi Büyük Millet Meclisi halleder."*

⁴³ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C: 1, s. 176-177.

⁴⁴ Tasarıdaki beşinci madde: *"Meclisin toplanmadığı zamanda Vekiller meyanında istifa eden olursa bilâhara Meclisin tasdikına iktiran etmek üzere mezkûr umuru Büyük Millet Meclisi Reisi, Meclis âzasından tensibedeceği zata kendi mesuliyeti altında muvakkaten tevdi eder."*

önergesi oylanmış ancak üçte iki çoğunluk bulunamamıştır. Oylamaya katılan 120 üye içerisinde maddenin kaldırılmasına dair oy sayısı 75'te kalmıştır. Zabıtlardan anlaşıldığı üzere neticede beşinci madde kabul edilmemiştir. 2 Mayıs'ta dört madde olarak kanun oya konulmuş ve kabul edilmiştir.⁴⁵

Kabul edilen bu beş maddeden anlaşıldığı üzere, en önemli nokta icra vekilleri heyetinin meclis içerisinde tek tek seçilmesi usulünün kabul edilmesidir. 24 Nisan'da kabul edilen M. Kemal Paşa'nın önergesine uygun olarak meclis başkanı, icra vekilleri heyetinin başı olmayı sürdürmektedir. 3 sayılı Kanun taslağında yer alan ancak kabul edilmediği anlaşılan son madde ise, meclisin toplanmadığı bir zamanda bir vekilin istifası hâlinde, meclis başkanına geçici olarak vekil tayin etme imkânı tanımaktadır. Bu durum kabul edilmemiş olsa da kanımızca taslaktaki maddenin meclis başkanını daha çok öne çıkardığı teslim edilmelidir.

1.6. İcra Vekilleri Kanununun İkinci Maddesini Muaddil 47 Sayılı Kanun

Yürütme meselesi bu şekilde düzenlendikten sonra ilgili usule göre icra heyeti teşekkül etmiştir. 9 Mayıs 1920'de hükümet programını meclise sunmuş, Haziran ayında Yunan ordusunun saldırıları sonrasında istifalar başlamıştır.⁴⁶ 4 Kasım 1920'de Dahiliye Vekili olarak Nazım Bey'in seçilmesi sonrasında bir bunalım yaşanmış ve M. Kemal, Nutuk'ta daha sonra casusluk ve paralı uşaklık gibi ağır ithamlarla suçlayacağı Nazım Bey'i istifaya zorlamıştır.⁴⁷ Bu durumun bir anayasal bunalım meydana getirdiği ifade edilmiştir.⁴⁸ Ancak Nazım Bey'in 3

⁴⁵ TBMM, Z.C., 1 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 177-182 ve TBMM, Z.C., 2 Mayıs 1920, Devre:1, C:1, s. 184-187.

⁴⁶ İhsan Güneş, *Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e Türkiye'de Hükümetler: Programları ve Meclisteki Yankıları (1908-1923)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 297. Bu dönemde siyasi istikrarsızlık hakkında Bkz: Şirin, *Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki 1920-1923*, s. 19- 21.

⁴⁷ Ahmet Demirel, "Nutuk'ta Birinci Meclis", *Cumhuriyet Tarihinin Tartışmalı Konuları: Tarih Vakfı 20. Yıl Sempozyumu*, Yayına Hazırlayan: Bülent Bilmez, İstanbul Tarih Vakfı Yayınları, 2013, İstanbul, s. 27.

⁴⁸ Özbudun, *1921 Anayasası*, s. 16.

sayılı BMM İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun çerçevesinde seçildiği ve bu kanunun da yukarıda gördüğümüz gibi bir anayasa değişikliği olduğu düşünülürse aslında seçilen bir vekili istifaya mecbur etmenin bu çerçeveye sığmadığı, anayasal bunalımdan ziyade bir vekili adeta azleden M. Kemal Paşa ve ondan kaynaklı bir siyasal bunalımın bulunduğu da öne sürülmüştür.⁴⁹

4 Kasım 1920 günü Çorum mebusu Fuad Bey ve 45 arkadaşı ortak önerge vererek 3 sayılı kanunun 2. maddesinin tadilini istemişlerdir.⁵⁰ Değişiklik istemi " *İcra Vekilleri Büyük Millet Meclisi Reisinin Meclis azalarından göstereceği namzetler meyanından ekseriyeti mutlaka ile intihap olunurlar.*" şeklindedir. Önerinin bir kanun teklifi olduğu veçhile encümene gönderilmesi gerektiği ifade edilmişse de aynı gün görüşülmesine karar verilmiştir. 47 sayılı kanun tasarısının 1921 Anayasası görüşmeleriyle beraber incelenmesi de önerilmişse de bu kabul edilmemiştir. Tasarının lehinde ve aleyhinde görüşler açıklanmış ve devamında değişiklik önermeleri okunmuştur. Neticede tasarı değiştirilmeden kabul edilmiştir.⁵¹

47 sayılı Kanun'un 3 kabulünden sonra meclis başkanının, icra vekilleri heyetinin başkanlığını yapmanın yanı sıra, icra vekilleri heyetinin seçiminde de önemli bir rol aldığı görülmektedir. Bu noktada, kanımızca meclis başkanının icra işleri içerisinde, eski düzenlemeye nazaran daha çok öne çıktığı ifade edilebilir; zira üyelerin seçimi sürecinde önemli bir yetki elde etmiştir.

2. 1921 ANAYASASININ KURDUĞU HÜKÜMET SİSTEMİ VE MECLİS BAŞKANLIĞI MAKAMI

2.1. Genel Olarak

Çalışmanın bu kısmında 1921 Anayasası hükümlerinde incelediğimiz konuların nasıl düzenlendiği gösterilecektir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu tasarısına dair komisyon raporu, 18 Kasım 1920'de

⁴⁹ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 242.

⁵⁰ TBMM, Z.C., 4 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 291-292.

⁵¹ TBMM, Z.C., 4 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 291-292.

görüşülmeye başlanmıř⁵² ve iki ay sonra 20 Ocak 1921'de 1921 Anayasası mecliste kabul edilmiştir.⁵³ Biz burada çalışma konumuzla sınırlı olarak 1921 Anayasasının yapılış süreci görüşmelerine değineceğiz. Tasarının⁵⁴ ilk on maddesi mevaddı esasiye (esas maddeler) başlığını taşımakta ve bundan sonra idare, vilayet, kaza, nahiye başlıklı bölümler gelmektedir. Bir de madde-i münferide bulunmaktadır. Bu kısımlar doğrudan konumuz olmadığı için incelenmemiştir. Mevaddı esasiye bölümünde ilk üç maddenin egemenlik, kuvvetlerin mecliste birleşmesi ve yürütme hakkında olduğunu görmekteyiz. Dört ilâ yedinci maddeler ise BMM'nin seçimi, görev süresi gibi konuları düzenlemektedir. Sekiz ilâ onuncu maddeler, BMM'nin yetkileri, hükümet ve meclis başkanı gibi konuları içermektedir. Biz burada önce ilk üç maddenin sonra 8-10. maddelerin müzakerelerini inceleyeceğiz. İlk üç madde ile ilgili müzakereleri 18 Kasım 1920 tarihli görüřmede⁵⁵ bulmak mümkündür. İlk iki madde zaten tartışmasız kabul edilmiştir. 7-9. maddeler hakkındaki görüşmeler ise 13 Aralık 1920'de cereyan etmiştir.⁵⁶ Maddeler komisyona tevdi edilmiş ve son şekliyle kabulü 20 Ocak 1921'de mümkün olmuştur.⁵⁷

2.2. İlk Üç Maddenin Kabul Edilmesi: Yasama Ve Yürütmenin Büyük Millet Meclisinde Birleşmesi

18 Kasım'da Encümeni Mahsus mazbata muharriri H. Suphi Bey, görüşmelerin açılmasında meclise sundukları anayasa tasarısı için uzun bir konuşma yaparak izahat vermiştir.⁵⁸ Maddelerin görüşülmesine baktığımızda ilk madde⁵⁹ egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait

⁵² TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 407.

⁵³ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 339.

⁵⁴ Taslağın tamamı için Bkz: TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 415-416.

⁵⁵ TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 407-418.

⁵⁶ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 347-351.

⁵⁷ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 327-334 ve 335-336.

⁵⁸ TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 407-413.

⁵⁹ Taslaktaki ilk madde şöyledir: *"Hakimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir."*

olduğunu, idare usulünün halkın kendi kaderini bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına dayandığını belirtmektedir. Bu madde hakkında söz isteyen olmamıştır ve hiçbir tartışma geçmeden madde kabul edilmiştir.⁶⁰ Hayli önemli olan bu madde egemenliğin millete ait olduğunu kayıtsız şartsız vurgusunu ekleyerek kuvvetli bir şekilde ifade etmektedir. İkinci cümle de halkın kendi kaderini kendisinin bilfiil belirleyeceğini önemle vurgulamaktadır. Her ne kadar cumhuriyet açıkça ilan edilmemişse de cumhuriyetin temel esasının tartışmasız kabul edilmiş olması çok önemlidir.⁶¹

İkinci madde⁶² ise yürütme kudreti ve yasama yetkisinin, milletin biricik ve hakiki temsilcisi olan BMM'de belireceğini ve toplanacağını ifade etmektedir. Bu madde hakkında da ne düzeltme teklifi ne de söz isteyen bulunmuştur. Madde tartışma yaşanmaksızın kabul edilmiştir.⁶³ Tasarıdaki üçüncü madde⁶⁴ Türkiye Halk Hükümeti'nin BMM tarafından idare olunacağını ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti unvanını taşıyacağını beyan etmektedir. H. Suphi Bey, bu maddenin görüşülmesi başında bir değişiklik önermiş ve cümlelerin hemen başında yer alan halk hükümeti yerine devleti ibaresi eklenmiştir. Madde "*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti 'Büyük Millet Meclisi Hükümeti' ünvanını taşır.*" şeklinde kabul edilmiştir.⁶⁵

Taslağın tamamı için Bkz: TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 415-416.

⁶⁰ TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 417.

⁶¹ Ahmet Demirel, *Birinci Meclis'te Muhalefet: İkinci Grup*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s. 194.

⁶² Taslaktaki ikinci madde şöyledir: "*İcra kudreti ve teşri salahiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder.*"

⁶³ TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 417.

⁶⁴ Taslaktaki üçüncü madde şöyledir: "*Türkiye Halk Hükümeti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve «Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti» unvanını taşır.*"

⁶⁵ TBMM, Z.C., 18 Kasım 1920, Devre:1, C:5, s. 418.

2.3. Meclisin Yetkileri ve Meclis- İcra Vekilleri Heyeti İlişkileri

2.3.1. Meclisin Yetkileri

13 Aralık 1920'deki oturumda, meclisin yetkilerinden bahseden, taslağın 8. maddesinin⁶⁶ görüşülmesine geçilmesine karar verilmiştir. Buna göre taslaktaki maddede, kanunların konması, değiştirilmesi, feshedilmesi, uluslararası sözleşme ve sulh akdi, vatan müdafaası ilanı gibi önemli yetkilerin BMM'ye ait olduğu ifade edilmişti. Madde hakkında tartişmalar 13 Aralık 1920 günü yařanmıřsa⁶⁷ da madde tadil amacıyla komisyona geri gönderilmiştir. Maddenin değişik haliyle kabulü 20 Ocak 1921'de mümkün olmuştur. 13 Aralık'taki görüşmelerde şükrü Bey, maddeye vatan müdafaası ilanı ifadesinden sonra gelmek üzere, rütbe, nişan ve imtiyaz verilmesi, nizamname tanzim ve tasdiki, icra vekillerinin seçilmesi, kara ve deniz kuvvetlerinin kumandası ve cezaların hafifletilmesi ve affı ifadelerinin de eklenmesini önermiştir.⁶⁸ Tartışmalardan sonra madde, değişiklik teklifleriyle beraber encümene gönderilmiştir.⁶⁹

20 Ocak 1921'de tasarının yedinci maddesi⁷⁰ oylanarak kaldırılmıştır. Bu sebeple tasarıdaki sekizinci madde yedinci madde haline gelmiştir. 20 Ocak'ta taslağın 8. maddesinin müzakerelerine⁷¹ devam edilmiştir. Tartışmalar esnasında söz alan Hüseyin Avni Bey, meclisin hem yasamaya hem yürütmeye yetkili olduğunu, onun yetkisinin sınırlanamayacağını, asıl icra heyetinin yetkisinin

⁶⁶ Taslaktaki sekizinci madde şöyledir: “*Umum kavaninin vazı, tadili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilanı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir.*”

⁶⁷ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 347-348.

⁶⁸ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 347-348.

⁶⁹ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 348.

⁷⁰ Tasarının 7. Maddesi :“*Büyük Millet Meclisi azası, her içtima mebbeinden itibaren iki ay sonra, Büyük Millet Meclisine ait bütün hukuk ve salahiyetleri haiz olmak ve gelecek içtima senesine kadar içtima halini muhafaza etmek üzere içlerinden lâakal inithap devairi adedinin iki misli miktarda azayı hafi rey ile tefrik eder.*”

⁷¹ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 327-334 ve 335-336.

sınırlanması gerektiğini, bu şekilde meclisin yetkisini sınırlayarak bunun dışında kalan alanlarda icra heyetine yetki verilmiş olacağını ifade etmiştir.⁷² Mustafa Kemal Paşa söz alarak, Avni Bey'in görüşünü eleştirmiştir. Birinci maddenin gayet kapsayıcı olduğunu, meclisin yetkisinin açıkça ortaya konması gerektiğini söylemiştir. Ayrıca meclisin Kanun-i Esasi'ye göre Kanun-i Esasi'yi tümünden değiştirmesinin mümkün olup olmadığını sormuştur.⁷³ M. Kemal Paşa, muahede ve sulh akdi, vatan müdafası gibi yetkilerin Kanun-i Esasiye göre padişahta bulunduğunu oysa artık meclisin bu yetkileri kendi eline almak istediğini de hatırlatmıştır.⁷⁴ Son olarak M. Kemal Paşa, asıl icra heyetinin yetkilerinin sınırlanması gerektiği tezine de karşı çıkmış ve bunun basit bir iş olduğunu, bir talimatla dahi yapılabileceğini, oysa Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda meclisin yetkisinin belirlenmesinin çok

⁷² Avni Bey'in sözünün sonunda beyan ettiği şu ifadeleri dikkate değerdir: "... Rica ederim. Pek yanlış anlaşılmuştur. Kanunu Esasi yapıyorsunuz. Hukuku tabiiyemizin icrası için vekillerinize vereceğiniz salâhiyeti tesbit edin. Kendi salâhiyetinizi tesbit etmeğe lüzum yoktur. Zaten bilâkaydüşart mutlak olarak biz hâkimiz." TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:7, C:1, s. 328.

⁷³ "Halbuki mevcut olan Kanunu Esasiye göre, Meclisin 'Kanunu esasiyi tamamen tebdil ve tağyire bilmem ki salâhiyeti var mıdır? Vaktâ Meclisi Mebusanın Kanunu esasi mevaddını sülûsanı ekseriyet mevcudıyla karar vermesi şartıyla tadile salâhiyeti olduğuna dair bir işaret vardır. Fakat tamamen Kanunu Esasiyi kökünden yıkarak yerine diğer bir Kanunu Esasi koymağa salâhiyeti var mıdır? Halbuki Meclisi Âliniz aynı zamanda bir meclisi müessesan salâhiyetini haizdir. Mevcut Kanunu Esasiyi kaldırır, yerine yenisini koyabilir. Binaenaleyh bunu ifade etmezsek henüz mevaddının birçoğu cari olan Kanunu Esasiye göre Kanunu Esasiyi tebdile cesaret bulamayız. Bundan dolayı bunu ifade etmek lâzımdır ve bu zan olunduğu gibi Meclisi Âlinizin salâhiyetini tahdit değil, tevsi ediyor. Meclisi Âlinizin aynı zamanda bir de Meclisi müessesan mahiyetinde olduğunu dahi tamamen ispat ediyor." TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 329-330.

⁷⁴ "Ondan sonra muahede ve sulh akdi, vatan müdafaası ilânı, yani ilânı harp gibi salâhiyetlerin mevcut olan Kanunu Esaside kime ait olduğu malûmu Âlinizdir. O kanuna göre kime ait ise bu madde o aidiyeti izah eder. Halbuki zannediyorum ki milletin hakiki vekillerinden mürekkep olan Meclisi Âliniz artık bu salâhiyetleri bir şahsa bırakmak istemiyor. Kendi yapmak ve tamamen üzerine almak istiyor. Binaenaleyh bunu ifade etmek lâzımdır. (Alkışlar)." TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:7, C:1, s. 330.

daha önemli olduğunu belirtmiştir.⁷⁵ Meclisin yetkisi meselesi M. Kemal Paşa'ya karşı bir denge sağlamak amacıyla üzerinde önemle durulan bir konu olmuştur.⁷⁶ Ancak M. Kemal Paşa'nın yukarıda özetlenen kuvvetli ve ikna edici savları, meseleyi bir meclis-icra heyeti ikililiğinden, doğrudan meclisin mahiyeti ve padişahın konumu noktasına çekmektedir.

Müzakerenin sona ermesinden sonra önergeler okunmuş ve neticede okunan önergelerden kabul edilenlerle beraber madde encüme gitmiştir. Maddenin encümenden dönüşü akabinde Vehbi Bey, encümende bazı önergelerin kabul edildiğini⁷⁷ belirtmiş ve maddenin son şeklini *"Ahkâmı şeriyenin tenfizi, umum kavaninin vazı, tadili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilânı gibi hukuki esasiye, Büyük Millet Meclisine aittir. Kavanin ve nizamât tanziminde muamelâtı nasa erfak ihtiyacatı zamana evfak ahkâmı fıkhiye ve hukukiye ile âdap ve muamelat esas ittihaz kılınır. Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tâyin edilir."* şeklinde açıklamıştır. Madde bu şekilde kabul edilmiştir.⁷⁸ Kabul edilen maddeye bakıldığında taslaktaki ifadeye şeri hükümlerin infazının eklendiği görülmektedir. İkinci cümle kanun ve nizamnamelerin hazırlanmasında esas alınacaklara değinmekte ve dini hükümlere atıf yapmaktadır. Bu cümle Kanun-i Esasi'nin 118. maddesinde zikredilen hükmün birebir aynısıdır.⁷⁹

⁷⁵ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 330.

⁷⁶ Demirel, "Nutuk'ta Birinci Meclis", s. 20. Ayrıntılı bilgi için bkz: Demirel, Birinci Meclis'te Muhalefet, s. 229-375

⁷⁷ Vehbi Bey, kabul edilmeyen önergelerden birinin şöyle olduğunu beyan ediyor: *"Kanunu Esasi ve kavanini sairei mevcude ahkâmınca iradei seniyyeye muhtaç olan mevaddın kâffesi Büyük Millet Meclisinin tasdikiyle infaz olunur."* Vehbi Bey ayrıca, Padişah kaymakamı atamak şeklindeki bu durumun meclisçe de kabul edilmeyeceğini ifade etmiştir. TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 336.

⁷⁸ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 336, 339.

⁷⁹ Kanun-i Esasi metin ve değişiklik bilgileri için Bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yetmis-alti-kanuni-esasi-metin-degisiklik> Erişim Tarihi: 19.07.2023.

2.3.2. İcra Vekilleri Heyeti ve Büyük Millet Meclisi

Tasarıdaki 9. madde⁸⁰, bahsettiğimiz kayma sebebiyle sekizinci madde olmuştur. İlgili madde, BMM'nin vekiller yolu ile idare işini yerine getireceğini, vekillerin haricindeki üyelerin gerektiğinde vekillere yön tayin edeceğini, vekilleri değiştireceğini belirtmektedir. Bu madde de 13 Aralık 1920'de tartışılmışsa⁸¹ da komisyona tevdi edilmesi ve geri dönmesiyle beraber kabulü 20 Ocak 1921'de gerçekleşmiştir. 13 Aralık 1920'deki oturumda tartışmalar sürmüştür. Canik mebusu Nafiz Bey, var olan şekil dâhilinde meclisin icrai yetkilerinin "*bir hayalden ibaret kaldığını*" öne sürmüştür.⁸² Amasya mebusu Ömer Lütfi Bey, eskiden de bulunduğu gibi veçhe tayin eder sözünün burada da bulunduğunu, bunun tam olarak ne anlama geldiğini sormuştur. Vehbi Bey'in bu soru hakkında isyan haberi geldiğinde isyanın ne surette bastırılacağı konusunda meclisin yön tayin edeceği şeklinde örnek vererek açıklama yaptığı⁸³ görülmektedir. Nafiz Bey, icra heyetinin fiil yapılmazdan evvel meclisten izin isteyip istemeyeceğini sormuş Vehbi Bey de onaylamıştır.⁸⁴ 20 Ocak'ta encümeninden dönen madde hakkında Vehbi Bey encümenin maddeyi şu şekilde önerdiğini ifade etmiştir: "*Büyük Millet Meclisi, hükûmetinin inkısam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihap kerdesi olan vekiller vasıtası ile idare eder. Meclis icrai hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler.*" Bu maddede hakkında BMM de bir tartışma yaşanmamış ve madde bu şekilde kabul edilmiştir.⁸⁵

⁸⁰ Tasarıdaki 9. madde şöyledir: "*Büyük Millet Meclisi Hükümetin inkısam eylediği devairi intihapkerdesi olan vekiller vasıtasıyla idare eder. Mütebaki aza icrai hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler.*"

⁸¹ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 347-351.

⁸² TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 349.

⁸³ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 349.

⁸⁴ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 349.

⁸⁵ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 336.

2.4. Meclis Başkanı Ve Büyük Millet Meclisi

2.4.1. 9. Maddenin Kabul Edilişi

Tasarının onuncu maddesi⁸⁶ dokuzuncu madde olmuştur. Bu maddede, BMM tarafından bir dönem için BMM Başkanının seçileceği, başkanın meclis adına imza vazına ve meclis kararlarını onaylamaya yetkili olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca maddeye göre İcra Vekilleri Heyeti içlerinden kendilerine bir İcra Vekilleri Heyeti Başkanı seçeceklerdir. Bu düzenleme de yukarıdaki iki düzenleme gibi 13 Aralık 1920'de meclis tarafından komisyona yollanmıř⁸⁷ ve komisyondan döndükten sonra 20 Ocak 1921'de müzakere edilerek kabul edilmiştir. 20 Ocak'taki oturumda Vehbi Bey, değişiklik tekliflerini dikkate alarak 9. madde olarak kaydırılan bu maddeyi değiştirdiklerini ifade etmiş, maddenin komisyondan dönen halini meclise sunmuştur. Madde şöyledir: *"Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreatını tasdika salahiyettardır. İcra Vekilleri heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi vekiller heyetinin de reisi tabiidir."* Madde hakkında tartışma yaşanmamış ve madde bu şekilde kabul edilmiştir.⁸⁸

2.4.2. Meclis Adına İmza Vazı ve İcra Vekilleri Heyeti Kararlarını Onaylamak Yetkisinin Anlamı

1921 Anayasası'nın 9. maddesinde belirtilen meclis adına imza atmak ve icra vekilleri heyetini onaylamak şeklindeki yetkinin üzerinde durmak gerekmektedir. Meclis adına imza atmak yetkisinin devlet başkanlığı yetkisine, icra vekilleri heyeti kararlarını onaylamanın ise parlamenter sistemdeki devlet başkanının yetkisine uygun düştüğü

⁸⁶ Tasarının onuncu maddesi: *" Büyük Millet Meclisi heyeti asliyesi tarafından intihap olunan reis bir İçtima senesi zarfında Büyük Millet Meclisi reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına -ve Meclis mukarreatını tasdike salahiyettardır. İcra Vekileri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler."*

⁸⁷ TBMM, Z.C., 13 Aralık 1920, Devre:1, C:6, s. 351.

⁸⁸ TBMM, Z.C., 20 Ocak 1921, Devre:1, C:7, s. 336.

doktrinde dile getirilmektedir.⁸⁹ Meclis başkanının meclis adına imza atma yetkisi, yasama ve yürütme yetkilerinin kendisinde toplandığı bir meclis karşısında, kanımızca meclisin iradesinin aksine kullanılabilecek bir yetki olarak anlaşılabilir. Ancak 10 Nisan 1922 tarihinde mecliste görüşülen Divan-ı Temyiz-i Askerî Kanunu bağlamında mecliste 1921 Anayasasının 9. maddesine dair yapılan tartışmalar bu noktada çok ilginçtir. TBMM’de görüşülen ilgili Kanun’un 2. maddesi üzerinden meclis yetkilerinin kullanımına dair yöneltilen eleştiriler bu tartışmanın odak noktası olmaktadır.⁹⁰ Söz konusu Kanun’un 2. maddesinde, kurulacak divanın başkan ve üyelerinin Müdafa-i Milliye Vekaleti’nden seçileceği ya da milli irade ile belirleneceği açıklanmaktadır.⁹¹ Buradaki milli irade ile belirlenir ifadesi üzerinden Hüseyin Avni Bey ne kastedildiğini sormuştur. Adliye Vekili Refik Şevket Bey’in sorulan soru üzerine açıklamaları ilginçtir. Refik Şevket Bey, üç senedir teamül olmuş bir uygulama bulunduğunu, buna göre bir meseleyle ilgili olarak meselenin ait olduğu vekâlet, İcra vekilleri heyeti başkanı ve meclis başkanının ortak imzasıyla alınan kararın milli irade olduğunu belirtmiştir. Adliye Komisyonu raportörü Hamit Bey’in karşı çıkışına ve madde hazırlığı esnasında Şevket Bey’in hazır bulunmadığını vurgulamasına rağmen Şevket Bey görüşünde ısrar etmiştir. Hüseyin Avni Bey’in “*İradei millîyenin mânasını buyuruyorsunuz ki; reisi tabîî sıfatıyla Büyük Millet Meclisi Riyasetinden geçmesine iradei millîye diyorsunuz değil mi?*” sorusuna Refik Şevket Bey’in evet yanıtını vermesi üzerine Hüseyin Avni Bey bunu milli irade değil şahsın iradesi olarak eleştirmiş, 1921 Anayasasının 9. maddesindeki meclis adına imza atma yetkisinin meclis çoğunluğunun aldığı karar haricinde başka bir anlamla uygulanamayacağını belirtmiştir.⁹²

Yunus Nadi Bey, 9. maddenin konuyu zaten açıkladığını belirtip maddeyi okumuş, meclis başkanının meclis adına imza atabileceği

⁸⁹ Özbudun, *1921 Anayasası*, s. 66.

⁹⁰ Demirel bu tartışmayı, meclis yetkilerinin kullanımı açısından birinci grup ile meclisteki muhalif milletvekilleri arasında tartışma konuları bağlamında incelemektedir. Bkz: Demirel, *Birinci Mecliste Muhalefet*, s. 260-263.

⁹¹ TBMM Z.C., 10 Nisan 1922, Devre:1 C:19, s. 101.

⁹² TBMM Z.C., 10 Nisan 1922, Devre:1 C:19, s. 101-102.

görüşünü savunmuş; daha sonra Hüseyin Avni Bey, meclis başkanının resen karar alması durumunda meclisin hayalden başka bir şey olmayacağı eleştirisini sürdürmüştür. Refik Şevket Bey ise söz alarak, iki senedir milli irade tabiri geçen yerlerde bu usulün cari olduğunu, hiçbir itiraz gelmediğini belirtmiştir. Hüseyin Avni Bey'in bu durumu gasp olarak nitelmesi üzerine Refik Şevket Bey, eğer gasp ise iki senedir susan siz de suçlusunuz şeklinde tartışmayı sürdürmüştür. Hüseyin Avni Bey ise oturumu terk etmiştir.⁹³ Oturuma verilen kısa aradan sonraki tartışmalarda farklı bir görüş öne sürülmemiş, madde komisyona gönderilmiştir.⁹⁴ Komisyondan gelen maddede ise milli irade ibaresinin kaldırıldığı görülmektedir. Maddede üyelerin vekiller heyetince tayin edileceği belirtilmiş, madde bu şekilde mecliste kabul edilmiştir.⁹⁵ 9. maddenin yorumu açısından hem uygulamayı gösteren hem de maddenin anlaşılması noktasındaki farklılığa işaret eden bu tartışmayı önemli bulmaktayız.

2.5. Meclis Hükümeti Sistemi ve Devlet Başkanlığının Yokluğu: Meclis Başkanının Konumu

Anayasa hukuku literatüründe hükümet sistemleri kuvvetlerin birliği ve ayrılığına göre ikiye ayrılmaktadır. 1921 Anayasasının kabul ettiği hükümet sistemi literatürde, uygulamada meclis hükümeti sisteminden sapıldığına dair eleştiriler yer alsa da⁹⁶, meclis hükümeti

⁹³ TBMM Z.C., 10 Nisan 1922, Devre:1 C:19, s. 102-104.

⁹⁴ TBMM Z.C., 10 Nisan 1922, Devre:1 C:19, s. 108.

⁹⁵ TBMM Z.C., 10 Nisan 1922, Devre:1 C:20, s. 97.

⁹⁶ 1921 Anayasası'nın kurduğu sistemin uygulamada ciddi sapmalar yaşadığı öne sürülmektedir. BMM, fevkalade yetkileri haiz bir meclis olarak toplanmıştır. Kuvvetler birliğini kabul etmiş, yürütmeyi kendi içerisinden çıkarmış, vekillerin seçimi ve azlinde de kendisini yetkili görmüştür. Öte yandan yukarıda gördüğümüz meclisin veçhe tayin etmesi, vekillerin ilgili komisyonlarla istişaresi gibi usuller tamamen teorik kalmış, meclis sadece ilgili vekili görevden almak ve göreve getirmek işlevlerini yerine getirmiştir. Yürütme işlerinin vekiller tarafından yapılacağı ve sorumluluğu onların aldığı kabul edilmiştir. Bkz: Özbudun, *1921 Anayasası*, s.63-66. İcra Vekilleri Heyeti'nin kuruluşundan hemen sonra mecliste programını okuması, İcra Vekilleri Heyeti'nin tümü hakkında gensoru verilmesi ve güven gösterilmesi durumları da zikre değerlidir. Bkz: Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 224.

sistemi olarak adlandırılan yasama ve yürütmenin mecliste toplandığı hükümet sistemidir.⁹⁷ Meclis hükümeti sistemi Rousseau'nun görüşlerine dayanır.⁹⁸ Rousseau Toplum Sözleşmesi eserinde millet egemenliği ve iradesinin bölünemeyeceğini belirtir.⁹⁹ Meclis hükümeti sisteminin temel özelliği yasama ve yürütme yetkilerinin mecliste toplanmasıdır. Yasayı yapan da bunun yürütülmesini sağlayan da meclistir. Ancak çok fazla üyeden oluşan kalabalık meclislerin yürütme yetkisini doğrudan meclis olarak kullanması mümkün olmamaktadır. Bu sebepler icra komiteleri kurulur. Kuvvetlerin mecliste toplanmasının doğal sonucu olarak bu icra komitelerinin ayrı bir hukuki varlığından bahsedilemez. Bu komiteler ve üyeleri, sadece meclisin iradesini yerine getirmekle görevli olan memurlardır. Meclis iradesini açıkladıktan sonra bu komitelerin meclisin iradesinin aksine davranması mümkün değildir. Meclis, yürütme yetkisini kullanırken icra komitelerinden faydalansa da icra komitesi üyelerini dilediği gibi seçip azledebilir. İcra komitesi üyelerinin uygulamalarını istediği zaman değiştirebilir. Bu durum meclislerin sürekli çalışmasını zorunlu kılar. Buna ise meclislerin istimrarı kuralı denir.¹⁰⁰ Meclis hükümeti sistemi, dünyada uygulaması yaygın görülen bir hükümet sistemi değildir. Meclis hükümeti

Gensoru ve güven oylamalarının detayları için Bkz: Şirin, *Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki 1920-1923*, s. 97-112. İcra Vekilleri Heyetinin yasama konusunda hâkim konumda olduğu görülmektedir; zira Özbudun'un yaptığı hesaplama göre, meclisin açılışından 28 Şubat 1921'e kadar geçen süre içinde yasalaşan 104 metnin 83'ü İcra Vekilleri Heyeti tasarısı iken 21'i meclis üyelerinin teklifidir. Burada oran %79.8'e karşılık %20.2'dir. Bu hesaplamayı yapan Özbudun, pratikte meclis hükümeti sisteminden önemli ölçüde sapan sistemin parlamenter sistemin mantığına uygun olarak işlediğini belirtilmiş; ayrıca esaslı noktalarda meclis hükümetinin "ruhundan" sapıldığını ifade etmiştir. Bkz: Özbudun, **1921 Anayasası**, s. 74. Bu dönem içerisinde "saf meclis hükümeti" sisteminin geçerli olduğunu düşünmenin yanıltıcı olduğu kanısındayız.

⁹⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.Baskı, Ekin Yayıncılık, 2018, s. 71.

⁹⁸ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 428.

⁹⁹ J.J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev: Zafer Savaş), Nilüfer Yayıncılık, 2011, s. 36-40.

¹⁰⁰ Erdoğan, Teziç, *Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayınevi, 2009, s. 417-418.

sisteminin dünyadaki en önemli örneği olarak sıklıkla İsviçre Federasyonu verilir; ancak İsviçre Federasyonu'nda dahi sistemin saf bir meclis hükümeti sistemi olmadığı ve parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin öğelerini içeren karma bir sistem olduğu ifade edilmektedir.¹⁰¹ Bütün yetkilerin mecliste toplandığı meclis hükümeti sistemlerinde bir devlet başkanı bulunmaz. Ayrı bir devlet başkanlığı makamının kurulmasının yetkilerin mecliste toplandığı sistemin mantığına ters olduğu görülür, böyle bir makam zamanla meclise rakip olabilir.¹⁰²

1921 Anayasası döneminde meclis başkanının çok önemli bir konumda olduğu şüphesizdir. TBMM başkanı, salt yasama meclisini yöneten meclis başkanı konumundan başka görevler üstlenmiştir. Akın, meclis ikinci başkanlığının cumhuriyet döneminin meclis başkanlığına denk düştüğünü belirtir.¹⁰³ Meclis başkanına yukarıda gördüğümüz gibi icra komitesi içerisinde de yetki tanınmıştı. BMM henüz açılışından hemen sonra, 24 Nisan 1920'de kabul ettiği yukarıda incelediğimiz M. Kemal Paşa'nın önerdiği dört maddelik önergede geçici de olsa bir hükümet başkanı atamayı veya bir padişah kaymakamı tanımayı kesin bir şekilde reddetmiştir. 24 Nisan'da M. Kemal Paşa'nın uzun konuşmasında bunu açık bir dille belirttiği görülür.¹⁰⁴ Bir devlet başkanlığı makamı 29 Ekim 1923'te Cumhuriyetin ilan edilmesi ve cumhurbaşkanlığının kurulması ile mümkün olacaktır. Hukuken bu ara dönemde bir devlet başkanı belirlenmemiş, bundan uzak durulmuştur. Bununla beraber 1921 Anayasasının 9. maddesi, yukarıda gördüğümüz gibi meclis başkanına meclis adına imza atma yetkisini ve icra vekilleri heyeti kararlarını onaylama yetkisi vermektedir. Meclis adına imza atma yetkisi devlet başkanlığı yetkisine denk düşerken icra vekilleri heyeti kararlarını onaylamak parlamenter sistemlerde devlet başkanlarında

¹⁰¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 13. Baskı, Legal Yayıncılık, 2018, s. 154.

¹⁰² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C:1, Ekin Yayınevi, 2011, s. 560.

¹⁰³ Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 66.

¹⁰⁴ TBMM Z.C., 24 Nisan 1920, Devre:1 C:1 s. 31.

görülen yetkilerdendir.¹⁰⁵ Meclis başkanı meclis kararlarına imza koymakla meclisi temsil etmektedir.¹⁰⁶ Meclis başkanı olarak M. Kemal Paşa bunların yanı sıra elçileri kabul etmekte ve yabancı ülkelere diplomatik temsilciler de göndermekteydi.¹⁰⁷ Özbudun, 1921 Anayasası döneminde fiilen mevcut olan devlet başkanlığı ile parlamenter sistemdeki devlet başkanlığı arasındaki farkın belki de ilkinde başkanın sorumlu ikincisinde ise sorumsuz olması şeklinde belirtilebileceğini ifade etmektedir.¹⁰⁸ Tanör de BMM'nin bir devlet başkanlığı makamını cumhuriyetin ilanına kadar oluşturmamasına rağmen fiiliyatta bunu meydana getirmek için ne gerekli ve uygun ise onu yaptığını belirtmektedir.¹⁰⁹ BMM bir devlet başkanlığı oluşturmamışken fiiliyattaki durum bunun tam tersi olduğu ifade edilmiş, bu durum daha çok pratik gerekçelerle açıklanmıştır; öyle ki erken dönemde bunun yapılmasının, saltanatın devamına taraftar olanlarla ciddi bir kırılmayı beraberinde getirebileceği, bu durumun da kurtuluş mücadelesini zora sokma ihtimali taşıdığı belirtilmiştir.¹¹⁰

2.6. İcra Vekillerinin Suret-İ İntihabına Dair 8 Temmuz 1922 Tarihli Kanun İle Getirilen Düzenleme

2.6.1. 6 Temmuz 1922 Tarihli Görüşmeler

1921 Anayasasının kabul edilmesinde getirilen düzenlemeleri yukarıda gördükten sonra, pozitif düzenlemelerdeki en önemli değişiklik olan 8 Temmuz 1922 tarihli İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun'u incelemek gerekmektedir. Kanunun görüşmeleri 6 ve 8 Temmuz 1922 günleri gerçekleşmiştir. Tasarıda birinci maddede¹¹¹ icra

¹⁰⁵ Özbudun, *1921 Anayasası*, s. 66.

¹⁰⁶ Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 203.

¹⁰⁷ Akın, *TBMM Devleti (1920-1923)*, s. 203.

¹⁰⁸ Özbudun, *1921 Anayasası*, s. 67.

¹⁰⁹ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 272.

¹¹⁰ Özbudun, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin Hukuki Niteliği"*, s. 494-495.

¹¹¹ Tasarıdaki birinci madde şöyledir: *"Büyük Millet Meclisi reisleri ve reisvekilleriyle teşkilâtı devlete tekabül eden Şer'îye ve Evkaf, Dahiliye, Hariciye, Adliye, Müdafaa-i Milliye, Muvazene-i Maliye, İktisat, Nafia, Maarif, Sıhhiye ve Muaveneti içtimaiye encümenleri rüesasaından ve İcra Vekilleri Reisinden*

vekilleri heyetinin seçim usulünden bahsedilmektedir. Buna göre, maddede zikredilen kişilerden meydana gelecek bir kurul, her vekâlet için meclis içerisinde seçeceği üç kişiyi meclise aday gösterecektir. Meclis bu adaylar arasından seçim yapacaktır. Vekâletler için adayları belirleyecek olan kurul, meclis başkanı, meclis başkan vekilleri, maddede zikredilen meclis komisyonu başkanları ve icra vekilleri başkanından meydana gelmektedir. İlk sözü alan Ziya Hurşid Bey, düzenleme aleyhinde uzun bir konuşma yapmıştır. Eğer meclisin doğrudan seçim yapması mahzurluysa şimdiye kadar yapılan seçimlerin hepsinin şüpheli olacağını öne sürmüştür. Sınırlama sebebiyle artık mebusluğun anlamının kalmadığını söylemiş ve *"Devletin siyaseti umumiyesini idare edecek zevat, yirmi kişi tarafından seçildikten ve illâ bunlara rey vereceksiniz denildikten sonra benim şu memleketteki icraiye teşriî vekâletim kalmaz, zannediyorum."* demiştir.¹¹² Yunus Nadi Bey, düzenlemeyi savunan bir konuşmayla itirazlara cevap vermiştir. Meclisi vesayet altına sokmayı amaçlamadıklarını, meclisin dilerse kanunu reddebileceğini, dilerse bir vekili seçip dilerse görevden alabileceğini, meclisin sınırlanmış olmadığını ifade etmiştir. Meclisin yetkisini tahdit etmek gibi bir niyetleri olmadığını ve bunun bir iftira olduğunu beyan etmiştir.¹¹³

Besim Atalay Bey ise söz alarak meclisin doğrudan kendi seçim yapması usulünü eleştirmiştir: *"Birinci devrenin noksanlarını gördük. Beni intihabedin diye kürsülerin, sıraların arasında dolaşanları görmedik mi arkadaşlar? ... Beni intihabedin, bu bize mensuptur, bu bizim tarafta bulunmuştur, diyenleri görmediniz mi? ... Yine mi bunları icadetmek istiyoruz?"*¹¹⁴ Besim Bey, bu usulün meclis içinde çeşitli gruplaşmalara sebebiyet verdiğini de ifade etmiştir. Encümenin önerdiği usulün ise yerinde bulunduğunu savunmuştur. Tarihte Venedikler'in de aynı usulü uyguladıklarını misal getirmiştir. Hatta Besim Bey daha da ileri giderek

mürekkep bir heyet her vekâlet için badelmüzakere Meclis âzasından lâakal üç zatı namzet olarak irae eder. Meclis bunlardan birini intihabeyleyler." Tasarının tam metni için Bkz: TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 281.

¹¹² TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 291-293.

¹¹³ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 294-295.

¹¹⁴ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 299-300.

"Osmanlı'nın dünyayı titreten kuvve-i kahriyesine" karşı Venedik'in meclis sayesinde yüzyıllarca yaşayabildiğini iddia edecektir¹¹⁵. Ali Şükrü Bey söz alarak, düzenlemeyi eleştirmiş bunun bir seçim değil, tayin olduğunu beyan etmiştir. Eğer meclis, adayları değil de başka birini seçmek isterse ne yapılacağını, ceza mı verileceğini sormuştur. Meclis sıraları arasında mebusların adaylık için dolaşması konusunun eleştirilecek bir mevzu olmadığını söylemiştir.¹¹⁶ Mahmud Esad Bey söz alarak görüşmelerin hayli dağıldığını ve meseleyi esasına geri götürmek için toplamak istediğini belirtmiştir. Esad Bey'in konuşmasında İsviçre kanununun yanında olduğunu ve arzu ederlerse okuyabileceğini söylemesi meclisin meclis hükûmeti sisteminin örneği olan İsviçre ile ne kadar alakadar olduğunu göstermektedir.¹¹⁷ Daha sonra söz alan Müfid Efendi konuşmasında ilginç bir yorum yaparak, Medeni Kanun'un vekâlet bahsine atıfla, vekâlet verenin yapamayacağı bir şey hakkında vekil tayin edemeyeceğini beyan etmiş, meclisin heyeti seçim yetkisi yoksa bunun aktarılamayacağını öne sürmüştür. Müfid Efendi, maddede önerilen üyeler arasından meclisin seçim yapacağı şeklinde kati değil seçebilir şeklinde esnek bir ifade değişikliği yapılabileceğini de ifade etmiştir.¹¹⁸ Bu uzun tartışmaların akabinde önce müzakerenin sona ermesi oya koyularak kabul edilmiş; ardından birinci maddenin kaldırılması teklifi de oylanarak onaylanmıştır.¹¹⁹ Şu hâlde birinci madde reddedilmiştir.

2.6.2. 8 Temmuz 1922 Tarihli Görüşmeler

Birinci maddenin kaldırılması, devamı maddelerin de konuyla alakadar olması karşısında diğer maddelerin düşmüş olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmiştir. 8 Temmuzda tasarı hakkında görüşmelere devam edilmiştir. Görüşmelere ikinci madde ile başlanmış ve değindiğimiz tartışma yaşanmıştır. H. Hami Bey, 6 Temmuzda bir hata eseri olarak birinci madde ile ilgili düzeltme önergelerinden evvel öncelikle maddenin kaldırılmasına dair teklifinin oya koyulduğunu, bu

¹¹⁵ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 299-300.

¹¹⁶ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 300-302.

¹¹⁷ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 302-304.

¹¹⁸ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 305-307.

¹¹⁹ TBMM, Z.C., 6 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 307.

sebeple maddenin kaldırıldığını, madde kaldırıldıktan sonra ise artık düzeltme önermelerinin işleme konulmadığını ifade etmiş; Sivas mebusu Vasıf Bey ise reddin sebebinin önerilen usule meclisin karşı çıkması olduğunu, kanunun ise reddedilmediğini söylemiştir.¹²⁰ Görüşmenin kifayeti kabul edilip önermelerin okunmasına geçilmiştir. Kanunun birinci maddesi, Vasıf Bey ve arkadaşlarının teklif ettiği veçhile¹²¹ kabul edilmiştir. Buna göre İcra Vekilleri Başkanı da İcra Vekilleri de meclis üyeleri arasından ve meclis tarafından gizli oy ve mutlak çoğunluk ile seçilecektir. Bu şekilde birinci celse de sona ermiştir.

İkinci celsede görüşmelere devam edilmiştir. Taslağın ikinci ve üçüncü maddesi, meclisin reddettiği birinci madde ile alakalıydı. Bu sebeple encümen taslağın dördüncü maddesinin kanunun ikinci maddesi olarak kabul edilmesini önermiştir. Dördüncü maddeye¹²² göre icra vekilleri başkanı, icra vekilleri arasından seçilirse vekâletini koruması da meclisin oyu ile olacaktır. Vasıf Bey bu düzenlemenin lehinde görüş açıklayarak icra heyeti başkanının bir vekâlette çok iyi görev yapabileceğine, ilgili vekâlete ancak o kişinin seçilmesi kanaatinin hâsıl olabileceği durumların ihtimal dâhilinde olduğuna değinmiştir. Dış işlerinin önem arz ettiği dönemlerde dış işleri vekâletine icra heyeti başkanının bakmasının gerekebileceğini belirtmiştir.¹²³ Müzakerenin sonunda teklifler okunmuş encümenin önergesi oylanarak kabul edilmiştir.¹²⁴ Tasarıdaki beşinci madde kanunun üçüncü maddesi olmak üzere görüşülmeye geçildiğinde encümen maddede bazı değişiklikler önermiştir. Encümenin teklifi¹²⁵ daha sonra oylanarak kabul edilmiştir.

¹²⁰ TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 318-321.

¹²¹ "İcra Vekilleri Reisi ile İcra Vekilleri Büyük Millet Meclisi tarafından reyî hafî ve ekseriyeti mutlaka ile azayı Meclis meyanından ayrı ayrı intihabolunurlar."

¹²² Taslağın dördüncü maddesi şöyledir: "İcra Vekilleri Reisi, İcra Vekilleri meyanından intihabolunduğu takdirde haiz olduğu vekâleti dahi Meclis kararıyla muhafaza etmesi caizdir."

¹²³ TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 328.

¹²⁴ TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 329.

¹²⁵ "İcra Vekillerinden birinin vekâleti umurunu ifaya mâni bir sebeple vazifesi başından infikâki icabettiği takdirde avdetine kadar yerine Büyük Millet Meclisince bir vekili muvakkat intihabolunur . İşbu vekili muvakkat dahi vekilin vazife ve

Buna göre, bir icra vekilinin görevi başından ayrılması icap ettiğinde kendisi dönene dek BMM bir geçici vekil seçmektedir. Geçici vekil aynı asıl vekil gibi yetkilere ve sorumluluğa sahiptir. Geçici vekilin de görevi başından ayrılmasını gerektirecek bir durum hâsıl olursa geçici vekil yerine ona vekil olacak bir kişi seçilmez. Bu durumda İcra Vekilleri Heyeti'nden bir vekil seçilir ve bu vekil geçici olarak vekâlet eder. Hasan Basri Efendi'nin İcra Vekili Reisi hakkında aynı durum hâsıl olursa ne yapılacağı sorusunu mazbata muharriri Mahmud Esad Bey, aynı muamelenin yapılacağını söyleyerek yanıtlamıştır.¹²⁶ İsim okunması sureti ile tümünden oylanması sonucunda kanun, 184 oy içinde 124 oy ile kabul edilmiştir.¹²⁷

8 Temmuz 1922 tarihli Kanun'un kabul edilmesine kadar, yukarıda gördüğümüz 47 sayılı Kanun'a göre icra vekilleri heyeti seçilmekteydi. 47 sayılı Kanun ise vekillerin seçimi hususunda meclis başkanının aday göstermesi usulünü kabul etmiştir. 8 Temmuz 1922 tarihli bu Kanun ile meclis başkanının aday göstermesi usulünden dönülmüş, vekilleri meclisin doğrudan kendisinin seçmesi kararlaştırılmıştır. İcra vekilleri başkanının icra vekilleri arasından seçilmesine de karar verildiği görülmektedir.

3. 29 EKİM 1923 TARİHLİ TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNUNUN BÂZİ MEVADDININ TAVZİHAN TÂDİLİNE DAİR KANUN İLE CUMHURİYETİN İLAN EDİLMESİ

3.1. Genel Olarak

11 Ağustos 1923'te İkinci Dönem TBMM toplanmıştır. Meclis toplandıktan sonra M. Kemal Paşa, Meclis Reisi seçilmiştir. 9 Eylül

salâhiyetini haiz ve vekil misüllü mesuldür. Emri intihap vekil intihabı usulüne tevfikan icra kılınır. Ancak vekilin vekâletine müteferri bir vazifeden dolayı ve herhangi bir mazeretle vazifesi başından muvakkaten infikâki takdirinde Meclişçe yerine bir vekil -vekili intihabolunmayıp İcra Vekillerinden biri İcra Vekilleri Heyetince tevkil olunur." TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s.332-334.

¹²⁶ TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 332-334.

¹²⁷ TBMM, Z.C., 8 Temmuz 1922, Devre:1, C:21, s. 336-338.

1923'te Birinci Gurup¹²⁸ Halk Fırkası'na dönüştürülmüştür.¹²⁹ Eylül ayının sonlarından itibaren gazetelerde cumhuriyetin ilan edileceğine dair haberler çıkmaya başlamıştır.¹³⁰ 27 Ekim 1923'te Fethi Bey başkanlığındaki vekiller heyeti istifa etmiş ve yeni heyet kurulamamıştır.¹³¹ Hükümet bir türlü tesis edilememiş ve bu kriz, cumhuriyetin ilanı için uygun bir fırsat olmuştur. Bu krizi cumhuriyeti ilan edebilmek için M. Kemal Paşa'nın planladığı, istifaları sağladığı öne sürülmüştür.¹³²

¹²⁸ Birinci dönem TBMM, çok farklı görüşten ve kesimden insanların ortak kurtuluş mücadelesi için bir araya geldiği çok özel bir meclis olarak bilinmektedir. Meclis içerisinde aşama aşama ilerleyen ve daha sonra gruplaşmaya giden görüş ayrılıkları doğmuştur. Bu durum, literatürde Birinci Grup ve İkinci Grup olarak anılır. Öncelikle 10 Mayıs 1921'de Birinci Anadolu ve Rumeli Müdafa-i Hukuk Gurubu kurulmuştur. Bkz: İhsan Güneş, "Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nden Halk Fırkasına Geçiş", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C:3, S:8, Mart 1987, s. 437. Yaklaşık bir sene muhalif milletvekilleri ayrı bir gruplaşmaya gitmeden bireysel olarak görevlerini sürdürmüştür. Yaklaşık bir sene sonra ise muhalif milletvekilleri, Temmuz 1922'de İkinci Anadolu ve Rumeli Müdafa-i Hukuk Gurubu'nu meydana getirmiştir. Bkz: Osman Demirbaş, "Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde II. Grup'un 'Milletvekili Seçim Yasası'nın Değiştirilmesine İlişkin Önergesi ve Mustafa Kemal Paşa'nın Yurttaşlık Hakları", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s. 100. Böylelikle 1921 Anayasası döneminde iki farklı grubun ortaya çıktığı görölr.

¹²⁹ Aslında 9 Eylül'de parti tüzüğu kabul edilmiş, 11 Eylül'de M. Kemal Paşa parti liderliğine seçilmiş ve partinin

Kuruluş dilekçesi 23 Eylül'de İç İşleri Bakanlığı'na verilmiştir. Ancak sonraları İzmir'in kurtuluğu olan 9 Eylül tarihi benimsenmiştir. Bkz: Ahmet Demirel, *Tek Partinin Kuruluğu: Türkiye'de Seçimler ve Siyaset (1923-1946)*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s. 62.

¹³⁰ Besim Özcan, "Cumhuriyetin İlanı ve Yankıları", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S:11, Yıl:1999, s.291-292.

¹³¹ Özcan, "Cumhuriyetin İlanı ve Yankıları", s. 292.

¹³² Taha Akyol, *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, Doğan Kitap, İstanbul, 2012 s. 315-317.

3.2. Kanunun Görüşülmesi

29 Ekim 1923 tarihinde cumhuriyetin ilanını sağlayan Teşkilât-ı Esasiye Kanununun Bâzı Mevaddının Tavzihan Tâdiline Dair Kanun'un süratle kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten bu konuda sadece 29 Ekim 1923 tarihli meclis görüşmelerini bulmak mümkündür. O denli süratle kabul edilmiştir ki tasarı¹³³ parti gurubunda dört saat, komisyonda bir saat ve mecliste ancak bir buçuk saat kadar görüşülmüştür.¹³⁴ Kanun tasarısının geneli hakkında ilk sözü Kanun-i Esasi Encümen Reisi sıfatıyla Yunus Nadi Bey almış ve öneri hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Y. Nadi Bey sözlerine Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nu kabul ederek yeni bir devlet kurulduğunu ifade ederek başlamıştır. Sözlerinde 1921 Anayasası'nın birinci maddesinin zaten açıkça cumhuriyet demek olduğunu, mevcut olanı açıklamak anlamında cumhuriyet ifadesini eklediklerini, yine mevcut olanı açıklamak zımında devletin dininin İslam ve resmi dilinin Türkçe olduğunu da tasarının ikinci maddesinde beyan ettiklerini belirtmiştir. Y. Nadi Bey, Cumhuriyet'in ilanının tabii sonucu olarak cumhurbaşkanlığı

¹³³ Önerilen metin şöyledir:

Madde 1 - Hâkimiyet; bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstemittir. Türkiye Devletinin şekli Hükümeti, Cumhuriyettir.

Madde 2 - Türkiye Devleti'nin dini, dini İslâm'dır, resmî lisanı Türkçedir.

Madde 4 - Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur. Meclis, Hükümetin inkisam ettiği şuaubü idareyi İcra Vekilleri vasıtasıyla idare eder.

Madde 10 - Türkiye Reiscumhuru, Türkiye Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından ve kendi âzası meyanından bir intihap devresi için intibabolunur. Vazifei Riyaset yeni Reiscumhurun intihabına kadar devam eder. Tekrar intihabolunmak caizdir.

Madde 11 - Türkiye Reiscumhuru Devletin Reisidir. Bu sıfatla lüzum gördükçe Meclise ve Heyeti Vekiliye riyaset eder.

Madde 12 - Başvekil Reiscumhur tarafından ve Meclis âzası meyanından intibabolunur. Diğer vekiller Başvekil tarafından yine Meclis âzası arasından intihabolunduktan sonra heyeti umumiyesi Reiscumhur tarafından Meclisin tasvibine arz olunur. Meclis hali içtimada değilse keyfiyeti tasvip Meclisin içtimuna talik olunur. Bkz: TBMM, Z.C., 29 Ekim 1923, Devre:2, C:3, s. 90.

¹³⁴ Akyol, Atatürk'ün İhtilal Hukuku, s. 354.

makamının da ihdas edildiğini ifade etmiştir. 1921 Anayasası'nın dokuzuncu maddesi yerine on, on bir ve on ikinci maddeler ikmal edilmiştir.¹³⁵ Y. Nadi Bey, yeni onuncu madde ile eski dokuzuncu maddede esaslı bir değişiklik yapılmadığını, meclis reisinin adının açıklandığını ve bunun cumhurbaşkanı olduğunu ifade etmiştir. On birinci madde hakkında konuşurken eski dokuzuncu maddede zikredilen meclis adına imza ve heyeti vekile kararlarını tasdik yetkilerinin korunduğunu da söylemektedir. Cumhurbaşkanı yeni on birinci maddeye göre devletin başı olarak isterse meclise ve vekiller heyetine başkanlık yapabilmektedir. On ikinci madde ile hükûmetin oluşumu da değişmektedir. Cumhurbaşkanı başvekil meclis içinden atamakta, başvekil meclis içinden vekilleri seçmekte ve cumhurbaşkanı seçilenleri meclisin onayına arz etmektedir. Y. Nadi Bey maddedeki meclisin toplantı halinde olmadığı durum ile ilgili düzenlemeyi ise hükûmet bunalımlarına mahal vermemek amacıyla koyduklarını ifade etmektedir.¹³⁶

Mecliste görüşmeler esnasında üyeler söz alarak (Vasıl Bey, Eyüp Sabri Efendi, Rasih Efendi) cumhuriyetin lehinde hararetli konuşmalar yapmışlardır. Maddelerin müzakeresine geçildiğinde bütün maddelerin aynen kabul edildiğini, bazı maddelerde kimsenin söz istemediğini, bazılarında söz isteyenlerin de maddenin lehinde görüş açıkladığını görmekteyiz.¹³⁷ 10. maddenin müzakeresinde Emin Bey, 3. dönem TBMM'nin cumhurbaşkanını seçmesi gerektiğini söylemiştir. Ancak, Kanun'un tümünden oylanarak kabulünden sonra cumhurbaşkanının

¹³⁵ Bahsedilen eski dokuzuncu madde "*Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisi'dir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreatını tasdika salahiyettardır. İcra Vekilleri heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi vekiller heyetinin de reisi tabiisidir.*" demektedir. Bu madde yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹³⁶ TBMM, Z.C., 29 Ekim 1923, Devre:2 C:3, s. 90-92.

¹³⁷ Sadece encümenin teklifiyle 12. maddede intihap kelimesi intihab olunmak şeklinde değiştirilmiştir. TBMM, Z.C., 29 Ekim 1923, Devre:2 C:3 s. 92-95.

hemen seçilmesi önerilmiş ve bu kabul edilmiştir. Yapılan oylamada 158 üyenin tüm oyunu alarak M. Kemal Paşa cumhurbaşkanı seçilmiştir.¹³⁸

Hükûmetin kuruluşuna baktığımızda, meclis içerisinde cumhurbaşkanının bir başvekil seçmesi, başvekilin vekilleri belirlemesi ve cumhurbaşkanının bunu meclisin onayına sunması usulünü görmekteyiz. Cumhuriyetin ilanı ile cumhurbaşkanlığı makamının ihdas edilmesi ve hükûmetin kurulma usulü, parlamenter sistemi hatıra getirmektedir.¹³⁹ Meclis hükûmeti sistemleri bakıldığında çoğunlukla olağanüstü zamanlarda ortaya çıkar; bunlar önemli atılımların yapılacağı ihtilal zamanları olabilir.¹⁴⁰ Bu açıdan BMM'nin de kritik bir dönemde önemli kararların alınması için kuvvetlerin birliğine yöneldiği kanımızca söylenebilir. 1923 yılında cumhuriyetin ilanı sonrasında meclis başkanının konumu da değişmiş, cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuştur.

SONUÇ

BMM, Ankara'da toplandığında yurdun dört bir yanı işgal altında bulunmakta ve devletin karar alıcı mekanizması iflas etmiş durumdaydı. BMM, daha geniş bir bakışla henüz mütarekenin başlangıcından itibaren örgütlenmeye başlamış olan halkın bu örgütlenişini ulusal bazda en üst noktaya taşıması demekti ve bu durum 1921 Anayasası'nın ilk maddesinde ifade edildiği gibi halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi anlamına gelmekteydi. Adı konmasa da kanımızca da bu ifadeler açıkça bir cumhuriyeti anlatmaktadır. Yukarıda değindiğimiz durumun tabii sonucu olarak meclisin ilk önemli meselesi derhal bir hükûmet tayini olmuştur. M. Kemal Paşa'nın meclisin yasama ve yürütme yetkilerine sahip olduğu ve bir hükûmet kurması gerektiği, meclis başkanının bu hükûmetin de başı olacağı ve geçici de olsa bir hükûmet reisi ya da padişah kaymakamı atanmaması gerektiği yolundaki önergesi kabul edilmiştir. Meclis bu konuda hızlı hareket etmiş, yukarıda detaylarını gördüğümüz üzere

¹³⁸ TBMM, Z.C., 29 Ekim 1923, Devre:2, C:3, s. 96-99.

¹³⁹ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 285.

¹⁴⁰ Mehmet Turan, "Meclis Hükûmeti (Konvansiyon Kuramı)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:46, Sayı:1, 1991, s. 459.

hükümetini kurmuştur. 3 sayılı Kanun ile kabul edilen esas, icra vekillerinin doğrudan meclis içerisinde atanması şeklinde olmuştur. 47 sayılı Kanun ile bu yöntemden dönölerek meclis başkanının önereceği adaylar arasından meclisin seçim yapması kuralı kabul edilmiştir.

Meclis, 1920 yılının Kasım ayında 1921 Anayasası'nın tasarısını görüşmeye başlamış ve uzun görüşmelerden sonra Ocak 1921'de anayasayı kabul etmiştir. BMM'nin açılışında kabul ettiği esasa uygun olarak anayasada kuvvetler birliği aynen yer almıştır. Anayasada icra vekilleri heyetinin aralarından bir başkan seçeceği yer almışsa da meclis başkanının bu heyetin doğal başkanı olacağı da ifade edilmiştir. 1921 Anayasası döneminde pozitif hukukta hükümet sistemini alakadar eden en önemli değişiklik 8 Temmuz 1922 tarihli Kanun'dur. Bu Kanun'la meclis başkanının aday göstermesi usulünden dönölmüş, vekillerin doğrudan meclis içerisinde seçilmesi kabul edilmiştir. En radikal değişikliği yapan ise cumhuriyetin ilanıdır. Cumhuriyetin ilanı ile bir cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmekle beraber hükümetin kuruluğu da değişmiştir. Çalışmamızda tüm bu süreçler meclis zabıtları üzerinden detaylı olarak takip edilmiştir.

Meclis başkanlığı makamı BMM'nin açılışından itibaren kendine has yetkileri olan özel bir makam olmuştur. 24 Nisan 1920 tarihli kabul edilen önergede bir padişah kaymakamı atanması fikri reddedilmiştir. Yukarıda gördüğümüz gibi BMM'nin ilk meclis başkanlık divanı seçimlerinde iki meclis başkanı seçtiği de görölür. Meclis başkanı icra vekilleri heyetinin de başkanlığını yapmış; ancak icra vekilleri ile ilişkisi takip ettiğimiz düzenlemeler içerisinde değişmiştir. 1921 Anayasasının m. 9 hükmü gereği meclis adına imza vazetme yetkisi ve bir devlet başkanlığı makamının yokluğu durumunda meclis başkanının konumu çalışmada irdelenmiştir. Çalışmada 1921 Anayasası döneminde hükümeti sistemi problemi meclis başkanını dikkate alınarak, bu eksende irdelenmiş; temelde kamu hukuku kaynakları ve perspektifi ile analiz edilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Regierungssysteme werden anhand des Verhältnisses zwischen der Legislative und der Exekutive erklärt. In der Literatur werden die Regierungssysteme in parlamentarische, präsidentielle, semipräsidentielle und parlamentarische Regierungssysteme eingeteilt. In der Verfassung von 1921 wird das Regierungssystem als eine Regierungsform beschrieben, in der die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt im Parlament vereint sind.

In der Verfassung von 1921 wurde dies Regierungssystem in einer außerordentlichen Periode eingeführt, um den Bedürfnissen dieser Periode gerecht zu werden. Die Verfassung von 1921, die während des Unabhängigkeitskrieges verabschiedet wurde, enthält keine detaillierten Bestimmungen. 1924 wurde die erste Verfassung der Republik verkündet. In der Zeit der Verfassung von 1921 war das Amt des Parlamentspräsidenten von großer Bedeutung. Die Erste Nationalversammlung hat kein Staatsoberhaupt akzeptiert. Bei den Wahlen am 24. April 1920 wurden jedoch der erste Präsident des Parlaments und der zweite Präsident des Parlaments gewählt. Am 26. April beschloss das Parlament, die Geschäftsordnung des "Meclis-i Mebusan" aus der osmanischen Zeit zu ändern und anzuwenden. Während der Verfassungsperiode von 1921 profitierte die Große Nationalversammlung der Türkei von der Verfassungstradition aus der osmanischen Zeit. Sie sah sich jedoch weder an den Kanuni Esasi noch an die Praktiken der osmanischen Zeit gebunden. In dieser Studie wurde eine analytische Untersuchung des Amtes des Parlamentspräsidenten im Rahmen des Regierungssystems der Verfassung von 1921 durchgeführt.

In dieser Studie wird zunächst der Zeitraum von der Eröffnung der Großen Nationalversammlung bis zur Ausarbeitung der Verfassung von 1921 analysiert. Dies ist der Zeitraum, in dem das Parlament eröffnet wurde und das Problem der Exekutive auftauchte. Die Großen Nationalversammlung fasste eine Reihe von Beschlüssen zur Umsetzung der Exekutivaufgaben. In diesem Sinne wurden in dieser Studie die Diskussionen im Parlament am 24., 25. und 26. April 1920 untersucht. Am 1. und 2. Mai 1920 wurde das Gesetz über die Wahl der Stellvertreter der Exekutive analysiert. Am 4. November 1920 wurden die an diesem Gesetz vorgenommenen Änderungen untersucht. Auch

die Stellung des Parlamentspräsidenten und sein Verhältnis zu den Stellvertreter der Exekutive sind von großer Bedeutung. Aus diesen Gründen wurde es für wichtig erachtet, diese Analysen durchzuführen.

Danach werden die Bestimmungen der Verfassung von 1921 zum Thema dieses Artikels analysiert. Mit anderen Worten, der Entstehungsprozess der Verfassung von 1921 wird analysiert, sofern er sich auf das Thema der Studie beschränkt. Zunächst wurden die ersten drei Artikel der Verfassung von 1921 analysiert. Gemäß dem ersten Artikel gehört die Souveränität bedingungslos der Nation. Der zweite Artikel regelt, dass die legislative und die exekutive Gewalt im Parlament vereint sind. Es zeigt sich, dass hier die Grundprinzipien betont werden. Anschließend werden weitere Artikel analysiert, die für das Thema des vorliegenden Artikels relevant sind. Der erste betrifft die Befugnisse des Parlaments, die im siebten Artikel der Verfassung geregelt sind. Ein weiterer betrifft das Verhältnis zwischen den Stellvertreter der Exekutive und dem Parlament; dies ist im achten Artikel der Verfassung geregelt. Der andere betrifft die Stellung des Parlamentspräsidenten; diese ist in Artikel 9 der Verfassung geregelt. Artikel 9 der Verfassung besagt, dass der Parlamentspräsident im Namen des Parlaments unterschreiben kann. In dieser Studie werden die Bedeutung, der Inhalt und die Grenzen dieser Befugnis untersucht. Die unterschiedlichen Meinungen, die sich unter den Abgeordneten über die Umsetzung von Artikel 9 der Verfassung herausgebildet haben, werden analysiert.

Nach dem Inkrafttreten der Verfassung von 1921 wurde im Juli 1922 ein Gesetz erlassen, das das Wahlverfahren für die Stellvertreter der Exekutive änderte. In dieser Studie wurden auch dieses Gesetz analysiert. Die Ausrufung der Republik im Jahr 1923 ging bekanntlich mit einer wichtigen Änderung der Verfassung einher. So wurde die Republik ausgerufen und das Amt des Staatspräsidenten eingeführt. Die Auswirkungen dieser Änderung auf das Regierungssystem der Verfassung von 1921 werden analysiert. Daher wurden die Erklärungen anhand des oben zusammengefassten historischen Prozesses vorgenommen. In dieser Studie wurden die Protokolle des Parlaments im Detail analysiert. Die Diskussionen wurden anhand der Parlamentsprotokolle beobachtet. Die verfassungsrechtlichen sowie politikwissenschaftlichen Werke in der Literatur wurden systematisch verwendet.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKIN, Rıdvan, TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- AKYOL, Taha, Atatürk'ün İhtilal Hukuku, Doğan Kitap, 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları, C: 1, Mars Matbaası, Ankara, 1965.
- ÇELİK, Burak, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Aralık 2007.
- DEMİRBAŞ, Osman, "Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde II. Grup'un 'Milletvekili Seçim Yasası'nın Değiştirilmesine İlişkin Önergesi ve Mustafa Kemal Paşa'nın Yurttaşlık Hakları", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s. 99-107.
- DEMİREL, Ahmet, Birinci Meclis'te Muhalefet: İkinci Grup, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995.
- DEMİREL, Ahmet, "Nutuk'ta Birinci Meclis", Cumhuriyet Tarihinin Tartışmalı Konuları: Tarih Vakfı 20. Yıl Sempozyumu (Yayına Hazırlayan: Bülent Bilmez), İstanbul Tarih Vakfı Yayınları, 2013, s. 14-36.
- DEMİREL, Ahmet, Tek Partinin Kuruluşu: Türkiye'de Seçimler ve Siyaset (1923-1946), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, 2018.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C:1, Ekin Yayınevi, 2011.

- GÜNEŞ, İhsan, Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e Türkiye'de Hükümetler: Programları ve Meclisteki Yankıları (1908-1923), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.
- GÜNEŞ, İhsan, "Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nden Halk Fırkasına Geçiş", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C:3, S:8, Mart 1987, s. 427-429.
- İBA, Şeref, Parlamento İçtüzük Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- İBA, Şeref, Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı, Nobel Yayıncılık, 2006.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, Legal Yayıncılık, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin Hukuki Niteliği", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C:1, 1985-Mart, s. 475-477.
- ÖZCAN, Besim, "Cumhuriyetin İlanı ve Yankıları", Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, S:11, Yıl: 1999, s. 289-298.
- ROUSSEAU, J.J., Toplum Sözleşmesi, (Çev: Zafer Savaş), Nilüfer Yayıncılık, 2011.
- SEVİNÇ, Murat, Demirkent, Dinçer, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası: 1921 Anayasası ve Tutanakları, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- ŞİRİN, Sinem, Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki 1920-1923, Legal Yayıncılık, Ocak 2017.
- TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 20. Baskı, Mart 2011.
- TANÖR, Bülent, Türkiye'de Kongre İktidarları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul, 2009.

TUNAYA, Tarık Zafer, Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük, Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul, 1981.

TUNAYA, Tarık Zafer, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", Birinci Meclis, (Editör: Cemil Koçak), Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 3-22.

TUNAYA, Tarık Zafer, Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) İkinci Kitap: Mütareke, Cumhuriyet ve Atatürk (1918-1938), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

TURAN, Mehmet, "Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:46, S:1, 1991, s. 453-463.

YAZICI, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.

Meclis Zabıtları

23.04.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

24.04.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

25.04.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

26.04.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

01.05.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

02.05.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:1.

04.11.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:5.

18.11.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:5.

13.12.1920 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:6.

20.01.1921 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 Cilt:7.

10.04.1922 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:1 C:20.

06.07.1922 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi Devre:1 Cilt:21.

08.07.1922 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi Devre:1 Cilt:21.

14.04.1923 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi Devre:1 Cilt:29.

29.10.1923 Tarihli TBMM Zabıt Ceridesi Devre:2 Cilt:3.

Elektronik Kaynaklar

TBMM Başkanlığı İctüzük Sitesi, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yirmi-yedi-ictuzuk> Erişim Tarihi: 17.07.2023.

Kanun-i Esasi metin ve değişiklik bilgileri, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yetmis-alti-kanuni-esasi-metin-degisiklik> Erişim Tarihi: 19.07.2023.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sığınma Hakkı: Sığınma Arama Hakkından Sığınma Aramaya Erişim Hakkına

Das Recht auf Asyl in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte:

Vom Recht, Asyl zu suchen, zum Recht auf Zugang zu Asylbewerbern

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILMAZ EREN*

ÖZ

“Sığınma hakkı” bir kişinin vatandaşlığında bulunduğu ya da ikamet ettiği devleti, uğradığı baskılar nedeniyle terk ederek başka bir ülkeden koruma talep etmesidir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde baskı karşısında herkesin başka ülkelere sığınma hakkının bulunduğu söz edilerek sığınma bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak uluslararası hukukta devletlerin sığınma hakkı tanıma konusunda takdir yetkisini ortadan kaldıran ve sığınma hakkını kişiler bakımından talep edilebilir bir hakka dönüştüren bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir devlet, ülkesinde sığınma arayan yabancılara sığınma imkanı tanıyıp tanımamakta kural olarak serbesttir.

Sığınma alanında bugün karşılaştırmalı hukukta yasal çerçeveyi belirleyen en önemli belge 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi’dir. Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi mültecilerin hukuksal statüleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermesine rağmen, sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Buna karşın Sözleşme’nin 33. maddesinde düzenlenen

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, eren@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5422-9247.



non-refoulement yasağı Devletlerin yabancılara yönelik davranışlarını sınırlandıran en temel ilkeyi teşkil etmektedir.

Bazı yasal boşluklar barındıran ve yaptırım mekanizmasından yoksun olan 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin düzenlediği non-refoulement ilkesi, Sözleşme'nin sınırlarını aşarak, ulusalüstü insan hakları belgelerinde de yer bulmuştur. Bu belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sığınma hakkına ilişkin hüküm içermemekle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihadıyla işkence yasağını düzenleyen madde 3 bağlamında non-refoulement ilkesini de koruma altına almıştır. Mahkeme dinamik yorumu, oluşturduğu asgari standartlar ve usuli güvencelerle sığınma hakkına ilişkin etkili bir koruma sağlamaktadır.

Öte yandan son yıllarda insan hareketliliğinin artması karşısında devletlerin göç yönetimine ilişkin sıkı politikalar izlemesi sonucunda Mahkeme'nin sığınma olgusuna birey ve insan hakları odaklı yaklaşan içtihadının, sığınma sağlamanın devletin egemenlik hakkının bir yansıması olarak takdir yetkisi dahilinde olduğuna ilişkin görüş lehinde güç kaybettiği görülmektedir. AİHM, özellikle N.D ve N.T. kararıyla başlayan süreçte sığınma arama hakkını, sığınma aramaya erişim olarak ifade edilebilecek ve devletlerin güvenlik kaygılarını ön plana alan bir bakışla, usuli bir hak düzeyinde ele almaya başlamıştır.

Bu çalışma kapsamında ilk bölümde sığınma hakkının uluslararası hukukta nasıl düzenlendiği ele alınacaktır. İkinci bölümde AİHS ve Ek Protokoller çerçevesinde AİHM'nin non-refoulement ilkesine ilişkin kararları ve sağladığı koruma düzeyi incelenerek, bu korumanın sığınma hakkı üzerindeki etkisi değerlendirilecektir. Son bölümde ise Arap Baharı sonrası yaşanan insan hareketliliği karşısında devletlerin zorlaştırılmış göç politikalarının Mahkeme içtihadını nasıl şekillendirdiği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Sığınma hakkı, Non-refoulement, Etkili Başvuru Hakkı, Geri İtme (Push-Back), Göçün Dışsallaştırılması (Externalization).*

The Right to Asylum in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights:

From the Right to Seek Asylum to the Right of Access to Asylum Seeking

ABSTRACT

The "right to asylum" is the right of a person to seek protection from another country by leaving the state of citizenship or residence due to oppression. In the Universal Declaration of Human Rights, asylum is regulated as a right by stating that everyone has the right to seek asylum in other countries in the face of oppression. However, there is no rule of law in international law that eliminates the discretionary power of states to grant asylum and transforms the right to asylum into a claimable right for individuals. Therefore, a State has the ultimate authority to grant asylum to foreigners seeking asylum in its territory.

The Convention Relating to the Status of Refugees is the most important document determining the legal framework in the field of asylum in comparative law today. However, although the 1951 Geneva Convention contains detailed provisions on the legal status of refugees, it does not include any provision on the right to asylum. On the other hand, the prohibition of non-refoulement regulated in Article 33 of the Convention constitutes the most fundamental principle limiting the behavior of States towards foreigners.

The principle of non-refoulement regulated by the 1951 Geneva Convention, which contains some legal gaps and lacks an enforcement mechanism, has also found a place in supranational human rights instruments. Although the European Convention on Human Rights does not include a provision on the right to asylum, the European Court of Human Rights, through its jurisprudence, has protected the principle of non-refoulement in the context of Article 3, which regulates the prohibition of torture. The Court's dynamic interpretation, minimum standards and procedural safeguards implicitly establish a de facto right to asylum and, provide effective protection.

In recent years, it is observed that the Court's jurisprudence approaching the phenomenon of asylum with a focus on the human rights has lost strength in favor of the view that granting asylum is within the discretion of the state as a reflection of its sovereignty. Especially in the process starting with the N.D and N.T. judgment, the ECtHR started to treat the right to seek asylum as a procedural right, which can be expressed as access to asylum, with a view that prioritizes the security concerns of states.

The present article explores the evolution of ECtHR jurisprudence on right to asylum in terms of non-refoulement principle. In the first part, the asylum concept in international law will be discussed. The ECtHR's judgments on the principle of non-refoulement and the level of protection it provides within the framework of the ECHR and Additional Protocols will be analyzed and the impact of this protection on the right to asylum will be evaluated in the second part. The last part will discuss how states' coercive engineered migration policies in the face of increased human mobility after the Arab Spring has shaped the Court's jurisprudence.

Keywords: *Right to Asylum, Non-refoulement, Right to Effective Remedy, Push-Back, Externalization of Migration.*

Giriş

Uluslararası hukuk düzenlemelerine bakıldığında pek çok uluslararası metinde yer bulan “sığınma hakkı”nın büyük oranda bireylere talep edilebilir haklar tanımaktan çok devletlerin takdir yetkisinde şekillendiği ve içeriğinin netleştirilmediği görülmektedir. Devletlerin, sığınmacılar sınırlarına ulaştıktan veya sınırlarına giriş yaptıktan sonra özellikle mülteci statüsünde bulunan kişilere yönelik yükümlülüklerinin başladığına ilişkin kabul, ülkeleri duvarlar örmeye varan sıkı sınır politikaları uygulamaya itmektedir.

Devletlerin egemenlik haklarının kullanımı ulusal üstü metinlerle büyük oranda kısıtlandığı için özellikle son elli yılda sığınmacıları kabul etmek istemeyen devletlerin göç yönetimine ilişkin pratikleri büyük oranda engelleme motivasyonu ile ilerlemektedir. Bu

bağlamda klasik engelleme yöntemleri olarak adlandırılan vize uygulamaları, taşıyıcı yaptırımları ve havaalanlarında uluslararası bölgeler kurulmasına sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak özellikle göçmen kaçakçılarının oldukça sofistike metodlarla hazırladıkları belgeler ve diğer yöntemlerle bu usullerin bertaraf edilebilmesinin ardından devletler bir sonraki aşamada açık denizlerde engelleme gibi yöntemler denemeye başlamışlardır. Bu faaliyetler bağlamında yaşanan ihlallerde devletlerin sorumluluğunun yetki bağı kurularak kabul edilmesinin ardından devletler sorumluluktan kurtulabilecekleri başka yöntemler aramaya başlamışlardır. Bu yeni yöntemler ise işbirliği anlaşmaları ile engelleme olarak ifade edilen ve kabul ülkesi veya transit ülkelerin karasularında sığınmacıların engellenmesi şeklinde görülen yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yaklaşım Avrupa Birliği göç politikasına göçün engellenmesi ve dışsallaştırılması (*externalization*) olarak yansımakta ve denizlerde sığınmacı botlarının batırılmasına kadar uzanan uygulamaları beraberinde getirmektedir.

Uluslararası mülteci hukuku, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Cenevre Sözleşmesi) yanında pek çok sözleşmede de kapsama dahil edilmeyen “sığınma arama hakkı” ile uluslararası sözleşmeler ve devlet uygulamalarında geniş oranda tanınan ve uygulanan *non-refoulement* ilkesi arasında şekillenmektedir.¹ Devletler sınırlardan giriş yapılması ve topraklarında bulunma hususunda egemenlik haklarından kaynaklanan yetkiye sahiptirler.² Bu yetkinin sınırını ise *non-refoulement* ilkesi

¹ Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam/Emma Dunlop, *The Refugee in International Law*, 4th edn, OUP 2021, s. 403; Kay Hailbronner/Jana Gogolin, “Territorial Asylum”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, September 2013, para 31-33 <<http://www.mpepil.com>> Erişim Tarihi 4 Kasım 2023.

² Devletlerin sınırdan girişi kontrol etme ve sınırdışı etme yetkileri hakkında bkz. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and Movement of Persons between States*, OUP, 1978; Kay Heilbronner, “The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community”, *International Journal of Refugee Law*, 1990, C. 2, 341. “Sözleşme, yabancıların bir taraf Devletin topraklarına girme veya ikamet etme hakkını tanımaz. Prensipte olarak, topraklarına kimi kabul edeceğine karar vermeye Devlete ait bir meseledir. (...)” Human Rights Committee, General Comment No. 15: The Position of Aliens under the

oluşturmaktadır. Başka bir deyişle devletler sınırlarından geçmiş veya sınırlarına gelmiş kişileri işkence, insanlık dışı muamele veya cezaya maruz bırakılacakları yerlere göndermeme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük 1951 Cenevre Sözleşmesi, BM İşkenceye Karşı Sözleşme³, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁴, ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵ (AİHS) gibi ulusalüstü metinlerle güvence altına alınmıştır.

Bu bağlamda sığınma hakkı; mülteci olarak tanınmaya ilişkin beyanın iletilebilmesi için temel usuli imkanlara erişim ve bireysel değerlendirme sonrası herhangi bir koruma statüsünün tanınması halinde ise kişilere tanınacak sosyo-ekonomik haklar çerçevesinde tanımlanmaktadır.⁶ Devletlerin gün geçtikçe sorumluluklarını azaltarak sığınmacıları engellemeye çalıştıkları mevcut dünya düzeninde devletlerin sığınmacılara yönelik sorumluluklarının çerçevesinin belirlenebilmesi için öncelikle sığınma hakkı'nın kapsamından bahsedilecektir.

Covenant (Twenty-seventh session, 1986), reproduced in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 189, para. 5.

- 3 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNGA Res 39/46, 10 December 1984, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 4 International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 Dec. 1966, G.A. Res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Madde 7: "Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz."
- 5 Madde 3: "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."
- 6 Institute of International Law, "Asylum in Public International Law", Resolutions Adopted at its Bath Session, September 1950, madde 1.

1. Kavramsal Çerçeve

Sığınma, “koruma arayışında olan kişiye, bir devletin kendi sınırları içerisinde veya kontrol alanı dâhilindeki bir başka yerde bu korumayı sağlaması” olarak ifade edilmektedir.⁷ Sığınma kavramı yaygın olarak kullanılıyor olsa da açık ve uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır.⁸

“Sığınma arama hakkı” ise (*right to seek asylum*) bir kişinin vatandaşlığında bulunduğu ya da ikamet ettiği devleti, uğradığı baskılar veya zulüm nedeniyle terk ederek başka bir ülkeden korunma talep etmesidir.⁹ Dolayısıyla, sığınma hakkı, yaşadıkları ülkede yaşamları ve vücut bütünlükleri tehlike altında olan kişilerin bedensel ve fiziksel bütünlüklerinin korunması için getirilmiş bir insan hakkı korumasıdır. Sığınma hakkı, devlete bakan yönüyle, uyrukluğunda bulunduğu ya da ikamet ettiği devletteki olumsuz durumdan kaçan yabancıların, ülkesine girmesine ve ülkesinde kalmasına izin vermesini ifade etmektedir. Bireye bakan yönüyle ise, temel hakları ihlâl edilen veya ihlâl edilme tehlikesi bulunan bir kişinin bulunduğu ülkeden kaçarak başka ülkenin korumasına girebilmesini ifade etmektedir.¹⁰

Sığınma hakkına tarihsel açıdan bakıldığında *Grotius* ve *Puffendor*, sığınmanın devletlerin egemenliği bağlamında önemli sonuçları olduğunu kabul ederek, egemenlik yetkisinin monarka

⁷ Goodwin-Gill/McAdam/Dunlop, s. 401; Battjes Hemme, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff, Laiden, 2016, s. 5.

⁸ Atle Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*, Stockholm, Almqvist & Wiksell International, 1980, s. 50. Roman Boed, “The State of the Right of Asylum in International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994, C. 5, 1-34, s. 1. Terimi kavramsallaştırmaya yönelik çalışmalar için Bkz. Maria Theresa Gil-Bazo, “Asylum as a General Principle of International Law”, *International Journal of Refugee Law*, 2015, C. 27, S. 1, 3-28, s. 3; William Thomas Worster, “The Comtemporay International Status of the Right to Receive Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, 2014, C. 26, S. 4, 477-499.

⁹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, Ankara 2016, s. 215.

¹⁰ Alice Edwards, “Human Rights, Refugees and the Rights to ‘to enjoy’ asylum”, *International Journal of Refugee Law*, 2005, C. 17, 293- 330, s. 302.

sınırlarından içeriye kimlerin girebileceğine karar verme hakkını sağladığını ifade etmektedirler. Grotius'a göre bir hükümdar yabancıları kabul etmeme hakkına sahip iken, sığınma sağlaması uygar bir yönetimin göstergesidir; sadece barbarlar topraklarına sığınmak isteyenleri sınır dışı ederler.¹¹ Uluslararası hukuku, insanlığın ortak hukuku olarak tanımlayan Vitoria da ülkelerin barışçıl ticaret hakkı, denizlerin serbest kullanımı, göç etme ve yerleşme (*ius peregrinandi*), serbestçe dolaşım ticaret yapma (*ius commercii*) ve yerleşme hakkı gibi hakları kabul etmek zorunda olduklarını ifade etmektedir. Vitoria, İspanyolların Latin Amerika'yı işgali sonrası iki toplumun karşılaşmasını iletişim hakkı (*ius communicationis*) olarak adlandırdığı hak kümesi altında ele alır ve bu hak kümesine göç etme hakkını da dahil eder.

*"İspanyolların, barbarlara hiçbir zarar vermeden, bu topraklarda yolculuk yapma ve yerleşme hakları vardır; barbarlar, onların bu haktan yararlanmasını engelleyemez. Söz konusu hak, dayanağını her şeyden önce, ya bir tabii hukuk olan ya da tabii hukuktan türeyen uluslararası hukukta bulur (...) Dünyanın başlangıcında, tüm zenginliklerin ortaklaşa kullanıldığı sırada, herkes, herhangi bir sınır onu engellemeden, gezmek istediği bölgeye girme ve orada yolculuk etme hakkına sahipti; halklar, sonradan, bölgeleri sınırlarla birbirinden ayırdılar, ama hiçbir zaman insanlar arası ilişkiyi sona erdirmeye niyeti taşımadılar (...) Yasak olmayan her eylem ya da kimseye zarar vermeyen her hareket yasaldır. İspanyolların, barbarların ülkesine yaptıkları bu yolculuk da, kimsenin aleyhine gelişmemektedir; dolayısıyla da yasaya uygundur (...)"*¹²

Sanayi Devrimi sonucu ortaya çıkan yeni dünyadaki iş imkanları ve seyahat araçlarının çeşitlenmesi ise yabancıya bakışta değişime yol açmıştır. Dünyanın farklı coğrafyalarında başlayan göç dalgası ulusal hukuklarda yeni düzenlemeleri gündeme getirmiş ve "öteki"ye karşı başlayan endişeler pek çok devletin sıkı sınır politikaları uygulaması ile sonuçlanmıştır. 1891 yılında ABD Yüksek Mahkemesi, kanun koyucuların ülkenin güvenliği için tehlikeli gördükleri yabancıları sınır dışı etme hakları olduğunu kabul eden bir karara imza atmıştır.

¹¹ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, çev. A.C. Campbell, M. Walter Dunn, London, 1990, Bkz. II, Ch. II, § XV.

¹² Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, 2016, s. 66-67.

Mahkeme, uluslararası hukukçu Emmerich de Vattel'e atıfla "Her bir bağımsız devletin bağımsızlık niteliğinden kaynaklanan şekliyle ve kendisini korumak amacıyla yabancılara ülkesine girişini yasaklamaya veya girişlerini belirlediği şartlara bağlamaya hakkı olduğu uluslararası hukukun kabul edilmiş bir kuralıdır" şeklinde hüküm tesis etmiştir.¹³

II. Dünya Savaşı sonrası insan hareketliliğini düzenlemek için getirilen düzenlemeler kapsamında sığınma kavramı gündeme gelmiş; ancak devletler bir başka ülkenin vatandaşlığında bulunan kişilerin ülkelerine kabulü ve bu kişilere kalıcı çözümler sunulması şeklinde tanımlanabilecek sığınma tanımındaki isteksizliklerini bu aşamada da göstermişlerdir. 1933 Mültecilerin Hukuki Statülerine İlişkin Konvansiyon, kalıcı sığınma sağlama şeklinde bir yükümlülük içermemesine rağmen çok az ülke tarafından kabul edilmiştir.¹⁴

İnsan hakları alanındaki en temel düzenleme olarak kabul edilen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (İHEB) "baskı karşısında herkesin başka ülkelere sığınma hakkının bulunduğu"¹⁵ söz

¹³ *Nishimura Ekiu v. United States* 142 US 651 (1891), para. 659. (Aktaran, Brian Opeskin/Richard Perruchoud/Jillyanne Redpath-Cross, "Conceptualizing International Migration Law", *Foundations of International Migration Law*, B. Opeskin/R. Perruchoud/J. Redpath-Cross (eds), Cambridge, 2012, 1-16, s. 2.

¹⁴ "League Of Nations: Convention Relating to the International Status of Refugees"
<http://migrationeducation.de/33.2.html?&rid=217&cHash=d9c6e5b4a3a0f79da54d236de7a2b7a5>. Fransa ve İngiltere de dahil olmak üzere sadece 9 devlet tarafından imzalanmıştır.

¹⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (The Universal Declaration of Human Rights), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile ilân edilmiştir. Beyanname'nin İngilizce esas metni için Bkz. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>. Beyanname'nin T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonu tarafından yayınlanan Türkçe çevirisi için Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>. İHEB bağlayıcı bir metin olmasa da kendisinden sonra gelen pek çok uluslararası antlaşmaya kaynaklık etmiş olması hasebiyle, bu metinde sığınma aramanın bir hak olarak kabul görmesinin, sığınma olgusu için çok büyük bir öneme sahip olduğu yadsınamaz. Manual R. García-Mora, *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, Public Affairs

edilse de “sığınma arama”ya vurgu yapılması Lauterpacht’e göre devletlerin sığınma hususunda ahlaki bir yükümlülük belirlemekten dahi çekindiklerini göstermektedir.¹⁶ Beyanname’nin hazırlık çalışmalarında İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan taslak metinde herkesin sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkı (*the right to seek and be granted asylum*) olduğu ibaresi yer alırken¹⁷ İngiltere’nin önerisiyle *granted* kelimesi daha belirsiz olan *enjoy* terimiyle değiştirilmiştir.¹⁸ Böylece sığınma arama birey bakımından tanımlanarak esasen bireyin vatandaşlığında bulunduğu ülkeye terk etme hakkının bir yansıması olarak değerlendirilmiştir.¹⁹ Sığınma sağlanma yerine getirilen sığınmadan faydalanma hakkı ise, devletin takdiri ile sığınma sağlanması suretiyle kullanılabilir nitelikte, dolayısıyla birey tarafından talep edilmesi mümkün olmayan bir hak olarak belirlenmiş olmaktadır.²⁰

Uluslararası Adalet Divanı’nın 20.11.1950 tarihli Sığınma Davası’nda “*Daha genel bir biçimde, ülke devletinin sığınma hakkı tanınması,*

Press, 1956, s. 145. Beyanname hakkında detaylı bilgi için Bkz. Hurst Hannum, “Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995-1996, C. 25, 287-398.

¹⁶ Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Frederick D. Praeger, 1950, s. 421.

¹⁷ UN doc. A/C.3/285/Rev.1, 30 October 1948, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/NL4/816/62/PDF/NL481662.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).

¹⁸ UN doc. A/C.3/253, 11 October 1948. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/NL4/812/87/PDF/NL481287.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023). Goodwin-Gill/Mcadam/Dunlop, s. 404-405.

¹⁹ Atle Grahl Madsen, *Territorial Asylum*, s. 2, 26; ayrıca bkz. Boed, s. 6.

²⁰ Boed, s. 7. Astri Suhrke, *Safeguarding the Right to Asylum*, Working Paper Programme of Human Rights Studies, Chr. Michelsen Institute Department of Social Science and Development, M 92: 3, Bergen, December 1992, s. 2. Heuser, sığınma hakkının BM bildirgesi tarafından bireysel bir insan hakkı olarak ilan edildiğini ancak ulusal düzenlemelerde kağıttan bir kaplana dönüştüğüne dikkat çeker. Stefan Heuser, “Is There a Right to Have Rights? The Case of the Right of Asylum”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 2008, C. 11, S. 1, 3-13, s. 7.

herhangi bir hukuksal görev duygusu tarafından kabul ettirilen bir karar olmayıp, uygun düşen düşüncelerin ya da basit siyasal elverişliliklerin belirlenmesinden doğar görünmektedir"²¹ demek suretiyle devletlerin takdir hakkına dikkat çekmektedir.

1967 tarihli *Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi'nin*²² 1. maddesinde İHEB'in 14. maddesine gönderme yapılmış ve sığınma hakkı tanınmanın devlet egemenliğinin olağan bir görünümü, barışçıl ve insani bir hareket olduğu ifade edilmiştir.²³ Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin 1977 Ülkesel Sığınma Bildirisi'nde²⁴ de sığınma hakkının devlet egemenliği kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²⁵, Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi²⁶ ve Cartagena Deklarasyonu²⁷ sığınma hakkı konusunda herhangi bir hüküm içermezken; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartında, sığınma hakkına yer verilmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22. maddesinin 7. fıkrasında, "herkesin yabancı bir ülkede sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu"

²¹ *Columbian-Peruvian Asylum Case, (Columbia v.Peru), Judgement, (1950) ICJ Reports, s. 286.* Kararın özeti için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1851.pdf>

²² *Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi (United Nations Declaration on Territorial Asylum), 14 Aralık 1967, A/RES/2312/ (XXII).*

²³ *Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi (United Nations Declaration on Territorial Asylum), 14 Aralık 1967, A/RES/2312/(XXII).*

²⁴ *Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisi (Council of Europe, Declaration on Territorial Asylum) 18 Kasım 1977 tarihinde kabul edilmiştir.*

²⁵ *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir.*

²⁶ *Afrika'da Yaşanan Mülteci Sorunlarının Belirli Yönlerine İlişkin Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa) Afrika Birliği Örgütü tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.*

²⁷ *Cartagena Mülteciler Bildirisi, (Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama), 19-22 Kasım 1984 tarihinde Kolombiya, Cartagena'da toplanan Konferans tarafından 22 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiştir.*

belirtilmiş; ancak bu hak, sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlanmıştır. Benzer şekilde Afrika Şartı'nın 12(3) maddesinde de "her bireyin sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu" düzenlenmiş ve tıpkı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Afrika Şartı'nda da "sığınma sağlanma hakkı" sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlı kılınmıştır. Böylece, her iki düzenlemede de sığınma sağlanma hakkı zikredilmiş olsa da bu hak, uluslararası hukuk düzenlemelerine ve sığınma sağlayacak devletinin takdirine bırakılmıştır.

Avrupa Birliği uygulaması bakımından "sığınma hakkı" düzenlemesi incelendiğinde ise Temel Haklar Şartı'nın²⁸ 18. maddesinde, "sığınma hakkı"nın, 28 Temmuz 1951 Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topuluğunu kuran Antlaşmaya uygun olarak teminat altına alınmalıdır" şeklinde düzenlenerek, Avrupa Birliği (AB) hukukunda bir "hak" olarak tanındığı görülmektedir.²⁹

Bu düzenlemeler ışığında devletlerin sığınma sağlama konusunda takdir yetkisini ortadan kaldıran ve sığınma hakkını kişiler bakımından bir hakka dönüştüren bir hukuk kuralının oluştuğundan söz edilemeyecektir. Başka bir deyişle bir devletin ulusal mevzuatında sığınma sağlamaya dair bir yükümlülük yoksa yahut uluslararası bir anlaşma ile belirli ülkeden gelenlere ya da belirli statüdeki insanlara sığınma tanıma taahhüdü altına girmemişse, sığınan kişiye bir hak

²⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union), Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/01, 18.12.2000. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Erişim Tarihi 5 Ekim 2023).

²⁹ AB temel Haklar Şartı'nda yer alan sığınma hakkının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Neva Övünç-Öztürk, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3 S. 2, 187-228; Maria Theresa Gil-Bazo, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2008, C. 27, 33-52; Steve Peers, "Human Rights, Asylum and European Community Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2005, C. 24, S. 2, 24-38.

sağlayan veya ilgili devlete sığınma tanıma zorunluluğu getiren herhangi bir hukuk genel ilkesi yahut yapılageliş kuralı bulunmamaktadır.

Sığınma hakkının değerlendirilebileceği bir başka platform ise seyahat hakkı ile olan bağlantısıdır. İHEB madde 13 "Herkesin herhangi bir devletin sınırları dahilinde serbestçe dolaşma ve yerleşme hakkına haiz" olduğunu ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 12(1) de yasal olarak bir Devletin ülkesinde bulunan herkesin, o ülke içinde özgürce hareket etme hakkına ve ikametgahını seçme özgürlüğüne sahip olduğunu düzenleme altına almaktadır. Sınır ötesi hareketlilik söz konusu olduğunda, insan hakları hukuku, devletlerin, bireylerin kendi devletlerinden ayrılmalarına izin vermesini düzenlemekte ancak başka bir devletin bu kişilerin ülkelerine girişine ve ülkelerinde kalmasına izin vermesine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu tür giriş ve ikamet hakları sadece bir ülkenin kendi vatandaşları için geçerlidir.³⁰ Dolayısıyla, bir ülkeden çıkış hakkını kullanan pek çok sığınmacı, hareketliliğin önünde işlevsel bir engelle karşılaşmaktadır. Onları kabul edecek bir devlet bulmak zorundadırlar. Ancak bir devletin iç politikası bağlamında sığınma sağlamayı istemesi halinde söz konusu sığınmacı anlamlı bir korumadan yararlanabilir.³¹

³⁰ Bkz. İHEB, mad. 13/2 "Herkes, kendi memleketi de dahil, herhangi bir memleketi terk etmek ve memleketine dönmek hakkına haizdir." ve MSHS, madde 12(4): "Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."

³¹ Paz, seyahat özgürlüğünün ülkeden çıkış ve bir ülkeye giriş olmak üzere iki işlevi olduğunu; bu özgürlüğün pratikte bir anlam ifade edebilmesi için her iki işlevin de kullanılabilir olması gerektiğini belirtmektedir. İnsan hakları hukuku kapsamında, çıkış işlevi herkesin istediği yerden ayrılabilceği şeklinde İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB) ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi tarafından somut kurallarla düzenlenmektedir. Ancak bir ülkeye giriş sıkı şartlara tabidir. Bir ülkeye giriş 3 farklı şekilde mümkün olabilir. İlk olarak giriş dönüş hakkı kapsamında bir kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı bulunduğu ülkeye girişi hukuken tanınmaktadır. (EİHB, madde 13(2)). İkinci tür giriş ise mülteci statüsü ile giriştir. Kişinin mülteci olma şartlarını taşıdığı hallerde ülke sınırlarına giriş yapması veya sınırlara gelmesi ona uluslararası hukukça tanınan haklar sağlamaktadır. Esasen sığınma hakkının da kapısını aralamaktadır. Zira bu durumdaki kişilerin

Bu bağlamda sadece herhangi bir şekilde bir Devletin topraklarında bulunan ya da devletin etkin kontrolü altına giren bireylere koruma tahsis edilmesi öngörülmektedir. Bu çerçevede, vatandaşı oldukları devlet tarafından bizzat zarara uğrayan, yeterli korumadan faydalanamayan veya zararları telafi edilmeyen kişilerin korumasız kalmasına sebep olmaktadır.³² Bu kişiler vatandaşlık bağıyla bağlı buldukları devleti terk edebilirler; ancak hiçbir devletin onları ülkelerine kabul etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu durum da Paz'a göre seyahat hakkının eksik kalmasına sebep olmaktadır.³³

Bu noktada belirtmek gerekir ki her ne kadar bireylerin sığınma arama hakkı karşısında, devletlerin yabancıları topraklarına kabul etme konusunda özgür oldukları ve sığınma sağlamakla yükümlü olmadıkları kabul edilse de³⁴ devletlerin yabancıları yönelik davranışlarında tamamen sınırsız oldukları da söylenemez. Herşeyden önce belirtmek gerekir ki, sığınmanın kavramsal olarak içeriğinin belirsiz olması ve devletlerin bu yükümlülüğü kabul etmedeki isteksizlikleri karşısında sığınma bireyler tarafından talep edilebilen bir hak olarak tanımlanamasa da devletlerin kural olarak kişilerin sığınma arama haklarını engellememe yükümlülükleri bulunmaktadır.³⁵ Bu bağlamda Devletlerin egemenliğini ve yabancıları yönelik davranışlarını sınırlandıran ilkelerden ilki; 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin

işkence veya kötü muamele görecekları yerlere gönderilmeleri *non-refoulement* ilkesi gereği yasaklanmaktadır. Son olasılık ise kişilerin ev sahibi ülkenin egemenlik hakkı kapsamında izin verdiği kişilerin giriş yapmalarındır. Bkz. Human Rights Committee, General Comment 15 The Position of Aliens Under the Covenant para. 5 (Apr. 11, 1986) ("It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory.") Moria Paz, "The Incomplete Right to Freedom of Movement", *AJIL Unbound*, 2017, C. 111, 514-518, s. 514.

³² "Sığınma hakkı, kaçma hakkından başka bir anlama gelmez" (Das recht, Asyl zu suchen, bedeutet nichts anderes als das Recht, sich auf die Flucht zu begeben) (Tercüme tarafımıza aittir). Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, Köln: Carl Heynmans Verlag, 1962, s. 81.

³³ Paz, s. 517.

³⁴ G.A. Res. 2312, U.N. GAOR, 22nd Sess., U.N. Doc. A/6716, 1968.

³⁵ Goodwin-Gill/McAdam/Dunlop, s. 403.

33. maddesinde düzenlenen *non-refoulement* yasağıdır. İkinci sınırlamayı insan haklarına ilişkin antlaşmalarla getirilen güvenceler oluştururken³⁶, devletlerin mülteci olarak ülkelerine kabul ettikleri kişilere seyahat hakkı, yiyecek, barınma, temel bakım ve sağlık imkanları, ayrımcılığa uğramama, mahkemelere erişim ve aile birleşmesine saygı hakkı gibi temel nitelikteki hakları tanınması devlet yetkisini sınırlayan bir başka unsurdur.³⁷

Sığınma arama hakkının devlet yetkisi bağlamında şekillendiği yaygın kabulüne karşılık ulusal üstü insan hakları koruma mekanizmaları eliyle uluslararası örf ve adet hukukunun yavaş yavaş bu hakkı tanımlamaya başladığı³⁸ özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin doğrudan herhangi bir hüküm içermese dahi, Mahkemenin içtihatlarıyla ve oluşturduğu asgari standartlar ve usuli güvencelerle zımnen *de facto* sığınma hakkı oluşturduğu ileri sürülmektedir.³⁹ Bu bağlamda yaptırım mekanizmasından yoksun olan

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir) özellikle madde 3 ve Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi; Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir) madde 3; BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir) madde 7.

³⁷ Goodwin-Gill/McAdam, s. 513-523; ayrıca bkz. Hathaway, s. 278 vd.

³⁸ Worster, s. 482-95; Gil-Bazo, "Asylum", s. 14-27.

³⁹ Terje Einarsen, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum", *International Journal of Refugee Law*, 1990, C. 2-3, 361-389; Richard Plender/Nuala Mole, "Beyond the Geneva Convention: Constructing a *de facto* right of asylum from international human rights instruments", *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Eds: F. Nicholson/P. Twomey, CUP, 1999; Daniel Thym, "The End of Human Rights Dynamism: Judgments of the ECtHR on 'Hot Returns' and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy", *International Journal of Refugee Law*, 2020, C. 32, S. 4, 569-596.

ve bazı boşluklar barındıran 1951 Cenevre Sözleşmesi yanında, bölgesel insan hakları koruma mekanizmalarının yeknesak yorumları ve doğrudan sığınmacıların korunması temelli olmasa da işkence yasağı ve insanlık dışı muamele gibi hususları amaca uygun yorumlamalarıyla etkili bir koruma düzeyi oluşturulmuştur. AİHM içtihatları incelendiğinde en temel korumanın *non-refoulement* ilkesi bağlamında sağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda bir sonraki bölümde sığınma hakkının *non-refoulement* ilkesi bağlamında Mahkeme'nin içtihatlarına nasıl yansıdığı incelenecektir.

2. *Non-refoulement* İlkesi Bağlamında Sığınma Hakkı

Sığınma alanında karşılaştırmalı hukukta yasal çerçeveyi belirleyen en önemli belge İkinci Dünya Savaşı'nda Avrupa'ya sığınan kişilerin statülerini ve haklarını düzenlemek amacıyla kabul edilen 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'dir.⁴⁰ Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi ve sözleşmenin yer ve zaman kısıtlamasını kaldıran Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü⁴¹ (1967 Protokolü) mültecilerin hukuksal statüleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermesine rağmen, sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Sözleşme genel hatlarıyla kişilere sığınma hakkı tanınıp mülteci olduklarının belirlenmesinden sonra uyulacak kuralları düzenlemektedir.

Mültecilerin fiziken korunması için en temel ilkelerden birini mültecilerin sağlık ve güvenliklerinin tehlikede olacağı ülkeye geri gönderilmelerini engellemek üzere getirilen *non-refoulement* ilkesi oluşturmaktadır. "Geri gönderme yasağı" olarak da ifade edilen ilke, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde düzenlenmektedir.

"Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir."

⁴⁰ RG. 05.09.1961-10898.

⁴¹ RG. 05.08.1968-12968.

Bu ilke, mülteci olan yahut sığınma arayan kişilerin hayatlarının ırk, din, vatandaşlık, belli bir sosyal gruba aidiyet ve siyasi düşünceleri nedeniyle tehlike altında olduğu hallerde, geldikleri ülkeye doğrudan veya dolaylı olarak gönderilmemelerini teminat altına almaktadır. Gönderilecek yer kişinin uyrukluğunda bulunduğu ülke olabileceği gibi, ikametgahının bulunduğu herhangi bir yer de olabilir.⁴²

1951 Cenevre Sözleşmesi, sığınma hakkı, mülteci statüsü sağlanma hakkı veya devletlere bir sığınmacıya mülteci statüsü verme yükümlülüğü getiren herhangi bir hüküm içermese de devletleri, bu kişileri kendi topraklarından veya sınırlarından zulüm riski altında olacakları başka bir devlete göndermemekle yükümlü kılmaktadır. *Non-refoulement* ilkesi, "kabul edilmeyi" garanti altına almaz. Öte yandan sığınma hakkı kabul, ikamet ve korumayı içerdiği için *non-refoulement* ilkesi sığınma hakkı kadar kapsayıcı da değildir. Buna rağmen ilke, ülkeye kabul ve sığınma prosedürlerine erişimi sağlamaktadır. Zira zulüm riskinden kaçınmanın tek yolu kişileri kabul etmek olduğundan, *non-refoulement* ilkesinin *de facto* nitelikte sığınmacıları kabul etme yükümlülüğü içerdiği kabul edilmektedir.⁴³

Geri gönderme yasağının amacı ve kapsamı muhtemel insan hakları ihlallerinin engellenmesidir. Bu bağlamda devletler, bireyleri tehlikeli bir durumda bırakmamak ile yükümlüdürler, başka bir deyişle tehlikenin meydana gelip gelmemesinden bağımsız bir sorumluluk kastedilmektedir. Bu anlamda geri göndermeme bağımsız bir insan

⁴² Cornelis W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, 2009, s. 25

⁴³ Thomas Gammeltoft-Hansen/James Hathaway, "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, C. 53, 235-284, s. 238; "Sığınma arayanların reddinin Sözleşme'de düzenlenen temellerde zulme uğramaları tehlikesi oluşturduğu hallerde madde 33 mültecilerin kabul edilmesine ilişkin *de facto* bir yükümlülüğe dönüşür." Hathaway, s. 339. "Sığınma hakkı pozitif bir sorumluluk yüklerken, *non-refoulement* ilkesi bazı davranışlardan kaçınma negatif sorumluluğunu yüklemektedir." Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim, "Article 33, para. 1", *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A Zimmermann (ed), OUP 2011, s. 1335.

hakkı olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴ Geri gönderme yasağı, sığınma hakkını devlet egemenliği alanından alarak insan hakları hukukunun alanına taşınmasını sağlayan bir ilkedir. “*Bir tarafta mülteci statüsü ve non-refoulement ilkesi diğer tarafta da sığınma kavramı arasında bulunan yakın ilişki göz ardı edilemez. Bu üç unsur mültecinin kaçıışı ile kalıcı çözüme ulaşması arasındaki zincirin tüm halkalarını oluştururlar.*”⁴⁵

Her devlet kendi iç hukuku bağlamında uyguladığı sığınma prosedürü sonrasında sığınmacılara koruma sağlanması veya koruma dışında bırakılması şeklinde karar vermektedir. Bu bağlamda geri gönderme yasağı, yalnızca mülteciler bakımından değil mülteci statüsü verilmemiş tehlike riski altında bulunan sığınmacılar için de temel korumayı teşkil etmektedir. Benzer şekilde, mülteci tanımının yapıldığı 1951 Cenevre Sözleşmesi 1A(2) maddesi de, mülteciyi usulen tanınan kişi olarak ifade ederken, haklı zulüm korkusu olan herkesin mülteci olma şartlarını taşımaları dahi bu kapsamda değerlendirileceği kabul edilmektedir.⁴⁶ *Non-refoulement*, kişilerin işkence, kötü muamele, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya tabi olma ihtimali göz önüne alınarak bir norm olarak kabul edilmektedir. Her bir olay için bu prensibin uygulama alanı bulup bulmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak incelenmelidir.⁴⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki; *non-refoulement* ilkesi uluslararası teamül hukukunun temel bir kuralı haline gelmiş olduğu için, sığınılan ülke 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin tarafı

⁴⁴ Wouters, s. 25.

⁴⁵ Goodwin-Gill/McAdam/Dunlop, s. 403.

⁴⁶ UNHCR, “Handbook on Procedures”, 1992, para. 28; Elihu Lauterpacht/Daniel Bethlehem, “The Scope and Content of the Principle of *Non-Refoulement*: Opinion”, *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, E Feller/ V Türk/F Nicholson (eds.), Cambridge, 2003, 87-177, s. 116.

⁴⁷ BMMYK, “The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum”, ExCoM, Conclusion No. 30 (XXXIV) (1983), para (i). “(...) mülteci statüsünün belirlenmesi veya sığınma sağlanmasına ilişkin tüm taleplerde olduğu gibi, başvuru sahibinin tam yetkili bir görevli ve mümkün olduğu hallerde mülteci statüsünü belirlemeye tam yetkili makamın bir görevlisi tarafından eksiksiz bir kişisel mülakata tabi tutulması gerekir (...)” (çeviri tarafımıza aittir).

olmasa dahi bu ilkeye uygun hareket etmekle yükümlüdür.⁴⁸ 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin "geri göndermeme" ilkesinin yer aldığı 33. maddesine çekince koyma yetkisinin taraf devletlere tanınmamış olması buna bir karine teşkil etmektedir. Bu nedenle, söz konusu ilke devletin egemenliğini sınırlayan, mültecilerin geri gönderilme risklerini önleyen ya da en azından azaltan bir unsur olarak kabul edilmektedir.

Bu noktada bir sığınmacının devlet sınırlarından girişinin reddedilmesinin bu ilke kapsamına girip girmeyeceği tartışılmıştır. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin yürürlüğe girdiği yıllarda, henüz taraf devletlerin topraklarına girmeyen kişilerin bu korumadan yararlanamayacakları kabul edilmiştir.⁴⁹ Böylece, devletler tarafından sığınmacılar sınırda engellenmiş veya girişleri reddedilmiştir. Ancak, zaman içerisinde 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin mantığıyla uyumlu olarak, sığınmacıların sığınma talepleri ilgili devletin topraklarına giriş yapmadan sınırlarda kabul edilmeye başlanmıştır.⁵⁰ Dolayısıyla sığınma talebinde bulunabilmek için sınırlardan giriş yapılması zorunlu değildir; kişiler sınırlara geldiklerinde de şartlar oluşmuşsa *non-refoulement* ilkesinin korumasından yararlanacaklardır.⁵¹

⁴⁸ Goodwin-Gill/McAdam/Dunlop, s. 300-301; Jean Allein, "The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*", *International Journal of Refugee Law*, 2001, C. 13, S. 4, 533-558; UNHCR, Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements, February 2014, 4; Sandra Lavenex, *Safe Third Countries, Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Central European University Press, 1999, s. 11.

⁴⁹ Grahl-Madsen, 33. maddenin sadece bir devletin topraklarında yasal ya da yasadışı olarak bulunan kişilere uygulanabileceğini ve bir devletin kendi topraklarına ayak basmamış herhangi birini kabul etme zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamında mülteci olarak belirlenen kişiler Sözleşme'nin 33(1) maddesinden faydalanabileceklerdir ve bu madde sığınma aramak için kabul edilme hakkını içermemektedir. Atle Grahl- Madsen, *Territorial Asylum*, Almqvist & Wiksell, 1980, s. 32.

⁵⁰ Francesco Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, Routledge, 2015, s. 48.

⁵¹ UNHCR ExCom, Conclusion No. 82 (XLVIII), 1997. UNHCR ExCom, Conclusion No. 85 (XLIX), 1998. Ayrıca bkz. Ayrıca, Bölgesel Sığınma

Bu ilke ışığında, bir devlet bir sığınmacıyı ancak *non-refoulement* ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecek hallerde sınır dışı edebilecektir. Dolayısıyla, gönderilecek bölgenin sığınmacı için zulüm tehlikesi taşıması, dolayısıyla geri gönderme yasağı kapsamına girip girmediği nihai olarak belirlenene kadar sığınmacılar geri gönderilmemelidir. Bu da sığınma talebinin değerlendirilmesi süreci esnasında sığınmacılara “kalma hakkı” sağlanmasını gerektirmektedir. BMMYK'ya göre, bu kabul etme sorumluluğu, devletlerin mültecilere yönelik daha geniş kapsamlı yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi için gereklidir.⁵² Zira zulümden kaçan kişilerin sığınma talebinde bulunma hakkı kısıtlanırsa -örneğin başvuruların yapılabileceği noktalara fiziksel erişim engellenirse- potansiyel mültecinin hiçbir ülkeye girişi mümkün olmayacak ve dolayısıyla zulümden tam anlamıyla korunamayacaktır. Bu halde sığınma talebinde bulunabilme, diğer hakların da elde edilmesinin ön koşulu niteliğinde bir hak olarak ortaya çıkmaktadır.⁵³

Bildirgesi madde 3(1): “Madde 1, Paragraf 1’de atıfta bulunulan hiç kimse, sığınma aradığı ülkeye zaten girmişse sınırda reddedilme, sınır dışı edilme veya zulüm görme tehlikesi olan ülkeye zorunlu gönderilme gibi tedbirlere tabi tutulmayacaktır.” Bu noktada belirtmek gerekir ki, *non-refoulement* ilkesi sığınmacılar bakımından talep edilebilir bir hak oluşturmamakta sadece devletlere bir sorumluluk yüklemektedir (Lavenex, s. 13). Ayrıca bu temel kuralın istisnası, maddenin 2. fıkrasında ifade edilmiş ve 32. maddenin 1. fıkrasında da taraf devletlerin, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ulusal güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili sebeplerle sınır dışı edebilecekleri belirtilmiştir. BM Ülkesel Sığınma Bildirisi’nin 3. maddesinin 2. paragrafında “olağanüstü nedenler olan ulusal güvenlik ya da kitlesel nüfus akışı durumunda olduğu gibi nüfusun korumasını sağlama amacı” geri göndermeme ilkesine istisna olarak belirlenmiştir.

⁵² UNHCR Advisory Opinion on *Non-refoulement*, s. 49.

⁵³ Heuser, medeni haklara sahip olma hakkı olarak anlaşılması gereken sığınma hakkının, herhangi bir anayasal düzenlemenin ötesinde evrensel bir insan hakkı olduğunu ifade eder. Bkz. Stefan Heuser, “Is There a Right to Have Rights? The Case of the Right of Asylum”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 2008, C. 11, S. 1, 3-13, s. 9. “Haklara sahip olma hakkı” (*the right to have rights*) için bkz. Hannah Arendt, “The Rights of Man: What Are They?”, American Labor Conference on International Affairs, *Modern Review*, 1949, 24-37; Werner Hamacher/Ronald Mendoza-de Jesus, “On the Right to Have

Söz konusu belirleme süreci boyunca sığınmacıların kendi topraklarına geçici olarak kabul edilmesi resmi bir başvuru ve giriş belgeleri ibraz edilmeksizin gerçekleştirilebilir.⁵⁴ Bu ilkenin altında yatan sebep, sığınmacıların uluslararası koruma için sığınma prosedürleri hakkına erişimini teşvik etmektir. Bu nedenle, sığınma prosedürlerine erişim hakkı, sığınma hukukuna ilişkin diğer ilkeler için tamamlayıcıdır.

Devletler, *non-refoulement* ilkesine uymak ve olası bir sınır dışı işlemini gerekçelendirmek için tüm bilgileri dikkate almalıdır. Bu bağlamda, BMMYK İcra Komitesi, mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin adil ve etkili sığınma prosedürlerine erişimin önemini vurgulamaktadır.⁵⁵

*“Uluslararası veya ulusal hukuk kapsamında korunmaya uygun kişilerin tespit edilmesi ve korumadan faydalanabilmesini tesis etmek amacıyla 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü uyarınca tüm sığınmacıların mülteci statüsünün belirlenmesinde adil ve etkin usullere tabi tutulması sağlanmalıdır.”*⁵⁶

Adil ve etkili bir sığınma prosedürünün temini için iki unsur öne çıkmaktadır. Bunlar, kişinin sığınma başvurusunun değerlendirilmesi esnasında ilgili devletin topraklarında kalmasının sağlanması ve olumsuz bir karara karşı itiraz etme veya etkili başvuruda bulunma imkanı tanınmasıdır.⁵⁷ Bu bağlamda söz konusu usuli ilkeler ışığında BMMYK, sığınma hakkının içeriğini şu şekilde belirlemektedir:⁵⁸

Rights: Human Rights; Marx and Arendt”, *The New Centennial Review*, 2014, C. 14, S. 2, 169–214.

⁵⁴ Francesco Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, Routledge, 2015, s. 49.

⁵⁵ UNHCR ExCom, Conclusion No. 22 (XXXII), 1981; UNHCR ExCom, Conclusion No. 74 (XLV) 1994, Conclusion No. 85 (XLIX) 1998, Conclusion No. 87 (L) 1999, Conclusion No. 100 (LV) 2004.

⁵⁶ UNHCR ExCom, Conclusion No. 71 (XLIV), 1993.

⁵⁷ UNHCR ExCom, Conclusion No. 8, 1993, para E.

⁵⁸ UNHCR, UNHCR Statement on the right to asylum, UNHCR’s supervisory responsibility and the duty of States to cooperate with UNHCR in the exercise of its supervisory responsibility, 2012, para. 5(a), <http://www.refworld.org/pdfid/5017fc202.pdf> (Erişim Tarihi 21 Ekim 2023).

- (i) Sınırdan reddedilmeme de dahil olmak üzere, geri gönderilmeye karşı koruma;
- (ii) Statünün ve uluslararası koruma ihtiyacının belirlenmesi için adil ve etkili süreçlere erişimin sağlanması amacıyla ülkeye kabul
- (iii) Sığınma talebinin adil ve etkin iltica süreçleri bağlamında değerlendirilmesi (nitelikli tercümanlar ve eğitimli sorumlu yetkililer ile bilgi ve destek sağlayacak olan yasal temsilci ve diğer kuruluşlara erişim) ve kabul devletinde etkili bir hukuk yolu sağlanması (uygun adli yardım ile)
- (iv) BMMYK'ya (veya ortak kuruluşlarına) erişim;
- (v) Kabul koşullarına uygun muamele
- (vi) Şartlar sağlandığında mülteci veya ikincil koruma statüsü verilmesi
- (vii) Mültecilerin ve sığınmacıların temel hak ve özgürlüklerini kullanmaları ve güvenli bir statüye ulaşmalarının sağlanması

Yukarıda ifade edildiği haliyle *non-refoulement* ilkesi 1951 Cenevre Sözleşmesi bağlamında düzenlenen bir ilke olarak gündeme gelse de zaman içerisinde ilkenin uygulaması 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamını da aşarak temel insan hakları sözleşmeleri bağlamında

Ayrıca Mülteci Statüsünün Belirlenmesine İlişkin Usuller ve Kriterler El Kitabında, BMMYK İcra Komitesi sığınma başvurusu esnasında yerine getirilmesi gereken prosedürleri belirtir. Bun göre yetkili memurun bulunması, başvuru sahibine izlenecek prosedür gibi konularda gerekli rehberliğin verilmesi, başvuruları inceleyecek açıkça belirlenmiş bir makamın mevcut olması ve ilk aşamada bir karar verilmesi gibi temel ilkeler belirlenmiştir. Buna ek olarak, başvuru sahibine gerekli olanaklar sağlanmalı ve BMMYK temsilcisi ile iletişime geçme fırsatı verilmelidir. Başvuru sahibi mülteci olarak kabul edildiğinde bilgilendirilmeli ve ilgili belgeler buna uygun olarak sağlanmalıdır. Aksi takdirde, kişinin karara itiraz edebilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Son olarak, başvuru sahibinin ilk talebi veya temyiz başvurusu hakkında bir karar verilmesini beklemesi sürecinde ülkede kalma hakkı olmalıdır. UNHCR ExCom, Conclusion No. 8 (XXVIII), 1977. Ayrıca bkz. UNHCR ExCom, Conclusion No. 82 (XLVIII), 1997, para. (d).

özellikle işkence yasağı kapsamında koruma altına alınmıştır.⁵⁹ Hatta gelinen noktada ilkeye istisna tanıyan 1951 Cenevre Sözleşmesi ilkenin en kısıtlayıcı düzenleme kapsamını teşkil etmekte, diğer insan hakları belgeleri kısıtlama olmaksızın daha geniş koruma imkanı sağlamaktadırlar.⁶⁰ *Non-refoulement* ilkesi kapsamında en geniş ve etkili korumayı sağlayan mekanizmalardan biri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

3. AİHM İçtihatları Bağlamında Sığınma Hakkı

AİHS temel haklara ilişkin geniş bir koruma kataloğu sunsa da "sığınma hakkı"na ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bu bağlamda devletlerin uyguladıkları vize rejimi veya yabancıların Sözleşme'ye taraf ülke topraklarına girişi ve bulunmalarına ilişkin herhangi bir hüküm de içermemektedir. Mahkeme pek çok kararında sözleşmelerden kaynaklanan taahhütlerine hanel getirmeyecek şekilde, devletlerin vatandaş olmayanların ülkeye giriş, kalma ve uzaklaştırılmalarını kontrol etme hakları olduğuna dikkat çekmektedir.⁶¹ Bununla birlikte sözleşmeyi yaşayan bir metin olarak yorumlayan Mahkeme, içtihatlarıyla koruma kapsamını genişletmektedir. Bu bağlamda bir ülkenin sınırlarına gelen veya sınırlarından giriş yapan kişilerin, sınırdışı veya iade edilmeleri halinde fiziksel veya ruhsal zarara uğrama riskleri varsa, devletlerin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

⁵⁹ Goodwin-Gill/McAdam/Dunlop, s. 513 vd.; Colin Harvey, "Time for Reform? Refugees, Asylum-Seekers, and Protection under International Human Rights Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, C. 34, S. 1, 43-60, s. 49.

⁶⁰ Bu bağlamda Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönelimlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi madde 2(3), Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 7, İşkenceye ve Diğer Zalimane Muamele ve Cezaya Karşı BM Sözleşmesi madde 3, 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 22(8), BM Tüm Kişilerin Zorla Ortadan Kaybolmasının Engellenmesine Dair Sözleşme, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi madde 12(3), 1985 Amerika Kıtası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi madde 13(4) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 19(2) *non-refoulement* ilkesini düzenleme altına almaktadır.

⁶¹ Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. UK, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.5.1985, para. 67, ve Boujlifa v. France, 25404/94, 21.10.1997, para. 42.

Devletlerin sığınma arayanlara karşı sorumlulukları (*non-refoulement* ilkesine riayet ve sığınma talebinin değerlendirilmesi gibi) sığınma arayanların sınırlara ulaşması ve sığınma talebini iletmesi ile etkin hale gelmektedir.⁶² Bu kapsamda Mahkeme sığınma hakkı kapsamında ilk koruma alanını işkence yasağını düzenleyen madde 3 içtihadı bağlamında sağlamaktadır.⁶³ Söz konusu madde “Hiç kimse

⁶² Gil Loesher/ James Milner, “UNHCR and the Global Governance of Refugees”, *Global Governance Migration*, Ed: Alexander Betts, OUP, 2011, 189-209, 194.

⁶³ Mahkeme'nin bu bağlamda koruma altına aldığı hususlardan bir diğeri de sığınma talebinin iletilmesi aşamasında maruz kalınan ihlallere ilişkin olarak madde 5 kapsamında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin hususlardır (Örneğin bkz. Abdolkhani ve Karimmia v. Türkiye, 30471/08, 22.9.2009; Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye, 46827/99 ve 46951/99, 4.2.2005). Bu konuda bkz. Monica Macovei, *The Right to Liberty and Security of the Person: A Guide to implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Directorate General of Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 5, 2004, <https://rm.coe.int/168007ff4b> (Erişim Tarihi 15 Ekim 2023); Alice Edwards, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and Alternatives to Detention of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, 2011.

Mahkeme'nin sığınma hakkını koruma altına alan bir başka içtihat grubu da usuli güvencelere ilişkin olarak sığınma başvurusunun bireysel olarak değerlendirilmesini ve etkili olmasını güvence altına alan mad 13 bağlamındaki içtihatlarıdır (örneğin bkz. Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye, 32940/08, 41626/08, 43616/08, 13.4.2010). Bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHS ve Ek Protokolleri, sığınma prosedürlerine erişim, bilgi edinme hakkı, bireysel başvuru hakkı veya ülkeye girme ve kalma hakkı hususunda herhangi bir hüküm içermemesine rağmen, Mahkeme AİHS'in 13. maddesi aracılığıyla dolaylı olarak bunları korumaktadır. AİHS'in 13. maddesi, yalnızca geri gönderme iddiası olan hallerde uygulanıyor olsa da hakların yorumlanması için önemli bir içtihat oluşturmakta ve etkili bir koruma sağlamaktadır. Bkz. Sharifi and Others v. Italy and Greece, 16643/09, 21.01.2001, para. 173-181. Etkili başvuru hakkında kapsamlı bir analiz için bkz. Ömer E. Egeliği, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, On İki Levha yayıncılık, 2021, özellikle s. 153 vd.

işkenceye veya insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz " şeklinde mutlak bir hüküm öngörmektedir. Bu düzenleme bağlamında Mahkeme'nin içtihatı 1989 tarihli *Soering*⁶⁴ kararı ile *non-refoulement* ilkesini de içerecek şekilde genişletilmiştir. Dava, Amerika Birleşik Devletleri'nin Virginia eyaletinde cinayet suçu işlemiş ve ölüm cezası olan bir Alman vatandaşıyla ilişkindir. Karar verilmeden önce başvuru Birleşik Krallık'a kaçmış, Amerika da suçluların iadesi sözleşmesi kapsamında başvuru Amerikalıya iadesini istemiştir. AİHM, davayı inceleyerek, Virginia'da ölüm cezası olduğunu dikkate almış; "Bir kişinin iade edilmesi halinde iade talep eden ülkede gerçekten işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için önemli sebeplerin bulunduğu gösterilmiş ise, o devletin sorumluluğunun doğabileceğine" hükmetmiştir. Buna göre Mahkeme işkence kapsamını genişleterek, kişinin geri gönderilmesinin, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir. Bir dönüm noktası oluşturan *Soering*

Ayrıca Sözleşme'nin bu alanda sağladığı bir başka koruma da kişilerin aile birleşimi gibi Sözleşme'den kaynaklanan belli haklarını kullanabilmeleri için, devletlerin kişilerin sınırlardan girişine izin vermelerini gerektiren madde 8 bağlamında özel yaşamın ve aile yaşamının korunması içtihatları kapsamındadır (Çonka v. Belçika, 51564/99, 5.2.2002). Son olarak Mahkeme, AİHS'ne Ek 4 No.lu Protokolün 4. maddesinde düzenlenen toplu sınır dışı yasağı bağlamında da sığınma hakkını koruma altına alan bir içtihat geliştirmiştir.⁶³ Özetle AİHM, özellikle AİHS'in 2, 3, 5, 8 ve 13. maddeleri ve 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi kapsamında vermiş olduğu kararlarla mülteci ve sığınmacı haklarının korunması için etkili bir yargı merciidir. Bu çalışma kapsamında *non-refoulement* ilkesi bağlamında madde 3 kararları üzerinde yoğunlaşılacak; gerekli olduğu hallerde madde 13 bağlamında ve Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi kapsamındaki kararlara da değinilecektir.

⁶⁴ *Soering v. the United Kingdom*, 14038/88, 7.7.1989, para 91; Bu riskin varlığı halinde dahi geri göndermenin mad 3 ihlali anlamına geleceğine dair benzer görüş için ayrıca bkz. *Chahal v the United Kingdom (GC)* 24414/93, 15.11.1996, para 107.

kararından itibaren pek çok kararda Mahkeme, *non-refoulement* ilkesini madde 3 kapsamında uygulayarak yerleşik bir içtihat oluşturmuştur.⁶⁵

Bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHS'in korumasından yararlanmak isteyen bir sığınmacı, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde olduğu gibi ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla zulüm göreceği korkusu içinde olduğunu değil, sadece Sözleşme maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklerinin sınırdışı edilmesi ya da ülkesine geri gönderilmesi durumunda ihlal edileceğini ispatlamakla yükümlüdür. Bu da başvuruçulara 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki korumadan çok daha geniş bir koruma çerçevesi sağlamaktadır. Nedenden bağımsız koruma olanağı sağladığı için AİHS sistemi, sadece mültecileri değil tüm yabancıları, hatta kaçak suçluları insan hakları ihlali olasılığı bulunduğu geride göndermeye karşı koruyabilmektedir.⁶⁶ Nitekim yukarıda sözü edilen *Soering*

⁶⁵ Örneğin bkz. Cruz Varas v. Sweden, 15576/89, 20.3.1991; Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30.10.1991; Chalal v. the United Kingdom, 22414/93, 15.11.1996; Uyuşturuıcı satıcılarına ilişkin olarak H.L.R. v. the United Kingdom, 29.4.1997, D v. the United Kingdom, 30240/96, 2.5.1997; Jabari v. Türkiye, 40035/98, 11.7.2000; Saadi v. Italy, 37201/06, 28.2.2008; M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09, 21.1.2011. Bu noktada belirtmek gerekir ki sınır dışı vakalarında, iade/ihraç/geri gönderme eylemleri kişilerin yaşam hakları bakımından tehlike teşkil ediyorsa madde 2 kapsamında da ihlal iddiası gündeme gelebilecektir. Örneğin bkz. Al-Nashiri v. Poland, 28761/11, 24.01.2014.

⁶⁶ Lambert, 1999 tarihli makalesinde AİHM, BM İnsan Hakları Komitesi (BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi denetim organı) ve İşkenceye Karşı Komite'nin (BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin denetim organı) sığınma arayan bir kişiye *non-refoulement* ilkesi bağlamında sağlayacağı koruma kapsamalarını karşılaştırmıştır. AİHS, İKS ve MSHS 1951 Cenevre Sözleşmesi'ndeki düzenlemenin aksine *non-refoulement* ilkesine herhangi bir istisna öngörmemektedirler. İKS sadece işkence durumunda koruma sağlarken, 1951 Cenevre Sözleşmesi 33(2) bağlamında örneğin kamu güvenliğini korumak amacıyla bir sığınmacıyı sınırdışı edebilmektedir. Buna karşın AİHS bu bağlamda mutlak bir koruma sağlamaktadır. Lambert üç mekanizmanın içtihatları bağlamında yaptığı inceleme sonunda en etkili korumayı AİHM'in sağladığını belirtmektedir. Bkz. Hélène Lambert,

davasında da başvurucunun siyasi suçlu olmaması ve mülteci statüsünden yararlanamamasına rağmen, Mahkeme tarafından, *non-refoulement* ilkesinin kapsamında sayılmış ve korunmuştur.

a. AİHM İçtihadında *De Facto* Sığınma Hakkı

Mahkeme, 1990'lı yıllarda *non-refoulement* kapsamında yaptığı değerlendirmelerle sığınma arama hakkını aşamalı olarak hem içerik hem de usul bakımından güvence altına alacak kapsamlı bir içtihat oluşturmuştur. Örneğin *Jabari* kararında, AİHS'nin 3. maddesi mutlak hükmünden iki önemli usuli sonuç çıkarılmıştır. Bu davada, İran vatandaşı olan bir kişi Türkiye'den sığınma talebinde bulunmuştur. Ancak yetkililere göre dava tarihindeki kurallar uyarınca ülkeye girişten itibaren beş gün içerisinde yapılması gereken başvuru, sürenin aşılması nedeniyle kabul edilmemiş; kişi hakkında sınırdışı kararı verilmiştir ve karara karşı yaptığı itiraz da reddedilmiştir.⁶⁷ Mahkeme, bu kadar kısa bir zaman sınırının bu şekilde otomatik olarak uygulanmasının AİHS'in 3. maddesinin koruması altındaki değerlere uygun olmadığına karar vermiştir.⁶⁸ Ayrıca başvurucu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuş, buna rağmen sınırdışı işlemi durmamıştır. Mahkeme olumsuz sığınma kararlarına karşı yapılan itirazların askıya alma etkisine sahip olması gerektiğine, yani bir sığınmacının yargısal inceleme işlemleri sırasında devlette kalma hakkı olması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁹

Uygulamaya bakıldığında ise bu dönemde devletlerin sığınmacıları taşıyan gemileri kendi limanlarına götürerek burada kişilerin kimlik soruşturmalarının yapılması ve varsa sığınma taleplerinin değerlendirilmesi şeklinde sığınma başvurularını değerlendirmekte oldukları görülmektedir. Bu sistem pek çok yönden eleştirilse de en azından insan hakları hukukunun usuli hükümlerine

“Protection Against Refoulement From Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, *International Law and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999, 515-544.

⁶⁷ *Jabari v. Turkey*, 40035/98, 11.7.2000.

⁶⁸ *ibid*, para 40.

⁶⁹ *ibid*, para 49-50.

uyum kaygısı taşımaktadır.⁷⁰ Bu süreçte Avrupa Birliği Sığınma Hukuku kapsamında getirilen ortak düzenlemeler özellikle Dublin Tüzüğü⁷¹ kapsamında ülkelerin uygulamaları Mahkeme kararlarına yansımıştır. Dublin Tüzüğü uyarınca sığınma arayanlar yalnızca AB'ye giriş yaptıkları Üye Devlete sığınma talebinde bulunabilmektedirler. Sığınmacıların taleplerini başka bir devlete iletmelerine rağmen ilgili devletin sığınmacıyı ilk varış devletine transfer etmesi bazı hallerde hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Mahkeme'nin bu konuda öne çıkan davalarından biri M.S.S. davasıdır. Davaya konu olayda Afganistan'dan Yunanistan üzerinden Belçika'ya giden bir sığınmacı Dublin düzenlemesi uyarınca, Yunanistan'a iade edilmiştir. Mahkeme Yunanistan'daki gözaltı ve yaşam koşullarının insan onuruna uygun olmaması, sığınma prosedüründe önemli yapısal eksiklikler bulunması ve ciddi bir inceleme veya etkili bir hukuk yoluna erişim olmaksızın kişinin menşe ülkesine sınır dışı edilme riskinin bulunması nedeniyle Yunanistan'ı AİHS'in 2, 3 ve 13. maddelerinden sorumlu bulmuştur.⁷² Bu ihlaller ve risklerin varlığında Belçika'nın sığınmacıyı Yunanistan'a transfer etmesi, AİHS'nin 3. ve 13. maddeleri uyarınca Belçika'nın da sorumlu kılınmasını sağlamıştır.⁷³

Mahkeme, Belçikalı yetkililerin, Yunan yetkililerinin sığınma başvurularını ciddi bir şekilde incelemeyeceğini ve sistemdeki sıkıntılardan haberdar olup olmadıklarını sorgulamış; BMMYK'nın Yunanistan'a transferlerin askıya alınması çağrısına dikkat çekerek

⁷⁰ Silvia Borelli/ Ben Stanford, "Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 10, S. 37, 2014, 29-69, s. 33.

⁷¹ Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

⁷² M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09, 21.01.2011, para. 321.

⁷³ *ibid*, para. 233 ve 263.

Yunanistan'daki gözetli ve yaşam koşullarının aşağılayıcı muamele teşkil ettiğini belirtmiştir.⁷⁴ Mahkeme'nin değerlendirmesine göre Dublin Tüzüğü kapsamındaki transfer, sığınmacıyı Yunanistan'daki iltica prosedüründeki eksikliklerden kaynaklanan risklere maruz bırakmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme bu risklere rağmen sığınma arayan başvuruçuyu gönderen devlet olan Belçika'ya, iltica prosedürü ve AİHS standartlarının sığınmacılara sağlanıp sağlanmayacağını araştırılması şeklinde bazı özel yükümlülükler atfetmiş olmaktadır.⁷⁵ Mahkeme esasen pek çok davada göç yönetimi adı altında yapılan uygulamaların devletler tarafından sistematik uygulamalar haline geldiğine dikkat çekmiş ve devletlerin bu uygulamaları sona erdirmeleri gerektiğine dikkat çekmiştir.⁷⁶

M.S.S. davası, Dublin Tüzüğü'nün uygulanması⁷⁷ hususunda devletlerin sığınmacılara karşı sorumlulukları açısından önemli bir davadır. Mahkeme Dublin Tüzüğü kapsamındaki transfer sistemi mantığını ele almış; üye devletler bakımından çok daha katı standartlar getirmiştir.⁷⁸ Avrupa Komisyonu için hazırlanan Dublin III'ün

⁷⁴ ibid, para. 358 ve 366.

⁷⁵ Bu yükümlülük esasen Dublin Tüzüğü'nün madde 3(2) düzenlemesiyle paraleldir. Düzenlemeye göre bir üye devlette iltica prosedürü ve kabul koşullarındaki sistemik kusurlar bulunması halinde sığınma arayanlar söz konuyu ülkeye transfer edilmemelidir. Bkz. M.S.S., para. 339.

⁷⁶ Örneğin bkz. M.K. and others v Poland, 40503/17, 42902/17 and 43643/17, 14.12.2020, para. 208 "(...) duruma ilişkin bağımsız raporlar (özellikle Terespol'deki sınır kontrol noktasına ilişkin olarak), başvuranların davalarının, açıkça ekonomik göçmen olup olmadıklarına veya menşe ülkelerinde zulüm görme korkusu ifade edip etmediklerine bakılmaksızın, Belarus'tan gelen yabancıların girişini reddeden daha geniş bir Devlet politikasının bir örneğini oluşturduğunu göstermektedir." Hasani v Greece, 38555/19, Pending.

⁷⁷ Avrupa Ortak Sığınma Sistemi için bkz. Daniele Joly, "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties", *International Journal of Refugee Law*, 1994, C. 6, S. 2, 159–193. Steve Peers/Violeta Moreno-Lax/Madeline Garlick/Elsbeth Guild (eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*, Brill-Nijhoff, 2015.

⁷⁸ Benzer bir anlayış 2000 tarihli T.I. / Birleşik Krallık davasında da benimsenmişti. Bu davada Mahkeme, ilk kez Üye Devletlerin Dublin

Uygulanmasına İlişkin Değerlendirme Nihai Raporuna göre M.S.S. davasının ardından Üye Devletlerin çoğu Dublin Yönetmeliği kapsamında sığınmacıları Yunanistan'a transfer etmekten kaçınmışlar; hatta sığınma prosedürü ve kabuldeki benzer sistemsel kusurlara ilişkin endişeler nedeniyle Bazı Üye Devletlerin Bulgaristan, İtalya ve Macaristan'a transferleri askıya aldıklarını da bildirilmiştir.⁷⁹

Mahkeme'nin çok benzer bir davada daha önce ihlal bulmadığı dikkate alındığında, devletlere yüklediği bu sorumluluk sığınma hakkının Mahkeme eliyle tesisi açısından olumlu bir gelişmedir. 2008 tarihli K.R.S. davasında Yunanistan üzerinden Birleşik Krallık'a geçen İranlı bir sığınmacı Yunanistan'a transfer edilmiş ve sığınma talebi burada işleme konmuştur. Başvurucu, Yunan iltica mevzuatındaki eksiklikleri ileri sürerek Yunanistan'a gönderilmesine itiraz etmiştir. Mahkeme, M.S.S. kararından farklı olarak o dönemde Yunanistan'ın yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğine dair bir kanıt bulunmamasından hareketle davanın kabul edilemez olduğuna ve Birleşik Krallık bakımından ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Bu

Tüzüğü kapsamında transferlerini gerçekleştirirken AİHS kapsamındaki sorumluluklarından muaf tutulamayacağına karar vermiştir. Sri Lankalı bir sığınmacının Almanya'dan ayrılıp Birleşik Devletler'e iltica başvurusunda bulunması ve Almanya'ya iadesi sonrası yapılan başvuruda Mahkeme Almanya'nın iltica prosedürlerinin AİHS'ye uygun olduğunu ve Almanya'nın AİHS'nin 3. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü yerine getirebileceğini ve sığınmacıyı koruyabileceğini belirtmiştir. Bu davada ihlal bulunmasa da Mahkeme genel bir ilke olarak, bir sığınmacının dolaylı olarak sınır dışı edilmesinin transferi gerçekleştiren devletin sorumluluğunu oluşturacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla, Dublin Tüzüğü uygulanırken sığınma arayan kişinin transfer edileceği devletin *non-refoulement* ilkesi bağlamında yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı ve etkili sığınma prosedürlerinin varlığının sorgulanması gerekmektedir. Bkz. T.I. v. the United Kingdom, 43844/98, 7.3.2000.

⁷⁹ European Commission, Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation – Final Report, 18 March 2016, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_-_executive_summary_en.pdf (Erişim Tarihi 30 Eylül 2023).

süreçte de tıpkı *M.S.S* gibi pek çok BMMYK ve uluslararası STK raporları Mahkeme tarafından dikkate alınmış; ancak bu raporlarda Yunanistan'daki sığınma prosedüründeki eksiklikler ve düşük standartlar hakkında önemli kanıtlar bulunsa da Mahkeme, bu konuların gözetim süresinde Yunanistan'da ele alınabileceğine veya alınması gerektiğine karar vermiştir.⁸⁰ Bu davadan kısa süre sonra Mahkeme, *M.S.S.* kararı ile daha etkili bir koruma düzeyi oluşturmuştur.

b. *Hirsi Jamaa* Kararı Işığında Sığınma

Mahkeme'nin *non-refoulement* ilkesi bağlamında sağladığı koruma düzeyi, 2010 sonrası dönemde özellikle deniz yoluyla Avrupa'ya sığınmaya çalışan kişilerin sayılarındaki artış karşısında devlet pratiklerini etkilemiştir. Pek çok devlet, sığınmacıları taşıyan gemileri açık denizlerde engelleyerek geldikleri ülke veya üçüncü ülkelerin karasularına gitmeye zorlama şeklinde sığınma arayanları ülkelerinin karasularına ulaşmadan geri gönderme (*push back*) şeklinde yeni uygulamalar geliştirmişlerdir.⁸¹ Gemi veya botlardaki kişiler sığınma talepleri ya da koruma ihtiyaçlarına ilişkin bireysel bir değerlendirme veya herhangi bir ayırım yapılmaksızın, geldikleri Devlete geri gönderilmiştir. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün beyanıyla, "*II. Dünya Savaşı sonrasında ilk kez bir Avrupa devleti sahil güvenlik ve donanma gemilerine açık denizde herhangi bir yolcunun korunmaya ihtiyacı olup olmadığını veya özellikle hassas durumda olup olmadığını belirlemek için herhangi bir değerlendirme yapmadan tekneleri zorla geri gönderme emrini vermektedir.*"⁸²

⁸⁰ K.R.S. v. the United Kingdom, 32733/08, 2.12.2008.

⁸¹ Borelli/Stanford; Silja Klepp, "A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea", *European Journal of Migration and Law*, 2010, C. 12, 1-21; Violeta Moreno-Lax/Daniel Ghezelbash/Natalie Klein, "Between Life, Security and Rights: Framing the Interdiction of 'Boat Migrants' in the Central Mediterranean and Australia", *Leiden Journal of International Law*, 2019, C. 32, 715-740.

⁸² Human Rights Watch, *Pushed Back, Pushed Around: Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, 21 September 2009, <https://www.hrw.org/report/2009/09/>

Müdahalenin gerçekleştirildiği bölge iç sular ve karasuları dahilinde ise; devletin yetkisi içerisinde bulunan bu alanlar bakımından gemide bulunan yabancıların mültecilik statülerinin araştırılması ve statüleri belirleninceye kadar da bu sığınmacıların korunması gerekmektedir.⁸³ Müdahale açık denizlerde gerçekleşmişse ne olacak sorusu ise 2012 tarihli *Hirsi Jamaa*⁸⁴ kararı ile aydınlığa kavuşturulmuştur. Davaya konu olayda, Libya'yı terk ederek İtalya'ya ulaşmaya çalışan 11 Somali ve 13 Eritre vatandaşı Malta'nın yetki alanında bulunan deniz arama kurtarma bölgesinde (SAR⁸⁵) İtalyan deniz askerleri tarafından İtalya ve Libya arasında imzalanmış olan 2008 tarihli anlaşma uyarınca İtalyan gemilerine alınarak İtalya karasularına ulaşmaları engellenmiş ve Trablus'a (Tripoli) getirilmiştir. Bu süreçte herhangi bir kimlik belirlemesi işlemi yapılmaksızın başvuruçular Trablus limanında bekletilmiş ve daha sonra Libya yetkililerine teslim edilmişlerdir. Başvuruçular Libya'ya geri gönderilmeleri halinde hayatlarının tehlikeye düşeceğini belki de Somali ve Eritre'ye iade edileceklerini ifade etmişlerdir.

21/pushed-back-pushed-around/italys-forced-return-boat-migrants-and-asylum-seekers (Erişim Tarihi 2 Ekim 2023).

⁸³ Elif Uzun, "Geri Göndermeme (*Non-Refoulement*) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2012, C. 8, S. 30, 25-58, s. 32.

⁸⁴ *Hirsi Jamaa v. Italy*, (GC) 27765/09, 23.02.2012. Ayrıca bkz. *Medvedyev v. France*, 3394/03, 29.3.2010.

⁸⁵ SAR- Search and Rescue Operations, İtalya bu operasyonlarda en çok yer alan ülkelerden biridir. Coğrafi konumu nedeniyle ağırlıklı olarak Eritre, Somali, Etiyopya ve Nijerya'dan gelen ve Libya üzerinden Avrupa'ya ulaşmaya çalışan göçmenler İtalya kıyılarını hedeflemektedirler. 2009-2012 yılları arasında İtalyan Hükümeti, yasadışı göçe karşı sıfır tolerans politikasını kamuoyuyla paylaşarak İtalya'nın güney kıyılarına yönelen göçmenleri durdurma ve Libya limanlarına yönlendirme politikasını üstlenmiştir. Bkz. Amnesty International, *Annual Report 2010: The State of the World Human Rights*, 27 May 2010. <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/001/2010/en/> (Erişim Tarihi 2 Ekim 2023).

Büyük Daire yaptığı değerlendirmede ilk olarak açık denizlerde yetki meselesini ele almıştır.⁸⁶ Bayrak devleti kuralı⁸⁷ gereğince kişilerin nakil sürecince hem *de facto* hem de *de jure* olarak İtalya'nın sürekli ve münhasır egemenlik yetkisi altında bulduklarına vurgu yapmış ve yaşanan ihlallerin İtalya'nın yetki alanında gerçekleştiğine hükmetmiştir.⁸⁸

“Oysa Mahkeme mevcut davadaki olayların, personeli tamamen münhasıran, milli askerlerden oluşan İtalyan askeri güçlerinin gemilerinde gerçekleştiğini tespit etmektedir. Mahkeme'ye göre başvuranlar, İtalyan silahlı kuvvetlerinin gemilerine bindikleri andan itibaren ve Libyalı makamlara teslim edilene kadar hem de jure hem de facto, İtalyan makamlarının, sürekli ve münhasır kontrolü altında bulunmuşlardır. İtalyan gemilerinin, açık denizde müdahalesinin türü ve amacına ilişkin hiçbir varsayım, Mahkeme'yi başka bir sonuca götürmez.

Böylece, ileri sürülen ihlaller, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, İtalya'nın, «yetki» alanına girmektedir.”⁸⁹

Mahkeme devletlerin sınırlarını kontrol etme yetkilerini bulunduğu dikkat çekerek; bu yetkinin AİHS ve uluslararası hukuka uygun olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁰ Ayrıca son yıllarda

⁸⁶ Yetki konusunda bkz. UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-Refoulement* Obligation under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2007, para.26.

⁸⁷ BM Deniz Hukuku Sözleşmesi mad. 94(1): *“Her devlet, kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde, idari, teknik ve sosyal konulardaki yetki ve kontrolünü fiilen kullanacaktır.”*

⁸⁸ Hirsi Jamaa v. Italy, para 76-82, özellikle para. 81.

⁸⁹ Hirsi Jamaa v. Italy, (GC) para 81-82. Ayrıca bkz. Case of Amuur v. France, 19776/92, 25.6.1996, para 52: *“Mahkeme, başvuranların Fransa'da bulunmamalarına rağmen bu kişileri 2 Kasım 1945 tarihli Yönetmelik kapsamında Paris-Orly Havalimanı'nın uluslararası bölgesinde tutmak onları Fransa Hukukuna tabi kılmıştır.”*

⁹⁰ Hirsi Jamaa v. Italy, para 113. Ayrıca bkz. Saadi v. Italy, 37201/06, 28.2.2008, para. 124. *“ (...) yerleşik uluslararası hukuk ve Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler gereğince, Sözleşmeciler Devletler, yabancıların girişini, ikametini ve*

artan göçmen sığınma taleplerindeki artışın ve bu durumun AB üye devletleri üzerinde oluşturduğu baskının farkında olunduğuna vurgu yapan Mahkeme, devletlerin içinde buldukları durumu, işkence yasağını düzenleyen madde 3'ten kaynaklanan ve mutlak nitelikte olan yükümlülüklerinden muaf tutulmak için kullanamayacaklarına dikkat çekmiştir.⁹¹ Mahkeme, kişilerin hem Libya'ya gönderilmesini hem de bu suretle Eritre ve Somali'ye dönme riskiyle karşı karşıya bırakılmalarını madde 3 bakımından ihlal olarak değerlendirmiştir.⁹²

Mahkeme'nin ele aldığı bir başka husus ise kişilerin açık denizde engellenerek toplu şekilde uzaklaştırılmasının Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol madde 4'te düzenlenen yabancıların toplu sınır dışı edilmesi yasağı bağlamındaki durumudur. Toplu sınır dışı etme, yabancıları grup olarak ülkeyi terk etmeye zorlayan her türlü tedbir olarak tanımlanmaktadır.⁹³ Gruptaki her bir yabancıнын özel durumunun incelenmesi başka bir deyişle bireysel değerlendirme yapılmasıyla makul ve objektif bir gerekçeye dayanılarak alındığı durumlar hariç olmak üzere, toplu sınırdışı AİHS tarafından yasaklanmaktadır.⁹⁴

sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkına sahiptir (...) Ayrıca, ne Sözleşme ne de Protokolleri siyasi sığınma hakkı tanımamaktadır."

⁹¹ Hirsi Jamaa v. Italy, para 122.

⁹² Mahkemenin açık denizlerde devletlerin sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin kararlarına bakıldığında bir devlete anlaşmaya bağlı olarak yetki sağlandığı hallerde veya devletlerin deniz araçları veya yolcular üzerinde etkili bir kontrole sahip olduğu durumlarda söz konusu devletlerin Sözleşme bağlamında incelemeye tabi olacaklarına karar verdiği görülmektedir. Bkz. Xhavera and Fifteen Others v. Italy and Albania, 39473/98 11.01.2001; Medvedev and others v. Italy, 3394/03, 29.3.2010.

⁹³ ECHR, Factsheet – Collective expulsive of aliens, March 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_collective_expulsions_eng (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023). Bkz. Khlaifia and Others v. Italy [GC], 2016, para. 237; Georgia v. Russia (I) [GC], 2014, para. 167; Çonka v. Belgium, 2002, para 59; Sultani v. France, 2007, para 81; Hirsi Jamaa, para. 177.

⁹⁴ Mahkemenin toplu sınırdışı yasağının ihlali bulduğu davalar şunlardır: Sharifi and Others v. Italy and Greece, 16643/09, 21.01.2015; Khlaifia and Others v. Italy [GC], 16483/12, 15.12.2016; Shahzad v. Hungary, 12625/17, 8.10.2021.

Maddenin temel amacı, Devletlerin yabancıların kişisel durumlarını incelemeyen ve ilgili makam tarafından alınan tedbire karşı argümanlarını ileri sürme hakkına sahip olmalarına imkan vermeden belirli sayıda kişiyi göndermesini önlemektir.⁹⁵ Sınırdışı veya iade işlemi ancak kişisel bazda makul ve objektif bir incelemeden sonra kabul edilebilir.⁹⁶ Bu noktada belirtmek gerekir ki; aynı ülkeden gelen tüm sığınmacıların reddedilmesi eğer yetkililer tarafından inceleme yapılmışsa toplu olarak sınır dışı edildikleri anlamına gelmemektedir.⁹⁷

Toplu sınırdışı yasağı kapsamında Mahkeme önüne gelen kararların bir kısmı kişilerin ilgili ülkeye giriş yaptıktan sonra toplu olarak sınırdışı edilmelerini ele almaktadır.⁹⁸ Ancak devletlerin artan engelleme çalışmaları sonrasında son yıllarda Mahkeme'nin karara bağladığı davalarda başvuruçular henüz ilgili devletin sınırlarına ulaşmadan engellenmektedir. Devletler de söz konusu hallerde toplu sınırdışı yasağının uygulanamayacağını zira sığınmacıların ilgili devletin yetkisinde bulunmadığını ileri sürmektedirler.⁹⁹ Ancak Devletler Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini sadece ülkelerinde gerçekleşen tasarruflar kapsamında değil, aynı zamanda yetkileri altında bulunan kişilere karşı da yerine getirmekle yükümlüdürler.¹⁰⁰

Hirsi Jamaa davasında İtalya hükümeti her ne kadar kişiler Libya'ya götürülmeden önce İtalya'da bulunmadıkları için teknik anlamda sınırdışının mümkün olamayacağını, işlemin sınırlara girişin

⁹⁵ Bkz. *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], para. 237; *Georgia v. Russia (I)* [GC], 2014, para. 167; *Çonka v. Belgium*, 51564/99, 5.2.2002, para 59; *Sultani v. France*, 45223/05, 20.9.2007, para 81; *Hirsi Jamaa*, para. 177.

⁹⁶ *Çonka v. Belgium*, 51564/99, 5.2.2002, para. 59. Bu davada ilk kez toplu sınır dışı ile ilgili ihlal bulunmuştur.

⁹⁷ *Alibaks and Others v. the Netherlands*, 14209/88,

⁹⁸ Bkz. *K.G. v. Germany*, Commission decision of 1 March 1977; *Andric v. Sweden (dec.)*, 1999; *Çonka v. Belgium*, 2002.

⁹⁹ *Hirsi Jamaa*, para. 169-182; *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, 16643/09, 21.01.2015; *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], 16483/12, 15.12.2016; *Shahzad v. Hungary*, 12625/17, 8.10.2021.

¹⁰⁰ Bkz. *Hirsi Jamaa*, *Bosphorous*, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, 16643/09, 21.10.2014.

engellenmesi olduğu şeklinde karşı çıkmış olsa da Mahkeme, sınır dışı kavramını tarihsel ve amaçsal bir biçimde yorumlamıştır.¹⁰¹ Metnin hazırlık çalışmalarında yabancı kavramının kişinin mülteci, göçmen gibi hangi statüde bulunduğundan ya da kara, deniz, hava yoluyla yasal veya hukuka aykırı olarak ulaşılmış olmasından bağımsız olarak sadece devletin vatandaşı olmayan herkes olarak kullanıldığına dikkat çeken Mahkeme, zaman içerisinde sığınmanın uğradığı değişimlere dikkat çekerek, devletlerin açık denizlerde sığınmacıların girişini engellemesi hatta başka devletin sınırlarına girmeye zorlaması eyleminin egemenlik yetkisini kullanımı anlamına geleceğine ve Ek 4 No.lu Protokol madde 4 bağlamında toplu sınır dışı yasağının ihlalini oluşturacağına hükmetmiştir.¹⁰²

Mahkeme son olarak madde 13 bağlamında yaptığı değerlendirmede kişinin madde 3 bağlamında kötü muameleye maruz bırakılacağına ilişkin beyanlarının ve sığınma talebinin usulüne uygun bir biçimde yerel bir makam tarafından incelenmesi gerektiğine önceki içtihatlarına atıf yaparak değinmiştir.¹⁰³ Bu bağlamda kişilerin Libya'ya götürülmeden evvel kimliklerinin belirlenmesine imkan sağlanmaması, hatta askerlerin nereye götürüldüklerine dair bilgi vermemesi dolayısıyla kişisel durumlarının incelenmesine dair herhangi bir

¹⁰¹ Hirsi Jamaa, para 160.

¹⁰² Hirsi Jamaa, para 160. Mahkeme'nin ilk defa bu kararda Ek 4. Protokol bağlamında ele aldığı "kusurlu davranış" (*culpable conduct*) kavramından bahsetmesi önem arz etmektedir. Mahkeme bireysel değerlendirme yapılmaksızın sınır dışı kararı verilmesi kişinin kendi kusuruna dayanıyorsa (*own culpable conduct*) bu durumda Ek Protokol 4 madde 4 bağlamında ihlal olmayacağına dikkat çekmiştir. Toplu sınır dışı kararında, sığınmacı kusurlu veya prosedürleri engelleyici herhangi bir davranışta bulunmamalıdır. Bireysel inceleme sonrasında alına sınır dışı kararı bu tür nedenlerle verilirse bu durum AIHS'in ilgili maddesinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Hirsi Jamaa, para 184; Berisha and Haljiti v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", 18670/03, 16.6.2005; Dritsas ve diğerleri v. Italy, 2344/02, 01.02.2011.

¹⁰³ Hirsi Jamaa, para 200.

prosedüre erişimlerinin bulunmaması 13. maddenin ihlalini teşkil etmektedir.¹⁰⁴

Açık denizlerdeki arama kurtarma operasyonlarının (SAR) mercek altına alındığı bu karar¹⁰⁵ uyarınca Mahkeme, kişilerin sığınma başvurularını iletebilecekleri ve mültecilik şartlarını taşıyıp taşımadıklarının bireysel olarak değerlendirileceği elverişli bir yöntem sunulması gerektiğini karara bağlamış olmaktadır. Bu usuli düzenleme, bireysel değerlendirmenin yapılabilmesi için kişilerin ilk aşamada sınırlardan kabul edilmeleri gerekeceği ve bu aşamada kısa süreli de olsa sığınma tanınacağı için Mahkeme'nin içtihatları aracılığıyla devletlere *de facto* olarak bir sığınma hakkı tanınması sorumluluğunu yüklediği öğretide ifade edilmiştir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Hirsi Jamaa, para 201-207. Toplu sınırdışı yasağının etkili başvuru hakkı ile ele alındığı benzer bir karar için bkz. Sharifi and Others v. Italy and Greece, 16643/09, 21.10.2014.

¹⁰⁵ Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, Amerikan İnsan Hakları Beyannamesi bağlamında geri göndermeme ilkesinin açık denizler de dahil olmak üzere sınır ötesi olarak uygulanacağını kabul etmektedir. Bkz. Haitian Centre for Human Rights v. United States of America (Haitian Interdictions), Case 10.675, Report No. 51/96, 13.3.1997. İşkenceye Karşı Komite de sınır ötesi korumayı kabul etmektedir. Bkz. Concluding Observations of the Committee against Torture: Sweden, 4 June 2008, UN Doc. CAT/C/SWE/CO/5, para. 14; Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom, 18.11.2004, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, para. 5(e); Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25.7.2006, para. 20.

¹⁰⁶ Einersen, s. 372. Buna karşılık Hailbronner ise *Hirschi* kararının bile kişilerin sığınma başvurularını iletebilmeleri için AB'ye kabul edilmelerini sağlayan bir hak olarak yorumlanamayacağı kanaatindedir. "Even the EctHR's Hirsi judgment of 2012 cannot be interpreted as a right to admission to the EU for the purpose of filing an asylum application." Kay Hailbronner, "Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway", *Verfassungsblog*, 11.3.2016, < <https://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/>> Erişim Tarihi 1 Ekim 2023.

Akdeniz'de yaşanan denizde geri itme pratiklerinin en önemli etkisi herhangi bir inceleme ve usul güvencesinin bulunmamasıdır. Devletin “yargı yetkisi dahilinde” olan bir bireyin (yetkinin açık denizlerde kullanıldığı durumlar da dahil olmak üzere) başka bir Devlete gönderilmesi halinde temel haklarının ihlal edilmesi riskiyle karşı karşıya kalacağına dair tartışılabilir bir iddiası varsa, yetkililer bu iddianın geçerliliğine ilişkin titiz bir değerlendirme yapma yükümlülüğü altındadırlar.

Öte yandan devletlerin *non-refoulement* ilkesine ilişkin görüşleri ve hatta belli oranda uygulamaları özellikle kitlesel akının maruz kalan devlet bakımından güvenliğe tehdit oluşturduğu hallerde belirsiz bir tablo oluşturmaktadır. Hatta kitlesel akın hallerinde devletlerin *non-refoulement* ilkesini uygulamayabileceklerine ilişkin yeni bir örf ve adet kuralı oluştuğuna dair doktrinde görüşler dahi ileri sürülmektedir.¹⁰⁷ *Lauterpacht/Bethlehem* bu konuda 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinin kitlesel akın hallerinde uygulanmayacağı şeklinde bir ibareye yer vermemesinden hareket ederek; insancıl sebepler ve göçe sebebiyet veren nedenlere bakıldığında bu kişileri iade etmenin mümkün olmadığını ifade etmektedirler.¹⁰⁸ Başka bir deyişle, uluslararası hukuk meselesi olarak, geri göndermenin ne kitle akını sebebiyle ne de devletin kaynakları veya politik durumu nedeniyle haklı görülmesi mümkün değildir.¹⁰⁹

4. “Sığınma Hakkı”ndan “Sığınma Aramaya Erişim” Hakkına

2012 tarihli *Hirsi Jamaa* kararı sığınma hakkı kapsamında devletlerin yetkilerinin değerlendirildiği ve sığınmanın devlet odaklı değil, birey ve insan hakları odaklı bir bakışla ele alındığı bir karar

¹⁰⁷ Nils Coleman, “*Non-Refoulement* Revised: Renewed Review of of the Status of *Non-Refoulement* as Customary International Law”, *European Journal of Migration Law*, 2003, S. 5, 23-65.

¹⁰⁸ *Lauterpacht/Bethlehem*, s. 107.

¹⁰⁹ Morten Kjaerum, “Refugee Protection Between State Interests and Human Rights: Where is Europe Heading?”, *Human Rights Quarterly*, 2002, C. 24, 513-536, s. 535.

olarak hukuk çevrelerinde olumlu karşılanmıştır.¹¹⁰ Ayrıca İtalya da karar sonrası geri itme politikasını sona erdireceğini beyan etmiştir.¹¹¹ BM Göçmen Hakları Özel Raportörü'nün İtalya'ya gerçekleştirdiği ziyaret sonrası, söz konusu politikanın sona erdiği Raportör tarafından da tespit edilmiştir. ¹¹²Ancak insan hareketliliği ve Akdeniz'deki yoğun göç rotası devletleri sınır güvenliği konusunda farklı tedbirler almaya yöneltmiştir. AİHM'in İtalya'nın geri itme politikasını açıkça kınayan bu kararı sonrası İtalya Hükümeti bu kez Libya ile ikili bir anlaşma (*Processo Verbale*) gerçekleştirerek Libya'nın Libya-İtalya göç yolları üzerindeki etkisini arttırmıştır.¹¹³ Mevcut anlaşma, İtalya'nın Libya polis güçlerine sınırı kontrol etmeleri için eğitim ve teknik araçlarla yardımcı olması, düzensiz göçmenler ve yasa dışı kaçakçılıkla ilgili bilgi paylaşımı için mekanizmalar oluşturulması ve düzensiz göçmenler için

¹¹⁰ Violeta Moreno-Lax, "Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?", *Human Rights Law Review*, 2012, C. 12, S. 3, 574-598; Irini Papanicolopulu, "Hirsi Jamaa v. Italy", *The American Journal of International Law*, 2013, C. 107, S. 2, 417-423; Mariagiulia Giuffré, "Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, C. 61, S. 3, 728-750.

¹¹¹ "Action Plan: Communication from Italy concerning the case of Hirsi Jamaa against Italy (Application No. 27765/09)", 26 July 2012; CoE doc. DH-DD(2012)671F. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804a7028

¹¹² Özel raportörün beyanları için bkz. UN Special Rapporteur on the human rights of migrants concludes his third country visit in his regional study on the human rights of migrants at the borders of the European Union: Italy, 8 October 2012, para. 8, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12640&LangID=E>.

¹¹³ Söz konusu anlaşmaya resmi olarak İtalya kayıtlarında rastlanmamaktadır. Göçmen Hakları Özel raportörü'nün de işaret ettiği üzere metin resmi olmayan kurumlar tarafından yayınlanmıştır. Metin için bkz. <https://www.statewatch.org/news/2012/sep/ita-lib-processo-verbale.pdf>.; Ayrıca Özel raportörün konuya ilişkin açıklamaları için bkz. Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, on his mission to Italy (29 September-8 October 2012) UN Doc. A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013, para. 47.

Kufra'da bir gözaltı merkezi inşa edilmesini öngörmektedir. Ayrıca İtalyan ve Libyalı yetkililer arasında Libya kıyılarına lojistik ve teknik destek sağlanması da dahil olmak üzere arama ve kurtarma konusunda ikili iş birliğine dayalı operasyonlar yapılması da kararlaştırılmaktadır. Akdeniz'de arama ve kurtarma operasyonlarının kapasitesindeki artış ilk bakışta olumlu bir gelişme olarak yansısı da anlaşmanın odağı Libya'nın Avrupa'ya ulaşmayı amaçlayan göçmenlere, kendi topraklarında ve Libya karasularında veya uluslararası sularda müdahale kapasitesinin güçlendirmesidir.¹¹⁴ Böylece İtalya bakımından sınır kontrolü ve dolayısıyla sığınmacılara yönelik sorumluluklar dışsallaştırılmış (*externalization*) olmaktadır. *Hirsi* kararı sonrası İtalya üzerinden gelişen bu göçün dışsallaştırılması süreci esasen sadece İtalya bakımından değil pek çok kıyı ülkesi ve hatta Avrupa Birliği bakımından özellikle geçiş ülkesi veya kaynak ülkesi niteliğindeki ülkelerle yapılan ikili anlaşmalarla göç yönetimi politikası haline gelmiştir.¹¹⁵

Kıyı devletlerindeki politika değişikliği, yeni yöntemlerle desteklenen tüm engelleme faaliyetlerine rağmen Avrupa'ya yönelik göç hareketliliği devam etmiştir. Devletlerin göç dalgası karşısındaki sert tutumları süreç içerisinde Mahkeme'nin kararlarına da yansımıştır. Bu bağlamda *Hirsi Jamaa* kararının getirdiği olumlu tutum ilk kez *Sharifi* davasıyla gölgelenmeye başlamıştır. Dava esasen 2008 yılında karara bağlanan ve transfer devletinin sorumluluğuna atıf yapan *M.S.S.*

¹¹⁴ Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, on his mission to Italy (29 September–8 October 2012) UN Doc. A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013, para. 46-47.

¹¹⁵ Anneliese Baldaccini, "Extraterritorial border controls in the EU: The role of frontex in operations at sea", *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, B Ryan/ V Mitsilegas (eds), 2010, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 229-255. David Scott Fitzgerald, "Remote Control of Migration: Theorising Territoriality, Shared Coercion and Deterrence." *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2020, C. 46, S. 1, 4–22. Ahmet İçduygu, *The Irregular Migration Corridor between the EU and Turkey: Is It Possible to Block It with a Readmission Agreement?*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2011.

kararıyla büyük benzerlikler içermektedir.¹¹⁶ Sığınma arayanlar bu davada *M.S.S.* davasına benzer şekilde Avusturya'nın kendilerini gözetim koşulları ve sığınma usullerinin elverişsiz olduğu Yunanistan'a göndermesinin madde 3 bağlamında ihlal oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu dava bağlamında Mahkeme, transfer eden devletin sorumluluğuna ilişkin değerlendirmesine "ilgili devletteki eksikliklerin madde 3 bağlamında eşik değeri aştığının transfer devleti tarafından biliniyor olması" şeklinde yeni bir kriter getirmiştir.¹¹⁷ Mahkeme Yunanistan'ın sığınma prosedürü ve koşulları konusunda eksiklikleri olduğunu kabul etmiş ve Avusturya makamlarının Yunanistan'ın durumunu bilmeleri gerektiğine dikkat çekmiştir. Ancak *M.S.S.* kararının aksine, Avusturya'nın, Yunanistan'daki koşulların madde 3 bağlamında insanlık dışı muamele eşiğine ulaştığını bilmediğinden hareketle ihlal bulunmadığına karar vermiştir. 2011 tarihli *M.S.S.* davasından 2013 tarihli *Sharifi* davasına kadar Yunanistan'daki koşullarda esaslı değişiklik olmasa da Avusturya'nın Yunanistan'daki şartların niteliğini -madde 3 bağlamındaki insanlık dışı muamele eşiğini- bilmeyebileceği bir hukuka uygunluk sebebi olarak Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.¹¹⁸ Böylece Mahkeme devletlerin sorumluluğunun sadece gönderilen ülkedeki şartların bilinmesi değil, bu şartların madde 3 eşiğini aştığının da bilinmesi gerektiği şeklinde yeni bir kriter getirmiş olmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁶ Bkz. s. 24 vd.

¹¹⁷ Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki yasak, tüm kötü muamele vakalarıyla ilgili değildir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, genel olarak, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık seviyesine ulaşması gerekmektedir. Bkz. *Savran v. Danimarka*, 57467/15, [BD], 7.12.2021, para. 122; *N. v the United Kingdom* [GC], 26565/05, 27.5.2008, para. 29; *Paposhvili*, 41738/10, 13.12.2016, para. 174; *Bouyid v. Belgium* [GC], 23380/09, 28.9.2015, para. 86. Bu seviye somut olaya göre değerlendirilir. Olayın şartları, muamelenin süresi, fiziksel veya ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyet, yaş ve sağlık durumu gibi hususlar dikkate alınarak karar verilir. Bkz. *Muršić v. Hırvatistan* [GC], 7334/13, 20.10.2016, para. 97.

¹¹⁸ Benzer bir dava için bkz. *Safai v. Austria*, 44689/09, 7.5.2014.

¹¹⁹ *Sharifi v. Austria*, 60104/08, 14.4.2014 (Final), para. 38.

Mahkeme'nin sığınmacılara sağladığı korumaya ilişkin bir başka aşınma da *Khlaifia ve Diğerleri* davasında gündeme gelmiştir. Davaya konu olayda gemiyle sığınma arayan başvuruçular, buldukları gemilerde ve kabul merkezlerinde alıkonulmuşlar ve Nisan 2011'de İtalya ve Tunus arasında akdedilen Geri Kabul Anlaşması uyarınca Tunus'a gönderilmişlerdir. 3. Daire topluluğu oluşturan her bir sığınmacının bireysel durumunun incelenmesine ilişkin yeterli güvence bulunmadığı için 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ve ayrıca başvuruçuların hukuk yollarının kararı askıya alma etkisinin bulunmaması nedeniyle de madde 13'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²⁰ Ancak dava Büyük Daire önüne geldiğinde Daire, göçmen krizinin etkisi ışığında farklı bir karara hükmederek, Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin tüm davalarda bireysel görüşme hakkını güvence altına almadığı gerekçesiyle ihlal olmadığına hükmetmiştir.¹²¹ Mahkeme, yaşanan insan hareketliliğinin devlet uygulamaları üzerindeki etkisine değinerek; söz konusu krizin yönetimine ilişkin sorunların AIHS ile uyumlu olmayan uygulamaları haklı çıkarmayacağına dikkat çekmiştir.¹²² Bununla birlikte, Arap Baharı nedeniyle ortaya çıkan göç kontrolü konusunda Avrupa'nın karşılaştığı zorluklar ve deniz yoluyla gelen sığınmacıların veya göçmenlerin sayısındaki artış gibi faktörler karşısında AIHS'in 4 No.lu Protokolü'nün 4. maddesi uyarınca bireysel görüşme hakkının tüm davalarda güvence altına alınamayacağına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, İtalya kıyılarına varış koşulları göz önüne alındığında, Tunus'a geri gönderilmeyi makul bir şekilde bekleyebilecek olan başvuruçular, İtalya'da dokuz ila on iki gün arasında kalmışlardır. Gemilerde veya gözetim merkezinde objektif zorluklarla karşılaştıkları varsayılsa bile Mahkeme, bu önemsiz olmayan süre zarfında başvuruçuların, statülerini etkileyebilecek ve İtalya'da kalmalarına hak kazandırabilecek herhangi bir durumu, ulusal makamların dikkatine sunabilme imkânına sahip oldukları görüşündedir.¹²³ Başvuruçulara iki kez kimlik tespiti yapılmış, uyrukları tespit edilmiş ve sınır dışı

¹²⁰ *Khlaifia and Others v. Italy*, 16483/12, 1.9.2015.

¹²¹ *Khlaifia and Others v. Italy*, 16483/12, 15.12.2016.

¹²² *Khlaifia and Others v. Italy*, para. 179.

¹²³ *ibid*, para. 249.

edilmelerine karşı gerçek ve etkili bir savunma yapma imkanı tanınmıştır.¹²⁴ Bu bağlamda Mahkeme, her bir kişiye "sınır dışı edilmesine karşı argümanlarını gerçek ve etkili bir şekilde sunma imkanı" verilmesi ve "bu argümanların yetkililer tarafından uygun bir şekilde incelenmesi" kriterlerini yeterli görmüştür.¹²⁵

a. Bir Dönüm Noktası Olarak *N.D. ve N.T. Kararı*

Sığınma arayanların toplu sınırışı edilmesi hususu 2020 yılında bu kez açık denizlerde değil, kara sınırları bağlamında Mahkeme'nin önüne gelmiştir. *N.D. ve N.T.*¹²⁶ kararı ile Mahkeme, AİHS Ek 4. Protokolü'nün 4. maddesinde düzenlenen toplu sınır dışı yasağını tekrar ele almıştır.¹²⁷

N.D. ve N.T kararına konu olayda başvuruçular İspanya-Fas sınırında bulunan Melila sınırındaki iç içe 3 farklı çiti aşarak sınırı geçmeye çalışırken güvenlik güçleri tarafından yakalanmışlardır. İspanya ise başvuruçular sınırı geçmedikleri için İspanya'nın yetki alanına girmediklerini ve dolayısıyla sorumluluğun doğmadığını iddia etmişlerdir. Mahkeme ise *Hirschi Jamaa* kararına çok benzer bir biçimde başvuruçuların İspanyol güçleri tarafından yakalandıkları andan itibaren başvuruçular üzerinde kontrol sağladıklarını ve böylece yetki bağının kurulduğuna karar vermiştir.¹²⁸

İlk derece mahkemesi yetki konusundan sonra toplu sınırışı yasağı bakımından davayı ele almıştır. Mahkeme, *Čonka* kararında vurgulandığı üzere¹²⁹ toplu bir sınır dışı işleminin varlığını değerlendirmek için, davanın koşullarını incelemiştir. Başvuranlar, Melilla sınır kapısından yasadışı yollarla İspanya'ya girmeye çalışan Afrika'dan gelen 75 ila 80 kişilik bir göçmen grubunun parçası olarak hareket etmişlerdir. Bu kişiler, göçmenlerin sınırı yasadışı yollardan

¹²⁴ *ibid*, para. 254.

¹²⁵ *ibid*, para 248.

¹²⁶ *N.D. and N.T. v. Spain [GC]*, 8675/15 and 8697/15, 13.2.2020.

¹²⁷ *Bkz.* s. 19 vd; *Hirsi Jamaa*, para. 177.

¹²⁸ *N.D. and N.T. v. Spain*, 8675/15 and 8697/15, 3.10.2017 (3rd Chamber), para 102-105.

¹²⁹ *Čonka*, para. 61-63.

geçme girişimlerini engellemek ve püskürtmekten oluşan genel bir tedbire tabi tutulmuşlardır. Mahkeme, mevcut davada, sınır dışı etme tedbirlerinin, önceden alınmış herhangi bir idari veya adli karar olmaksızın gerçekleştirildiğini belirterek başvuruların hiçbir noktada herhangi bir prosedüre tabi tutulmadığına dikkat çekmiştir. İspanyol makamları tarafından herhangi bir kimlik belirleme prosedürü gerçekleştirilmemiş ve başvuruların bireysel durumları da incelenmemiştir. Bu koşullar altında Mahkeme, İspanya tarafından izlenen usulün, kolektif sınır dışı işlemleri oluşturduğuna ve iki başvurucu bakımından İspanya'nın bu yasağı ihlal ettiğine karar vermiştir.¹³⁰

Büyük Daire de benzer bir değerlendirmeye kişilerin sınırdan geri gönderilmesinin bir sınır dışı etme teşkil ettiğine hükmetmiştir. AİHS tarafından sağlanan koruma, devletlerin yasal girişin nerede gerçekleştiğine ilişkin kendi kurallarına bağlı değildir; başka bir deyişle, sınırın devlet tarafından tanımlanması, bir devletin AİHS kapsamındaki kendi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu bağlamda Büyük Daire sınırdan geri göndermenin aynı zamanda bir sınır dışı etme teşkil ettiğine ve bu durumun "kişinin kalışının yasallığına bakılmaksızın" geçerli olduğuna dikkat çekmiştir.¹³¹

Mahkeme sınırdan geri çevirmenin de sınır dışı olduğunu belirledikten sonra bu eylemin kolektif olma özelliğini tartışmıştır. Esasen ilk derece mahkemesinin de tespit ettiği üzere 2 başvurucu 75 kişilik bir grupla birlikte kimlik tespiti yapılmaksızın geri gönderilmiştir. Bu durum toplu sınırdışı özelliğini karşılamaktadır. Ancak Büyük Daire bu noktada "başvuranın kendi davranışının, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca sağlanacak korumanın değerlendirilmesinde ilgili bir faktör" olduğundan hareketle¹³² yeni bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak¹³³ bireysel sınır dışı kararının alınmamasının başvuranın kendi

¹³⁰ N.D. and N.T. v. Spain, 2017.

¹³¹ N.D. and N.T. v. Spain, 8675/15 and 8697/15, 13.2.2020 (Grand Chamber), para. 185.

¹³² ibid, para. 200.

¹³³ Khlaifia, para. 240, Hirsi Jamaa, para. 184; M.A., para. 247.

davranışına atfedilebildiği hallerde 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin atıfta bulunduğu iki karar olan *Berisha ve Haljiti*¹³⁴; ve *Dritsas ve Diğerleri*¹³⁵ davalarında, başvuranlar durumlarının bireysel olarak incelenmesi için mevcut prosedürle aktif işbirliği yapılmaması nedeniyle Mahkeme bireysel değerlendirme yapılmamasından hükümetin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Bu içtihatlar kapsamında Mahkeme'nin odaklandığı "kusurlu davranış" ortak başvuruya toplu cevap verilmesi veya kişilerin kimlik göstermeyi reddederek bireysel değerlendirme yapılmasını imkansız hale getirmeleridir. Ancak bu karar bağlamında Mahkeme kusurlu davranış kapsamını son derece geniş yorumlayarak, bir kara sınırını izinsiz bir şekilde geçen, sayılarının çokluğundan faydalanan ve güç kullanan kişilerin davranışlarının, kontrol edilmesi zor ve kamu güvenliğini tehlikeye atacak nitelikte yıkıcı bir durum oluşturduğu halleri de kusurlu davranış olarak kabul etmiştir.¹³⁶ Mahkeme, başvuranların "sayılarının çokluğundan yararlanarak ve önceden planlanmış bir operasyon bağlamında birden fazla çitten oluşan kara sınırını izinsiz geçerek İspanya topraklarına girmeye çalışan çok sayıda kişiden oluşan bir grubun üyeleri"¹³⁷ ve "güç kullanan"¹³⁸ kişiler olduklarına dikkat çekmiştir.

Mahkeme toplu sınırdışı hallerinin 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine uygunluğu saptamak için iki aşamalı bir test başlatmıştır. Buna göre Mahkeme;

- Devletin, yasal giriş yollarına, özellikle sınır prosedürlerine, gerçek ve etkili erişimi sağlayıp sağlamadığı,
- 3. maddeye dayalı olarak zulüm gören herkesin koruma başvurusu yapmasına izin verip vermediği, başvurunun özellikle Sözleşme de dahil olmak üzere uluslararası

¹³⁴ Berisha and Haljiti v. Switzerland, 948/12, 20.1.2014.

¹³⁵ Dritsas v. Italy (dec), 2344/02, 1.2.2011.

¹³⁶ N.D. and N.T. v. Spain, (Grand Chamber), para. 201.

¹³⁷ ibid, para. 206.

¹³⁸ ibid, para. 211.

normlarla tutarlı bir şekilde işlenmesini sağlayacak koşullar altında yapılıp yapılmadığını değerlendirmektedir.

Devletin olağan sığınma imkanları sağladığı ancak başvuranın bu yollardan faydalanmamış olduğu durumlarda, kişilerin bu usullerden faydalanmamasında devletin sorumlu olduğunu gösterir nesnel gerçeklere dayalı kuvvetli sebeplerin varlığı araştırılmalıdır. Kişiler kendi kusurlu davranışlarının sonucu olarak bu yollardan faydalanamamışlarsa, bu durumda korumadan da yararlanamayacaklardır. Bu bilgiler ışığında Mahkeme, N.D. ve N.T.'nin "yasal giriş yapmak için mevcut yasal usulleri kullanmadıklarını", bu nedenle "bireysel değerlendirme sonucu verilmiş sınır dışı kararlarının olmamasının kendi davranışlarının bir sonucu olduğuna" hükmetmiştir.¹³⁹

Mahkeme bu çıkarım ışığında bir Devletin topraklarına yasal ve düzensiz (yasal olmayan) girişler arasında ayırım yapmakta ve girişlerin niteliğine bağlı olarak bazı sığınmacıların AİHS'in koruması dışında kalmasına yol açacak bir hüküm tesis etmektedir. Mahkeme sınırlardan izinsiz geçmeye çalışarak sığınma arayanların, İspanya'nın hukukunu ve egemenliğini kasten hiçe saydıklarından hareketle, mağdurları diğer "mevcut" yasal yolları kullanmadıkları için adeta cezalandırmaktadır. Bu esasen 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen yasa dışı giriş nedeniyle cezalandırılmama ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Zira kişiler yasadışı yollarla giriş yaptıkları için dolaylı olarak cezalandırılmaktadırlar.¹⁴⁰

Mahkeme'den asıl beklenen İspanyol yetkililer tarafından gerçekleştirilen eylemleri değerlendirerek, sınır dışı işleminin AİHS'in 4 No.lu Protokolü'ne aykırı olarak toplu bir şekilde gerçekleştirilip

¹³⁹ ibid, para. 231.

¹⁴⁰ 1951 Cenevre Sözleşmesi, madde 31(1): "*Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, madde 1'de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir.*"

gerçekleştirilmediğini, AİHS'in 13. maddesindeki asgari usul güvencelerine, başka bir devletin yetkililerine zorla teslim etme gibi hassas bir eylem sırasında riayet edilip edilmediğini değerlendirmesi iken, Mahkeme, odağı mağdura kaydırmaktadır. Mahkeme'nin değinmediği bir başka önemli husus da İspanyol yetkililer tarafından çekilen tel örgülerle sınır oluşturulmasının ölçülülüğüdür. Devletlerin sınırlara tel örgü çekmek gibi engelleme pratikleri buralarda yaşanan insan hakları ihlallerinin boyutunu da göstermektedir.¹⁴¹ Bu uygulamalar göç yönetimi adına kamu veya özel görevliler tarafından bireylere uygulanan fiziksel şiddet ve kötü muamele yanında ulusal ve etnik kökenler gibi gerekçelere dayalı olarak belirli topluluklara yönelik ayrımcılık ve ötekileştirme vakalarını da gözler önüne sermektedir.¹⁴²

Sınırı yasadışı yollardan geçmeye çalışan kişilerin İspanya'ya ulaşmak ve uluslararası koruma veya göç prosedürüne etkili bir şekilde erişmek için başka seçenekleri olduğu iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. BMMYK'nın Melilla'daki Beni Enzar sınır geçiş noktasında veya başka bir yerde sığınma talebinde bulunmanın zorluklarına ilişkin beyanına rağmen¹⁴³ Mahkeme, başvuruçuların olağan sığınma yoluyla Beni Enzar

¹⁴¹ Jean-Marc Sorel, "Is the Wall Soluble into International Law?", *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?*, E Vallet (ed), Routledge, 2014, 131-141.

¹⁴² Sınır kontrolü uygulamaları için bkz. Elisabeth Vallet (ed), *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?*, Routledge, 2014; Alexander C. Diener/Joshua Hagen (eds.), *Borderlines and Borderlands – Political Oddities at the Edge of the Nation-State*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2020; Sergio Carrera/Marco Stefan (eds), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020.

¹⁴³ Bkz. BMMYK'nın davaya ilişkin beyanı, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the cases of N.D. and N.T. v. Spain (Appl. Nos. 8675/15 and 8697/15) before the European Court of Human Rights, <https://www.refworld.org/pdfid/59d3a81f4.pdf>, para. 2.3.5: "Kasım 2014'e kadar Melilla sınırında sığınma başvurusunda bulunma imkanı yoktu ve uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişileri tespit edecek herhangi bir mekanizma bulunmamaktaydı. Kasım 2014'te Melilla'daki sınır karakollarında sığınma ofislerinin kurulmasıyla birlikte sığınma başvurusunda bulunulabilmesi için gerekli koşulları sağlanmıştır. Bu

uluslararası sınır geçiş noktasında sığınma talebinde bulunmuş olmaları gerektiğine ilişkin İspanya hükümetinin iddiasını kabul etmiştir.¹⁴⁴ Olağan sığınma sistemine erişim hususunda özellikle Sahra Altı bölgeler olarak ifade edilen bölgelerden gelen sığınmacıların Fas polis güçleri tarafından ırksal profillemeye maruz kaldıkları ve esasen sığınma sistemine erişimlerinin imkansız olduğu sıklıkla raporlara yansımaktadır.¹⁴⁵ Davada BMMYK, İnsan Hakları Komiserliği, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve müdahiller olarak yer alan sivil toplum kuruluşları ve çok sayıda tanık ifadesi Sahra Altı olarak ifade edilen bölgeden gelen kişiler için olağan sığınma mekanizmalarının eksik olduğunu, İspanyol yetkililer tarafından sınır çitlerinde orantısız güç kullanıldığını ve Fas'a gönderilen sığınmacıların şiddete ve ırksal ayrımcılığa maruz kaldıklarını göstermektedir. Buna rağmen Büyük Daire, 3. Daire'nin aksine bu beyanlara gereken önemi göstermemiştir.¹⁴⁶ Mahkeme bu iddialara karşılık söz konusu raporların hiçbirinin İspanyol Hükümetinin bu durumdan herhangi bir şekilde sorumlu olduğunu göstermediğini belirtmekle yetinmiştir.¹⁴⁷ Mahkeme kararında

olumlu bir adım teşkil etmekle birlikte, sığınma başvurusunda bulunmak isteyen tüm kişiler için uluslararası korumaya erişim ve adil ve etkin bir sığınma prosedürü sağlanması için yapısal zorluklar devam etmektedir. Örneğin, sınırda iltica talebinde bulunanların sığınma başvurularını kabul etmek ve işleme koymaktan sorumlu olan Ulusal Polis 2014 yılına kadar uluslararası koruma konusunda herhangi bir eğitim almamıştır ve BMMYK'nın bildiği kadarıyla, *Guardia Civil* uluslararası mülteci hakları ve insan hakları konusunda eğitim almamıştır." (Çeviri tarafımıza aittir).

¹⁴⁴ N.D. and N.T. v. Spain, (Grand Chamber), para. 214.

¹⁴⁵ ibid, para. 163. Amnesty International, *Amnesty International Report 2015/16 - Morocco / Western Sahara*, 24 February 2016, available at: <https://www.refworld.org/docid/56d05b31c.html>; HRW, *Abused and Expelled Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco*, February, 10, 2014, <https://www.hrw.org/report/2014/02/10/abused-and-expelled/ill-treatment-sub-saharan-african-migrants-morocco> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).

¹⁴⁶ Bkz. N.D. ve N.T. (3. Daire), para. 119.

¹⁴⁷ N.D. and N.T. v. Spain, (Grand Chamber), para. 218. AİHM, S.S. davası bu iddia bağlamında önemlidir. Bu dava, İtalyan makamlarının büyük ölçüde İtalya tarafından finanse edilen Libya Sahil Güvenliğini Akdeniz'deki özel

"Sözleşme'nin teorik veya hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığına" dikkat çekse de¹⁴⁸ 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca bir Sözleşmeci Devlet için, başka bir Devletin yargı yetkisi altında bulunan kişileri kendi yargı yetkisi altına almak gibi genel bir görev anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir.¹⁴⁹ Aslında, Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, başvuranlar olayların meydana geldiği tarihte İspanya'nın yargı yetkisi altındadırlar, ancak karar hakların Avrupa dış sınırlarına ilerledikçe hayali hale geldiği bir durum oluşturmaktadır.¹⁵⁰

Öte yandan İspanya ve İtalya gibi AB sınır ülkelerinin sığınma rejimi büyük oranda geri kabul anlaşmaları ve Fas ve Libya gibi üçüncü ülkelerin güvenlik güçlerinin finansmanı suretiyle göçün dışsallaştırılmasına dayanmaktadır. Bu sistem, Sahra Altı ülkelerinden gelen göçmenlerin sığınma merkezlerine veya büyükelçiliklere fiilen erişiminin mümkün olmadığı bir duruma yol açmaktadır. Dolayısıyla AIHM tarafından belirtilen "mevcut" yasal alternatifler aslında mevcut değildir. BMMYK gibi tüm üçüncü müdahillerin yargılama sırasındaki beyanları¹⁵¹ ve başvuranların sınırı geçtikleri 2014 yılında Melilla sınırında gerçekleşen yasal başvuruların azlığı bu hususu göstermektedir.¹⁵² Mahkeme'nin temellendirmesinin sonucu herkes için

arama kurtarma operasyonlarına müdahale etmesi ve kazazedeleri Libya'ya geri getirmesi için çağırma uygulamasıyla ilgilidir. S.S. davasındaki başvuranlar, Libya'da alıkonulmalarının ardından, AIHS'nin 3. maddesinin eşiğine açıkça ulaşan bir muameleye maruz kalmışlardır. İtalya'nın Libya'nın faaliyetleri üzerindeki etkisine rağmen söz konusu ihlalleri doğrudan gerçekleştirmemiş olması onu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden muaf tutabilir mi sorusu bu dava ile cevaplanacaktır. S.S. and others v. Italy, 21660/18 (Pending).

¹⁴⁸ N.D. and N.T. v. Spain, (GC), para. 171, 221.

¹⁴⁹ ibid, para. 224.

¹⁵⁰ Maximilian Pichl/Dana Schmalz, "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.", *Verfassungsblog*, 14 February 2020. <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (Erişim Tarihi 15 Ekim 2023), para. 9.

¹⁵¹ ibid, para. 142-143 ve 152-155.

¹⁵² Bu döneme ilişkin sığınma verileri için bkz. Carrera, s. 13-15.

teşvik edilen küresel serbest dolaşımın faydalarından dışlanan, istenmeyen azınlık olan (siyah) göçmenler, Küresel Güney'den gelen insanlar, çok özel gruplar için sınırların hakların olmadığı yerler haline gelmesidir.¹⁵³

Davanın unsurları ışığında, Mahkeme, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmiş olup bu tespitin Sözleşmeciler devletlerin sınırlarını Sözleşme güvencelerine ve özellikle geri gönderme yasağına uygun bir şekilde koruma zorunluluğunu ve gerekliliğini sorgulamadığının altını çizmiştir. Bu kararlar birlikte Mahkeme, Devletleri başvuranların kendi davranışlarına atfedilebilir bir nedenin varlığı halinde bireyselleştirilmiş bir prosedür sağlama yükümlülüğü ve böyle bir prosedür olmaksızın sınır dışı etmeme yükümlülüklerden muaf tutmuş olmaktadır. Carrera "kendi davranış doktrininin" temel haklara otomatik olarak uygulanmasının doğası gereği mutlak olan ve hiçbir istisna kabul etmeyen bu hükümler bakımından açıkça temelsiz ve yasal olarak yanıltıcı olduğunu belirtmektedir. AİHS'nin 19. maddesinde öngörülen Yüksek Sözleşmeciler Tarafların kendi yükümlülüklerine ne ölçüde riayet ettiklerini değerlendirmesini gerektiren AİHM, yetkisiyle bağdaşmadığı için bu yaklaşımdan vazgeçmelidir.¹⁵⁴

Bu gerekçe aynı zamanda 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin lafzını ve konumunu da temelden göz ardı etmektedir. Bu madde, geri göndermeme ilkesini destekleyen usule ilişkin bir güvencedir. Zira ancak kişiler toplu olarak sınır dışı edilmedikleri takdirde, devlet bireysel değerlendirme yaparak mültecilerin tehlike arz eden bir yere geri gönderilmesini engelleyebilir. Açıkça ifade edilmiş bir hakkı sınırlandırmak için yeni bir "hukuka aykırılık" kriteri icat etmek çok tehlikeli bir emsal teşkil etmektedir. Bu durumda Mahkeme,

¹⁵³ Carlos Oviedo Moreno, "A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain", *Verfassungsblog*, 14 February 2020. <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/Law Blog>,

¹⁵⁴ Sergio Carrera, *The Strasbourg court judgement 'N.D. and N.T. v Spain': a 'carte blanche' to push backs at EU external borders?*, EUI RSCAS Working Paper, 2020/21, Florence, 2020, s. 10.

Sözleşme'nin usule ilişkin güvencelerini, devletlerin yükümlülükleriyle ilgisi olmayan konularla karıştırmaktadır. Başka bir sığınma merkezine gitme "olasılığı" İspanya'yı başvuranların bireysel durumlarını inceleme yükümlülüğünden muaf tutamaz.¹⁵⁵

Bu aşamada karardaki ayrık görüşler esasen Mahkeme'nin içtihadındaki kaymayı daha da net gözler önüne sermektedir. Yargıç Pejchal, John Rawls'a atıfta bulunarak başvuruçuların Avrupa Konseyi'ne üye devletlerarasında yer almayan ve Sözleşme'ye taraf olmayan iki Afrika Devleti'nin vatandaşları tarafından yapıldığını ve başvuruçuların başka bir kıtadaki diğer Devletlerin özgür vatandaşlarından oluşan bir topluluk tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasını talep ettiğini belirtmiştir. Yargıç'ın Avrupa topluluğunun vatandaşlarının mali yükümlülüklerin yerine getirdiğinden hareketle üye devletlerin Avrupa Konseyi'ne katkı paylarını ödemelerinin, herkes için Avrupa insan hakları koruma mekanizmasının varlığının ön koşulu olduğunu belirterek sadece Avrupa vatandaşlarının korumaya sahip olacağını belirtmesi endişe vericidir.¹⁵⁶

N.D ve N.T. kararının, AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'nün 4. maddesinin amaçları doğrultusunda sınır dışı etme kavramının kabul edilmeme politikalarını ve uygulamalarını da kapsayacağı ve sığınmacıların, uluslararası koruma talep edip etmediklerine bakılmaksızın ve herhangi bir ayırım gözetmeksizin AİHS korumasından yararlanacaklarını hükme bağlaması olumlu bir gelişmedir. Mahkeme ayrıca Devletlerin, insan hakları bağlamındaki yükümlülüklerinden kaçmak amacıyla topraklarının belirli kısımlarını sınır ve göç yönetimi politikaları adına "toprak dışı" olarak çerçevelememeleri gerektiğine de

¹⁵⁵ Pichele/Schalmz, bu durumun yöneticilere kontrol edilemez bir takdir yetkisi sağlamakta olacağına dikkat çekmektedirler. Çünkü 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi bu karar bağlamında sadece, geri itmeye maruz kalan kişilerin bireysel bir prosedür olmadığı için kendilerini açıklama imkanı bulunmadığından asla kontrol edilemeyecek olan düzensiz bir girişten başka bir alternatifin bulunmaması halinde koruma sağlayacaktır. Pichele/Schalmz, para. 11.

¹⁵⁶ *N.D. and N.T. v. Spain, (GC), Concurring Opinion of Judge Pejchal.*

dikkat çekmiştir. Ayrıca bu kararlar *de facto* sığınma hakkının tanındığı ve devletlere sığınma arayanlara etkili ve elverişli yasal sığınma usulleri sağlama yükümlülüğü getirildiği öğretilde ifade edilmektedir.¹⁵⁷

Buna karşın karar tamamen devleti merkeze alan bir bakış açısıyla ele alınmış bir karar olarak bireylerin haklarının aşındırılmasına yol açmıştır. Kişilerin olağan sığınma yollarına başvurmasını zorunlu kılmak ve aksi durumda korumadan yararlanmalarını engellemek Sözleşme'nin koruma mekanizmasının ve *non-refoulement* güvencesinin sadece belirli sınır noktalarında uygulanabilir olması anlamına gelmektedir. Mahkeme, kararın odağına başvuruçuların davranışlarını koyarak İspanyol makamlarının bireylerin sığınma usullerine erişimini engelleyen orantısız şiddet kullanarak kendi yükümlülüklerini ne ölçüde ihlal ettiğine değinmemiştir. Mahkeme, adeta bireylerin insan hakları korumasını hak edip etmediklerini değerlendirmiştir.

Karar, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediği bulgusundan daha çok "hukuka aykırılık" dilini kullanarak hakların aşınmasına hizmet etmesi yönünden sakıncalıdır ve Mahkeme'nin yıllar içerisinde oluşturduğu içtihadında önemli bir gerilemedir. Devletlerin egemenlik ve güvenlik iddialarına öncelik vererek bireyin haklarını aşındırmaktadır ve hem insan haklarına hem de hukukun üstünlüğüne aykırıdır. Bu karar, göç yönetiminin dışsallaştırılmasını bir politika olarak benimseyen ve sınırlarında giderek daha baskıcı geri itme biçimleri uygulayan Avrupa devletlerinin (Yunanistan, İtalya, İspanya Macaristan ve Hırvatistan gibi) tutumlarının Mahkeme nezdinde karşılık gördüğünü göstermektedir.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Bkz. Daniel Thym, "A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'", *EU Migration Law Blog*, 17.2.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).

¹⁵⁸ Bu karara ilişkin analiz için bkz. Nora Markard, *A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain*, *EU Migration Law Blog*, 1.4.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023); Ruben Wissing, *Push Backs of "Badly Behaving" Migrants at Spanish Border are not Collective Expulsions (But*

Mahkeme'nin toplu sınır dışına ilişkin tutumunun tek seferlik olmadığı, bir içtihat değişikliği olduğu *N.D ve N.T.* davasının karara bağlanmasından çok kısa bir süre sonra Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinin ihlaline dair temel bir risk bağlantısı bulunmayan yakın tarihli bir başka davada teyit edilmiştir. Mahkeme, başvuruçuların polis karakolunda bir tercüman huzurunda standart sorularla yapılan kısa bir görüşmeden sonra standart sınır dışı kararlarına dayanılarak Slovak sınır polisi tarafından Ukrayna'ya geri gönderilmesiyle ilgili olarak 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁵⁹ Mahkeme'ye göre Başvuruçular geri gönderme kararına karşı iddialarda bulunmak ve bireysel durumlarının incelenmesi için yeterli fırsata sahip olmuştur.¹⁶⁰

N.D. ve N.T. kararının yansıması yaklaşık 2 yıl sonra karara bağlanan *A.A. ve diğerleri* davasında da göze çarpmaktadır. Bu davada Mahkeme toplu sınır dışı iddiasını ele alırken *N.D. ve N.T.* kararında belirlediği yasal giriş yollarına girişim imkanı olup olmadığından hareket etmiştir.¹⁶¹ Makedonya'nın olağan sığınma yollarına erişim için

Might Still Be Illegal Refoulements), Strasbourg Observers, 25.2.2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/25/push-backs-of-badly-behaving-migrants-at-spanish-border-are-not-collective-expulsions-but-might-still-be-illegal-refoulements/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).

¹⁵⁹ *Asady and others v. Slovakia*, 24917/15, 24.3.2020, para. 67-70.

¹⁶⁰ Mahkeme sınırdaki telleri keserek giriş yapan bir grup Pakistanlı'nın başvurusunu ele aldığı *Shahzad* kararında da *N.D. ve N.T.* davasındaki kendi kusurlu davranışının varlığını sorgulamıştır. Kişilerin teli kesmelerinin ardından güç kullanmadıkları video kayıtları ile kanıtlandığı için 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi ve 13. Madde bakımından ihlal olduğuna hükmetmiştir. Bkz. *Shahzad v. Hungary*, 12625/17, 8.10.2021, para 60-68. Benzer bir yorum için bkz. *M.H. and Others v. Croatia*, 15670/18 and 43115/18, 4.4.2022.

¹⁶¹ Makedonya hükümeti Makedonya'nın sığınma arayanlar için bir geçiş ülkesi olarak görüldüğünü bu bağlamda sığınma başvurularının çoğunun tamamlanmadığı ve sığınmacıların asıl amaçlarının diğer Avrupa ülkelerine geçmek olduğunu istatistiklerle vurgulamıştır. Mahkeme bu iddiaları kabul ederek kişilerin sınırı geçerek sığınma başvurularını ilettikleri tarihlerde olağan sığınma yollarına neden başvurmadıklarını sorgulamıştır. *A.A. and*

elverişli imkanlar sunduğu, ancak başvuru sahiplerinin yasal sığınma başvurusu yapmak yerine grup olarak sınırları geçmeyi tercih ettikleri kaydedilmiştir. N.D ve N.T kararının aksine başvuru sahipleri herhangi bir şiddet göstermemiş ve güvenlik güçlerine mukavemet etmemişlerdir.¹⁶²

“Bu tür (yasal sığınma başvurusu) düzenlemelerin mevcut olduğu ve Sözleşme, özellikle de 3. madde kapsamında koruma talep etme hakkının gerçek ve etkili bir şekilde güvence altına aldığı durumlarda, Sözleşme, Devletlerin, sınırları kontrol etme yükümlülüklerini yerine getirirken, bu tür koruma başvurularının mevcut sınır geçiş noktalarında yapılmasını şart koşmalarını engellemez. Sonuç olarak, Devletler, sınırı farklı bir yerden geçmeye çalışarak, özellikle de bu davada olduğu gibi, sayılarının çokluğundan faydalanarak, bu düzenlemelere uymakta haklı sebepleri olmaksızın başarısız olan, potansiyel sığınmacılar da dâhil olmak üzere, yabancıların topraklarına girişini reddedebilirler.”¹⁶³

Mahkeme kişilerin olağan sığınma yollarına başvurmayarak kalabalık bir grup olmanın verdiği imkanı kullanarak Makedonya topraklarına yasadışı giriş yapan başvuru sahiplerinin kendi kendilerini tehlikeye attıklarını belirtmiştir. Dolayısıyla her bir başvuru sahibi hakkında bireysel değerlendirme yapılmaksızın sınır dışı kararı verilmesi kendi davranışlarının sonucudur. Mahkeme, başvuru sahiplerinin Sözleşme kapsamındaki haklarını gerçekten ileri sürmek istemişlerse, bu amaçla mevcut resmi giriş prosedürlerini kullanmaları gerekirdi diyerek Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁶⁴ Bu kararda her ne kadar N.D. ve N.T. içtihadının uygulandığı ifade edilmiş olsa da sığınmacıların şiddet kullanmadığına ve sadece olağan sığınma sistemine başvurmadıklarının “kendi kusurları” olarak değerlendirildiğine dikkat çekmek gerekmektedir. Buna rağmen Mahkeme sadece olağan sığınma yollarına başvurulmamasını kendi davranışı nedeniyle koruma dışında kalmak için yeterli görmüştür. Bu değerlendirme ile sığınma arayanlar sadece

others v. North Macedonia, 55798/16, 555808/16, 55817/16, 55820/16 and 55823/16, 5.7.2022, özellikle para. 117-118.

¹⁶² A.A. and others, para. 114.

¹⁶³ ibid, para. 115.

¹⁶⁴ ibid, para. 123.

sığınma aradıkları için Sözleşme'nin güvencelerinden mahrum bırakılmışlardır.

Sonuç

Uluslararası teamül hukuku, sığınma arayan bir kişiyi ülkeye kabul etmek, kişinin istenen sığınma ülkesinde kalmasına izin vermek, sınır dışı etmekten ve iade etmekten, kovuşturma, cezalandırma veya kişinin özgürlüğünü başka bir şekilde kısıtlamaktan kaçınmak gibi belirli davranışları düzenlemektedir. Bu uygulamalar sığınma hakkının pratikte uygulanabilir kapsamını oluşturur.¹⁶⁵ 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde düzenlenen *non-refoulement* ilkesi ile yasadışı giriş veya kalış için ceza verilmemesi ilkelerinin birlikte etkili bir biçimde uygulanması uluslararası hukukta sığınma hakkına birey açısından en yakın durumu teşkil etmektedir.¹⁶⁶

AİHM'in madde 3 *non-refoulement* içtihadıyla oluşturduğu ilerleyen süreçte madde 13 bağlamında adil ve etkili sığınma prosedürüne erişime ilişkin usuli kurallarla geliştirdiği ve Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesinin ilave korumasıyla bir sistem haline getirdiği sağlam koruma çerçevesi, tehlike altında olan bireyler bağlamında *de facto* bir sığınma hakkı oluşturmuştur. AİHM'in Sözleşme maddelerini geniş ve dinamik bir şekilde yorumlaması, sığınmaya ilişkin temel hakların yanı sıra usule ilişkin önemli güvenceleri de kapsayan etkili ve yeterli bir korumanın sağlanmasını mümkün kılmaktadır. Bu koruma, devletlere bireyleri iddialarını iletebilmeleri için ülkelerine kabul etme, elverişli başvuru mekanizmaları sunma ve bireysel değerlendirme usulleri tanıma sorumluluğu yüklemiştir. Ayrıca Mahkeme, özellikle bilgi edinme hakkı, adli yardım ve tercüme hizmetlerinden faydalanma, BMMYK ile iletişime geçme, sığınma başvurusu hakkında gerekçeli bir karar alma, refakatsiz çocuklar için özel güvenceler, otomatik askıya alma etkisine sahip itirazlar gibi usule

¹⁶⁵ Tom Clark, "Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum", 4(2) *International Journal of Refugee Law*, 1992, C. 4, S. 2, 189-204, s. 190.

¹⁶⁶ Roman Boed, "The State of the Right of Asylum in International Law", 5 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994, C. 5, p. 1-34.

ilişkin hususları genel standartları tamamlayıcı bir şekilde uluslararası düzeyde ele almaktadır.

Ancak son yıllarda artan insan hareketliliğinin oluşturduğu devlet pratikleri devletlerin egemenliğini ve güvenlik kaygılarını incelemektedir. Devletlerin takındığı katı tutum Mahkeme'nin kararlarında da bireyi ve insan haklarını odağa alan yaklaşım yerine devlet yetkilerini önceleyen bir bakışın yerleşmesiyle kendini göstermektedir. Mahkeme esasen pek çok davada göç yönetimi adı altında yapılan uygulamaların devletler tarafından sistematik uygulamalar haline geldiğine dikkat çekmiş ve *non refoulement* ilkesi bağlamında sığınma arayanlar için etkili bir koruma düzeyi oluşturmuştur. Buna karşın devletlerin sığınmacılara yönelik tutumlarındaki değişim Mahkeme kararlarında da kendini göstermiştir. Özellikle *N.D. ve N.T.* kararı ile oluşturulan içtihat ve sonrasında bu bakış açısıyla ele alınan kararlar, Mahkeme'nin yıllar içerisinde *non-refoulement* ilkesinin etkili bir biçimde uygulaması ve bu ilkeye eşlik eden usuli güvencelerle ulaşılan koruma düzeyinin gerilemesi ve devletlerin keyfi uygulamalarına kapı aralanması anlamına gelmektedir.

Gelinen noktada sığınma hakkı, sığınma arayanların beyanlarının sadece dinlenmesi ve bilgilerinin kayıt altına alınması şeklinde usuli bir prosedüre dönüşmüş durumdadır. Bu bağlamda AİHM içtihadı bağlamında sığınma arama hakkından *de facto* da olsa sığınma hakkına dönüştüğü kabul edilen hak, sığınma aramaya erişim olarak ifade edilebilecek usuli bir hak seviyesine gerilemiş görünmektedir. AİHM, diğer mekanizmalardan daha etkin bir koruma sağladığı sığınma arama hakkını son yıllardaki kararlarıyla en başa döndürmüş görünmektedir. Grahl-Madsen'in 1972'de sorduğu soru bugün de geçerliliğini korumaktadır: Sığınma hakkı mevcut haliyle EHİB madde 13'de düzenlenmiş olan herhangi bir devleti terk etme hakkından daha fazlasını ifade etmekte midir? Ya da sığınma istenilen devletin etkili ve adil bir statü belirlemesi yapmasından mı ibarettir?¹⁶⁷

¹⁶⁷ Grahl-Madsen, 1972, s. 101.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Das „Asylrecht“ ist das Recht einer Person, in einem anderen Staat Schutz zu suchen, indem sie den Staat ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Wohnsitzes verlässt, weil sie unter Unterdrückung leidet. Es gibt keine Rechtsnorm im internationalen Recht, die den Ermessensspielraum der Staaten bei der Gewährung von Asyl aufhebt und das Recht auf Asyl in ein Recht umwandelt, das von Einzelpersonen eingefordert werden kann. Andererseits stellt das in Artikel 33 der Genfer Flüchtlingskonvention geregelte Verbot der Non-Refoulement das Grundprinzip, der das Verhalten der Staaten gegenüber Ausländern einschränkt.

„Keiner der vertragschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“

Der Grundsatz der Nichtzurückweisung garantiert keine „Aufnahme“. Er ermöglicht jedoch den Zugang zu Aufnahme- und Asylverfahren. Da die Aufnahme von Personen, die einzige Möglichkeit ist, um die Gefahr der Verfolgung zu vermeiden, wird anerkannt, das Non-Refoulement-Prinzip eine de facto Verpflichtung zur Aufnahme von Asylbewerbern beinhaltet. Das Refoulement-Verbot ist ein Grundsatz, der das Asylrecht aus dem Bereich der staatlichen Souveränität herausnimmt und in den Bereich der Menschenrechte überführt.

Obwohl die Europäische Menschenrechtskonvention keine Vorschrift über das Recht auf Asyl enthält, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte durch seine Rechtsprechung den Grundsatz der Nichtzurückweisung im Rahmen von Artikel 3, der das Verbot von Folter regelt, geschützt. Mit seiner dynamischen Auslegung, seinen Mindeststandards und Verfahrensgarantien hat der Gerichtshof seit dem Soering-Urteil von 1989 einen wirksamen Schutz des Asylrechts gewährleistet.

In der Zeit nach 2010 haben viele Staaten angesichts der steigenden Zahl von Asylbewerbern in Europa, insbesondere auf dem Seeweg, neue Praktiken entwickelt, indem sie Schiffe mit Asylbewerbern auf hoher See

blockieren und sie zwingen, in die Hoheitsgewässer ihres Herkunftslandes oder von Drittländern zu fahren, und Asylbewerber zurückschicken, bevor sie die Hoheitsgewässer ihrer Länder erreichen können (Push-Back). Das Hirsi Jamaa-Urteil aus dem Jahr 2012 befasste sich mit der Frage der Intervention auf hoher See. Unter Hinweis auf die Veränderungen bei der Asylsuche im Laufe der Zeit entschied der Gerichtshof, dass die Handlung von Staaten, die die Einreise von Asylsuchenden auf hoher See verhindern oder sie sogar dazu zwingen, die Grenzen eines anderen Staates zu erreichen, eine Ausübung von Hoheitsrechten darstellt und einen Verstoß gegen das Verbot der kollektiven Ausweisung im Rahmen von Artikel 4 des Protokolls Nr. 4 bedeutet.

In diesem Urteil, das sich auf Such- und Rettungsaktionen auf hoher See konzentriert, kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass es ein geeignetes Verfahren geben muss, in dem Personen Asylanträge stellen können und individuell geprüft wird, ob sie die Voraussetzungen für die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da diese Verfahrensregelung bedeutet, dass die Personen zunächst an den Grenzen aufgenommen werden müssen, damit eine individuelle Prüfung stattfinden kann, und dass in diesem Stadium Asyl gewährt wird, wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum, wurde in der Lehre festgestellt, dass der Gerichtshof durch seine Rechtsprechung den Staaten de facto die Verantwortung auferlegt, ein Recht auf Asyl anzuerkennen. Das Hirsi Jamaa-Urteil aus dem Jahr 2012 ist einer Entscheidung, in dem die Befugnisse Zuständigkeiten der Staaten im Rahmen des Asylrechts bewertet werden und das Asyl nicht aus einer staatsorientierten Perspektive, sondern aus einer individuellen und menschenrechtsorientierten Perspektive betrachtet wird.

Trotz der politischen Veränderungen in den Küstenstaaten und aller Präventionsmaßnahmen, die durch neue Methoden unterstützt wurden, stieg die Migrationsbewegung in Richtung Europa auf. Die drastische Position der Staaten gegenüber der Migrationswelle spiegelte sich auch in den Urteilen des Gerichtshofs wider. In diesem Zusammenhang wurde die positive Einstellung des Hirsi Jamaa-Urteils durch das in der Rechtssache Sharifi eingeführte neue Kriterium überschattet, wonach die „Mängel, die den Schwellenwert im Rahmen von Artikel 3 in dem Staat überschreiten, in den der Asylsuchende überstellt wird, dem Überstellungsstaat bekannt sein müssen“. Auch in der Rechtssache Khlaifia u.a. hat der Gerichtshof in kurzer Zeit das Kriterium für ausreichend erachtet, dass jede Person „eine echte und wirksame Gelegenheit

erhält, ihre Argumente gegen die Abschiebung vorzubringen“ und dass “diese Argumente von den Behörden ordnungsgemäß geprüft werden“.

Mit der Frage der kollektiven Ausweisung von Asylbewerbern befasste sich der Gerichtshof in dem Urteil N.D. und N.T. aus dem Jahr 2020. Die Kläger waren von den Sicherheitskräften aufgegriffen worden, als sie versuchten, die Grenze bei Melilla an der spanisch-marokkanischen Grenze zu überqueren, indem sie drei ineinandergreifende Zäune überwandern. Das erstinstanzliche Gericht vertrat die Auffassung, dass die Rückführung der beiden Kläger ohne Identifizierung und zusammen mit einer Gruppe von 75 anderen Personen einer Kollektivausweisung gleichkam. Die Große Kammer legte den Begriff des Fehlverhaltens jedoch sehr weit aus und ging davon aus, dass „das eigene Verhalten des Antragstellers ein relevanter Faktor bei der Beurteilung des nach Artikel 4 des Protokolls Nr. 4 zu gewährenden Schutzes“ sei, und stellte fest, dass das Verhalten von Personen, die eine Landgrenze ohne Genehmigung überqueren, ein Fehlverhalten darstellt. In Anbetracht dessen stellte das Gericht fest, dass N.D. und N.T. „nicht die ihnen zur Verfügung stehenden rechtlichen Verfahren nutzten, um eine rechtmäßige Einreise zu erlangen“ und dass daher „das Fehlen von Abschiebungsanordnungen bei der Einzelfallprüfung eine Folge ihres eigenen Verhaltens war“. Im Lichte dieser Schlussfolgerung unterscheidet der Gerichtshof zwischen rechtmäßiger und irregulärer (unrechtmäßiger) Einreise in das Hoheitsgebiet eines Staates und stellt eine Bestimmung auf, die je nach Art der Einreise dazu führen kann, dass einige Asylsuchende nicht unter den Schutz der EMRK fallen.

Das Gericht verlagert den Schwerpunkt auf das Opfer, obwohl es vom Gericht erwartet wurde, die von den spanischen Behörden ergriffenen Maßnahmen zu bewerten, um festzustellen, ob die Abschiebung in kollektiver Weise unter Verletzung des Protokolls Nr. 4 zur EMRK durchgeführt wurde und ob die Mindestverfahrensgarantien des Artikels 13 der EMRK bei einem so empfindlichen Akt wie der Zwangsübergabe an die Behörden eines anderen Staates eingehalten wurden.

Das Urteil ist insofern zu beanstanden, als es dazu dient, dass die Rechte ihre Bedeutung verlieren, indem es die Formulierung „Rechtswidrigkeit“ verwendet, anstatt festzustellen, dass kein Verstoß gegen Artikel 4 des Protokolls Nr. 4 vorliegt, und stellt einen erheblichen Rückschlag in der über Jahre hinweg aufgebauten Rechtsprechung des Gerichtshofs dar.

Dass die Position des Gerichtshofs zur kollektiven Ausweisung keine einmalige Angelegenheit, sondern eine Änderung der Rechtsprechung war, wurde kurz nach dem Urteil in der Rechtssache N.D. und N.T., in der Rechtssache Asady und A.A. und Andere bestätigt. Mit diesem Urteil wurden Asylbewerber die Garantien der Konvention vorenthalten, nur, weil sie um Asyl nachsuchten.

Das internationale Gewohnheitsrecht regelt bestimmte Verhaltensweisen wie die Zulassung eines Asylbewerbers, die Erlaubnis, in dem Land zu bleiben, in dem er Asyl beantragt hat, den Verzicht auf Abschiebung und Auslieferung, Strafverfolgung, Bestrafung oder andere Einschränkungen der Freiheit der Person. Diese Praktiken bilden den praktischen Anwendungsbereich des Rechts auf Asyl. Die wirksame Umsetzung des in der Genfer Konvention von 1951 verankerte Grundsatz der Nichtzurückweisung und des Grundsatzes, dass die illegale Einreise oder der illegale Aufenthalt nicht bestraft werden dürfen, kommen im Völkerrecht dem Asylrecht für den Einzelnen am nächsten.

Der solide Schutzrahmen des EGMR, der durch seine Rechtsprechung zum Verbot der Zurückweisung nach Artikel 3 geschaffen, durch seine Verfahrensvorschriften über den Zugang zu einem gerechten und wirksamen Asylverfahren nach Artikel 13 weiterentwickelt und durch den zusätzlichen Schutz von Artikel 4 des Protokolls Nr. 4 zur Konvention systematisiert wurde, hat für gefährdete Personen de facto ein Recht auf Asyl erstellt. Die weite und dynamische Auslegung der Artikel der Konvention durch den EGMR ermöglicht es, einen wirksamen und angemessenen Schutz der Grundrechte auf Asyl sowie wichtige Verfahrensgarantien zu gewährleisten.

In den letzten Jahren hat die zunehmende Mobilität der Menschen jedoch dazu geführt, dass staatliche Souveränität und Sicherheitsbelange in den Vordergrund gerückt werden. Die strenge Haltung der Staaten spiegelt sich auch in den Urteilen des Gerichtshofs wider, der eine Sichtweise etabliert hat, die statt das Individuum und die Menschenrechte die staatlichen Befugnisse in den Vordergrund stellt. Insbesondere die mit den Urteilen N.D. und N.T. eingeführte Rechtsprechung und die nachfolgenden Urteile, die mit dieser Perspektive gehandhabt werden, bedeuten, dass der Gerichtshof im Laufe der Jahre den Grundsatz der Nichtzurückweisung effektiv anwendet und dass durch die Verfahrensgarantien erreichte Schutzniveau zurückgeht und die Tür zu willkürlichen Praktiken der Staaten öffnet. In dieser Hinsicht ist das Recht

auf Asyl zu einem Verfahrensrecht geworden, in dem die Aussagen der Asylbewerber lediglich angehört und ihre Angaben zu Protokoll genommen werden. In diesem Zusammenhang scheint das Recht, das sich im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR de facto von dem Recht, Asyl zu suchen, in das Recht auf Asyl (Asylrecht) verwandelt hat, auf das Niveau eines Verfahrensrechts zurückgegangen zu sein, das als Zugang zum Asylverfahren bezeichnet werden kann. Die von Grahl-Madsen 1972 gestellte Frage ist auch heute noch aktuell: Bedeutet das Recht auf Asyl in seiner heutigen Form mehr als das Recht, jeden Staat zu verlassen, wie es in Artikel 13 des humanitären Völkerrechts verankert ist? Oder ist es nur eine effektive und gerechte Statusbestimmung durch den Staat, in dem das Asyl beantragt wird?

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BM	Birleşmiş Milletler
BMMYK	Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
ExCom	Executive Committee (İcra Komitesi- BMMYK)
GC	Grand Chamber (Büyük Daire - AİHM)
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İKS	İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
İHYK	İnsan Hakları Yüksek Komiserliği
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
OUP	Oxford University Press
SAR	Search and Rescue Operations (Arama Kurtarma Faaliyetleri)
STK	Sivil Toplum Kuruluşu
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (BMMYK)

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKAL Cemal Bali, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, 2016.
- ALLEIN Jean, "The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*", *International Journal of Refugee Law*, 2001, C. 13, S. 4, 533–558.
- ARENDT Hannah, "The Rights of Man: What Are They?", American Labor Conference on International Affairs, *Modern Review*, 1949, 24-37.
- BALDACCINI Anneliese, "Extraterritorial border controls in the EU: The role of frontex in operations at sea", *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, B Ryan/ V Mitsilegas (eds), 2010, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 229-255.
- BOED Roman, "The State of the Right of Asylum in International Law", 5 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994, C. 5, p. 1-34.
- BORELLI Silvia/ STANFORD Ben, "Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2014, C. 10, S. 37, 29-69.
- CARRERA Sergio, *The Strasbourg court judgement 'N.D. and N.T. v Spain': a 'carte blanche' to push backs at EU external borders?*, EUI RSCAS Working Paper, 2020/21, Florence, 2020.
- CARRERA Sergio/STEFAN Marco (eds), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020.
- CHERUBINI Francesco, *Asylum Law in the European Union*, Routledge, 2015.
- CLARK Tom, "Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum", 4(2) *International Journal Of Refugee Law*, 1992, C. 4, S. 2, 189-204.

- COLEMAN Nils, "Non-Refoulement Revised: Renewed Review of the Status of *Non-Refoulement* as Customary International Law", *European Journal of Migration Law*, 2003, S. 5, 23-65.
- EDWARDS Alice, "Human Rights, Refugees and the Rights to 'to enjoy' asylum", *International Journal of Refugee Law*, 2005, C 17, 293- 330.
- EDWARDS Alice, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and Alternatives to Detention of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, 2011.
- EGELİĞİ Ömer E., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, On İki Levha yayıncılık, 2021.
- EINARSEN Terje, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum", *International Journal of Refugee Law*, 1990, C. 2-3, 361-389.
- DIENER Alexander C./HAGEN Joshua (eds.), *Borderlines and Borderlands – Political Oddities at the Edge of the Nation-State*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2020.
- FITZGERALD David Scott, "Remote Control of Migration: Theorising Territoriality, Shared Coercion and Deterrence." *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2020, C. 46, S. 1, 4–22.
- GAMMELTOFT-HANSEN Thomas / HATHAWAY James, "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, C. 53, 235-284.
- GARCÍA-MORA Manuel R., *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, Public Affairs Press, 1956.
- GIL-BAZO Maria Theresa, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2008, Cilt 27, Sayı 3, 33-52.
- GIL-BAZO Maria Theresa, "Asylum as a General Principle of International Law", *International Journal of Refugee Law*, 2015, Cilt 27, Sayı 1, 3-28.

- GIUFFRÉ Mariagiulia, "Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, C. 61, S. 3, 728-750.
- GOODWIN-GILL Guy, *International Law and Movement of Persons between States*, OUP, 1978.
- GOODWIN-GILL Guy/ McADAM Jane/DUNLOP Emma, *The Refugee in International Law*, 4. Bs., OUP, 2021.
- GRAHL-MADSEN Atle, *Territorial Asylum*, Stockholm, Almqvist & Wiksell International, 1980.
- GRAHL-MADSEN Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1972.
- GROTIUS Hugo. *The Rights of War and Peace*, çev. A.C. Campbell, M. Walter Dunn, London, 1990.
- HAILBRONNER Kay, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *International Journal of Refugee Law*, 1990, Cilt 2, 1990, 341.
- HAILBRONNER Kay/GOGOLIN Jana. "Territorial Asylum", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, September 2013, paras 31-33 <<http://www.mpepil.com>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2023.
- HAILBRONNER Kay, "Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway", *Verfassungsblog*, 11 Mart 2016, < <https://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/>> Erişim Tarihi 15
- HAMACHER Werner/MENDOZA-DE JESUS Ronald, "On the Right to Have Rights: Human Rights; Marx and Arendt", *The New Centennial Review*, 2014, C. 14, S. 2, 169-214.
- HANNUM Hurst, "Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt 25, 1995-1996, 287-398.
- HANSEN Randall, "State Controls: Borders, Refugees, and Citizenship", *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Elena

- Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loesher, Katy Long, and Nando Sigona (eds), OUP, 2018.
- HARVEY Colin, "Time for Reform? Refugees, Asylum-Seekers, and Protection under International Human Rights Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, C. 34, S. 1, 43-60.
- HEMME Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff, Laiden, 2016.
- HEUSER Stefan, "Is There a Right to Have Rights? The Case of the Right of Asylum", *Ethical Theory and Moral Practice*, 2008, C. 11, S. 1, 3-13.
- İÇDUYGU Ahmet, *The Irregular Migration Corridor between the EU and Turkey: Is It Possible to Block It with a Readmission Agreement?*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2011.
- JOLY Daniele, "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties", *International Journal of Refugee Law*, 1994, C. 6, S. 2, 159-193.
- KÄLİN Walter /CARONI Martina /HEIM Lukas, "Article 33, para. 1", *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A Zimmermann (ed), OUP 2011.
- KIMMINICH Otto, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, Köln: Carl Heynmans Verlag, 1962.
- KJAERUM Morten, "Refugee Protection Between State Interests and Human Rights: Where is Europe Heading?", *Human Rights Quarterly*, 2002, C. 24, 513-536.
- KLEPP Silja, "A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea", *European Journal of Migration and Law*, 2010, C. 12, 1-21.
- LAMBERT Hélène, "Protection Against Refoulement From Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", *International Law and Comparative Law Quarterly*, 1999, C. 48, 515-544.

- LAUTERPACHT Hersch, *International Law and Human Rights*, Frederick D. Praeger, 1950.
- LAUTERPACHT Elihu/BETHLEHEM Daniel, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, E Feller/ V Türk/F Nicholson (eds.), Cambridge, 2003, 87-177.
- LAVANEX Sandra, *Safe Third Countries, Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Central European University Press, 1999.
- LOESHER Gil/ MILNER James, "UNHCR and the Global Governance of Refugees" in Alexander Betts *Global Migration Governance*, OUP 2011, 189-209.
- MACOVEI Monica, *The Right to Liberty and Security of the Person: A Guide to implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Directorate General of Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 5, 2004, <https://rm.coe.int/168007ff4b> (Erişim Tarihi 15 Ekim 2023).
- MARKARD Nora, *A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain*, EU Migration Law Blog, 1.4.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).
- MORENO-LAX Violeta, "Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?", *Human Rights Law Review*, 2012, C. 12, S. 3, 574-598.
- MORENO-LAX Violeta/ GHEZELBASH Daniel/ KLEIN Natalie, "Between Life, Security and Rights: Framing the Interdiction of 'Boat Migrants' in the Central Mediterranean and Australia", *Leiden Journal of International Law*, 2019, C. 32, 715-740.
- OPESKIN Brian/ PERRUCHOUD Richard/ REDPATH-CROSS Jillyanne, "Conceptualizing International Migration Law", *Foundations of International Migration Law*, Ed. Brian Opeskin, Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath-Cross, Cambridge, 2012, 1-16.

- OVIEDO-MORENO Carlos, "A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain", *Verfassungsblog*, 14 February 2020. <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/Law Blog>,
- ÖVÜNÇ-ÖZTÜRK Neva, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 2, 187-228.
- PAPANICOLOPULU Irini, "Hirsi Jamaa v. Italy", *The American Journal of International Law*, 2013, C. 107, S. 2, 417-423.
- PAZ Moria, "The Incomplete Right to Freedom of Movement", *American Journal of International Law*, 2017, C. 111, 514-518.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara 2016.
- PEERS Steve, "Human Rights, Asylum and European Community Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2005, C. 24, S. 2, 24-38.
- PEERS Steve/MORENO-LAX Violeta/GARLICK Madeline/GUILD Elspeth (eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*, Brill-Nijhoff, 2015.
- PICHL Maximilian/ SCHMALZ Dana, "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.", *Verfassungsblog*, 14 Februar 2020. <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>
- PLENDER Richard/MOLE Nuala, "Beyond the Geneva Convention: constructing a de facto right of asylum from international human rights instruments", in Frances Nicholson/Patrick Twomey (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999.
- SOREL Jean-Marc, "Is the Wall Soluble into International Law?", *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?*, E Vallet (ed), Routledge, 2014, 131-141.
- SUHRKE Astri, *Safeguarding the Right to Asylum*, Working Paper Programme of Human Rights Studies, Chr. Michelsen Institute

Department of Social Science and Development, M 92: 3, Bergen, December 1992.

THYM Daniel, "The End of Human Rights Dynamism: Judgments of the ECtHR on 'Hot Returns' and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy", *International Journal of Refugee Law*, 2020, C. 32, S. 4, 569-596.

THYM Daniel, "A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'", *EU Migration Law Blog*, 17.2.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023).

UZUN Elif, "Geri Göndermeme (*Non-Refoulement*) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2012, C. 8, S. 30, 25-58.

VALLET Elisabeth (ed), *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?*, Routledge, 2014.

WISSING Ruben, *Push Backs of "Badly Behaving" Migrants at Spanish Border are not Collective Expulsions (But Might Still Be Illegal Refoulements)*, Strasbourg Observers, 25.2.2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/25/push-backs-of-badly-behaving-migrants-at-spanish-border-are-not-collective-expulsions-but-might-still-be-illegal-refoulements/> (Erişim Tarihi 1 Ekim 2023);

WORSTER William Thomas, "The Comtemporray International Status of the Right to Receive Asylum", *International Journal of Refugee Law*, 2014, C 26, S 4, 477-499.

WOUTERS Cornelis W., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, 2009.

Belge ve Kararlar

"Action Plan: Communication from Italy concerning the case of Hirsi Jamaa against Italy (Application No. 27765/09)", 26 July 2012; CoE doc. DH-DD(2012)671F. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804a7028

Afrika'da Yaşanan Mülteci Sorunlarının Belirli Yönlerine İlişkin Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa) Afrika Birliği Örgütü tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Amnesty International, Annual Report 2010: The State of the World Human Rights, May 27, 2010. <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/001/2010/en/>

Amnesty International, *Amnesty International Report 2015/16 - Morocco / Western Sahara*, 24 February 2016, available at: <https://www.refworld.org/docid/56d05b31c.html> [15 Kasım 2023]

Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisi (*Council of Europe, Declaration on Territorial Asylum*) 18 Kasım 1977 tarihinde kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi (*United Nations Declaration on Territorial Asylum*), 14 Aralık 1967, A/RES/2312/ (XXII).

Cartagena Mülteciler Bildirisi, (*Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*), 19-22 Kasım 1984 tarihinde Kolombiya, Cartagena'da toplanan Konferans tarafından 22 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiştir.

Columbian-Peruvian Asylum Case, (Columbia v. Peru), Judgement, (1950) ICJ Reports, s. 286. Kararın özeti için Bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1851.pdf>, 02.12.2015.

Concluding Observations of the Committee against Torture: Sweden, 4 June 2008, UN Doc. CAT/C/SWE/CO/5, para. 14; Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom, 18 November 2004, UN Doc. CAT/C/CR/33/3.

Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNGA Res 39/46, 10 December 1984.

Haitian Centre for Human Rights v. United States of America (Haitian Interdictions), Case 10.675, Report N° 51/96, 13 March 1997.

Human Rights Committee, General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant (Twenty-seventh session, 1986), reproduced in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) at 189.

Human Rights Watch, Pushed Back, Pushed Around: Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers, 21 September 2009, <https://www.hrw.org/report/2009/09/21/pushed-back-pushed-around/italys-forced-return-boat-migrants-and-asylum-seekers>

Human Rights Watch, Abused and Expelled Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco, February, 10, 2014, <https://www.hrw.org/report/2014/02/10/abused-and-expelled/ill-treatment-sub-saharan-african-migrants-morocco>

Institute of International Law, "Asylum in Public International Law", Resolutions Adopted at its Bath Session, September 1950.

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (The Universal Declaration of Human Rights), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile ilân edilmiştir.

İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

"League Of Nations: Convention Relating to the International Status of Refugees"

<http://migrationeducation.de/33.2.html?&rid=217&cHash=d9c6e5b4a3a0f79da54d236de7a2b7a5>.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır.

Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, on his mission to Italy (29 September–8 October 2012) UN Doc. A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013.

Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the cases of N.D. and N.T. v. Spain (Appl. Nos 8675/15 and 8697/15) before the European Court of Human Rights, <https://www.refworld.org/pdfid/59d3a81f4.pdf>,

UN Special Rapporteur on the human rights of migrants concludes his third country visit in his regional study on the human rights of migrants at the borders of the European Union: Italy, 8 October 2012, para. 8, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12640&LangID=E>.

UNHCR, “The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum”, ExCoM, Conclusion No: 30 (XXXIV) (1983).

AİHM Kararları

Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. the United Kingdom, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.5.1985.

Soering v. the United Kingdom, 14038/88, 7.7.1989.

Cruz Varas v. Sweden, 15576/89, 20.3.1991.

Vilvarajah and others v. the United Kingdom, 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30.10.1991.

Chahal v the United Kingdom [GC], 24414/93, 15.11.1996.

H.L.R. v. the United Kingdom, 29.4.1997

D v. the United Kingdom, 30240/96, 2.5.1997.

Boujlifa v. France, 25404/94, 21.10.1997.

Jabari v. Turkey, 40035/98, 11.7.2000.

Xhavara and Fifteen Others v. Italy and Albania (Admissibility Decision), 39473/98 11.01.2001.

Sharifi and others v. Italy and Greece, 16643/09, 21.01.2001.

Conka v. Belgium, 51564/99, 5.2.2002.

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, 46827/99 ve 46951/99, 4.2.2005.

Berisha & Haljiti v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia",
18670/03, 16.6.2005.

Saadi v. Italy, 37201/06, 28.2.2008.

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, 30471/08, 22.9.2009.

Medvedev and others v. Italy, 3394/03 29.3.2010.

Tehrani and others v. Turkey, 32940/08, 41626/08, 43616/08, 13.4.2010.

M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09, 21.1.2011.

Dritsas vd v. Italy, 2344/02, 01.02.2011.

Hirsi Jama v. Italy, [GC], 27765/09, 23.02.2012.

Al-Nashiri v. Poland, 28761/11, 24.01.2014.

Khlaifia and others v. Italy [GC], 16483/12, 15.12.2016.

Ilias and Ahmed v. Hungary, 47287/15, 21.11.2019.

N.D. and N.T. v. Spain, 8675/15, 8697/15, 3.10.2017 (3rd Chamber).

N.D. and N.T. v. Spain [GC], 8675/15 and 8697/15, 13.2.2020.

Asady and others v. Slovakia, 24917/15, 24.3.2020.

M.K. and Others v. Poland, 40503/17, 42902/17, 43643/17, 14.12.2020.

D.A. and others v. Poland, 51246/17, 8.7.2021.

Shahzad v. Hungary, 12625/17, 8.10.2021.

M.H. and Others v. Croatia, 15670/18 and 43115/18, 4.4.2022.

A.A. and others v. North Macedonia, 55798/16, 555808/16, 55817/16,
55820/16 and 55823/16, 5.7.2022.

Parlamento Seçimlerinde Zorunlu Cinsiyet Kotası Uygulamasının Alman ve Türk Anayasalarına Uygunluğu

Vereinbarkeit verpflichtender Geschlechterquoten bei Parlamentswahlen mit der deutschen und türkischen Verfassung

Araş. Gör. Kubilay YALÇIN*

ÖZ

Kadınlar Türk ve Alman nüfuslarının yarısından fazlasını oluşturmalarına rağmen hem Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde hem Almanya'nın federal parlamentosu Bundestag ve on altı eyalet parlamentosunun tümünde, genel nüfustaki paylarına göre düşük bir temsil oranına sahiptir. Kadınların parlamentodaki eşit temsilini sağlamak için halihazırda birçok ülkede olduğu gibi, partilerin milletvekili aday listelerine zorunlu cinsiyet kotası getirilmesi iki ülkede de önerilmektedir. Ancak bu uygulamanın temsili ve parlamenter demokrasinin çağdaş teorisine aykırı olup demokratik devlet ilkesini, seçimlerin serbestliği, eşitliği ve genelliği ilkeleri ile siyasi partiler ve vatandaşlar bakımından eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği tartışmalıdır. Brandenburg ve Thüringen anayasa mahkemeleri eyaletlerinde hayata geçirilen Almanya'nın ilk ve tek parlamenter cinsiyet kotası (parite) yasalarını (Paritätsgesetze) bundan dolayı iptal etmiştir. Tartışmaya müdahil olan Federal (Bundesverfassungsgericht) ve Bavyera anayasa mahkemelerinin de parlamenter cinsiyet kotasına şüphelle yaklaştığı anlaşılmaktadır. Çalışmada cinsiyet eşitliğini demokratik sistem içerisinde fiili olarak sağlama ve demokrasinin halk

* Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu ve Maliye Hukuku Kürsüsü (Prof. Dr. Christian Waldhoff) Araştırma Görevlisi, (kubilay.yalcin@hu-berlin.de). ORCID: 0000-0002-4852-2284.



tarafından kabul görmesi ve böylece güçlenmesi amacıyla uygulanan parlamenter cinsiyet kotasının çoğulcu demokrasi anlayışıyla bağdaştırılabileceği ve seçim ilkeleri ile eşitlik ilkesini ölçülü bir şekilde sınırlayabileceği gösterilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Parlamenter demokrasi, temsili demokrasi, parlamenter deliberasyon, cinsiyet eşitliği, cinsiyet kotası, parite yasaları.*

Constitutionality of Mandatory Gender Quotas in Parliamentary Elections under the German and Turkish Constitutions

ABSTRACT

Women, although making up more than half of the Turkish and German populations, are underrepresented compared to their share in the general population in both Turkey's Grand National Assembly and Germany's Bundestag and its sixteen state parliaments. To ensure equal representation of women in parliaments it is suggested to implement mandatory gender quotas on parties' election lists, as there are already in many countries. However, it is debated whether those contradict the contemporary theory of representative and parliamentary democracy and violate the democratic state principle, the principles of free, equal, and general elections, and the equality rights of political parties and citizens. For this reason, the state constitutional courts of Brandenburg and Thuringia annulled Germany's first and only parliamentary gender quota (parite) laws (Paritätsgesetze). It is seen that the German Federal (Bundesverfassungsgericht) and Bavarian Constitutional Courts, which have also been involved in the debate, are suspicious of parliamentary gender quotas' constitutionality as well. In this article it will be shown that parliamentary gender quotas, which are implemented to ensure gender equality in the democratic system and for democracy to be accepted by the public more broadly and thus strengthened, can be reconciled with the understanding of pluralist democracy, and limit electoral principles and equality rights of citizens in a constitutional way.

Keywords: *Parliamentary democracy, representative democracy, parliamentary deliberation, gender equality, gender quota, parity laws.*

A. Giriş: Alman Parlamentosunda ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Parite (Sayısal Eşitlik) Talebi

Kadınların kamusal yaşamda karşılaştığı ayrımcılığı ve dezavantajları telafi etme ve erkeklerle eşit statüye ulaşması amacıyla yapılan ve yapılması önerilen yasal düzenlemeler on yıllardır tartışma konusu olmuştur. Örneğin şirketlerde,¹ akademiye,² kamu görevinde yükselmede,³ aile hukukunda, ceza hukukunda ve iş hukukunda⁴ olduğu gibi, siyasal yaşama katılımında da pozitif ayrımcılığın (geçici özel önlemlerin) gerekliliğini ileri süren ve bunu talep eden sesler artmaktadır.

Alman Anayasası'nı (Grundgesetz, GG) 1949 senesinde kabul eden Parlamenter Kurul'un (Parlamentarischer Rat) sadece dört kadın

¹ Örn. Almanya'da 12 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren yasayla (Zweites Führungspositionen-Gesetz, BGBl. I 3311) gelen, halka açık şirketlerde dört veya daha fazla kişiden oluşan yönetim kurullarında en az bir üyenin kadın olması zorunluluğu. Türkiye'de ise bağlayıcı bir kota uygulaması olmamakla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2014 yılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nde yer alan şirket yönetim kurullarında yüzde 25 kadın üye hedef oranı göze çarpmaktadır (md. 4.3.9.).

² Heide M. Pfarr, *Quoten und Grundgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1988, s. 19: Berlin Özgür Üniversitesi Senatosu'nun 1981 yılında kadın akademik personelin sayısını artırmak istemesini ve aynı derecede yeterlilik gösteren adaylar arasında kadın adaya öncelik verileceğini açıklaması tepkiye neden olmuştu.

³ Örn. bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, "Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 30, Özel Sayı, 2017, 93-124.

⁴ Türkiye'deki örnekler için bkz. Sinem Servet Özdemir, *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 110 vd.

üyesinden (“Anayasanın Anneleri”, „Mütter des Grundgesetzes“⁵) biri olan Elisabeth Selbert, kadınların kamu görevlileri ve parlamento üyeleri arasındaki düşük temsilini henüz 1981 yılında verdiği bir demeçte “sürekli hale gelmiş anayasaya aykırılık durumu” olarak tanımlamıştır.⁶ Dönemin Şansölyesi Angela Merkel de bu doğrultuda, kadın ve erkeklerin parlamentolarda eşit temsil edilmesi gerektiğini ve bunun siyasi bir hedef olduğunu beyan etmiştir.⁷ 2021 genel seçimlerinden sonra Şansölye seçilen Sosyal Demokrat Parti’li (SPD) Olaf Scholz, parlamento seçimlerinde partilerin listelerine uygulanacak zorunlu ve katı bir cinsiyet kotasını (parite yasasını) onaylayan siyasilerdendir. Kota talebi SPD, Yeşiller (Grüne) ve Sol Parti’nin (Linke) seçim programlarında da yer bulmuştur.⁸ Eylül 2022’de Alman Kadınlar

⁵ Bkz. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı), *Mütter des Grundgesetzes*, Berlin, 14. bası, Eylül 2022.

⁶ Kristine Sudhölter, “Elisabeth Seibert, Eine der vier Mütter des Grundgesetzes”, Margarete Fabricius-Brand, Sabine Berghahn ve Kristine Sudhölter (editör), *Juristinnen – Berichte, Fakten, Interviews*, Elefanten Press, Batı Berlin, 1982, 187-190, s. 190; ayrıca bkz. Joachim Wieland, “Bindungen und Spielräume des Parteienverfassungsrechts für die Herstellung von Parität”, Marion Eckertz-Höfer ve Margarete Schuler-Harms (editör), *Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 147-160, s. 149.

⁷ Hermann Butzer, “Verfassungsfragen einer Paritégesetzgebung auf Bundes- und Landesebene”, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*, Cilt: 26, Sayı: 1, 2019, 10-20, s. 13. – Angela Merkel’in (partisi muhafazakâr CDU gibi) katı kotalara temkinli yaklaştığı bilinmektedir.

⁸ SPD, *Das Zukunftsprogramm*, 9 Mayıs 2021, s. 42, erişim linki: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; Bündnis 90/Die Grünen, *Bundestagswahlprogramm 2021*, Haziran 2021, s. 177-178, erişim linki: https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf, erişim tarihi: 15 Eylül 2023; Die Linke, *Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2021*, Haziran 2021, s. 103, erişim linki: <https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprog>

Konseyi (Deutscher Frauenrat) ve Alman Sendikalar Birliği (Deutscher Gewerkschaftsbund) başta olmak üzere birçok kuruluşun himayesinde “Eşitlik şimdi!” (Initiative „Parität jetzt!”) adlı bir lobi kampanyasının başlatılmasıyla parlamento seçimlerinde kadın kotasının gerekli ve anayasaya uygun bir uygulama olduğu görüşü ülke çapında reklam panolarında yer almaya başlamıştır.⁹ Alman Parlamentosu’nun Mart 2023’te tartışmalı ve mahkemeye taşınacağı beklenen bir seçim yasası değişikliğine imza atmasından sonra,¹⁰ Parlamento Başkanı Bärbel Bas zorunlu cinsiyet kotasının da üzerinde çalıştıklarını açıklamıştır.¹¹

1997 yılında kurulan ve “toplumu ve bireyleri ilgilendiren kararların alındığı, seçim ve atama ile oluşan tüm karar organlarında kadın erkek eşitliğini demokrasinin bir gereği olarak”¹² kabul eden Kadın Adayları Destekleme Derneği (KA-DER), Türkiye’de de Almanya’dakine benzer birçok kampanyaya imza atmıştır. Özellikle 2009 yerel seçimleri öncesi KA-DER’in kullandığı Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti), Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) ve Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) genel başkanlarını mor kravatlı ve omuz omuza gösteren fotomontajlı afişler (“Üçümüz de aynı fikirdeyiz!”) kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştı.¹³ Son olarak, CHP grubunun mahalli seçimler ve

ramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁹ Initiative Parität jetzt, *Weil Demokratie uns alle braucht*, erişim linki: <https://paritaetjetzt.de>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

¹⁰ Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 20/6015; ayrıca bkz. Deutscher Bundestag, *Wahlrechtsreform zur Verkleinerung des Bundestages beschlossen*, 17 Mart 2023, erişim linki: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw11-de-bundeswahlgesetz-937896>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

¹¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung, *Bas fordert weitere Wahlrechtsreform*, 18 Mart 2023, erişim linki: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundestag-baerbel-bas-fordert-weitere-wahlrechtsreform-18758924.html>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

¹² KA-DER, *Vizyon Misyon ve Değerlerimiz*, erişim linki: <https://ka-der.org.tr/vizyon-misyon-ve-degerlerimiz>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

¹³ KA-DER, *2009 Yerel Seçim Kampanyası*, erişim linki: <https://ka-der.org.tr/2009-yerel-secim-kampanyasi>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023. – MHP genel başkanı *Devlet Bahçeli*’nin afişin yasaklanması talebi Ankara 26.

milletvekili genel veya ara seçimlerinde listede birbirini izleyen iki adayın aynı cinsiyetten olmamasını (fermuar yöntemi) öngören yasa teklifi 2021 yılının Kasım ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu'nda reddedilmiştir.¹⁴

Görüldüğü üzere, parlamento seçimlerine katılan siyasi partilerin aday listelerine uygulanacak zorunlu cinsiyet kotası hem Almanya'da hem de Türkiye'de demokrasinin işleyişini yakından ilgilendiren ve güncel bir tartışma konusudur. Almanya'da yürürlüğe giren ilk parite yasaları anayasaya aykırı bulunmuşken, Türkiye'de parlamenter cinsiyet kotasını kabul edecek bir meclis çoğunluğu henüz ortaya çıkmamıştır. İki ülkedeki parite talebini ve anayasaya uygunluğunun karşılaştırmalı olarak ele alınmasının nedeni, her iki ülkede de sadece siyasi değil hukuki argümanlar da kullanılarak cinsiyet kotalarının hararetli bir şekilde tartışılmasıdır. Diğer ülkelerin, özellikle de diğer Avrupa ülkelerinin deneyimleri göstermektedir ki, bu tartışma hem Almanya'da hem de Türkiye'de zaman geçtikçe daha da yoğunlaşacak ve somut yasa teklifleri üzerinden devam edecektir. Özellikle Türkiye'deki parite tartışmasının daha fazla hukuki argümanla zenginleştirilmesi bakımından Almanya'daki tecrübelerin ele alınması yararlı olacaktır. Parlamenter cinsiyet kotasını ve parite yasalarının Alman ve Türk Anayasalarına uygunluğunu ele alan bu çalışmada;¹⁵

Asliye Hukuk Mahkemesi'nce reddedilmişti (Kazete, *MHP'nin Ka.Der hakkında açtığı dava tümüyle reddedildi*, 8 Ocak 2009, erişim linki: <https://www.kazete.com.tr/mhp-nin-kader-hakkında-actigi-dava-tumuyle-reddedildi>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023).

¹⁴ Yasa teklifinin dönemi ve yasama yılı: 27/4, esas numarası: 2/3460; teklifin metni için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/WebOnergeMetni/70315c65-caa4-45af-bae2-5d1d3f4e7343.pdf> (son erişim tarihi: 15 Eylül 2023).

¹⁵ Çalışmanın konusunun birçok siyasi partinin tüzüğünde yer alan, parti kurulları, yönetici pozisyonları, seçim adaylıkları ve aday listeleri için partinin kendi isteğiyle uygulanan cinsiyet veya kadın kotaları olmadığı hatırlatılır. Parti içi kotalar için bkz. Ebru Karaman, *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası*, On İki Levha, İstanbul, 2016; Tijen Dünder Sezer, "Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 159, 2022, 51-122, s. 65 vd.; Almanya için örn. bkz.

öncelikle, kadınların siyasal yaşama katılımının ve siyasal haklarının tarihçesine, kadınların parlamentolardaki temsil oranına ve bu oranın düşüklüğünün olası nedenlerine genel hatları ile değinilecektir. Sonrasında, pozitif ayrımcılık örneği olan zorunlu cinsiyet kotası uygulamasının tipolojisi ve örnekleri gösterilecek ve çalışmanın izleyen bölümleri kapsamında Alman ve Türk anayasalarına, özellikle demokratik devlet ilkesine, seçim ilkelerine, siyasi partilerin haklarına ve eşitlik ilkesine veya bu kapsamdaki haklarına uygunluğu incelenecektir.

B. Almanya ve Türkiye’de Kadınların Siyasal Yaşama Katılımının Kısa Tarihçesi

I. Kadınların Seçme-Seçilme ve Diğer Siyasal Hakları

1. Alman İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğu

“[Çağdaş] demokrasi, eşitlik ve kadınlara eşit vatandaşlık haklarının tanınması arasındaki ortada olan bağın” tanınması Almanya’da da “anayasa tarihinin nispeten yeni bir gelişmesidir”.¹⁶ Başarısız olan 1848 Mart Alman Devrimlerinin öncesinde (Vormärz döneminde) ortaya çıkan bölgesel anayasalarda mülkiyete sahip kadınlara siyasal haklar tanınmasına karşın, Alman İmparatorluğu’nda ne eyaletlerde ne de federal seviyede (Reichstag seçimlerinde) kadınlara seçme-seçilme hakkı tanınmıştır.¹⁷ Hatta kadınların siyasal alanda etkinlik gösteren derneklere üye olması 1908 yılına kadar katiyen yasak olmuştur.¹⁸ 1906 yılında Bavyera’da yapılan seçim yasası değişikliğinde de,¹⁹ Prusya’da yapılması planlanan ve uzun tartışmalar sonrasında

Anna Gloßner, *Paritätsgesetze und repräsentative Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 2022, s. 29 vd.

¹⁶ Ute Rosenbusch, *Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1998, s. 26.

¹⁷ Ibid, s. 133.

¹⁸ Joachim Hofmann-Göttig, *Emanzipation mit dem Stimmzettel*, Neue Gesellschaft, Bonn, 1986, s. 21; Rosenbusch, s. 318. Prusya dernekler hukukunda buldukları bir boşluğu kullanarak dernek kuran sosyal demokrat aktivist kadınlar için bkz. Rosenbusch, s. 310.

¹⁹ Rosenbusch, s. 371.

savaşın yol açtığı istikrarsız ortamda gerçekleşmeyen reform kapsamında da kadınlara seçme-seçilme hakkı verilmesi öngörülmemiştir.

Osmanlı İmparatorluğu'nun Meşrutiyet'e kadar katı bir biçimde sınıflandırılmış olarak kabul edilen toplumu²⁰ içerisinde kadınlar, köle ve inançsızlar gibi alt tabakada yer alır ancak bu iki grubun aksine statüsünde değişikliğe yol açacak, örneğin İslamiyet'i kabul etme gibi kararlar veremez, toplumsal statüsünü yükseltecek haklardan yararlanamazdı.²¹ Meşrutî döneme gelindiğinde Kanun-i Esasi (1876 Anayasası), Osmanlı Devleti'nin ilk yasama organı Meclis-i Umumi'yi ortaya çıkarmış, alt kamarası Meclis-i Mebusan'ın seçimi Türk tarihinin ilk seçim yasası olarak kabul edilen Meclis-i Umuminin Suret-i İntihabına ve Tayinine Dair Talimat-ı Muvakkate (Geçici Talimat) yoluyla düzenlenmiştir.²² Ancak, seçme-seçilme hakkı sadece 25 yaşını doldurmuş erkeklere tanınmıştır.²³ 1908 yılında II. Meşrutiyet döneminin ilanıyla Tanzimat döneminde başlayan modernleşme süreci "Osmanlı Devlet ricali ve aydın kesim ailelerine mensup kadınlar" öncülüğünde²⁴ hızlanmış, birçok kadın derneği²⁵ ve gazetesi²⁶ ortaya çıkmış ve kadın haklarının tanınması talebi daha yüksek sesle dile getirilmiş,²⁷ üstelik İttihat ve Terakki Fırkası'nda kadın teşkilatları

²⁰ Bkz. Sina Akşin, "Osmanlı-Türk Toplumundaki Sınıf Yapısı Üzerine bir Deneme", *Toplum ve Bilim*, Sayı: 2, 1977, 31-46.

²¹ Bernard Lewis (Mine Yazıcı), *Tanzimat ve Sosyal Eşitlik*, *Belleten*, Cilt: 62, Sayı: 234, 1998, 577-588.

²² Ümit Güveyi, "Türkiye'de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 137, 2018, 37-66, s. 49 vd.

²³ *Ibid*, s. 51 vd.

²⁴ Semra Gökçimen, "Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi", *Yasama Dergisi*, Sayı: 10, 2008, 5-59, s. 9.

²⁵ *Ibid*, s. 14 vd.; Şefika Kurnaz, *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2. bası, 1991, s. 77 vd.

²⁶ Gökçimen, s. 12 vd.; Kurnaz, s. 86 vd.

²⁷ Serpil Sancar, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti*, İletişim, İstanbul, 3. bası, 2014, s. 92 vd.

kurulmuş olsa da,²⁸ kadınlara Osmanlı monarşisi ve teokrasisi döneminde seçme-seçilme hakkı tanınması elbette söz konusu olmamıştır.

2. 1918-1919 Alman Devrimi ve Türk İnkılâbı

Birinci Dünya Savaşı'nın Almanya için kanlı bir yenilgiyle sonuçlanması Alman İmparator II. Wilhelm'in tahtı bırakmasına ve Alman Cumhuriyeti'nin²⁹ ilan edilmesine yol açmıştı. İktidar gücünü eline alan Friedrich Ebert başkanlığındaki sosyal demokrat (MSPD) ve sosyalist (USPD) siyasetçilerden oluşan Halk Temsilcileri Konseyi (Rat der Volksbeauftragten), 12 Kasım 1918 günü yayımladığı kararnameyle³⁰ İmparatorluk döneminde de SPD'nin parti programında yer almış³¹ ve yasaklanmaya çalışılan kadın hareketinin en önemli talebi olan³² eşit oy ilkesinin hayata geçirileceğini diğer siyasi partilere danışmadan ilan etmiştir. Böylelikle kadınlar 19 Ocak 1919 günü gerçekleşen anayasal meclis (verfassungsgebende Nationalversammlung) seçimlerinde federal seviyede ilk kez seçme-seçilme haklarından yararlanabilmiştir.³³ Vekil seçilen 37 kadın kamuoyunun büyük ilgisi altında³⁴ ve Başbakan

²⁸ M. Şükrü Hanioglu, "The Second Constitutional Period, 1908–1918", Reşat Kasaba (editör), *The Cambridge History of Turkey, Volume 4: Turkey in the Modern World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 62-111, s. 69.

²⁹ Anayasal meclisin (verfassungsgebende Nationalversammlung) başta güvenlik sebeplerinden ötürü başkent Berlin'de değil, Thüringen bölgesinin Weimar kentinde toplanması, Alman Cumhuriyeti'nin (Deutsche Republik) "Weimar Cumhuriyeti" („Weimarer Republik“) olarak anılmasına yol açmıştır.

³⁰ Reichsgesetzblatt (RGBl.) I 1918, s. 1303 („Aufruf an das Deutsche Volk“).

³¹ Bkz. Rosenbusch, s. 309 vd.

³² Gabriele Abels/Anne Cress, "Vom Kampf ums Frauenwahlrecht zur Parité", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 50, Sayı: 1, 2019, 167-186, s. 168; Susanne Hähnchen/Kathrin Berenbrink, "Von Scherzfragen, hübschen Larven und männerzerfleischenden Bestien", *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt: 71, Sayı: 46, 2018, 3363-3367, s. 3365; Rosenbusch, s. 281.

³³ Hofmann-Göttig, s. 26.

³⁴ Örn. bkz. Arminius Hildegard/Johannes W. Harnisch, *Skizzen und Stimmungen aus dem Weimar der Nationalversammlung*, Verlag August Scherl,

Ebert'in de meclis açılış konuşmasında dikkat çektiği gibi³⁵ anayasa çalışmalarına katkı vermiştir; anayasal meclisin 386 üyesi ise (yani yüzde 91,3'ü) erkek idi.

Nasyonel sosyalistler iktidara geldikleri 1933 yılından sonra Weimar Anayasası'nı ilga etmeye gerek duymadan kadınların seçilme hakkını fiilen ortadan kaldırmıştır. Naziler, faşist devletlerinin ataerkil anlayışları ile bağdaştıramadıkları³⁶ kadınları sistematik bir şekilde parlamento üyeliği dahil tüm resmi makamlardan silmiş³⁷ ve annelik kimliklerini öne çıkararak üzerlerinde cinsiyetçi bir tahakküm kurmuştur.³⁸

Türkiye'de ise, Cumhuriyetin ilanıyla birlikte meydana gelen köklü ve hızlı değişimlerin başında kadınların eşit yurttaşlık haklarına erişmesi gelmektedir. Milli Mücadele'ye verdikleri hayati katkıdan dolayı yüksek bir itibara erişen³⁹ Türk kadınları örneğin 1926 yılında kabul edilen Medeni Kanun ile hukuken önemli kazanımlar elde etmiştir. Kadınların eşit siyasi haklara ulaşması ise siyasi zeminin hazır olmaması sebebiyle zaman almıştır.⁴⁰ Cumhuriyet Halk Fırkası'ndan iki ay önce 15 Haziran 1923 tarihinde Kadınlar Halk Fırkası kurulmuş ancak kadınların 1923 Seçim Yasası'na göre seçme-seçilme hakkına

Berlin, 1919, s. 12; Paul Löbe, *Erinnerungen eines Reichstagspräsidenten*, Arani, Berlin-Grunewald, 1951, s. 51 vd.

³⁵ Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, *Stenographische Berichte*, Cilt: 326, Norddeutsche Buchdruckerei und Verlags-Anstalt, Berlin, 1920, s. 1 A-B: „Besonders herzlich begrüße ich die Frauen, die zum erstenmal gleichberechtigt im Reichsparlament erscheinen“.

³⁶ Örn. bkz. devletin, ortaya çıkışından beri erkil olduğunu savunan ve kadınların hukuk alanında çalışmasını erkeklere karşı haksızlık olarak gören Heinz Dietrich, “Der Beruf der Frau zur Rechtsprechung”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Cilt: 38, 1933, sütun 1255 vd.

³⁷ Hofmann-Göttig, s. 35.

³⁸ Dorothee Klinksiek, *Die Frau im NS-Staat*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1982, s. 23.

³⁹ Gökçimen, s. 16 vd.; Ayten Sezer, “Türkiye'deki İlk Kadın Milletvekilleri ve Meclis'teki Çalışmaları”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 42, 1998, 889-905, s. 891 vd.

⁴⁰ Özdemir, s. 23 vd.

sahip olmadığı gerekçesiyle yasal statü alamamıştır.⁴¹ Bu noktada, tek cinsiyete odaklanan bir partiye yasal statü tanınmasının, daha sonra kadınları üye olarak kabul etmeyen partilerin ortaya çıkmasına yol açabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Kadınlar 3 Nisan 1930 tarihinde belediye seçimlerine, Teşkilat-ı Esasiye ile yapılan değişiklikle 8 Şubat 1935 tarihinde de milletvekili genel seçimine ilk kez katılmıştır.

3. Mevcut Alman Anayasası'nda ve Türk Anayasası'nda Kadınların Siyasal Hakları

Günümüzde, Alman Anayasası ve Türk Anayasası kadınlara erkeklerle aynı siyasal hakları tanımaktadır. Genel eşitlik ilkesinin yanında kadın ve erkeklerin eşit statüsünü öngörürler.⁴² Nasyonel sosyalist diktatörlüğün zulmüne karşı antitez niteliği taşıyan⁴³ mevcut Alman Anayasası'nın kadın-erkek eşitliğini vurgulaması ise özellikle tutarlıdır. Aynı yöndeki durum Türk Anayasası için Cumhuriyet devrimlerinin taşıdığı ilerici fikri ışığında söylenebilir. Dernek (GG md. 9 f. 1, AY md. 33 f. 1) ve parti kurma özgürlüğü (GG md. 21 f. 1 c. 2, AY md. 67 f. 1) cinsiyete bakılmaksızın tüm vatandaşlara tanınmıştır. Seçimlerin genel oy ilkesine göre yapılması güvence altına alınmıştır.⁴⁴ Almanya'da "onsekiz yaşını bitiren seçme, reşitlik yaşını bitiren seçilme

⁴¹ Gökçimen, s. 20; Sezer, s. 892 vd.

⁴² GG md. 3 f. 2: "Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendiren ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir"; AY md. 10 f. 2: "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz". Çalışmada, Siyasi Eğitim Federal Merkezi'nin (Bundeszentrale für politische Bildung) 2020 yılının Eylül ayında yayımladığı Alman Anayasası metninin Türkçe tercümesinden yararlanılmıştır. Tercüme, Christian Rumpf ve Gökçe Uzar Schüller'e aittir.

⁴³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 124, 300, s. 327 (Wunsiedel-Beschluss).

⁴⁴ GG md. 38 f. 1 c. 1: "Alman Federal Meclisin milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler"; AY md. 67 f. 2 c. 1: "Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır".

hakkına sahiptir” (GG md. 38 f. 2). Türkiye’de ise “onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir” (AY md. 67 f. 3).

II. Kadınların Parlamentolardaki Temsil Oranı

1. Alman Federal Parlamentosu (Bundestag) ve Eyalet Parlamentoları

Alman Federal Parlamentosu’ndaki kadın milletvekillerinin oranı, Hristiyan Demokrat Birliği’nin (CDU) yüzde 33’lük bağlayıcılığı olmayan parti içi kadın kotası uygulamaya başladığı 1998 yılından beri yaklaşık üçte bire yükseldi ama ardından 15 yıl boyunca aynı kalmıştır.⁴⁵ 2013 seçimleri sonucunda kadınların oranının yüzde 36,5’e yükselmesinin ardından, bu oran 24 Eylül 2017’deki seçimlerde tekrar belirgin bir şekilde düşmüştür (yüzde 30,7). Bunun sebepleri ise, aşırı sağcı parti Alternative für Deutschland’ın (AfD) ilk kez milletvekili çıkarması, liberal Özgürlükçü Demokratik Parti’nin (FDP) yeniden Meclis’e girmesi ve CDU/CSU grubunda da vekillerin büyük çoğunluğunun erkeklerin oluşturması olmuştur.⁴⁶ Federal Parlamento’daki kadın vekil sayısı 2021 seçimlerinden sonra hala şimdiye kadarki en yüksek seviyeye yetişmeyecek şekilde yüzde 34,8’e ulaşmıştır. Avrupa’nın geneliyle karşılaştırıldığında Almanya ortalama bir konuma sahipken, Batı ve Kuzey Avrupa ülkeleriyle kıyaslandığında kadın parlamenter konusunda önemli ölçüde daha zayıf olduğu ortaya çıkmaktadır.⁴⁷ Kadınlar Almanya’nın tüm eyalet meclislerinde de

⁴⁵ Louise Davidson-Schmich/Isabelle Kürschner, “Stößt die Frauenquote an ihre Grenzen? Eine Untersuchung der Bundestagswahl 2019”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 25-34, s. 26; Elke Wiechmann, “Politische Repräsentanz und Geschlecht: Political Gender Gap”, Beate Kortendiek, Birgit Riegraf ve Katja Sabisch (editör), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden, 2019, 1245-1256, 1248 vd.

⁴⁶ Davidson-Schmich/Kürschner, s. 26; Wiechmann, s. 1249.

⁴⁷ Dünya parlamentolarındaki kadın oranlarını içeren veritabanı için bkz. Inter-Parliamentary Union, *Monthly ranking of women in national parliaments*, erişim linki: <https://data.ipu.org/women-ranking>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; ayrıca bkz. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages,

azınlıktadır.⁴⁸ 2008 yılından bu yana birçok eyalette kadın parlamenterlerin oranının ciddi şekilde düşmüş olması dikkat çekicidir.⁴⁹

2. Türkiye Büyük Millet Meclisi

TBMM'deki kadın oranı 1935-2002 seçim yılları arası yüzde 0,6 ve 4,5 arasında değişmiştir.⁵⁰ Bu dönem içindeki en yüksek kadın parlamenter oranına kadınların ilk kez seçme-seçilme hakkına sahip olduğu 1935 seçim yılında erişilmiş (399 milletvekilinin 18'i kadın idi) ve oran çok partili dönemin başlangıcından itibaren daha da düştükten sonra on yıllarca neredeyse aynı kalmıştır.⁵¹ 2011 seçiminden beri çift haneli olan kadın vekil oranı Haziran 2015'te yüzde 17,8'e yükselmiş, Kasım 2015'te yüzde 14,7'ye düşmüş, 2018'te ise tekrar yüzde 17,3'e

Geschlechterparität in nationalen Parlamenten der EU-Staaten (WD 1 - 3000 - 016/18), Temmuz 2019, erişim linki: <https://www.bundestag.de/resource/blob/575544/d40660e40b8b07c8c0f710d97b7d73e3/wd-1-016-18-pdf-data.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁴⁸ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı), *Vierter Atlas zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland*, Berlin, 2. bası, Temmuz 2020, s. 8 vd; Beate Dörr/Annick Poirot/Laura Ilg, *Frauen in den Länderparlamenten*, Mayıs 2023, erişim linki: <https://www.lpb-bw.de/frauenanteil-laenderparlamenten#c8378>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁴⁹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Vierter Atlas*, s. 8.

⁵⁰ Türkiye İstatistik Kurumu, *2022 Toplumsal Cinsiyet İstatistikleri*, Ankara, Mart 2023, s. 139; Bengi R. Cengiz/Gülşen Doğan/Gülçin Karabağ, *Türkiye'de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler*, İstanbul Politik Araştırma Enstitüsü, Kasım 2021, s. 15, erişim linki: <https://istanpol.org/Uploads/ContentManagementFile/2021-009-turkiyede-kadinin-siyasete-katilimi--engeller-ve-deneyimler-1.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁵¹ Tarihsel ayrıntılar için bkz. Olcay Özkaya Duman, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Yüzüncü Yılında Tek ve Çok Partili Dönemde Kadın Temsiliyetinin Karşılaştırmalı Analizi (1935-1960)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Sayı: 67, 2020, 369-401.

tırmanmıştır.⁵² 14 Mayıs 2023 milletvekili genel seçimleri kesin aday listeleri yeni Meclis'in de "eşit temsilden yine çok uzak olacağını ortaya koymaktadır" çünkü "birçok partinin kesinleşmiş listelerinde çok az sayıda kadına yer verildiği; büyük bölümünün de seçilemeyecek yerlere konularak listelerdeki kadın oranının yapay şekilde yükseltildiği görülmektedir".⁵³ AK Parti ve CHP'nin seçilebilir sıradan seçime giren adaylarının yüzde 80'inin erkek olduğu göze batmaktadır; İYİ Parti'de bu oran yüzde 90'a yaklaşırken, MHP'de yüzde 96'dır.⁵⁴ TBMM'deki kadın milletvekili oranı 14 Mayıs 2023 seçimleri sonucu yüzde 19,8'e yükselmiştir.⁵⁵ Belediye meclisleri, belediye başkanlıkları ve muhtarlıklardaki kadın oranının TBMM'dekinden daha da düşük olduğu bilinmelidir.⁵⁶

3. Kadınların Parlamentolardaki Temsil Oranı Yetersiz Midir?

Kadınların Türk ve Alman parlamentolarındaki temsil oranının yetersiz olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği yukarıda sunulmuş olan sayılara rağmen tartışmalıdır. Düşük temsilin tespiti için belirleyici değişkenin kadınların toplam nüfustaki oranının (nüfusun yarısı) değil, bir siyasal partinin üyelerinin arasındaki cinsiyet dağılımının olduğunu savunan yazarlar, milletvekili adaylarının doğrudan halk arasından seçilmediği, siyasal partilere üye olan vatandaşlar içinden çıktığına ve

⁵² Cengiz/Doğan/Karabağ, s. 15.

⁵³ Eşitlik İçin Kadın Platformu (EŞİK), *Kesinleşen Milletvekili Aday Listelerine Göre, Yeni Meclis'te 33 İlden Kadın Vekil Olmayacak!*, 20 Nisan 2023, erişim linki: <https://esik.org.tr/kategori/basin-aciklamalari/74104/kesinlesen-milletvekili-aday-listelerine-gore-yeni-meclis-te-33-ilden-kadin-vekil-olmayacak>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi, 28. Dönem Milletvekilleri Sandalye Dağılımı, *Cinsiyete Göre Dağılım*, erişim linki: <https://www.tbmm.gov.tr/sandalye-dagilimi>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

⁵⁶ Belediye meclislerindeki, belediye başkanlıklarındaki ve muhtarlıklardaki kadın temsiliyi il bazında derleyen veritabanı için bkz. Ben Seçerim, *Türkiye Geneli Kadın Temsiliyeti*, erişim linki: <https://bensecerim.org/kadin-temsiliyeti>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

yine parti yönetimleri tarafından ayıklandığına dikkat çekmektedir.⁵⁷ Bu görüşe göre, bir parlamentonun örneğin sadece yüzde 10'unun kadınlardan oluşması, seçim listelerini oluşturan partilerdeki kadın üye oranının da yüzde 10'u geçmediği müddetçe yetersiz temsil (underrepresentation, Unterrepräsentation) teşkil etmemektedir. Çözümüne ulaştırılması gereken sorun bu argümanla birlikte parlamentodaki kadın vekil azlığı değil, meclise girmeyi başarmış siyasi partilerdeki kadın üye azlığı olarak görülür. Bir partinin meclis grubundaki kadın oranının parti içindeki kadın oranından daha yüksek olduğu durumlarda kadınların fazla temsilinden (overrepresentation, Überrepräsentation) söz edilebileceği dahi bazı yazarlarca savunulmaktadır.⁵⁸

Bu görüşe katılmak ise mümkün değildir. Siyasi partilerdeki kadın oranının partilerin meclis gruplarındaki kadın oranından çoğu zaman daha düşük olduğu önermesi özellikle Almanya için doğru olabilir.⁵⁹ Siyasi partilerin temsili demokrasilerdeki gerekliliğinin ve üstün rolünün⁶⁰ altının çizilmesinde keza sakınca yoktur; bağımsız milletvekili adaylarının neredeyse hiçbir etkinliği bulunmayan Alman demokrasisi literatürde zaten bu sebeple "Parteiendemokratie" (partiler demokrasisi) olarak betimlenir. Benzeri durum özü itibarıyla Türk demokrasisi için de geçerlidir; modern temsili demokrasiler, partiler

⁵⁷ Jörg Burmeister/Holger Greve, "Parité-Gesetz und Demokratieprinzip: Verfassungsauftrag oder Identitätsverstoß?", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Cilt: 34, Sayı: 2, 2019, 154-173, s. 161; Martin Morlok/Alexander Hobusch, "Ade parité? – Zur Verfassungswidrigkeit verpflichtender Quotenregelungen bei Landeslisten", *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2019, 14-20, s. 18; Laura Volk, *Paritätisches Wahlrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, s. 195.

⁵⁸ Morlok/Hobusch, s. 18 vd.

⁵⁹ Kubilay Yalçın, "Paritätsgesetze – Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten nach Geschlecht", *Göttinger Rechtszeitschrift*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2022, 19-28, s. 20; Almanya'daki siyasi partilerdeki kadın üye oranları için bkz. Oskar Niedermayer, "Parteimitgliedschaften im Jahre 2021", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 53, Sayı: 2, 2022, 382-408, s. 386 ve 402.

⁶⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 3. bası, Ocak 2019, s. 418.

demokrasileridir.⁶¹ “Bugün artık siyasi partiler olmadan demokrasi işlemez hale gelmiştir.”⁶² Lakin egemenlik siyasi partilerin değil, *milletin* olduğuna (bkz. AY md. 6 f. 1), bir başka deyişle egemenlik tümüyle *halkın* (bkz. GG md. 2 f. 1) ve *halk* egemenliğini seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donatılmış özel organlar eliyle kullandığına (bkz. GG md. 2 f. 2) ve milletvekilleri bununla birlikte belirli bir seçim çevresi veya siyasi hareketin değil, *bütün milletin* temsilcileri olduğuna (bütün milletin temsili ilkesi⁶³) göre,⁶⁴ parlamentodaki kadın temsilinin eksikliğini saptayan oranın değişkeni bir ülkenin genel nüfusundaki kadın oranı, yani yüzde elli veya bunun biraz üstü ya da altı olarak kabul edilmelidir.⁶⁵ Böylelikle uluslararası sözleşmelerin içeriği ile uluslararası kuruluşların ve sözleşme komitelerinin tutumlarına yansıyan ulusalüstü kamuoyunun “eşit temsil” beklentisine göre hareket edilmiş olur.⁶⁶ Aksi takdirde

⁶¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 19. bası, 2019, s. 92; ayrıca bkz. AY md. 68 f. 2: “Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır”.

⁶² Didem Erdoğan, “Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2016, 59-74, s. 67.

⁶³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin, Bursa, 2. bası, Mart 2020, s. 752 vd.; bu ilke anayasa metinlerinde de kendine yer bulmuştur, bkz. AY md. 80, GG md. 38 f. 1 c. 2.

⁶⁴ Üstelik, Alman Federal Anayasa Mahkemesi siyasal partilerin halkın devlet yönetimine katılma sürecinin yönetiminde tekel bir konuma sahip olmadığını („keine Monopolstellung“) vurguluyor, bkz. *BVerfGE* 85, 264, s. 284.

⁶⁵ Aynı yönde: Frauke Brosius-Gersdorf, “Auf dem Tandem ins Parlament – Zu Sinn und Unsinn von Quoten für Wahlen”, *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2019, 57-60, s. 58; Anita Klafki, “Parität – Der deutsche Diskurs im globalen Kontext”, *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 73, Sayı: 19, 2020, 856-866, s. 863.

⁶⁶ Bkz. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesi, 23 sayılı “Siyasi ve Kamu Hayatı” konulu Genel Tavsiye, 1997, para. 43: „kadınların (...) bahsi geçen tüm alanlarda eşit temsil edilmelerini güvence altına almak için geçici özel tedbirler“; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Siyasette ve Kamuda Karar Verme

siyasi partilerde kadınlara yönelik fiili bir ayrımcılığın saptanamayacağı gibi sosyolojik araştırmalarla çelişen sonuçlara⁶⁷ ulaşılması da kaçınılmaz hale gelir.⁶⁸

III. Kadınların Düşük Temsil Oranının Olası Nedenleri

Hukuki bir düzenleme olan zorunlu parlamenter cinsiyet kotasının orantılılığını değerlendirebilmek için ortadan kaldırılması amaçlanan kadınların siyasi karar alma mekanizmalarındaki eksik temsilinin fiili sebeplerini incelemek gerekir. Parite yasalarının ölçülülüğü ampirik bilgi edinmeden tartışılmaz. Zaten açıktır ki, normların kendi içlerinde taşıdıkları gerçek hayatta da geçerli olma iddiası, hukuk dogmatığından her türlü felsefik ve sosyolojik bulgunun defedildiği bir anlayışla ayakta kalmaz.⁶⁹ Çalışmanın bu bölümünde, kadınların parlamentolarda yeterince temsil edilmemesinin nedenlerinin sınırlı bir şekilde ele alınması, nedenlerin ülkeden ülkeye elbette değişiklik gösterebilmesinden kaynaklanmaktadır. Buna rağmen bilinmelidir ki, düşük siyasal temsilin kökenini oluşturan cinsiyete dayalı ayrımcılık, insanlık tarihinin başlıca olgularındandır ve dünyanın tüm bölgelerinde ortak noktalara sahip olan, devlet sınırlarını aşan bir sorundur.

Mekanizmalarına Kadınların ve Erkeklerin Dengeli Katılımı konulu Tavsiye, Rec(2003)3, Mart 2003, tavsiye eki: dengeli temsilin tanımı olarak yüzde kırk; aynı şekilde: Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Siyasi Partiler ve Kadınların Siyasi Temsili konulu 2 Ekim 2012 tarihli 1898 (2012) sayılı Kararı; ayrıca bkz. Avrupa Birliği Komisyonu, 2022 Türkiye Raporu, SWD(2022) 333 nihai, gayriresmi tercüme, Ekim 2022, s. 14: "Parlamentoda kadınların temsili hala yetersiz düzeydedir"; cinsiyet eşitliği ve kota uygulamaları bağlamında uluslararası sözleşmelerin incelemesi için ayrıca bkz. Dündar Sezer, s. 82 vd.; Şafak Efendioğlu, "Kadınlara Yönelik Pozitif Ayrımcılık Bağlamında Seçim Kotası", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2010, 285-308, s. 301 vd.

⁶⁷ Bunun bir örneği için bkz. Morlok/Hobusch, s. 18.

⁶⁸ Aynı yönde: Klafki, s. 861.

⁶⁹ Dieter Grimm, "Recht und Politik", *Juristische Schulung*, Cilt: 9, Sayı: 11, 1969, 501-510, s. 510.

Kadınların parlamentolardaki temsilinin erkeklere göre geride kalması dirimbilimsel nedenlere ise dayandırılmaz.⁷⁰ Kadınların siyasal hayata katılımının düzeyini açıklamak için onun yerine; tarihsel, kurumsal (hükümet ve seçim sistemi, siyasi parti düzenlemeleri, parti içi demokrasi), toplumsal (toplumsal cinsiyet, önyargılar, siyasi kültür) ve sosyoekonomik (eğitim, işgücüne katılım, gelir, medeni durum vb.) faktörlere başvurmak gerekir.⁷¹

1. Tarihsel Nedenler

Kadınların kamusal yaşamda karşılaştığı ayrımcılığın ve dezavantajların temelinde kadınlar (ve toplumun erkek olarak görmediği tüm bireyler) üzerinde egemenlik kurma biçimi olarak tanımlanabilecek olan ataerkilliğin (patriyarşinin)⁷² günümüzün çağdaş toplumları ve devletlerinin üzerindeki devam eden etkisi yatmaktadır. İnsan topluluklarının ilkel devletlerin ortaya çıkmasından önce örgütlendiği kabilelerde her bireyin cinsiyet farkı yapılmaksızın aynı

⁷⁰ Ama bkz. erkek ve kadınlar arasındaki fiziksel ve genetik farklılıkları işaret ederek, kadınların siyasete dirimbilimsel sebeplerden ötürü daha nadir atıldıklarını, eşitlik ilkesinin kadınları mağdur ettiğini öne süren Erwin Quambusch, "Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung", *Der Öffentliche Dienst*, Cilt: 49, Sayı: 2, 1993, 193-204, s. 197; kadın ve erkekler arasındaki biyolojik farklılıkları ön plana çıkarıp toplumdaki hiyerarşilerini gerekçelendiren benzer ve güncel bir düşünce için bkz. Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), 22 Şubat 2023 tarihli Karar, E.: 2022/155, K.:2023/38, Muammer Topal Karşı Oyu; cinsiyet rollerini açıklayan farklı kuramlar için (bunların arasında biyolojik kuram vardır) bkz. Ahmet Keser/Mazlum Çelik/Esra Ercan, "Türkiye’de Kadınların Siyasal Temsili ve Toplumsal Cinsiyet", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 76, Sayı: 1, 2021, 191-229, s. 195 vd.

⁷¹ Gesine Fuchs, "Politische Partizipation von Frauen in Deutschland", Beate Hoecker (editör), *Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest*, Verlag Barbara Budrich, Leverkusen, 2006, 235-260, s. 239.

⁷² Bkz. Gülay Arıkan, "Ataerkillik Kavramıyla İlgili Sosyolojik Tartışmalar", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 1997, 1-24, s. 2; ataerkillik kavramına yüklenen anlamların tartışması için örn. bkz. ibid, s. 8 vd.

haklara sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁷³ Neolitik köy kabilelerinden ilkel şehir devletlerine geçişin siyasi ve askeri koşulları ve toplum hayatının karmaşıklaşması ise insanlar arası hiyerarşilerin oluşmasına⁷⁴ ve değişik statüdeki bireylerin sosyal rollerinin farklılaşmasına⁷⁵ yol açmıştır. Bireysel mülk sahipliğine geçildiği ve mülkiyetin kadınların gebeliğin getirdiği doğal zorluklar gerekçe gösterilerek aile içi yaşama hapsedilmesiyle babadan oğula miras kaldığı antik çağın Mezopotamya kent toplumları, ataerkil toplum düzeninin başlangıç noktası kabul edilmektedir.⁷⁶ “Kadın ataerkil toplum yapısında önce babasının, o yoksa erkek kardeşlerinin, evlendikten sonra da kocasının himayesi ve vesayeti altına girmiştir.”⁷⁷ İnsanlara cinsiyetlerine göre belirli sosyal rollerin atfedilmesi ve iktidarın buna göre ve bunu muhafaza etmek üzere şekillendirilmesi günümüze kadar devlet gelişiminin bir parçası olmuştur.⁷⁸ Ataerkillik kendini ayrıca çağdaş anayasa teorilerinin ortaya çıkmasında kadınların kamu hayatına katılımını kısıtlayan bir olgu olarak göstermiştir.⁷⁹ “Bu tarihsel arka planda, en eski çağlardan bu

⁷³ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan, Ankara, 18. bası, 2016, s. 111; paleolitik ve mezolitik dönemde anaerkil toplumların gözlemlenmesine dair bkz. Ernest Borneman, *Das Patriarchat*, Fischer, Frankfurt am Main, 1979, s. 31 vd.

⁷⁴ Borneman, s. 99 vd.; Gerda Lerner, *The Creation of Patriarchy*, Oxford University Press, New York, 1987, s. 54 vd.

⁷⁵ Toplumların tarih boyunca derinleşen işlevsel (fonksiyonel) farklılaşması için bkz. Niklas Luhmann, *Systemtheorie der Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin, 2017, s. 785 vd.

⁷⁶ Fatmagül Berktaş, *Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın*, Metis, İstanbul, 1996, s. 81 vd.; Arıkan, s. 4 vd.

⁷⁷ Derya Doğru, “Türkiye’de Kadınların Siyasal Haklarını Kazanması ve Siyasal Temsilde Karşılaşılan Sorunlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2023, 247-293, s. 252.

⁷⁸ Bkz. Lerner, s. 212 vd.; ayrıca: Berktaş, *Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın*, s. 81.

⁷⁹ Locke’un toplumsal sözleşmesini erkekler arası sözleşme olarak eleştiren bir çalışma: Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford, 2018, özellikle s. 77 vd.; Locke’un kadınları toplumsal sözleşmenin tarafı olarak görmemesine dair ayrıca bkz. Fatmagül Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis, İstanbul, 3. bası, 2010, s. 90 vd.

yana kadınlar öncelikle eksiksiz bir insan olduklarının kabulü için mücadele etmiştir.”⁸⁰

Bir ülkede ataerkil döngü ne kadar erken kırılıp seçme-seçilme hakkı kadınlar için uygulamaya konduysa, siyasi karar alma organlarındaki kadın oranı istatistiksel olarak o kadar yükselmektedir.⁸¹ Kadınların siyasal haklara erkeklerden çok daha sonra eriştiği ülkelerde, bu oran daha düşük olarak dikkat çekmektedir.⁸² Çağdaş temsili demokrasinin ortaya çıktığı anayasacılık sürecince kadın-erkek eşitliğinin ve kadınların siyasal haklarının yüzyıllardır süregelen ataerkil toplum düzeninin ve cinsiyetçi ayrımcılığın bir sonucu olarak henüz kabul edilmemiş olması, kadınların siyasi yönetim ve karar alma mekanizmalarına tüm dünyada geç dahil olmasına neden olmuştur.⁸³ Çağdaş demokrasiyi oluşturdukları kabul edilen kuramlar hiçbir ülkede kadınların eşit bireyler olarak görüldüğü ortamlarda ortaya çıkmamıştır;⁸⁴ dolayısıyla, çağdaş demokrasinin tabii şartı olarak görülen kadınlar dahil tüm insanların onurunun, eşitliğinin ve eşit yurttaşlık haklarının tanınması oldukça taze bir gelişmedir.⁸⁵ Dünya Savaşları sonrası seçme ve seçilme hakkı bakımından genel bir ilerleme dönemine girilmiş olsa da, kadınların eşit siyasal haklara eriştiği tarih ülkeler arasında büyük farklılık göstermektedir.⁸⁶ Yukarıda gösterilmiştir ki, kadınların erkeklerle eşit siyasal haklara erişmesi hem Almanya’da hem de Türkiye’de uzun ve sancılı süreçler sonucu gerçekleşebilmiş, tarih boyunca geçici gerilemeler de meydana gelmiştir.

⁸⁰ Doğru, s. 252.

⁸¹ Beate Hoecker, “Politische Repräsentation von Frauen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Vergleich”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 50-65, s. 64.

⁸² Ibid.

⁸³ Dündar Sezer, s. 54 vd.

⁸⁴ Türkiye nezdinde anayasa yapımında süregelen kadınların yetersiz temsili için bkz. Elif Gözler Çamur, “Anayasa Yapımında Kadınlar: Katılım, Talepler ve Tamamlanmamış Bir Süreçten Deneyimler”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 260-287.

⁸⁵ Doğru, s. 249 vd.

⁸⁶ Dündar Sezer, s. 56 vd.

2. Toplumsal Nedenler

Toplumsal cinsiyet kalıplarının (cinsiyet rollerinin) kabulünün geleneksel olarak yaygın olduğu ülkelerde kadınların siyasal hayata katılımının daha eksik olduğu istatistiklerde ortaya çıkmaktadır.⁸⁷ Toplumsal cinsiyet (gender), biyolojik cinsiyetten (sex) farklı olmak üzere “toplumsal olarak oluşturulan ve bu bağlamda toplumdan topluma da farklılıklar gösteren ve genellikle kadın ve erkek arasındaki cinsiyet farklılıklarına dayalı olarak üretilen roller, hiyerarsiler ve tahakküm biçimleri”⁸⁸ ya da “toplumsal düzenin atfettiği kadınlık ve erkeklik rollerinin kabulüne vurgu yapan ve bu düzene zorlayan kültürel bir yapıyı anlatan”⁸⁹ bir kavram olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda, kadınlara (ve toplumun kadın olarak gördüğü bireylere) duygusal sıcaklık, samimiyet ve kendini ifade etme gibi duygusal özellikler atfedilirken, erkeklere siyasette önemli görülen yeterlilik ve araçsallık özellikleri yakıştırılır.⁹⁰ Milletvekili seçilmeyi başarmış kadınların dahi toplumsal cinsiyet rollerinin etkisi altında kaldığı ve kariyerlerinin cinsiyet rollerince şekillendirildiği belirtilmelidir. Örneğin, “erkek milletvekilleri istikrarlı bir biçimde stratejik öneme

⁸⁷ Hoecker, s. 62 vd.

⁸⁸ Gülriz Uygur/Nadire Özdemir, “Giriş”, Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (editör), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin, Ankara, 2. bası, 2019, 7-16, s. 7.

⁸⁹ Özlem Cankurtaran/Görkem Kelebek Küçükarslan, “Toplumsal Cinsiyete Dair Kavramlar”, Aksu Bora ve Şengül İnce (editör), *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2021, 8-22, s. 8.

⁹⁰ Thomas Eckes, “Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen”, Ruth Becker ve Beate Kortendieck (editör), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden, 2. bası, 2008, 178-189, s. 179; Türkiye için bkz. Gülay Toksöz vd., *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini İzleme Raporu 2021-2022*, Cinsiyet Eşitliği İzleme Derneği, Ankara, Temmuz 2022.

sahip komisyonları yönetirken, kadın milletvekilleri ancak sosyal ve özel alanla bağlantılı komisyonlarda kendilerine yer bulabilmektedir".⁹¹

3. Sosyoekonomik Nedenler

Çocuk bakmak gibi ailevi sorumlulukların biraz önce değinilmiş toplumsal cinsiyet kalıplarının bir sonucu olarak öncelikle kadınlara yüklenilmesi⁹² sadece iş hayatına olumsuz etki etmemekte veya çalışmayı birçok kadın için tümüyle imkansız hale getirmemekte, siyasete atılmış kadınların seçilebilecek bir yer ve sıradan milletvekili adayı gösterilmeleri için örgütlenmelerine ve buldukları il veya ilçede partilerinin teşkilat çalışmalarına katılmalarının da önüne geçmektedir.⁹³ Avrupa Birliği üye ülkelerini kapsayan istatistik veriler, kadınların iş gücüne katılımının düştükçe parlamentodaki temsillerinin de o derecede küçüldüğünü ortaya koymaktadır.⁹⁴ Örneğin, kadınların işgücüne katılma oranının yüzde 32,8'de kaldığı⁹⁵ Türkiye'de "alt ve orta düzeyde eğitim almış kentli kadınlar evde kalıp ücretsiz çocuk, yaşlı ve engelli bakımını üstlenmeye itilirken, kırsal kesimdeki kadınlara küçük ve orta ölçekli çiftliklerde ücretsiz aile işçisi olarak çalışmak dışında bir

⁹¹ Senem Yıldırım/Burcu Uçaray Mangıtlı, "Parlamento, Temsil ve Kurumsal Maskülenizm: Kadın Milletvekillerinin TBMM İhtisas Komisyonlarındaki Rollerini", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 222-259, s. 253.

⁹² Bunun günümüzde hala öyle olduğu ortadadır. Almanya için örn. bkz. Barbara von Würzen, *Traditionelle Rollenverteilung in Corona-Krise belastet die Frauen*, Bertelsmann-Stiftung, Aralık 2020, erişim linki: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/rollen-und-aufgabenverteilung-bei-frauen-und-maennern-in-corona-zeiten>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; ev içi işlerin kadınsılığının tarihsel başlangıcı ve gerekçesi için bkz. Celalettin Vatandaş, "Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı", *Sosyoloji Konferansları Dergisi*, Sayı: 35, 2007, 29-69, s. 37 vd.

⁹³ Butzer, s. 11 vd.

⁹⁴ Hoecker, s. 60 vd.

⁹⁵ Türkiye İstatistik Kurumu, *İstatistiklerle Kadın*, 2022, erişim linki: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2022-49668>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

seçenek sağlanmıyor.”⁹⁶ Gelir, eğitim seviyesi, meslek gibi sosyoekonomik etkenlerin kadınlar için erkeklerle kıyasla daha belirleyici olması, “kadınların siyasi arenada erkeklerle rekabet edebilmek için (...) daha çok çalışması, daha yüksek eğitim seviyesine ulaşması, sosyoekonomik kaynaklara erişiminin daha fazla olması” gereksinimini doğurmaktadır.⁹⁷ Hala devam etmekte olan eğitimdeki cinsiyet eşitsizliği⁹⁸ ise kadınların kariyerlerinde daha kıdemli pozisyonlara gelememe sorununu⁹⁹ daha da derinleştirmektedir.

4. Kurumsal Nedenler

Ataerkil toplum düzeninin ve demokrasinin devletçe kurumsallaştırılması arasındaki etkileşimin sonucu olarak parti teşkilatlarındaki süregelen erkek üstünlüğü, kadınların siyasi partilerdeki eksik temsilinin en önemli nedenlerinden biridir.¹⁰⁰ Kadın parti üyeleri seçilebilecek yerden aday gösterilmek için elzem olan parti içi örgütlenmelere neredeyse hiç sahip değildir ve gayri resmi karar alma ve güç yapılarına çok az entegre olmuşlardır.¹⁰¹ İki ülkede de partilerdeki makam sahiplerinin (il veya eyalet başkanları, ilçe başkanları, mahalle temsilcileri) çoğu hala erkektir;¹⁰² TBMM’de temsil

⁹⁶ Ece Kocacıbağ, “İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilme Kararı Bağlamında Türkiye’de Patriyarkal Devlet”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 42-70, s. 52.

⁹⁷ Cengiz/Doğan/Karabağ, s. 26.

⁹⁸ Bkz. Şadiye Sucu/Ahmet Keser, “Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Tehdidini Ulusal ve Uluslararası Bağlamda Güvenlikleştirme Girişimleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022, 727-756, s. 732 vd.

⁹⁹ Kariyer kategorilerinde her bir üst seviyede daha az kadının bulunmasını açıklayan “sızdıran boru hattı sendromu” için bkz. Yıldırım/Uçaray Mangıtlı, s. 230 vd.

¹⁰⁰ Thüringen Anayasa Mahkemesi (VerfGH), 15 Temmuz 2020 tarihli VerfGH 2/20 sayılı Karar, Renate Licht/Jens Petermann Karşı Oyu, s. 54 vd.; Isabelle Kürschner, “Frauen in den Parteien”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Sayı: 50/2009, 16-21, s. 17; kapsayıcı: Serpil Çakır, *Erkek Kulübünde Siyaset*, Sel, İstanbul, 2019, s. 268 vd.

¹⁰¹ Cengiz/Doğan/Karabağ, s. 28 vd.; Kürschner, s. 17.

¹⁰² Davidson-Schmich/Kürschner, s. 33.

edilen partilerdeki kadın il ve ilçe başkanlarının oranı yüzde 2'lerle ifade edilmektedir.¹⁰³ Cinsiyetçi davranışlar, kadın üyelerin parti yaşamında da tarafsız bir şekilde etkileşim ve katılımında bulunmasını zorlaştırmaktadır.¹⁰⁴ Çünkü, "toplumun geneline hakim olan erkek egemen kültürün etkisiyle siyasi kültür de erilleşmiştir."¹⁰⁵ Ayrıca, Türkiye'de gerçekleştirilmiş araştırmalar göstermektedir ki, "parti içi disiplinin güçlü olduğu ülkemizde aşağıdan yukarı doğru bir talep zinciri cinsiyet faktöründen bağımsız olarak zaten hoş karşılanmazken talepte bulunanın cinsiyetinin kadın oluşu göze batma ve elenme ihtimalini iki katına çıkarmaktadır".¹⁰⁶ Kadınların parti içi siyasetin kurumsallaşmış biçimine olan ilgisi bu yüzden nispeten düşük kalırken, siyasi katılıma olan genel algıdaki cinsiyet farklılıkları çok daha azdır.¹⁰⁷

Nispi temsil seçim sistemleri kadınların adaylıklarına olumlu etki ederken, çoğunlukçu seçim sistemi zorlaştırıcı bir etkiye sahip olma eğilimindedir.¹⁰⁸ Bu durum, yukarıda anlatılan aday belirleme sürecindeki gayri resmi ağların seçim bölgelerindeki adayların belirlenmesinde daha güçlü bir şekilde devreye girmesiyle açıklanabilir; darlaştırılmış seçim bölgelerindeki adaylar en azından kendi yerel teşkilatlarının çoğunluğunun desteğine ihtiyaç duymaktadır ve genellikle seçim çevresindeki güç dağılımının nispi temsil kurallarına

¹⁰³ Serpil Sancar, "Kadın Hakları Siyaseti: Siyasetin Eril Karakterini Değiştirmek", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 447-466, s. 448.

¹⁰⁴ Uta Kletzing/Helga Lukoschat, *Engagiert vor Ort – Wege und Erfahrungen von Kommunalpolitikerinnen*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı, Berlin, Kasım 2010, s. 82 vd.

¹⁰⁵ Cengiz/Doğan/Karabağ, s. 32.

¹⁰⁶ Nigar Değirmenci, "Türkiye'de Kadının Siyasal Temsil Sorunu Üzerine Bir İnceleme", *Fenerbahçe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2022, 409-430, s. 427.

¹⁰⁷ Butzer, s. 11.

¹⁰⁸ Cengiz/Doğan/Karabağ, s. 31; Davidson-Schmich/Kürschner, s. 28 vd.; Hoecker, s. 58.

veya gayri resmi kotalara (memleket, siyasi görüş, dini hassasiyetler vs.) uymak zorundadır.¹⁰⁹

C. Pozitif Ayrımcılık Örneği Olarak Parlamento Seçimlerinde Zorunlu Cinsiyet Kotası Uygulaması

I. Tipoloji

Parlamentolarda kadın ve erkeklerin sayısal eşitliğini amaçlayan normlar¹¹⁰ öncelikle herhangi bir *bağlayıcılığı ve yaptırımını olmadan* “name and shame” (birinin yanlışlarını ilan etme) metodunu kullanarak, siyasal partileri milletvekili aday belirleme sürecinde kadınların temsil oranını göz önünde bulundurmaları ve kadın adayları seçilebilecek sıralardan aday göstermeleri konusunda uyarabilir. Öte yandan, *zorunlu* parlamenter cinsiyet kotası öngören *bağlayıcı* düzenlemeler, aday listelerinde kadın-erkek eşitliğini sağlamayan partileri ya para cezası ya da devletçe ödenen hazine yardımının azaltılması veya tümüyle reddedilmesi yoluyla mali dezavantajla karşı karşıya bırakabilir. Daha katı uygulamalar ise cinsiyet kotasının gereksinimlerini yerine getirmeyen seçim listelerinin seçim kurulunca (siyasi partinin iznini almaksızın) değiştirilmesi ya da kısmen veya tümüyle reddedilmesi yaptırımını öngörebilir.¹¹¹

Bağlayıcı parite yasaları ilkin, bir cinsiyetin *hangi somut oranla* (aday kotası uygulanması halinde) aday listelerinde ya da (rezerve edilmiş sandalyeler uygulanması halinde) parlamentoda yer bulması

¹⁰⁹ Sven Jürgensen/Frederik Orłowski, “Informalität im Verfahren der Kandidatenaufstellung – Eine Untersuchung anhand der innerparteilichen Auswahl von Wahlkreisbewerbern”, *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 72, Sayı: 4, 2019, 141-150, s. 145.

¹¹⁰ Parite yasalarının hukuki niteliğinin tartışması için bkz. Dünder Sezer, s. 73 vd.; pozitif ayrımcılığın tanımı ve nitelikleri için bkz. Özdemir, s. 39 vd.

¹¹¹ Cinsiyet kotalarının tipolojisi için ayrıca bkz. Dünder Sezer, s. 62 vd.; Antje von Ungern-Sternberg, “Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts”, *Juristenzeitung*, Cilt: 74, Sayı: 11, 2019, 525-534, s. 527; Gloßner, s. 68 vd.; Friederike Wapler, *Die Crux mit der Quote – Paritätsgesetze und demokratische Repräsentation*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2019, s. 6.

gerektiği üzerinden ayrıştırılabilir.¹¹² Rezerve edilmiş sandalye uygulaması sabit kota, oranlı kota ve boş koltuk kotası olarak tasarlanabilir.¹¹³ Aday listelerine uygulanan zorunlu cinsiyet kotasının yürürlükte olduğu ülkelerde kota oranları yüzde beş ile yüzde elli arasında değişirken, Avrupa’da sıklıkla üçte bir oranı ile karşılaşılmaktadır.¹¹⁴

Uygulanan seçim sistemine göre cinsiyet kotasının tasarımı için farklı seçenekler bulunmaktadır. *Nispi temsil sisteminin* uygulandığı seçimlerde, siyasal partiler aday listelerinde sırayla bir kadına, bir erkeğe yer vermekle, bir başka deyişle birbirini izleyen iki adayın aynı cinsiyetten olmamasını (fermuar yöntemi) veya her aday bloğunun belirli bir oranını kadınlarla doldurmakla (bloklara ayırma yöntemi) yükümlü tutulabilir.¹¹⁵ *Çoğunlukçu seçim sistemine* gelindiğinde ise, partilerin adaylarını genişletilmiş seçim bölgelerinin her birinde tek oyla seçilecek ve bir erkek, bir kadından oluşan ikili ekipler halinde göstermeleri istenilebilir (tandem veya binôme yöntemi); ya da seçim bölgelerinin genişliği düzenlenmez ama her bir parti seçim bölgesi başına farklı cinsiyetten iki kişiyi aday göstermek zorunda olur ve erkek veya kadın adayın seçilmesine seçmenler oylarıyla karar verir (çok kişili aday listesi).¹¹⁶

¹¹² Aday kotası ile rezerve edilmiş sandalye yöntemleri arasındaki fark için bkz. Dündar Sezer, s. 62 vd.; Efendioğlu, s. 292 vd.; Şaban Sitembölükbaşı, “Kadınların Siyasal Hayata Etkin Katılımının Bir Aracı Olarak Seçimlerde Kota Uygulamaları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1, 2007, 13-36, s. 15 vd.

¹¹³ Ceray Aldemir/Canan Budak, “Cam Tavanı Kırmak: Parlamentoda Cinsiyet Kotası”, *Eğitim Bilim Toplum*, Cilt: 16, Sayı: 61, 2018, 37-64, s. 46; Sitembölükbaşı, s. 15 vd.

¹¹⁴ Von Ungern-Sternberg, s. 527 vd.

¹¹⁵ Wapler, s. 5.

¹¹⁶ *Ibid*, s. 6.

II. Örnekler

1. Almanya

Brandenburg ve Thüringen eyaletlerinde kabul edilen parite yasaları herhangi bir seçimde uygulanmaksızın eyaletlerin anayasa mahkemelerince iptal edilmiştir.¹¹⁷ Bu çalışmadaki anayasaya uygunluk incelemesi de parite yasalarının Brandenburg ve Thüringen’de tercih edilmiş olan fermuar yöntemini göz önünde bulundurmaktadır.¹¹⁸

a) Brandenburg Eyaleti

Eyalet Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen¹¹⁹ Brandenburg Seçim Kotası Yasası (Paritätsgesetz, Parite Yasası)¹²⁰, Eyalet Seçim Yasası’nın (BbgLWahlG) 25’inci maddesinin üçüncü fıkrasına altı cümle eklemiştir. Fıkranın üçüncü cümlesine göre partilerin eyalet kongreleri erkek ve kadın aday listelerini ve bu listelerdeki adayların sıralarını ayrı ayrı karara bağlamakla sorumlu olacak, sonrasında ise bu iki listeden hangisinin karma aday listesinin başında yer alacağına karar verecekti. Düzenlemenin dördüncü cümlesine göre karma liste birbirini izleyen bir kadın, bir erkek aday şeklinde olmak üzere fermuar yöntemine göre oluşturulacaktı. Geriye başka kadın veya erkek aday kalmadığı sıradan itibaren liste devam edemeyecekti. Düzenlemeye uymayan listeler md. 25 f. 8 c. 2 ve md. 30 f. 1 c. 2 bent 2’nin öngördüğü şekilde yasaya aykırı kabul edilecek ve eyalet seçim kurulunca fermuar sistemine uyacak şekilde partinin onayını almaksızın düzenlenecekti.

¹¹⁷ Zorunlu cinsiyet kotasının hiçbir zaman yasalaşmadığı ve bu çalışmada bu yüzden incelenmeyecek olan, Thüringen ve Brandenburg dışındaki diğer Alman eyaletlerindeki parite tartışmaları için bkz. Kerstin Geppert, “Parité-Gesetzentwürfe in den Bundesländern”, *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2019, 119-121; Volk, s. 37 vd.

¹¹⁸ Tandem (binôme) yönteminin anayasal incelemesi için bkz. Brosius-Gersdorf, *Auf dem Tandem ins Parlament*.

¹¹⁹ Brandenburg Anayasa Mahkemesi (VerfG), 23 Ekim 2020 tarihli Kararlar, VerfG 9/19, 55/19.

¹²⁰ 12 Şubat 2019 tarihli “Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes – Parité-Gesetz” adlı Yasa, Gesetzes- und Verordnungsblatt (GVBl.) Brandenb. 2019, Bölüm I, Nr. 1, s. 1.

b) Thüringen Eyaleti

Aynı şekilde anayasaya aykırı görülüp iptal edilen¹²¹ Thüringen eyaletinin Seçim Kotası Yasası da¹²² seçim listelerinde farklı cinsiyetli adayların birbirlerini izlemesini öngörüyordu (Eyalet Seçim Yasası, ThürLWahlG, md. 29 f. 5 c. 1); listenin bir kadın veya erkekle başlaması partinin kararına bırakılmıştı. Buna uymayan partilerin listeleri ise eyalet seçim kurulu tarafından reddedilecek ya da fermuar yönetime uygun oldukları sıraya kadar kabul edilecekti (md 30 f. 1 c. 3).

c) Kadınların Siyasete Katılımını Teşvik Eden Diğer Yasal Düzenlemeler

Seçim listelerinde kadın ve erkeklerin aynı sayıda yer alması gerektiğini düzenleyen zorunlu parite yasaları bulunmamakla birlikte, çeşitli Alman eyaletlerinde kadın adayların sayısının yükselmesini teşvik etmeyi ve siyasi partilerin listelerini gönüllü olarak gözden geçirip kadınlara daha fazla yer vermesini amaçlayan bağlayıcı nitelikte olmayan normlar mevcuttur. 2013 yılında Rheinland-Pfalz eyaletinin Yerel Seçimler Yasası'nda (KWG) yapılan bir değişikliğe¹²³ göre belediye meclis seçimlerinde kullanılan oy pusulalarına GG md. 3 f. 2'nin metni¹²⁴, ilgili seçim bölgesinin belediye meclisindeki kadın üye oranı, partilerin aday listelerindeki kadın aday oranları ve her adayın cinsiyeti basılmalıydı.¹²⁵ Rheinland-Pfalz Anayasa Mahkemesi ise bu düzenlemeyi serbest seçim ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bir yıl

¹²¹ Thüringen Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2020 tarihli Karar, VerfGH 2/20.

¹²² 30 Temmuz 2019 tarihli "Siebtes Gesetz zur Änderung des Thüringer Landeswahlgesetzes – Einführung der paritätischen Quotierung" adlı Yasa, GVBl. Thüringen, 2019, s. 322.

¹²³ 8 Mayıs 2013 tarihli "Sechzehntes Landesgesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes" adlı Yasa, GVBl. Rheinland-Pfalz 2013, s. 139.

¹²⁴ GG md. 3 f. 2: "Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendirir ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir".

¹²⁵ Düzenlemenin tarihçesi için bkz. Gisela Bill, "Listenquotierung bei Kommunalwahlen – ein Muss für tatsächliche Demokratie!", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 17, Sayı: 3, 2014, 111-112.

sonra iptal etti.¹²⁶ Eyaletin Yerel Seçimler Yasası bugün herhangi bir bağlayıcılığı olmayan ve “partiler ve seçmen gruplarını cinsiyet eşitliği için çaba göstermeye çağırın” bir cümle içermektedir (md. 15 f. 4). Baden-Württemberg (md. 9 f. 6; partilerin herhangi bir yasal kısıtlamaya tabi tutulmadığı açıkça ifade ediliyor) ve Hessen (md. 12 f. 1 c. 2; “aday listelerinin yapımında kadın ve erkekler *mümkün oldukça* eşit şekilde göz önünde bulundurulmalıdır”) eyaletlerinin Yerel Seçim Yasaları da benzer düzenlemeler içermektedir.

2. Türkiye

Halihazırda zorunlu seçim kotası uygulaması olmayan Türkiye’de partilerin yanı sıra farklı sivil toplum örgütlerinin¹²⁷ kota önerileri ön plana çıkmaktadır. CHP’nin yukarıda belirtilen ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda reddedilmiş olan yasa tasarısı¹²⁸ 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Yasa’da değişiklikler öngörüyordu. Buna göre, partilerin milletvekili aday tespitini düzenleyen Siyasi Partiler Yasası’nın 37. maddesi aday tespitinin her bir seçim çevresinde her cinsiyetten yüzde 50 temsilin sağlanacak şekilde yapılacağı yönünde değiştirilecekti. Yasanın 48. maddesinin üçüncü fıkrası ve Milletvekili Seçimi Yasası’nın 20. maddesinin son fıkrası uyarınca cinsiyet kotasına uymayan aday listelerinin Yüksek Seçim Kurulu’nca reddedileceği

¹²⁶ Rheinland-Pfalz Anayasa Mahkemesi (VerfGH) 13 Haziran 2014 tarihli Karar, VGH N 14/14, VGH B 16/14 (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 33, Sayı: 19, 2014, s. 1319); bkz. Matthias Friehe, “Wir sind ein Volk – Die landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Parité”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 40, Sayı: 1-2, 2021, 39-43, s. 39 vd.; kararı eleştirici: Cara Röhner, *Ungleichheit und Verfassung*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2019, s. 281 vd.

¹²⁷ Örn. bkz. KA-DER, *Eşit Temsil İçin Cinsiyet Kotası: Erkek Demokrasiden Gerçek Demokrasiye*, İstanbul, 2005, s. 44 vd.

¹²⁸ Yasa teklifinin dönemi ve yasama yılı: 27/4, esas numarası: 2/3460; teklifin metni için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/WebOnergeMetni/70315c65-caa4-45af-bae2-5d1d3f4e7343.pdf> (son erişim tarihi: 15 Eylül 2023).

öngörülmüştü. Yasa tasarısına göre belediye meclis ve il genel meclis seçimleri için de yüzde 50'lik cinsiyet kotası getirilecekti.

3. Fransa

Çalışmanın bu bölümünde, diğer Avrupa ülkelerindeki parite yasalarına örnek teşkil ettiği için Fransa'daki parlamenter cinsiyet kotasının tarihi ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Parite yasalarının ülke farketmeksizin siyaseten ve hukuken ne kadar tartışmalı olduğu gözler önüne serilecektir. Parite yasalarının menşei ülkesi olarak kabul edilen Fransa'da,¹²⁹ Fransız cumhuriyetçiliğindeki yüzyıllardır süregelen cinsiyetçiliğin yol açtığı,¹³⁰ kadınların senatör ve belediye başkanlarının sadece yüzde 5'ini, milletvekillerinin ve bölge başkanlarının ise yüzde 6'sını oluşturması durumuna binaen;¹³¹ 1982 yılında yerel meclisler için yüzde 25'lik cinsiyet kotası uygulanmaya başlamıştı.¹³² Fakat bu uygulama bir bütün Fransız ulusunun egemenliğinin bölünmezliği ile genel, eşit, gizli oy ve genel eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Conceil Constitutionnel (Anayasa Konseyi) tarafından iptal edilmişti.¹³³ Uzun süren siyasi tartışmalar sonrasında 1999 ve 2008 yıllarında yapılan değişiklikler ile¹³⁴ kadın ve erkeklerin siyasi görev ve makamlara eşit erişiminin teşvik edilmesi ve siyasi partilerin kadın-erkek eşitliğinin gerçekleşmesine katkıda bulunma ödevi anayasa metnine dahil

¹²⁹ Zaten "parité" sözcüğü Fransızcadır ve "eşitlik" anlamını taşır.

¹³⁰ Bkz. Laurence Rossignol/Yseline Fourtic, *Politische Parität in Frankreich*, Şubat 2020, erişim linki: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/paris/15991.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

¹³¹ Blanca Rodriguez Ruiz/Ruth Rubio Marin, "The gender of representation: On democracy, equality, and parity", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 6, Sayı: 2, 2008, 287-316, s. 290.

¹³² 19 Kasım 1982 tarihli 82-974 sayılı Yasa (3500 ve üzeri nüfuslu beldelerdeki yerel seçimlerde aday listelerinin en fazla yüzde 75'inin aynı cinsiyetteki insanlardan oluşmasına izin verilmesi).

¹³³ 82-146 DC sayılı Karar; bkz. Andreas Zimmermann, "Gleichheit und politische Repräsentation von Frauen – Anmerkung zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Cilt: 27, Sayı: 14-16, 2000, 431-436, s. 431 vd.

¹³⁴ 8 Temmuz 1999 tarihli 99-569 sayılı Yasa; 23 Temmuz 2008 tarihli 2008-724 sayılı Yasa.

edilmiştir.¹³⁵ 2000 yılında yürürlüğe giren ve uygulama alanı o tarihten beri genişletilen parite yasasının¹³⁶ anayasaya artık uygun olduğu Conceil Constitutionnel tarafından tespit edilmiştir.

Fransız parite yasası günümüzde; Ulusal Meclis, Senato seçimleri (kısmen), bölgesel seçimler, 1000'den fazla nüfusa sahip belediyelerdeki yerel seçimler, Korsika'nın halk temsili seçimleri ve Avrupa Parlamentosu seçimleri için geçerlidir.¹³⁷ Nispi temsil sisteminin uygulandığı seçimlerde¹³⁸ aday listelerine fermuar sisteme göre eşit sayıda kadın ve erkeklerden oluşma zorunluluğu getirilmiştir; fermuar sisteme uymayan listeler reddedilir ve seçimlerde yarışamaz.¹³⁹ Ulusal Meclis seçimleri gibi çoğunlukçu seçim sisteminin uygulandığı seçimlerde partiler seçim çevrelerinde toplamda erkeklerle aynı sayıda kadın aday göstermek zorundadır;¹⁴⁰ buna uymadıkları takdirde ilgili partinin alacağı hazine yardımında kesinti yapılır. İl Konsey seçimleri için zorunlu çift adaylıkları (binômes) 2013 yılında getirilmiştir.¹⁴¹ İllerde adaylar böylelikle bireysel değil, ilgili İl Konseyi'ne beraber seçilmek üzere bir erkek ve bir kadın adaydan oluşan ikili ekipler halinde seçime girer.¹⁴²

Fransız parite yasasının etkisi başta sınırlı kalması hayal kırıklığına uğratmıştı; bunun nedeni, birçok partinin erkek adaylarından vazgeçmemek adına mali yaptırımları göze almasıydı.¹⁴³ Kadınları

¹³⁵ Klafki, s. 863; Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 291 vd.

¹³⁶ Rossignol/Fourtic, s. 4 vd.

¹³⁷ Ayrıca bkz. Silke Ruth Laskowski, "Wann bekommt Deutschland ein Parité-Gesetz?", *Streit*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2015, 51-63, s. 60.

¹³⁸ Fransa'da farklı seçimlerde uygulanan farklı seçim sistemleri için bkz. Rossignol/Fourtic, s. 3 vd.

¹³⁹ Butzer, s. 13.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ 17 Mayıs 2013 tarihli 2013-403 sayılı Yasa.

¹⁴² Laskowski, s. 61.

¹⁴³ Christian Steg, "Mehr Frauen braucht das Land – Wie ein Paritätsgesetz zur Gleichberechtigung in der Politik beiträgt", Sebastian Liebold vd. (editör), *Demokratie in unruhigen Zeiten: Festschrift für Eckhard Jesse*, Nomos, Baden-Baden, 2018, 345-354, s. 348 vd.

seçilecek sıra ve seçim bölgelerinden aday gösteren mevcut devlet başkanı Emmanuel Macron'un hareketi La République en Marche'ın seçim zaferlerinden ve mali yaptırımların daha katı hale getirilmesinden ardından Ulusal Meclis'teki kadın oranı bugün ilk defa Alman Parlamentosu'ndaki kadın oranını aşmaktadır.¹⁴⁴

4. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti: Cinsiyet Kotası ve Yaptırım Tartışması

Türkiye Cumhuriyeti'ne olan tarihsel ve hukuki yakınlığı nedeniyle çalışmanın bu bölümünde ayrıntılı olarak yer verilen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) parlamentosu Cumhuriyet Meclisi, KKTC Anayasası md. 79 f. 1'e göre beş senede bir seçilir. Anayasa md. 79 f. 2'nin öngördüğü üzere seçim usulü 5/1976 sayılı Seçim ve Halkoylaması Yasası ile düzenlenmiştir. Milletvekili genel seçimleri öncesinde partilerdeki aday belirleme süreci ayrıca 49/2015 sayılı Siyasal Partiler Yasası'nca da 2015 yılında kabul edilen ve uygulama tecrübesi Türkiye'deki tartışma için faydalı olan cinsiyet kotası dahil bazı kurallara bağlanmıştır. Türkiye'deki siyasi konjonktür göz önünde bulundurulduğunda, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde kadınların sayısal temsilini artıracak böylesine etkili bir araca başvurulması dikkate ve incelenmeye değerdir. Yasanın 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "siyasal partiler her bir seçim bölgesinde her cinsiyetten en az yüzde 30 oranında aday gösterirler". Yerel seçimler için de yüzde 30'luk cinsiyet kotası yürürlükte; yasanın 28. maddesinin 2. fıkrasına göre "siyasal partiler her yerel kuruluş seçiminde her cinsiyetten en az yüzde 30 oranında aday gösterirler". Yüksek Seçim Kurulu (KKTC YSK), cinsiyet kotasına uygun olmayan aday listelerinin iptal edilmesine karar verir.¹⁴⁵ Bu karar kesindir (YSK kararlarının kesinliği için bkz. Seçim ve Halkoylaması Yasası md. 149 f. 2, md. 167).¹⁴⁶ 2022 yılındaki yerel

¹⁴⁴ Ibid, s. 349.

¹⁴⁵ KKTC YSK'nın 14 Eylül 2018 tarihli 31/2018 sayılı Kararı (Demokrat Parti'nin iki seçim bölgesinde Siyasal Partiler Yasası'nda öngörülen yerel seçimler cinsiyet kotasına uymadığını tespiti ve aday listelerinin bu bölgelerde iptali).

¹⁴⁶ KKTC YSK'nın 15 Ekim 2018 tarihli 33/2018 sayılı Kararı (Yüksek Seçim Kurulu'na kararlarını tekrar gözden geçirmesi için müracaat edilemeyeceği).

seçimlerine giden aday belirleme sürecinde cinsiyet kotasına uyulmadığı gerekçesiyle Ulusal Birlik Partisi ve Cumhuriyetçi Türk Partisi dahil birçok partinin farklı bölgelerdeki aday listelerinin YSK tarafından üçe iki oyla iptal edilmesinin ardından,¹⁴⁷ “demokratik katılımcılığın tesis edilebilmesi amacıyla” Seçim ve Halkoylaması Yasası’nda geçici değişiklik yapılmış ve listeleri iptal edilen siyasal partilerin düzenlenmiş ve cinsiyet kotasına uygun hale getirilmiş listelerini bir sonraki güne kadar yeniden sunabilmeleri mümkün kılınmıştır.¹⁴⁸ Cinsiyet kotasına uyulmadığı için hak kaybına uğradığını savunan kadın veya erkek milletvekili aday adaylarının itirazlarını ilk önce aday belirlenmesinin gerçekleştiği anda huzurunda bulunan parti kuruluna, örneğin parti divan başkanlığına yapması gerekmektedir; aksi takdirde YSK’ya yapılan başvuruları reddedilir.¹⁴⁹

KKTC Yüksek Seçim Kurulu’nun cinsiyet kotasını katı bir biçimde uyguladığı ve aralarında siyaseten önemli partilerin de olduğu birçok partinin 2022 yerel seçimleri için verdiği aday listelerinin ancak son anda geçici yasa değişikliği yapılmasıyla kabul edilebildiği dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, Yüksek Seçim Kurulu’nun, aday listelerini cinsiyet kotasına uygun şekilde hazırlamayan siyasal partilere karşı aday listesini tümünden reddetme gibi yaptırımlar uygulayıp uygulayamayacağı tartışma konusudur. Seçim ve Halkoylaması Yasası, genel ve yerel seçim cinsiyet kotalarına uyulmadığı takdirde Yüksek Seçim Kurulu’nca uygulanabilecek yaptırımlar hakkında herhangi bir norm içermemektedir. Yüksek Mahkeme üyesi Gülden Çiftçioğlu’na göre, KKTC YSK’nın bu sebepten herhangi bir yaptırım yetkisi bulunmamaktadır ve “cinsiyet kotasına uyulmaması durumunda dahi tüm siyasi partilere eşit fırsat verilerek (...) seçime katılımlarının sağlanması, temsili demokrasinin, ister iktidarda ister muhalefette olsun

¹⁴⁷ KKTC YSK’nın 29 Kasım 2022 tarihli 114/2022 sayılı Kararı.

¹⁴⁸ 30 Kasım 2022 tarihli 41/2022 sayılı Seçim ve Halkoylaması Geçici Kurallar Yasası.

¹⁴⁹ KKTC YSK’nın 23 Kasım 2017 tarihli 29/2017 sayılı Kararı (Ulusal Birlik Partisi’nin ön seçimini yürüten divan başkanlığına yapılması gereken itirazın yapılmadan YSK’ya başvuran aday adaylarının itirazının reddedilmesi).

siyasal hayatın vazgeçilmez öğeleri olan siyasi partiler aracılığı ile gerçekleşmesine hizmet edecektir".¹⁵⁰ Karşı oy kullanan bir başka mahkeme üyesi Tanju Öncül'e göre ise, yasa koyucu öngördüğü yaptırımları ilgili yasaya dahil edene kadar Yüksek Seçim Kurulu'nun yapacakları (sadece) "kotasına uygun şekilde aday listesi sunmayan partilerin adaylarının sayısının sınırlandırılmasından ibarettir".¹⁵¹

5. Diğer Örnekler

1993 yılında İtalyan yerel seçimleri için getirilen ve ilgili seçim bölgesinin nüfusuna göre yüzde 25 veya yüzde 33 olan cinsiyet kotasının Anayasa Mahkemesi'nce (Corte Costituzionale) anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesinden sonra 2001 ve 2003 yıllarında anayasada değişiklik yapılmış ve parlamenter cinsiyet kotalarının uygulanması mümkün hale getirilmiştir. İtalya'da bugün Temsilciler Meclisi ve Senato seçimlerinde fermuar yöntemi uygulanmaktadır. Ayrıca, Temsilciler Meclisi seçimlerinde partilerin tek vekil çıkararak seçim bölgelerinde gösterdiği adayların en fazla yüzde 60'ının aynı cinsiyetten olabileceği öngörülmüştür.¹⁵² İspanya'da ise genel ve yerel seçimlerde uygulanan yüzde 40'lık cinsiyet kotası, Alman Anayasası'nda olduğu gibi toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik maddesine ek olarak (md. 9 f. 2) eşit oy hakkının da açıkça düzenlendiği (md. 23 f. 2) İspanya Anayasası'na aykırı bulunmamıştır.¹⁵³ Buna ek olarak, örneğin Belçika'da (yüzde 50'lik kota, yaptırım: aday listesinin reddi), Portekiz'de (yüzde 33'lük kota, yaptırım: hazine yardımının azaltılması) ve Yunanistan'da da (yüzde 33'lük kota, yaptırım: aday

¹⁵⁰ KKTC YSK'nın 29 Kasım 2022 tarihli 114/2022 sayılı Kararı, Gülden Çiftçioğlu Karşı Oyu; doğrudan alıntı: Resmi Gazete, Sayı: 277, 29 Kasım 2022, s. 2965.

¹⁵¹ Ibid, Tanju Öncül Karşı Oyu; doğrudan alıntı: Resmi Gazete, Sayı: 277, 29 Kasım 2022, s. 2967 vd. (Bu yaklaşımın da sonuç itibarıyla yaptırım işlevi göreceğini Tanju Öncül de karşı oy metninde kaydediyor.)

¹⁵² Klafki, s. 864; Mathias Möschel, "Gender Quotas in French and Italian Public Law: A Tale of Two Overlapping and Then Diverging Trajectories", *German Law Journal*, Cilt: 19, Sayı: 6, 1489-1518, s. 1491 vd., 1503 vd.

¹⁵³ Klafki, s. 867 vd.

listesinin reddi) parite yasalarının yürürlükte olduğu belirtilebilir.¹⁵⁴ Bu noktada da, eşitlik yasalarının tüm Avrupa ülkelerinde sadece siyaseten değil, anayasa hukuku açısından da tartışıldığı görülmektedir. Başta Fransa olmak üzere diğer ülkelere bakıldığında, cinsiyet kotalarının çağdaş devlet ve anayasa anlayışıyla uyumunun tartışma konusu olması Almanya'ya ya da Türkiye'ye özgü bir durum olmadığı ortaya çıkmaktadır.

D. Demokratik Devlet İlkesi Işığında Parlamenter Cinsiyet Kotası

I. Parlamenter Cinsiyet Kotası Demokratik Devlet İlkesinin Bir Emri Midir?

Parlamenter cinsiyet kotası uygulamasının demokratik devlet ilkesinin kaçınılmaz bir emri ve yasa koyucunun parite yasası çıkarmak zorunda olduğunu savunan görüş¹⁵⁵ ve inisiyatifler; erkeklerin aday listelerindeki üstünlüğünün ve bundan kaynaklanan kadınların parlamentolardaki azlığının, kadınların sorun ve taleplerinin meclis kürsüsünde yeterli derecede temsil edilmemesine, meclis kararları üzerinde etkili olamamasına¹⁵⁶ ve böylelikle demokrasinin meşruluğunun sorgulanmasına yol açtığına dikkat çekmektedir.¹⁵⁷ Yasama yetkisine sahip devlet organ(lar)ının yasa çıkarma noktasında

¹⁵⁴ Dünyadaki tüm parlamenter kadın kotalarını içeren veritabanı için bkz. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *Gender Quotas Database*, erişim linki: <https://www.idea.int.developmentzone.co/data-tools/data/gender-quotas-database>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; parite yasalarının dünyadaki örneklerine dair daha ayrıntılı: Dündar Sezer, s. 95 vd.; Sitembölükbaşı, s. 16 vd.; ayrıca: Aldemir/Budak, s. 45 vd.

¹⁵⁵ Özellikle bkz. Laskowski, s. 56.

¹⁵⁶ Demokratik devlet ilkesinin gereksinimi olan tüm toplum gruplarının meclis kararlarının içeriğine etki edebilme şansı için bkz. *BVerfGE* 83, 60, s. 71 vd.

¹⁵⁷ Bavyera'nın başkenti Münih'te 2014 yılında kurulan "Aktionsbündnis Parité in den Parlamenten" inisiyatifinin argümanı, bkz. Bavyera Anayasa Mahkemesi'nin (VerfGH) 26 Mart 2018 tarihli Vf. 15-VII-16 sayılı Kararı, para. 19; ayrıca BVerfG, 15 Aralık 2020 tarihli 2 BvC 46/19 sayılı Kararı (Beschluss).

hiçbir hukuki yükümlülük altında olmadığı savunulduğu takdirde¹⁵⁸ böyle bir emir baştan söz konusu olamaz. Alman doktrininde yasamanın “sadece anayasal hakkın kısıtlanmasında çok ileriye gittiğinde (Übermaßverbot) değil, ayrıca temel hakkı korumak için yetersiz kaldığında (Untermaßverbot) da anayasayı ihlal” ettiği tanınmaktadır.¹⁵⁹ Devletin pozitif yükümlülükleri vardır. Türk Anayasa Mahkemesi de “yargısal içtihatların kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi için tek başına yeterli” olmadığını ve “insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olarak kadın haklarıyla ilgili eşitlik ilkesi bağlamında tartışma ve uyumsuzluk yaşanmayan bir düzenin gerçekleştirilmesinde devletin yasama ve yürütme organlarını dahil tüm organları ve idare makamlarının görevi” bulunduğunu belirtmiştir.¹⁶⁰ Ancak, örneğin seçme ve seçilme hakkı¹⁶¹ gibi haklar başta olmak üzere anayasal içeriklerden (demokratik devlet ilkesi örneğin) türetilen yasa koyma zorunluluklarının kabul edilmesi parlamentonun özgürlüklerini gerektirdiğinden fazla daraltmamak ve yasama yetkisinin asliliğini gözetmek adına katı şartlara tabi olmalıdır.¹⁶² Parite yasalarının etkinliğinin tartışmalı olması bu şartların karşılanmamasına yol açmaktadır. Çünkü, zorunlu cinsiyet kotaları kadınların parlamentolardaki niceliksel temsili (descriptive representation, deskriptive Repräsentation) şüphesiz artırırken,¹⁶³ bunun niceliksel temsillerine (substantive representation, substanzielle Repräsentation)

¹⁵⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 629 vd.; Özbudun, s. 212.

¹⁵⁹ Dieter Grimm (Kemal Başol/Eyüp Kaan Demirkıran), “Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2019, 193-208, s. 203 (doğrudan alıntı).

¹⁶⁰ AYM, 22 Şubat 2023 tarihli Karar, E.: 2022/155, K.:2023/38, para. 40.

¹⁶¹ Alman Anayasa Mahkemesi, her vatandaşın devlete karşı dava edilebilir kapsamlı bir “demokrasi hakkının” olduğunu kabul eder: *BVerfGE* 123, 267, s. 330.

¹⁶² Bkz. *BVerfGE* 77, 170, s. 214 vd.

¹⁶³ Niceliksel (“standing for”) ile niteliksel (“acting for”) temsil arasındaki ayrım için bkz. Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1967.

nasıl ve hangi seviyeden itibaren etki ettiği tartışmalıdır.¹⁶⁴ Bazı yazarlar kritik kitle olarak (critical mass, kritische Masse) yüzde 30'luk bir kadın oranına ulaşılan karar alma organlarında içeriklerin etkilendiğini savunmaktadır; diğerleri ise niceliksel ile niteliksel temsilin ilişkisini "komplike"¹⁶⁵ olarak betimlemekle yetinir ya da tamamen inkar eder.¹⁶⁶ Çünkü örneğin, "her ne kadar TBMM'de kadın milletvekillerinin sayısı dönemler bazında artış gösterse de, bu niceliksel artış, (kadın hak ve çıkarlarının kadın vekiller tarafından savunulacağını öngören) niteliksel temsile yeteri kadar yansımamıştır."¹⁶⁷ "Cinsiyet kotaları, niteliksel temsil için ne gerekli ne de yeter koşuldur".¹⁶⁸ Kadın vekillerin azlığı ve kadınların siyasal hayatta karşı karşıya kaldığı ve temeli itibariyle sosyolojik bir sorun olan cinsiyetçi ayrımcılıkla mücadele amacı için parite yasalarının en veya tek doğru aracın olup olmadığı keza tartışmalıdır.¹⁶⁹ Yasa koyucunun kadınların eşit siyasal katılımını sağlama yükümlülüğü kabul edilse bile, bunun başka önlemler değil,

¹⁶⁴ Birgit Sauer, "Only paradoxes to offer? Feministische Demokratie- und Repräsentationstheorie in der Postdemokratie", *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Cilt: 40, Sayı: 2, 2011, 125-138, s. 129.

¹⁶⁵ Sandra Brunsbach, "Machen Frauen den Unterschied? Parlamentarierinnen als Repräsentantinnen frauenspezifischer Interessen im Deutschen Bundestag", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 3-24.

¹⁶⁶ Kritik kitle teorisi (critical mass theory) için bkz. Drude Dahlerup, "From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics", *Scandinavian Political Studies*, Cilt: 11, Sayı: 4, 1988, 275-298; ayrıca bkz. Değirmenci, s. 410 vd.

¹⁶⁷ Emel İlter/Alper Tolga Bulut, "Türk Siyasetinde Kadının Niteliksel Temsili: Meclis Faaliyetleri Üzerinden Sayısal Bir Analiz", *Siyasal: Journal of Political Sciences*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2020, 165-188, s. 185.

¹⁶⁸ Canan Aslan Akman, "Siyasete Feminist Bir Müdahale: Erkeklerin Dünyasında Cinsiyet Kotalarının Kurumsal Açmazlarına Yeniden Bakmak ve Dönüşümcü Etki İçin Paritenin Aciliyeti", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 3, 2023, 1107-1122, s. 1116.

¹⁶⁹ Parite yasalarına alternatif önlemler için bkz. Rixen, "Demokratieprinzip und Gleichberechtigungsgesetz: Verfassungsrechtliche Relationen", Marion Eckertz-Höfer/Margarete Schuler-Harms (editör), *Gleichberechtigung und Demokratie - Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 59-84.

parite yasaları yoluyla gerçekleşmesi gerektiğine dair kanaat getirilemediğinden böyle bir anayasal emir de görünmemektedir.

II. Parlamenter Cinsiyet Kotası Demokratik Devlet İlkesini Zedeler Mi?

Demokratik devlet ilkesinin parite yasalarının kabulünü emretmediği gösterilmiştir. Parite yasalarının demokratik devlet ilkesini ihlal edip etmediği sorusunu cevaplandırmak için ise çalışmanın bu bölümünde zorunlu cinsiyet kotasının Alman Anayasası'nın değiştirilmez maddelerine aykırı olduğu, cinsiyet kotalarının bir bütün olan milleti anayasaya aykırı biçimde farklı gruplara böldüğü, temsili demokrasinin kuramlarıyla çeliştiği ve siyasi partilerin özgürlüğüne ve eşitliğine aykırı olduğu iddialarına değinilecektir.

a) İnsan Onuru ve Alman Anayasası'nın Değiştirilmez Maddeleri

Alman Anayasası'nda yer alan demokrasi ilkesi (GG md. 20 f. 1 ve 2) her bireyin kendi kaderini tayin etme hakkına hizmet eden ve devletin tüm organlarının GG md. 1 f. 1 c. 2 uyarınca insan onuruna saygı gösterme ve onu koruma görevine de dayanan bir ilkedir. *Jörg Burmeister* ve *Holger Greve*, zorunlu cinsiyet kotası uygulamasının bireylerin kendi kaderini tayin etme hakkına insan onurunu ihlal edecek, yani GG md. 79 f. 3'e göre Alman Anayasası'nın değiştirilemez maddelerinden olan GG md. 1 f. 1 c. 2'yi zedeleyecek kadar derinden müdahale ettiğini savunur.¹⁷⁰ Bunun sonucu, yasa koyucunun anayasayı değiştirerek bile parite yasaları kabul edemeyeceğidir. Buna katılamaz. GG md. 38 f. 3'te yer alan seçim ilkeleri mutlak ayırım yasakları değildir.¹⁷¹ Seçim ilkeleri, işin doğası gereği yalnızca yasa koyucunun seçim yasalarında somutlaştırdığı seçim hakkının çerçevesinde gerçekleşebilir ve bu bağlamda seçim ilkelerinin belirli bir toplum grubu için kısıtlanması veya bir grubun temsiline zorlaştırılması amacıyla getirildiği saptanmayan her bir norm başlangıç

¹⁷⁰ Burmeister/Greve, s. 165 vd.; aynı yönde: Volk, s. 394.

¹⁷¹ BVerfGE 99, 1, s. 9; VerfGH Thüringen, 15 Temmuz 2020 tarihli Karar, VerfGH 2/20, Elke Heßelmann Karşı Oyu, s. 47.

noktası itibariyle anayasaya uygundur.¹⁷² Diğer yandan, Anayasa'nın değiştirilemez maddelerini sıralayıp tali kurucu iktidarı sınırlayan GG md. 79 f. 3'ün ihlal edildiği sonucuna bu kadar hızlı ulaşmak, ne demokratik çoğulculuğa ne anayasanın kalıcılığı ve istikrarına hizmet etmektedir.

b) Feodal Toplum Yapısına Geri Dönüş ve Toplumun Farklı Gruplara Bölünmesi

Alman Anayasası'nın sadece tek bir "halk" tanıdığı ve bu halka GG md. 116 f. 1 uyarınca özellikle tüm Alman vatandaşları dahil olduğu gibi, Türk Anayasası'nda da milletin bölünmez bütünlüğü çokça belirtilmektedir (bkz. AY Başlangıç kısmı, md. 3 f. 1 c. 1, md. 5, md. 14 f. 1, md. 26 f. 2, md. 28 f. 4 vs.). Buna göre; Georg Jellinek'in Üç Unsur Teorisi'nce (Drei-Elementen-Lehre) devlet adı verilen oluşumun üç unsurundan biri olan millet,¹⁷³ onu oluşturan tüm insanlarla birlikte dini, etnik, vb. gruplar arasında ayırım yapmaksızın aynı egemenliğe bağlıdır.¹⁷⁴ "Keza devlet yönetimine katılmak bakımından milleti oluşturan insanlar arasında bir ayırım yapılamaz."¹⁷⁵ Milletın bölünmez bütünlüğünün çağdaş egemenlik anlayışıyla yakın ilişkisi¹⁷⁶ göz önünde bulundurulduğunda, milleti oluşturan insan topluluğunun bir bölümünü belirli bir ortak niteliklerine dayanarak öne çıkarılmasında sorun görülebilir. Şöyle ki, parlamenter cinsiyet kotalarının kadın ve erkek toplum yarılarını birbirinden ayrı gördüğü, böylelikle demokratik egemenlik anlayışını terk ettiğini ve ayrı zümrelerden oluşan feodal toplum düzenine ve çağdaş parlamentoların öncüsü feodal vassal meclislere geri dönüş teşkil ettiğini savunan görüşler vardır.¹⁷⁷

¹⁷² Meyer, s. 1246.

¹⁷³ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 422 vd.

¹⁷⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 144 vd.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Bkz. AYM, 14 Temmuz 1993 tarihli Karar, E.: 1992/1, K.:1993/1, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Sayı: 29, Cilt: 2, 924-1200, s. 1167.

¹⁷⁷ Kararlı bir şekilde: Monika Polzin, *Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie*, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/parite-gesetz-in-brandenburg-kein-sieg-fuer-die-demokratie>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; ayrıca örn. Burmeister/Greve, s. 171.

Cinsiyet kotalarının etkilerini erken modern çağın devlet düzenine benzetme çabası sadece her cinsiyetten insanların aynı seçime katılıp bir bütün olarak kabul edilmeye devam eden seçmenlerin cinsiyetlerine bakılmaksızın hem kadın hem erkek adaylar için oy kullanmaya devam edeceğinden (ayrı ayrı kadın erkek kamaraları oluşturulmayacağından¹⁷⁸) başarısız olmuyor.¹⁷⁹ Aynı zamanda, cinsiyet kotalarının toplumun tüm fertlerinin siyasal alana dahil olmasını ve her cinsiyetten insanın parlamentoda temsil edilmesini sağlayacağı için, toplum yarılarının birbiriyle zorunlu bir şekilde iletişim haline geçmesine yol açar, herhangi bir zümrenin ortaya çıkmasını engelleyici etkiye sahip olur. Kadın ve erkek “zümreler” birbiriyle karışıp yok olur. Cinsiyet kotasının toplum içindeki daha farklı kriterlere (örn. etnisiteye, göç geçmişine, dini inanca, sosyal statüye, mesleğe vs.) göre ortaya çıkacak başka gruplar için de kota taleplerinin yükselmesini katalize edeceği korkusu¹⁸⁰ da temelsizdir. Kadınlar, dünya üzerindeki neredeyse her toplumun kalıcı şekilde yaklaşık yarısını oluşturdukları ve nitelikleri bakımından (sosyoekonomik, etnik, siyasi vs. olarak) erkek nüfus kadar heterojen, zengin, çok yönlü oldukları için¹⁸¹ yukarıda örneklendirilmiş yapay toplumsal gruplarla karşılaştırılmaz.¹⁸² Kadın-erkek ayrımının doğal bir farklılığa göre meydana çıkmış olması ve kendi başlarına hiçbir yönü eksik olmayacak bir millet olabilecek şartlara sahip kadın nüfuslarının heterojenliği, cinsiyet kotalarının (ve

¹⁷⁸ Hedef şaşırın böylesi bir öneri için bkz. Birgit Laubach, “Die Frau als Citoyenne – Für eine Frauen- und eine Männerkammer”, *Feministische Studien*, Cilt: 9, Sayı: extra 1, 1991, 75-79.

¹⁷⁹ Aynı görüşte: Hans Meyer, “Verbietet das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenwahlen zu Parlamenten?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 38, Sayı: 17, 2019, 1245-1250, s. 1249; Christoph Möllers, “Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg”, *Juristenzeitung*, Cilt: 79, Sayı: 7, 2021, 338-347, s. 347; Dündar Sezer, s. 100.

¹⁸⁰ Bu görüş için bkz. Burmeister/Greve, s. 171 vd.; Butzer, s. 16.

¹⁸¹ Bu, bir kadının cinsiyetine özgü deneyim ve taleplere sahip olabileceği önermesiyle çelişmez.

¹⁸² Ayrıca bkz. Dündar Sezer, s. 102; Möllers, s. 346 vd.

ama sadece cinsiyet kotalarının) üniter toplum anlayışını zorlamadan seçim yarışlarındaki kadın-erkek eşitliğini tesis edebilmesine yol açar.

c) Temsili Demokrasinin Kuramlarına Aykırılık

Çalışmaya konu iki anayasanın da öngördüğü demokrasi modeli (doğrudan demokrasiye ait ögeler içerseler bile) temsili demokrasidir.¹⁸³ Temsili demokrasilerde hem elverişsiz olması¹⁸⁴ hem demokratik kararlara eşit ve adil katılımın bu şekilde sağlanamaması¹⁸⁵ sebebiyle siyasi kararlar tüm vatandaşların (örneğin bir meydanda toplanmalarıyla) doğrudan ve bizzati katılımıyla alınmaz, seçme hakkına sahip vatandaşlar halkın egemenliğini devretmek suretiyle temsilcilerini seçer ve onların üzerinden temsil organı olan parlamentonun çalışmalarına yön verir. Temsili demokrasinin teorisine göre parlamentonun temsil edebileceği, başından belli olan mutlak ve uyulması gereken bir halk iradesi yoktur;¹⁸⁶ milletvekilleri parlamentoda somut konular üzerinde bireysel fikirlerin üzerinde duran yeni iradeler oluşturmak ve çoğunluklar bulmakla görevlendirilmiştir.¹⁸⁷ Parlamentonun çoğunluk oyuyla uzlaştığı irade, içeriği bağlamında herhangi bir onaya gerek olmaksızın halk iradesinin ifadesidir (monist temsil teorisi).¹⁸⁸ Tüm vekillerin özgür biçimde parlamenter

¹⁸³ GG md. 20 f. 2 c. 2: “Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır”; AY md. 6 f. 2: “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır” (yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin hangi organlara bırakıldığı AY md. 7, 8 ve 9’ca düzenlenir).

¹⁸⁴ Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin, Bursa, 2. bası, Mart 2020, s. 739; Oliver Lepsius, “Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus”, Martin Bertschi vd. (editör), *Demokratie und Freiheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1999, 123-180, s. 164 vd.

¹⁸⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “§ 34: Demokratische Willensbildung und Repräsentation”, Josef Isensee ve Paul Kirchhof (editör), *Handbuch des Staatsrechts*, Cilt III, C.F. Müller, Heidelberg, 3. bası, 2005, 31-53, s. 32.

¹⁸⁶ Gernot Sydow/Fabian Wittreck, *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht*, Cilt I, C.H. Beck, München, 3. bası, 2022, s. 104.

¹⁸⁷ Ibid, s. 104 vd.

¹⁸⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 745 vd.

müzakerelere katılabilmeleri ve bireyler üstü, parlamentonun tümünü bağlayan bir iradenin gelişimine katkıda bulunabilmeleri için hiçbir emre bağlı olmamaları önkoşuldur (emredici vekalet yasağı, freies statt imperatives Mandat).¹⁸⁹ GG md. 38 f. 1 c. 2'nin öngördüğü üzere milletvekilleri "kendilerine verilen temsil yetkisi ve talimatlarla bağlı olmayıp yalnız vicdanlarına karşı sorumludurlar"; belirli bir seçim çevresi, siyasi hareketi veya toplumsal kesimi değil, "seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler", AY md. 80.¹⁹⁰ Parite yasalarının kadınların niceliksel temsilini artırma amacının temsili demokrasinin çağdaş vekillik ve temsil anlayışına aykırı olduğunu ve zorunlu cinsiyet kotasının temsili demokrasinin tanımına düzenleme getiren bir anayasa değişikliği yapılmadan yasa yoluyla getirilemeyeceğini savunan görüşler¹⁹¹ Almanya'da hala çoğunluktadır. Bavyera Anayasa Mahkemesi de bu anlayışa katılmıştır.¹⁹² Bu anlayışa göre, kadınların adaylığının kadın olmaları sebebiyle teşvik edilmesi çağdaş temsil kuramlarının vatandaşların belirli toplumsal kümelere mensup birey olmaktan çıkarılıp demokratik temsilin birer nesnesi olarak kabul edilme şartına aykırıdır.

Çalışmaya konu iki anayasanın metinleri temsili demokrasinin nitelikleri hakkında ayrıntılar içermemektedir. Parlamentonun yasama yetkisi ise aslidir; yasa koyucu bir konu hakkında düzenleme yapmak için anayasanın veya başka bir metnin ön iznine tabi değildir.¹⁹³ Zaten anayasalar yasama işlemlerinin ne zaman yasal olduğunu değil, anayasanın kurduğu çerçeve düzene hangi durumlarda aykırı olduğunu tanımlar;¹⁹⁴ dolayısıyla, anayasanın yasaklamadığı her içerik yasa koyucunun karar yelpazesinde yer almaktadır.¹⁹⁵ Ne Alman

¹⁸⁹ Ibid, s. 754 vd.

¹⁹⁰ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 752 vd.

¹⁹¹ Örn. Morlok/Hobusch.

¹⁹² Bavyera Anayasa Mahkemesi, 26 Mart 2018 tarihli Vf. 15-VII-16 sayılı Kararı, para. 112.

¹⁹³ Bkz. Özbudun, s. 211 vd.

¹⁹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Duncker und Humblot, Berlin, 2. bası, 1981, s. 402.

¹⁹⁵ Ayrıca bkz. Yalçın, s. 23 vd.

Anayasası'nın ne de Türk Anayasası'nın metninde monist temsil teorisinin ne kadar katı uygulanacağı ve demokrasiyi zenginleştirme gayesi taşıyan farklı anlayışlarla harmanlanıp harmanlanamayacağı ile ilgili bir tasarrufta bulunulmuştur.¹⁹⁶

Bu nedenle; Almanya ve Türkiye'deki temsili demokrasilerin demokrasinin çoğulcu (plüralist) yanını vurgulayan bir anlayışıyla¹⁹⁷ meşru ve geniş kitlelerce kabul gören parlamenter iradelerin ortaya çıkmasını sağlamak için, Alman Anayasa Mahkemesi'nin de meşru amaç olarak gördüğü,¹⁹⁸ toplumda mevcut olabildiğince fazla değer ve görüşlerin parlamenter müzakerelere yansımaya yasa yoluyla katkıda bulunmakta sakınca görülmemelidir. Çünkü, toplumsal çoksesliliğin istediği ilgiyi demokrasinin kurgusuna rahatsızlık veren bir faktör olarak değil, devletin siyasi yapısının odak noktası olarak görmek gerekir.¹⁹⁹ Parlamentolardaki kadın oranının artırılmasının, kadınların yaşadığı örneğin iş gücüne katılımının önündeki engeller veya kadına şiddet olayları gibi sorunların meclis gündemine daha sık yansıtacağı varsayımı ile parite yasalarının parlamenter karar alma sürecini daha çoğulcu, yasama görevinin yanında "devletin kamuya açık kürsüsü"²⁰⁰ olan parlamentoyu daha zengin hale getirmesi beklenebilir.²⁰¹ Temsili

¹⁹⁶ Almanya için aynı yönde: Michaela Hailbronner/Ruth Rubio Marin, *Parität in Deutschland und Europa*, 2020, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/paritaet-in-deutschland-und-europa>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023; Klafki, s. 864; Meyer, s. 1250.

¹⁹⁷ Bkz. Wapler, s. 10 vd.

¹⁹⁸ *BVerfGE* 95, 408, s. 420: „Anliegen weitgehender integrativer Repräsentanz“.

¹⁹⁹ Horst Dreier, "Das Problem der Volkssouveränität", Pirmin Stekeler-Weithofer ve Benno Zabel (editör), *Philosophie der Republik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 37-56, s. 42.

²⁰⁰ Michael Brenner, "§ 44: Das Prinzip Parlamentarismus im demokratischen Staat", Josef Isensee ve Paul Kirchhof (editör), *Handbuch des Staatsrechts*, Cilt III, C.F. Müller, Heidelberg, 3. bası, 2005, 477-519, s. 502.

²⁰¹ Kadınların niceliksel temsili ile niteliksel temsili arasındaki ilişkinin tartışmalı olması bunu değiştirmez. Yasa koyucu yasama görevini icra ederken yasalarının olası etkileri ile ilgili sürekli varsayımlardan yola çıkar, belirsizlikleri siyasi pozisyon olarak aşar (bkz. Shu-Perng Hwang, "Die Begründung der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume aus den

demokrasi, milletvekillerinin kişiliklerine şekil veren her türlü siyasal, kültürel vb. bağlarını vekil seçildikten sonra inkar etmesini istemez.²⁰² Parlamenter deliberasyonu mümkün kılan zaten bu farklılıklardır.²⁰³ Millet, temsil vekaletini vekillere tek tek değil, parlamenterlerin bütününe verdiği (kolektif vekalet ilkesi)²⁰⁴ ve parlamentonun ortak iradesi vekillerin farklı katkılarından sonra ve bunların üstünde ortaya çıktığı için vekillerin farklılıklarını vurgulamakta bir sakınca görülmemelidir. Belirtilmelidir ki, parite yasalarının arkasında kadın vekillerin kadınlara özgü belirli siyasi fikirleri savunmaları gerektiği fikri yatmaz. Kadınlar siyasal açıdan erkekler kadar heterojendir. Kadın vekiller talimatlarla bağlı olmayıp yalnız vicdanlarına karşı sorumlu olmaya devam eder ama kadınlara özgü sorunları dillendirmelerinin olasılığı erkek vekillere göre daha yüksektir.²⁰⁵ Demokrasinin çoksesliliğini ve toplumsal kabulünü artırma amacıyla hareket eden yasa koyucunun²⁰⁶ bu varsayımdan yola çıkması temsili demokrasinin kuramlarına aykırı değildir.²⁰⁷

d) Siyasi Partilerin Özgürlüğüne ve Eşitliğine Aykırılık

Siyasi partiler aynı kota oranına uymak zorunda olsa ve böylelikle şekli olarak tüm partiler eşit şekilde etkilenecek olsa da, (aktif)

Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Cilt: 92, Sayı: 1, 2009, 31-48, s. 48; Marius Rabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, Nomos, Baden-Baden, 1998, s. 53).

²⁰² Dreier, s. 53.

²⁰³ Ibid; Rita Süßmuth vd., *Es gibt keinen Besitzstandsschutz im Wahlrecht*, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/es-gibt-keinen-besitzstandsschutz-im-wahlrecht>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

²⁰⁴ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 753 vd.

²⁰⁵ Benzer yönde: Brandenburg Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 2020 tarihli Karar, VerfGH 9/19, Karşı Tarafın (Brandenburg Eyalet Parlamentosu) Mütalaası, para. 53.

²⁰⁶ Bkz. Hermann Pünder, "Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie", *Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*, Cilt: 72, 2013, 191-267, s. 210.

²⁰⁷ Farklı görüşte: Brandenburg Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 2020 tarihli Karar, VerfGH 9/19, para. 140.

üye sayısı ve örgütlenme açısından daha zayıf ve üyelerinin cinsiyet dağılımı dengesiz olan küçük partiler parite yasalarından daha olumsuz etkilenecektir. Fermuar yöntemine uygun aday listeleri oluşturmak onlar için daha zahmetli olacağından küçük partiler siyasi rekabette dezavantajlı bir duruma düşecek, aday listelerini doldurmakta muhtemelen zorlanacak veya listelerini seçim bölgesindeki vekil sayısına göre doldurmayarak kısa tutacaklardır.²⁰⁸ Bu durum siyasi partilerin eşitliğini sınırlamaktadır. Partilerin adaylarını istedikleri cinsiyetten seçemeyecek olmaları da siyasi partilerin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Parite yasaları siyasi partilerin özgürlüğünü ve eşitliğini ölçülü oldukları sürece anayasal biçimde kısıtlayabilecektir.²⁰⁹ Bunun için yasa koyucu örneğin geçiş hükümlerine, geçici hükümlere, kotadan yapılacak istisnalara başvurabilir. Yasa koyucuya seçim sistemiyle ilgili geniş bir karar alanı bırakan Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre bir "durum, büyük partilerle küçük partiler arasında eşitsizlik yaratmaktaysa da Anayasa, seçim sisteminin belirlenmesini yasa koyucuya bıraktığından bu konudaki tercihinin karışık uygunluk denetimi sınırlarını aşmaktadır".²¹⁰ Çünkü, "yasa koyucu, seçimler konusundaki anayasal ilkelere uymak koşuluyla, uygun gördüğü sistemi benimseyebilir".²¹¹

Yasa koyucunun siyasi partilerin faaliyet alanını düzenlemesinde, kadınların siyasal haklarına gelince, başta demokratik devlet ilkesi ve Atatürk ilke, inkılapları ve medeniyetçiliği (çağdaşlaşması) olmak üzere anayasaya uygun hareket ettiği ve partiler arası demokratik rekabeti ölçüsüz bir biçimde kısıtlamadığı sürece sakınca görülmemelidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de seçim listelerinde kadınlara prensip olarak yer vermek istemeyen başvuru aşırı muhafazakar partinin kota uygulamasına tabi

²⁰⁸ Örn. Brandenburg Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 2020 tarihli Karar, VerfGH 9/19, para. 177 vd.; Burmeister/Greve, s. 159; Butzer, s. 18; Morlok/Hobusch, s. 16.

²⁰⁹ Yalçın, s. 26.

²¹⁰ AYM, 22 Mart 1987 tarihli Karar, E.: 1986/17, K.: 1987/11, AMKD, Sayı: 23, 208-243, s. 225.

²¹¹ Ibid.

tutulmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmamıştır.²¹² Aksine, kadınların siyasal hayata katılımını dini gerekçelerle reddeden partinin tutumunu Sözleşme'nin ve Sözleşme'ye taraf devletlerin temel değerleri ve demokrasi anlayışıyla çeliştiğini belirtmiştir.²¹³

E. Seçim İlkeleri Işığında Parlamenter Cinsiyet Kotası

GG md. 38 f. 1 c. 2 uyarınca "milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler". AY md. 67 f. 2 de "seçimler[in] serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre" yapılmasını öngörür. Seçim ilkeleri partilerin milletvekili adaylarını tespiti süreci için de geçerlidir (bkz. Siyasi Partiler Yasası md. 37 f. 1).²¹⁴ Bir görüşe göre, seçilme hakkına sahip olup milletvekili aday olmak isteyen parti üyelerinin cinsiyetlerine göre aday liste sıralarının sadece yarısına talip olabilmeleri seçilme hakkının eşitliği ilkesini sınırlandırır.²¹⁵ Bir diğer görüşe göre ise parti üyelerinin seçilme hakkı (aday belirleme sürecine dahil olma hakkı) belirli bir liste sırasına adaylık koyma hakkını içermez, herkesin aday liste sıralarının yarısına başvurabilmesi seçim eşitliğini zedelemesiz.²¹⁶ Parite yasalarının seçimin serbestliğini sınırladığını işaret eden kararlar ve görüşler devletin aday listelerinin nasıl oluşacağını empoze ettiğini ve seçimlerin içeriğine müdahale oluşturduğunu savunur.²¹⁷ Ancak, yasa koyucu parite

²¹² AİHM, 10 Temmuz 2012 tarihli Kararı, Başvuru No. 58369/10 (Staatkundig Gereformeerde Partij v. Hollanda).

²¹³ Ibid, para. 69 vd.; eleştirel bir yaklaşım için bkz. Jaco van den Brink/Hans-Martien ten Napel, "The Dutch Political Reformed Party (SGP) and Passive Female Suffrage: A Comparison of Three High Court Judgments From the Viewpoint of Democratic Theory", *Utrecht Journal of International and European Law*, Cilt: 29, Sayı: 77, 2013, 29-41.

²¹⁴ Almanya: *BVerfGE* 11, 266, s. 272; Türkiye: Siyasi Partiler Yasası md. 37 f. 1: "Siyasi partiler, milletvekilliği genel veya ara seçimlerinde, adaylık için müracaat eden ve adaylığı uygun bulunanlar arasından, adayların tespitini; serbest, eşit, gizli oy, açık tasnif esasları çerçevesinde (...) yapabilirler".

²¹⁵ Thüringen Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2020 tarihli Karar, *VerfGH* 2/20, s. 30; *Burmeister/Greve*, s. 157; *Morlok/Hobusch*, s. 15.

²¹⁶ *Klafki*, s. 858; *Meyer*, s. 1246.

²¹⁷ Bavyera Anayasa Mahkemesi, 26 Mart 2018 tarihli Vf. 15-VII-16 sayılı Kararı, para. 138 vd.; Brandenburg Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 2020 tarihli *VerfG*

yasalarıyla partilerin seçim kampanyalarında ve meclis gruplarında belirli içeriklere yer vermesini sağlamaz; politik olarak erkekler kadar heterojen olan kadın nüfusunun spesifik deneyim ve taleplerinin meclis kürsüsüne taşınmasını amaçlar, kadın milletvekilleri belirli siyasi sınırlamalara tabi olmaksızın yalnız vicdanlarına karşı sorumlu olmaya devam ederler.²¹⁸

Hem Alman Anayasa Mahkemesi hem de Türk Anayasa Mahkemesi yasama erkine seçim sistemini yasa yoluyla somut hale getirilmesi için geniş bir takdir hakkı tanır.²¹⁹ Çünkü, “eğer Anayasa koyucu, belli ve değişmez bir sistemi öngörmüş olsaydı, böylesine önemli bir konuyu Anayasada buyurucu bir hükümlerle açıklardı”.²²⁰ “Serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarından ayrılmamak şartıyla kanun koyucunun meclislerden herhangi biri için uygun gördüğü seçim sistemi Anayasa’nın da makbulüdür.”²²¹ “Kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemini tayin etmek hakkını haizdir.”²²² Bu anlayışa göre, seçim ilkelerine açık bir biçimde aykırı olmayan ve belirli toplumsal grupların seçme-seçilme hakkını kasten sınırlandırmayan (seçim mühendisliğine soyunulmadığı müddetçe) her seçim sistemi düzenlemesi anayasaya uygun olarak

9/19 sayılı Karar, para. 137; Thüringen Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2020 tarihli Karar, VerfGH 2/20, s. 28; Wolfgang Hecker, “Verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu Landesparitätsgesetzen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt: 73, Sayı: 49, 2020, 3563-3566, s. 3564; von Ungern-Sternberg, s. 533.

²¹⁸ Ayrıca bkz. Yalçın, s. 24.

²¹⁹ Almanya için bkz. *BVerfGE* 131, 316, s. 335.

²²⁰ AYM, 1 Mart 1984 tarihli Karar, E.: 1984/2, K.: 1984/2, *AMKD*, Sayı: 20, 161-254, s. 184.

²²¹ AYM, 13 Ocak 1966 tarihli Karar, E.: 1964/26, K.: 1966/1, *AMKD*, Cilt: 4, 19-39, s. 28.

²²² AYM, 1 Mart 1984 tarihli Karar, E.: 1984/2, K.: 1984/2, *AMKD*, Sayı: 20, 161-254, s. 184.

görülmalıdır. Özellikle 1982 yılından sonra oluşan Türk anayasa pratiğine²²³ en iyi uyan anlayış da budur.

F. Eşitlik İlkesi Işığında Parlamenter Cinsiyet Kotası

Parite yasalarının genel eşitlik ilkesini veya genel eşitlik hakkını (ayrımcılık yasağını)²²⁴ (GG md. 3 f. 1, AY md. 10 f. 1) ihlal ettiğini savunan görüşler ve kararlar²²⁵ maddi (substantive equality, materielles Gleichheitsverständnis) değil, şekli bir eşitlik anlayışı (formal equality, formelles Gleichheitsverständnis) ortaya koymaktadır.²²⁶ Buna göre, anayasal eşitlik ilkesi cinsiyete dayalı herhangi bir yasal farklılaştırmaya karşı durmaktadır.²²⁷ Eşitlik ilkesi bir hiyerarşi oluşturma yasağı olarak anlaşıldığı takdirde ise, devletin insanlar arasında cinsiyet temelinde yaptığı bir ayrımın dezavantajlı bir hiyerarşi oluşturup oluşturumamasına bakılır.²²⁸ Bu anlayışa göre parite yasaları, tam da kadınları siyasi alanda olumsuz etkileyen hiyerarşilerleri yıkmayı amaçladıkları için erkeklere karşı eşitsiz muamele teşkil etmez.

Farklı eşitlik anlayışlarına ilişkin tartışma, anayasanın toplumsal hayatta zaten mevcut olan kadın-erkek eşitsizliğinin giderilmesini, kadın ve erkeklerin fiili eşitliğinin devletçe tesis edilmesini öngördüğü ülkelerde önemini yitirmektedir. Almanya ve Türkiye bu ülkelerdendir. Alman Anayasası md. 3 f. 2 uyarınca “erkek ve kadınlar eşit haklara

²²³ Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 507; Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında “seçim sistemi mühendisliği” yaptığı yönde bir eleştiri için bkz. Hüseyin Özcan, “Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'nin Seçim Sistemi Tercihindeki Rolü”, Havva Karagöz ve Atagün Mert Kejanlıoğlu (editör), *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 153-166.

²²⁴ Türkiye’de eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti tartışmalıyken (Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 154 vd.), Almanya’da eşitlik haklarından bahsedilir.

²²⁵ Örn. Thüringen Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz 2020 tarihli Karar, VerfGH 2/20, s. 37 vd.; Morlok/Hobusch, s. 284; von Ungern-Sternberg, s. 532.

²²⁶ Dündar Sezer, s. 98.

²²⁷ Örn. BVerfGE 85, 191, s. 206 (GG md. 3 f. 2 c. 1 bağlamında).

²²⁸ Örn. Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit?*, Nomos, Baden-Baden, 1995, s. 237 vd.

sahiptirler. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendirir ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir".²²⁹ Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında 2004 yılında yapılan değişiklikle Türk Anayasası'na dahil edilen md. 10 f. 2'ye göre ise "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yasama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." 2010 yılında eklenen ve fıkrayı güçlendirici nitelikte olan cümleye göre de "bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz". "Fıkra kullanılarak 'eşitliğin yasama geçirilmesi' ifadesinden yola çıkarak, gerçek hayatta böyle bir eşitlik yoksa, devletin kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaparak bu eşitliği fillen sağlaması gerektiği söylenebilir".²³⁰ Türk Anayasa Mahkemesi'nin sık sık maddi eşitlik anlayışına atıfta bulunmasından²³¹ ve pozitif ayrımcılık uygulamalarını dolaylı olarak anayasal ilan etmiş olmasından²³² ne eşitlik ilkesinin ne ayrımcılık yasağının Türkiye'de yasalaşacak bir parite yasağının önünde duracağı

²²⁹ GG md. 3 f. 2 c. 2'nin siyasal alanda uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Alman Anayasası'na 1994 yılında dahil edilen bu normun maddi eşitlik anlayışını benimseyip, kadın ve erkekleri farklı muameleye tabi tutan düzenlemeler için dayanak oluşturup oluşturmadığı yine tartışmalıdır. Çünkü, bir görüşe göre toplumsal hayattaki cinsiyet eşitsizliği ile mücadele etmeyi amaçlayan düzenlemeler de kadın ve erkeklere eşit şekilde uygulanmalıdır, bir başka deyişle pozitif ayrımcılığın ve somut bir kota içeren uygulamaların önü açılmamıştır (örn. Morlok/Hobusch, s. 284). Ayrıntılı: Yalçın, s. 27 vd.

²³⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 249 (doğrudan alıntı); Özbudun, s. 156 vd.; Özdemir, s. 102 vd.

²³¹ Özdemir, s. 66 vd.; bkz. AYM, 22 Ekim 1996 tarihli Karar, E.: 1996/10, K.: 1996/40: "Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir".

²³² Bertil Emrah Oder, "Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı", Tufan Öğüz ve İlhan Helvacı (editör), *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, On İki Levha, İstanbul, 2013, 1-18, s. 11.

anlaşılmaktadır.²³³ Nitekim, Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2023 tarihli kararında²³⁴ 2004 Anayasa değişikliğinin gerekçesinde “cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmelere işaret edildiğinin ve söz konusu değişiklikte yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyet lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını (öngörüldüğünün)” altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin pozitif ayrımcılık uygulamalarının anayasal hale getirilmiş olmasını karar konusu maddenin iptali için argüman olarak kullandığı görülmektedir.²³⁵ Çünkü, Mahkeme’ye göre “böylelikle anayasa koyucunun eşitlik ilkesinin eşler arasındaki görünümüne verdiği önem açık bir şekilde ortaya konulmuştur”.²³⁶

G. Sonuç

Kota uygulamalarının temsili demokrasinin ve parlamentarizmin kuramlarıyla bağdaştırılıp bağdaştırılamayacağı tartışması Almanya’ya özgü değildir. Parite yasalarının yürürlükte olduğu her ülkede tarihin bir noktasında böyle tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Tartışma, zaman geçtikçe Türkiye’de de yoğunlaşacak ve somut yasa teklifleri üzerinden devam edecektir. Almanya nezdinde ise zorunlu cinsiyet kotasının anayasallığının bu kadar geç tartışılması ve bununla birlikte anayasal olmadığı yönündeki fikrin (özellikle anayasa mahkemelerinin kararlarında) hala baskın olması başta Alman doktrini dışındaki görüşler için dikkat çekici ve şaşırtıcıdır.²³⁷

Çalışmada, milletvekili seçimlerinde zorunlu cinsiyet kotası uygulamasının yasa koyucu uygulamayı ölçülü şekillendirdiği müddetçe ne Alman Anayasası’na ne de Türk Anayasası’na aykırı

²³³ Daha temkinli bir yaklaşım için bkz. Kasım Akbaş/İlker Gökhan Şen, “Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 13, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, 2013, 165-189, s. 178.

²³⁴ Kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanamamasını öngören Türk Medeni Kanunu md. 187’nin iptali.

²³⁵ AYM, 22 Şubat 2023 tarihli Karar, E.: 2022/155, K.:2023/38, para. 33.

²³⁶ Ibid, para. 34.

²³⁷ Bkz. Hailbronner/Rubio Marin.

olacağı gösterilmiştir. Zorunlu parlamenter cinsiyet kotalarının ölçülülüğünü tayin eden etkenler olarak kotanın yüksekliği, kota uygulamasından yapılacak istisnalar, özellikle küçük partiler için öngörülen geçiş hükümleri, geçici hükümlerin kullanımı, yaptırımların katılığı ve kotanın zaruri hallerde uygulanmayacağı veya farklı şekilde uygulanacağını öngören maddelerin varlığı sıralanabilir.

Yasa koyucunun görevi zorunlu cinsiyet kotalarının avantaj ve dezavantajlarını tartmak ve uygulanıp uygulanmayacağı konusunda siyasi bir görüş oluşturmaktır. Ortadadır ki, bir uygulamanın anayasaya aykırı olmaması, getirilmesinin kaçınılmaz olduğu anlamına gelmemektedir. Keza, Alman Anayasası'nın ve Türk Anayasası'nın temsili demokrasi tanımlarından, cinsiyet kotası uygulama yönünde yasa koyucuya emir verildiği söylenemeyeceği çalışmada özellikle saptanmıştır. Cinsiyet kotalarının aleyhine ve lehine birçok argüman geliştirilmiştir.²³⁸ Hangilerini onaylayıp hangilerini reddedeceği ve kotaların etkili olması için hangi yöntemlere başvuracağı²³⁹, yasa koyucunun tasarrufu olacaktır. Çalışmada varılan temel sonuç şudur ki, anayasalar zorunlu parlamenter cinsiyet kotası konusunda yasa koyucunun özgür tasarrufunun önünde durmamaktadır.

Son olarak ise hatırlatılır ki, bugün itibarıyla ne Almanya'da ne Türkiye'de kadın milletvekili oranının etkili önlemler alınmadan istenilen, meclis kararlarının meşruluğunu destekleyecek ve toplumda kabul görmesini teşvik edecek seviyelere kendiliğinden yükselmesi olası gözükmemektedir. Kadınların karar alma mekanizmalarına yetersiz seviyede dahil olduğu demokrasiler, eksiktir.

²³⁸ Bunların kapsamlı özeti: Dünder Sezer, s. 70 vd.; Sitembölükbaşı, s. 27 vd.; Steg; parite yasalarına karşı siyasi argümanlar için bkz. Rixen; genel olarak pozitif ayrımcılık uygulamalarının lehinde ve aleyhinde görüşler için bkz. Akbaş/Şen.

²³⁹ Bkz. Dünder Sezer, s. 106 vd.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Männlich geprägte Parteistrukturen, vorherrschende Geschlechterstereotype und sozialstrukturelle Ungleichheiten gehören zu den Ursachen einer strukturellen Benachteiligung von Frauen in der deutschen wie türkischen Politik, die durch Mehrheitswahlelemente verstärkt werden. Sie hat sowohl im Bundestag, allen deutschen Landesparlamenten als auch der Großen Nationalversammlung der Türkei eine Unterrepräsentanz weiblicher Mandatsträgerinnen zur Folge.

Als Reaktion auf diese Unterrepräsentanz von Frauen in Parlamenten wird in Deutschland und der Türkei vorgeschlagen, ein ausgeglichenes Geschlechterverhältnis durch Paritätsgesetze zu bewirken. Diese Paritätsgesetze verpflichten politische Parteien dazu, ihre Wahllisten zu einem bestimmten Anteil, zumeist jeweils zur Hälfte mit Männern und Frauen zu besetzen. Paritätsgesetze existieren in etlichen Staaten und unterscheiden sich zum Teil stark. Kommen Wahllisten zum Einsatz, können Parteien dazu verpflichtet werden, jeweils abwechselnd eine Frau und einen Mann auf ihrer Liste aufzustellen (Reißverschlussprinzip) oder einen bestimmten Anteil je eines Kandidatenblocks mit Frauen zu besetzen (Blockbildung). Bei Direktwahlen können Parteien entweder in vergrößerten Wahlkreisen dazu angehalten werden, je einen Mann und eine Frau, die beide zugleich gewählt werden sollen, pro Wahlkreis zu nominieren (Tandem), oder aber die Größe der Wahlkreise bleibt unangetastet, die Parteien müssen dennoch je Wahlkreis zwei Personen verschiedenen Geschlechts nominieren, sodass es an den Wählern liegt, ob sie dem männlichen oder dem weiblichen Wahlvorschlag einer Partei folgen (Mehrpersonenliste).

Erste Paritätsgesetze in Thüringen und Brandenburg wurden durch die dortigen Landesverfassungsgerichte für verfassungswidrig erklärt. Ein Gesetzentwurf der Republikanischen Volkspartei (CHP) wurde im türkischen Parlament abgelehnt. Ein vergleichender Blick offenbart, dass die Diskussion um die Kompatibilität starrer Geschlechterquoten mit einer liberalen Demokratie keine deutsche Eigenheit ist. Überraschend insbesondere für ausländische Beobachter ist aber, dass sie jedenfalls in Deutschland so spät geführt und dort auch noch von einer ablehnenden Meinung dominiert wird.

Weder gebietet noch verbietet das Demokratieprinzip der deutschen und türkischen Verfassungen die Verabschiedung eines Paritätsgesetzes. Vielmehr

entspricht es dem Bild der Verfassung als bloße Rahmenordnung, dass es dem Gesetzgeber gestattet ist, die im Grundgesetz und der türkischen Verfassung nicht näher bestimmten Einzelheiten der repräsentativen Demokratie durch Gesetz auszugestalten, selbstredend ohne sie faktisch abzuschaffen. Dabei genügt es, die weiterhin als monistisch verstandene Repräsentation mit einem pluralistischen Verständnis anzureichern. Da es mitunter nachvollziehbare politische Argumente dafür gibt, dass Paritätsregelungen die Qualität der parlamentarischen Deliberation und Demokratie steigern könnten, kommt das Demokratieprinzip selbst als Beeinträchtigungen anderer Verfassungsgüter rechtfertigender Verfassungsinhalt in Betracht. Denn es genügt, dass die Optimierung der Demokratie ein legitimer Zweck von Verfassungsrang ist. Die freie Entscheidung darüber, ob er den Argumenten pro Parité folgt, liegt bei dem Gesetzgeber, dessen Entscheidungsspielraum sowohl durch das deutsche Bundesverfassungsgericht als auch das Verfassungsgericht der Türkei immer wieder zu Recht unterstrichen wird. Das türkische Verfassungsgericht hat den Spielraum des Gesetzgebers insbesondere im Bereich der Wahlsystemgestaltung betont und bislang von einer vertieften Prüfung wahlrechtlicher Regelungen abgesehen.

Es kann nicht geleugnet werden, dass Paritätsgesetze in einem gewissen Konflikt mit einem streng formellen Verständnis der Wahlgrundsätze und der Gleichheitsrechte beziehungsweise des türkischen Gleichheitsprinzips stehen. Ob man Parité als mit dem Gleichheitsgedanken vereinbar ansieht, hängt maßgeblich davon ab, ob man ein formelles oder materielles Gleichheitsverständnis vertritt. Doch nicht nur existieren mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und 3 der türkischen Verfassung Bestimmungen, die den Staat dazu verpflichten, darauf hinzuwirken, die faktische Ungleichheit der Geschlechter in der Gesellschaft zu überwinden. Insbesondere das türkische Verfassungsgericht hat in der Vergangenheit mehrfach angedeutet, seinen Entscheidungen ein materiell geprägtes Gleichheitsverständnis zu Grunde zu legen.

Paritätsgesetze sind, eine verhältnismäßige Ausgestaltung vorausgesetzt, weder verfassungs- noch verfassungsidentitätswidrig. Zu denken ist an Stellschrauben wie die Höhe der Quote, Ausnahmetatbestände, Übergangsregelungen, zeitliche Geltungsbegrenzungen, die Art der Sanktion sowie Härtefallklauseln für Einzelfälle.

KAYNAKÇA

- ABELS Gabriele/CRESS Anne, "Vom Kampf ums Frauenwahlrecht zur Parité", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 50, Sayı: 1, 2019, 167-186.
- AKBAŞ Kasım/ŞEN İlker Gökhan, "Türkiye'de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 13, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, 2013, 165-189.
- AKŞİN Sina, "Osmanlı-Türk Toplumundaki Sınıf Yapısı Üzerine bir Deneme", *Toplum ve Bilim*, Sayı: 2, 1977, 31-46.
- ALDEMİR Ceray/BUDAK Canan, "Cam Tavanı Kırmak: Parlamentoda Cinsiyet Kotası", *Eğitim Bilim Toplum*, Cilt: 16, Sayı: 61, 2018, 37-64.
- ARIKAN Gülay, "Ataerkillik Kavramıyla İlgili Sosyolojik Tartışmalar", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 1997, 1-24.
- ASLAN AKMAN Canan, "Siyasete Feminist Bir Müdahale: Erkeklerin Dünyasında Cinsiyet Kotalarının Kurumsal Açmazlarına Yeniden Bakmak ve Dönüşümcü Etki İçin Paritenin Aciliyeti", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 3, 2023, 1107-1122.
- Avrupa Birliği Komisyonu, 2022 Türkiye Raporu, SWD(2022) 333 nihai, gayriresmi tercüme, Ekim 2022.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Siyasete ve Kamuda Karar Verme Mekanizmalarına Kadınların ve Erkeklerin Dengeli Katılımı Konulu Tavsiye, Rec(2003)3, Mart 2003.
- BAER Susanne, *Würde oder Gleichheit?*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- BERKTAY Fatmagül, *Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın*, Metis, İstanbul, 1996.
- BERKTAY Fatmagül, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis, İstanbul, 3. bası, 2010.

BILL Gisela, "Listenquotierung bei Kommunalwahlen – ein Muss für tatsächliche Demokratie!", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 17, Sayı: 3, 2014, 111-112.

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesi, 23 sayılı "Siyasi ve Kamu Hayatı" konulu Genel Tavsiye, 1997.

BORNEMAN Ernest, *Das Patriarchat*, Fischer, Frankfurt am Main, 1979.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Duncker und Humblot, Berlin, 2. bası, 1981.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, "§ 34: Demokratische Willensbildung und Repräsentation", Josef Isensee ve Paul Kirchhof (editör), *Handbuch des Staatsrechts*, Cilt III, C.F. Müller, Heidelberg, 3. bası, 2005, 31-53.

BRENNER Michael, "§ 44: Das Prinzip Parlamentarismus im demokratischen Staat", Josef Isensee/Paul Kirchhof (editör), *Handbuch des Staatsrechts*, Cilt III, C.F. Müller, Heidelberg, 3. bası, 2005, 477-519.

BROSIUS-GERSDORF Frauke, "Auf dem Tandem ins Parlament – Zu Sinn und Unsinn von Quoten für Wahlen", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2019, 57-60.

BRUNSBACH Sandra, "Machen Frauen den Unterschied? Parlamentarierinnen als Repräsentantinnen frauenspezifischer Interessen im Deutschen Bundestag", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 3-24.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı), *Vierter Atlas zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland*, Berlin, 2. bası, Temmuz 2020.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı), *Mütter des Grundgesetzes*, Berlin, 14. bası, Eylül 2022.

Bundeszentrale für politische Bildung (Siyasi Eğitim Federal Merkezi), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Türkische Textausgabe (Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası Türkçe Tercümesi)*, Berlin, Eylül 2020.

BURMEISTER Jörg/GREVE Holger, "Parité-Gesetz und Demokratieprinzip: Verfassungsauftrag oder Identitätsverstoß?", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Cilt: 34, Sayı: 2, 2019, 154-173.

BUTZER Hermann, "Verfassungsfragen einer Paritégesetzgebung auf Bundes- und Landesebene", *Niedersächsische Verwaltungsblätter*, Cilt: 26, Sayı: 1, 2019, 10-20.

CANKURTARAN Özlem/KELEBEK KÜÇÜKARSLAN Görkem, "Toplumsal Cinsiyete Dair Kavramlar", Aksu Bora ve Şengül İnce (editör), *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2021, 8-22.

ÇAKIR Serpil, *Erkek Kulübünde Siyaset*, Sel, İstanbul, 2019.

DAHLERUP Drude, "From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics", *Scandinavian Political Studies*, Cilt: 11, Sayı: 4, 1988, 275-298.

DAVIDSON-SCHMICH Louise/KÜRSCHNER Isabelle, "Stößt die Frauenquote an ihre Grenzen? Eine Untersuchung der Bundestagswahl 2019", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 25-34.

DEĞİRMENCİ Nigar, "Türkiye'de Kadının Siyasal Temsil Sorunu Üzerine Bir İnceleme", *Fenerbahçe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2022, 409-430.

DIETRICH Heinz, "Der Beruf der Frau zur Rechtsprechung", *Deutsche Juristen-Zeitung*, Cilt: 38, 1933, sütun 1255-1259.

DOĞRU Derya, "Türkiye'de Kadınların Siyasal Haklarını Kazanması ve Siyasal Temsilde Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2023, 247-293.

- DREIER Horst, "Das Problem der Volkssouveränität", Pirmin Stekeler-Weithofer/Benno Zabel (editör), *Philosophie der Republik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 37-56.
- DÜNDAR SEZER Tijen, "Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 159, 2022, 51-122.
- ECKES Thomas, "Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen", Ruth Becker/Beate Kortendieck (editör), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden, 2. bası, 2008, 178-189.
- EFENDİOĞLU Şafak, "Kadınlara Yönelik Pozitif Ayrımcılık Bağlamında Seçim Kotası", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2010, 285-308.
- ERDOĞAN Didem, "Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2016, 59-74.
- FRIEHE Matthias, "Wir sind ein Volk – Die landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Parité", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 40, Sayı: 1-2, 2021, 39-43.
- FUCHS Gesine, "Politische Partizipation von Frauen in Deutschland", Beate Hoecker (editör), *Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest*, Verlag Barbara Budrich, Leverkusen, 2006, 235-260.
- GEPPERT Kerstin, "Parité-Gesetzentwürfe in den Bundesländern", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2019, 119-121.
- GLOßNER Anna, *Paritätsgesetze und repräsentative Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 2022.
- GÖKÇİMEN Semra, "Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi", *Yasama Dergisi*, Sayı: 10, 2008, 5-59.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 3. bası, Ocak 2019.
- GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin, Bursa, 2. bası, Mart 2020.

- GÖZLER ÇAMUR Elif, "Anayasa Yapımında Kadınlar: Katılım, Talepler ve Tamamlanmamış Bir Süreçten Deneyimler", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 260-287.
- GRIMM Dieter, "Recht und Politik", *Juristische Schulung*, Cilt: 9, Sayı: 11, 1969, 501-510.
- GRIMM Dieter (çeviri: Kemal Başol/Eyüp Kaan Demirkıran), "Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2019, 193-208.
- GÜVEYİ Ümit, "Türkiye'de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 137, 2018, 37-66.
- HANİOĞLU M. Şükrü, "The Second Constitutional Period, 1908–1918", Reşat Kasaba (editör), *The Cambridge History of Turkey, Volume 4: Turkey in the Modern World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 62-111.
- HÄHNCHEN Susanne/BERENBRINK Kathrin, "Von Scherzfragen, hübschen Larven und männerzerfleischenden Bestien", *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt: 71, Sayı: 46, 2018, 3363-3367.
- HECKER Wolfgang, "Verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu Landesparitätsgesetzen", *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt: 73, Sayı: 49, 2020, 3563-3566.
- HILDEGARD Arminius/HARNISCH Johannes W., *Skizzen und Stimmungen aus dem Weimar der Nationalversammlung*, Verlag August Scherl, Berlin, 1919.
- HOECKER Beate, "Politische Repräsentation von Frauen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Vergleich", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2011, 50-65.
- HOFMANN-GÖTTIG Joachim, *Emanzipation mit dem Stimmzettel*, Neue Gesellschaft, Bonn, 1986.

- HWANG Perng, "Die Begründung der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume aus den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Cilt: 92, Sayı: 1, 2009, 31-48.
- İLTER Emel/BULUT Alper Tolga, "Türk Siyasetinde Kadının Niteliksel Temsili: Meclis Faaliyetleri Üzerinden Sayısal Bir Analiz", *Siyasal: Journal of Political Sciences*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2020, 165-188.
- JÜRGENSEN Sven/ORLOWSKI Frederik, "Informalität im Verfahren der Kandidatenaufstellung – Eine Untersuchung anhand der innerparteilichen Auswahl von Wahlkreisbewerbern", *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 72, Sayı: 4, 2019, 141-150.
- Kadın Adayları Destekleme Derneği (KA-DER), *Eşit Temsil İçin Cinsiyet Kotası: Erkek Demokrasiden Gerçek Demokrasiye*, İstanbul, 2005.
- KARAMAN Ebru, *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası*, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- KESER Ahmet/ÇELİK Mazlum/ERCAN Esra, "Türkiye'de Kadınların Siyasal Temsili ve Toplumsal Cinsiyet", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 76, Sayı: 1, 2021, 191-229.
- KLAFKI Anita, "Parität – Der deutsche Diskurs im globalen Kontext", *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 73, Sayı: 19, 2020, 856-866.
- KLETZING Uta/LUKOSCHAT Helga, *Engagiert vor Ort – Wege und Erfahrungen von Kommunalpolitikerinnen*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı), Berlin, Kasım 2010.
- KLINKSIEK Dorothee, *Die Frau im NS-Staat*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1982.
- KOCABIÇAK Ece, "İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararı Bağlamında Türkiye'de Patriyarkal Devlet", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 42-70.

KURNAZ Şefika, *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2. bası, 1991.

KÜRSCHNER Isabelle, "Frauen in den Parteien", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Sayı: 50/2009, 16-21.

LASKOWSKI Silke Ruth, "Wann bekommt Deutschland ein Parité-Gesetz?", *Streit*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2015, 51-63.

LAUBACH Birgit, "Die Frau als Citoyenne – Für eine Frauen- und eine Männerkammer", *Feministische Studien*, Cilt: 9, Sayı: extra 1, 1991, 75-79.

LEPSIUS Oliver, "Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus", Martin Bertschi et al. (editör), *Demokratie und Freiheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1999, 123-180.

LERNER Gerda, *The Creation of Patriarchy*, Oxford University Press, New York, 1987.

LEWIS Bernard (çeviri: Mine Yazıcı), *Tanzimat ve Sosyal Eşitlik*, *Bellekten*, Cilt: 62, Sayı: 234, 1998, 577-588.

LÖBE Paul, *Erinnerungen eines Reichstagspräsidenten*, Arani, Berlin-Grunewald, 1951.

LUHMANN Niklas, *Systemtheorie der Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin, 2017.

MEYER Hans, "Verbietet das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenwahlen zu Parlamenten?", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 38, Sayı: 17, 2019, 1245-1250.

MORLOK Martin/HOBUSCH Alexander, "Ade parité? – Zur Verfassungswidrigkeit verpflichtender Quotenregelungen bei Landeslisten", *Die Öffentliche Verwaltung*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2019, 14-20.

MÖLLERS Christoph, "Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg", *Juristenzeitung*, Cilt: 79, Sayı: 7, 2021, 338-347.

- MÖSCHEL Mathias, "Gender Quotas in French and Italian Public Law: A Tale of Two Overlapping and Then Diverging Trajectories", *German Law Journal*, Cilt: 19, Sayı: 6, 1489-1518.
- NIEDERMAYER Oskar, "Parteimitgliedschaften im Jahre 2021", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Cilt: 53, Sayı: 2, 2022, 382-408.
- ODER Bertil Emrah, "Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı", Tufan Öğüz ve İlhan Helvacı (editör), *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, On İki Levha, İstanbul, 2013, 1-18.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 19. bası, 2019.
- ÖZDEMİR Sinem Servet, *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 110-139.
- ÖZCAN Hüseyin, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'nin Seçim Sistemi Tercihindeki Rolü", Havva Karagöz ve Atagün Mert Kejanlıoğlu (editör), *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 153-166.
- ÖZKAYA DUMAN Olcay, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Yüzüncü Yılında Tek ve Çok Partili Dönemde Kadın Temsiliyetinin Karşılaştırmalı Analizi (1935-1960)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Sayı: 67, 2020, 369-401.
- PATEMAN Carole, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford, 2018.
- PITKIN Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1967.
- PÜNDER Hermann, "Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingenbedingungen repräsentativer Demokratie", *Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*, Cilt: 72, 2013, 191-267.

- QUAMBUSCH Erwin, "Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung", *Der Öffentliche Dienst*, Cilt: 49, Sayı: 2, 1993, 193-204.
- RABE Marius, *Grundrechte und Erkenntnis*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- RIXEN Stephan, "Demokratieprinzip und Gleichberechtigungsgebot: Verfassungsrechtliche Relationen", Marion Eckertz-Höfer ve Margarete Schuler-Harms (editör), *Gleichberechtigung und Demokratie - Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 59-84.
- RODRIGUEZ RUIZ Blanca/RUBIO MARIN Ruth, "The gender of representation: On democracy, equality, and parity", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 6, Sayı: 2, 2008, 287-316.
- ROSENBUSCH Ute, *Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- RÖHNER Cara, *Ungleichheit und Verfassung*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2019.
- SANCAR Serpil, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti*, İletişim, İstanbul, 3. bası, 2014
- SANCAR Serpil, "Kadın Hakları Siyaseti: Siyasetin Eril Karakterini Değiştirmek", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 447-466.
- SAUER Birgit, "Only paradoxes to offer? Feministische Demokratie- und Repräsentationstheorie in der Postdemokratie", *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Cilt: 40, Sayı: 2, 2011, 125-138.
- SEZER Ayten, "Türkiye'deki İlk Kadın Milletvekilleri ve Meclis'teki Çalışmaları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 42, 1998, 889-905.
- SİTEMBÖLÜKBAŞI Şaban, "Kadınların Siyasal Hayata Etkin Katılımının Bir Aracı Olarak Seçimlerde Kota Uygulamaları", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1, 2007, 13-36.

- STEG Christian, "Mehr Frauen braucht das Land – Wie ein Paritätsgesetz zur Gleichberechtigung in der Politik beiträgt", Sebastian Liebold vd. (editör), *Demokratie in unruhigen Zeiten: Festschrift für Eckhard Jesse*, Nomos, Baden-Baden, 2018, 345-354.
- SUCU Şadiye/KESER Ahmet, "Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Tehdidini Ulusal ve Uluslararası Bağlamda Güvenlikleştirme Girişimleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022, 727-756.
- SUDHÖLTER Kristine, "Elisabeth Seibert, Eine der vier Mütter des Grundgesetzes", Margarete Fabricius-Brand, Sabine Berghahn ve Kristine Sudhölter (editör), *Juristinnen – Berichte, Fakten, Interviews*, Elefanten Press, Batı Berlin, 1982, 187-190.
- SYDOW Gernot/WITTECK Fabian, *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht*, Cilt I, C.H. Beck, München, 3. bası, 2022.
- TOKSÖZ Gülay vd., *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini İzleme Raporu 2021-2022*, Cinsiyet Eşitliği İzleme Derneği, Ankara, Temmuz 2022.
- Türkiye İstatistik Kurumu, *2022 Toplumsal Cinsiyet İstatistikleri*, Ankara, Mart 2023.
- TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, "Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmeye Kadınlar Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa’daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 30, Özel Sayı, 2017, 93-124.
- UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, "Giriş", Gülriz Uygur/Nadire Özdemir (editör), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin, Ankara, 2. bası, 2019, 7-16.
- ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan, Ankara, 18. bası, 2016.
- VAN DEN BRINK Jaco/TEN NAPEL Hans-Martien, "The Dutch Political Reformed Party (SGP) and Passive Female Suffrage: A Comparison of Three High Court Judgments From the Viewpoint

of Democratic Theory”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Cilt: 29, Sayı: 77, 2013, 29-41.

VATANDAŞ Celalettin, “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı”, *Sosyoloji Konferansları Dergisi*, Sayı: 35, 2007, 29-69.

Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, *Stenographische Berichte*, Cilt: 326, Norddeutsche Buchdruckerei und Verlags-Anstalt, Berlin, 1920.

VOLK Laura, *Paritätisches Wahlrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

VON UNGERN-STERMBERG Antje, “Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts”, *Juristenzeitung*, Cilt: 74, Sayı: 11, 2019, 525-534.

WAPLER Friederike, *Die Crux mit der Quote – Paritätsgesetze und demokratische Repräsentation*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2019.

WIECHMANN Elke, “Politische Repräsentanz und Geschlecht: Political Gender Gap”, Beate Kortendiek, Birgit Riegraf ve Katja Sabisch (editör), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden, 2019, 1245-1256.

WIELAND Joachim, “Bindungen und Spielräume des Parteienverfassungsrechts für die Herstellung von Parität”, Marion Eckertz-Höfer ve Margarete Schuler-Harms (editör), *Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 147-160.

YALÇIN Kubilay, “Paritätsgesetze – Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten nach Geschlecht”, *Göttinger Rechtszeitschrift*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2022, 19-28.

YILDIRIM Senem/UÇARAY MANGITLI Burcu, “Parlamento, Temsil ve Kurumsal Maskülenizm: Kadın Milletvekillerinin TBMM İhtisas Komisyonlarındaki Rollerini”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2023, 222-259.

ZIMMERMANN Andreas, "Gleichheit und politische Repräsentation von Frauen – Anmerkung zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Cilt: 27, Sayı: 14-16, 2000, 431-436.

Kararlar

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht), 12 Temmuz 1960 tarihli 2 BvR 373/60, 442/60 sayılı Karar, *BVerfGE* (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*), Sayı: 11, s. 266.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 29 Ekim 1987 tarihli 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83 sayılı Karar, *BVerfGE*, Sayı: 77, s. 170.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi , 26 Haziran 1990 tarihli 2 BvF 3/89 sayılı Karar (Ausländerwahlrecht II), *BVerfGE*, Sayı: 83, s. 60.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 28 Ocak 1992 tarihli 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 10/91 sayılı Karar (Nachtarbeitsverbot), *BVerfGE*, Sayı: 85, s. 191.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1992 tarihli 2 BvE 2/89 sayılı Karar (Parteienfinanzierung II), *BVerfGE*, Sayı: 85, s. 264.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 19 Nisan 1997 tarihli 2 BvC 3/96 sayılı Karar (Grundmandatsklausel), *BVerfGE*, Sayı: 95, s. 408.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 30 Haziran 2009 tarihli 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 sayılı Karar (Lissabon), *BVerfGE*, Sayı: 123, s. 267.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 4 Kasım 2009 tarihli 1 BvR 2150/08 sayılı Karar (Wunsiedel-Beschluss), *BVerfGE*, Sayı: 124, s. 300.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 25 Temmuz 2012 tarihli 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11 sayılı Karar, *BVerfGE*, Sayı: 131, s. 316.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Aralık 2020 tarihli 2 BvC 46/19 sayılı Karar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10 Temmuz 2012 tarihli Karar, Başvuru No. 58369/10 (Staatkundig Gereformeerde Partij v. Hollanda).

Bavyera Anayasa Mahkemesi (Bayerischer Verfassungsgerichtshof), 26 Mart 2018 tarihli 15-VII-16 sayılı Karar.

Brandenburg Anayasa Mahkemesi (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg), 23 Ekim 2020 tarihli VerfG 9/19 sayılı Karar.

Brandenburg Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 2020 tarihli VerfG 55/19 sayılı Karar.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu, 23 Kasım 2017 tarihli 29/2017 sayılı Kararı.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu, 14 Eylül 2018 tarihli 31/2018 sayılı Karar.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu, 15 Ekim 2018 tarihli 33/2018 sayılı Karar.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu, 29 Kasım 2022 tarihli 114/2022 sayılı Kararı.

Rheinland-Pfalz Anayasa Mahkemesi (Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz), 13 Haziran 2014 tarihli VGH N 14/14 ve VGH B 16/14 sayılı Kararlar, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Cilt: 33, Sayı: 19, 2014, s. 1319.

Thüringen Anayasa Mahkemesi (Thüringer Verfassungsgerichtshof), 15 Temmuz 2020 tarihli VerfGH 2/20 sayılı Karar.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 13 Ocak 1966 tarihli, E. 1964/26, K. 1966/1 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, Cilt: 4, 19-39.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 1 Mart 1984 tarihli E. 1984/2, K.1984/2 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı: 20, 161-254.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 22 Mart 1987 tarihli E. 1986/17, K. 1987/11 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı: 23, 208-243.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 14 Temmuz 1993 tarihli E. 1992/1 K. 1993/1 sayılı Karar, *AMKD*, Sayı: 29, Cilt: 2, 924-1200.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 1996 tarihli E. 1996/10, K. 1996/40 sayılı Karar.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2023 tarihli E. 2022/155 K. 2023/38 sayılı Karar.

İnternet Kaynakları

Ben Seçerim, *Türkiye Geneli Kadın Temsiliyeti*, erişim linki: <https://bensecerim.org/kadin-temsiliyeti>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Bündnis 90/Die Grünen, *Bundestagswahlprogramm 2021*, Haziran 2021, erişim linki: https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

CENGİZ Bengi R./DOĞAN Gülşen/KARABAĞ Gülçin, *Türkiye’de Kadının Siyasete Katılımı: Siyasal Hayatta Karşılaşılan Engeller ve Deneyimler*, İstanbul Politik Araştırma Enstitüsü, Kasım 2021, erişim linki: <https://istanpol.org/Uploads/ContentManagementFile/2021-009-turkiyede-kadinin-siyasete-katilimi--engeller-ve-deneyimler-1.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Deutscher Bundestag, *Wahlrechtsreform zur Verkleinerung des Bundestages beschlossen*, 17 Mart 2023, erişim linki: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw11-de-bundeswahlgesetz-937896>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

DÖRR Beate/POIROT Annick/ILG Laura, *Frauen in den Länderparlamenten*, Mayıs 2023, erişim linki: <https://www.lpb-bw.de/frauenanteil-laenderparlamenten#c8378>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Die Linke, *Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2021*, Haziran 2021, erişim linki: <https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen/2021/>

Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Eşitlik İçin Kadın Platformu (EŞİK), *Kesinleşen Milletvekili Aday Listelerine Göre, Yeni Meclis'te 33 İlden Kadın Vekil Olmayacak!*, 20 Nisan 2023, erişim linki: <https://esik.org.tr/kategori/basin-aciklamalari/74104/kesinlesen-milletvekili-aday-listelerine-gore-yeni-meclis-te-33-ilden-kadin-vekil-olmayacak>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Frankfurter Allgemeine Zeitung, *Bas fordert weitere Wahlrechtsreform*, 18 Mart 2023, erişim linki: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundestag-baerbel-bas-fordert-weitere-wahlrechtsreform-18758924.html>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

HAILBRONNER Michaela/RUBIO MARIN Ruth, *Parität in Deutschland und Europa*, 2020, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/paritaet-in-deutschland-und-europa>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Gender Quotas Database*, erişim linki: <https://www.idea.int.developmentzone.co/data-tools/data/gender-quotas-database>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Inter-Parliamentary Union (IPU), *Monthly ranking of women in national parliaments*, erişim linki: <https://data.ipu.org/women-ranking>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Initiative Parität jetzt, *Weil Demokratie uns alle braucht*, erişim linki: <https://paritaetjetzt.de>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Kadın Adayları Destekleme Derneği (KA-DER), *2009 Yerel Seçim Kampanyası*, erişim linki: <https://ka-der.org.tr/2009-yerel-secim-kampanyasi>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Kadın Adayları Destekleme Derneği (KA-DER), *Vizyon Misyon ve Değerlerimiz*, erişim linki: <https://ka-der.org.tr/vizyon-misyon-ve-değerlerimiz>, son erişim tarihi: 15 Eylöl 2023.

Kazete, *MHP'nin Ka.Der hakkında açtığı dava tümüyle reddedildi*, 8 Ocak 2009, erişim linki: <https://www.kazete.com.tr/mhp-nin-kader->

hakkında-actigi-dava-tumuyle-reddedildi, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

POLZIN Monika, *Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie*, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/parite-gesetz-in-brandenburg-kein-sieg-fuer-die-demokratie>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

ROSSIGNOL Laurence/FOURTIC Yseline, *Politische Parität in Frankreich*, Şubat 2020, erişim linki: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/paris/15991.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Sozialdemokratische Partei Deutschlands, *Das Zukunftsprogramm*, 9 Mayıs 2021, erişim linki: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

SÜSSMUTH Rita vd., *Es gibt keinen Besitzstandsschutz im Wahlrecht*, erişim linki: <https://verfassungsblog.de/es-gibt-keinen-besitzstandsschutz-im-wahlrecht>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, *2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ve 2972 Sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi*, erişim linki: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/WebOnergeMetni/70315c65-caa4-45af-bae2-5d1d3f4e7343.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, *28. Dönem Milletvekilleri Sandalye Dağılımı, Cinsiyete Göre Dağılımı*, erişim linki: <https://www.tbmm.gov.tr/sandalyedagilimi>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Türkiye İstatistik Kurumu, *İstatistiklerle Kadın, 2022*, erişim linki: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2022-49668>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

VON WÜRZEN Barbara, *Traditionelle Rollenverteilung in Corona-Krise belastet die Frauen*, Bertelsmann-Stiftung, Aralık 2020, erişim linki: <https://www.bertelsmann->

stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/rollen-und-aufgabenverteilung-bei-frauen-und-maennern-in-corona-zeiten, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, *Geschlechterparität in nationalen Parlamenten der EU-Staaten* (WD 1 - 3000 - 016/18), Temmuz 2019, erişim linki: <https://www.bundestag.de/resource/blob/575544/d40660e40b8b07c8c0f710d97b7d73e3/wd-1-016-18-pdf-data.pdf>, son erişim tarihi: 15 Eylül 2023.

**İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde Yönetime Katılma Hakkı ve
Türkiye
(Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. İHEB'in 75. Yılında Bir Muhasebe
Denemesi)**

**Das Wahlrecht und Zugang zu öffentlichen Ämtern gemäß der
allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und der Türkiye
(Ein Rechnungslegungsversuch anlässlich des 100. Jahrestages der
Republik Türkiye und des 75. Jahrestages des AEMR)**

Doç. Dr. Veysel DİNLER*
Araş. Gör. Ezgi Fulya AKKUŞ**

ÖZ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) Birleşmiş Milletlerin (BM) kuruluşundan kısa bir süre sonra insan hakları idealini evrensel kılmak ve insan hakları ilkelerini pekiştirmek amacıyla hazırlanmış ve ilan edilmiştir. Türkiye İHEB'in yapım aşamasında da aktif rol almış ve yürürlüğe girmesinin hemen ardından, Bakanlar Kurulu kararı ile bu metni kabul etmiş ve insan hakları mevzuat ve uygulamalarında referans almıştır. İHEB'in 21. maddesinde yönetime katılma hakkı ve kamu görevine girme hakkı düzenlenmiştir. Yönetime katılmanın dar anlamı temsili demokrasinin işlemesi için seçme ve seçilme hakkının

* Doç. Dr., Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, dinlerv@gmail.com ORCID: 0000-0003-4678-3138.

** Araş. Gör., Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, efakkus@aku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2961-4060.



kullanılmasının yanında, bu seçimlerin nasıl olacağı ve kamu görevine girme hakkı, İHEB'in 21. maddesinde düzenlenen hususlardır.

Bu çalışmanın amacı, insan haklarının evrenselleşmesinde önemli bir aşama olan İHEB'in 21. maddesini serh etmek ve İHEB doğrultusunda Türkiye'de yönetime katılma hakkı ve kamu görevine girme hakkını hukuki ve uygulamada yönleriyle değerlendirmektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. yılında Türkiye'nin insan hakları mevzuatına ilham olan İHEB'in üzerinden 75. yıl geçmesi, bir muhasebe ihtiyacını getirmektedir. Bu çalışmada söz konusu muhasebe, yönetime katılma ve kamu görevine girme hakkı üzerinden yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yönetime katılma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, oy hakkı, seçimler, Türkiye Cumhuriyeti'nin yüzüncü yılı*

The Right to take part in Government according to Universal Declaration of Human Rights and Türkiye

(An Accounting Attempt on the 100th Anniversary of The Republic of Turkey and the 75th Anniversary of the UDHR)

ABSTRACT

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) was made and declared shortly after the establishment of the United Nations in order to make the ideal of human rights universal and to reinforce the principles of human rights. Turkey also took an active role in the construction phase of the UDHR, and immediately after its entry into force, the Council of Ministers accepted this text and took it as a reference in human rights legislation and practices. Article 21 of the UDHR regulates the right to take part in the government and the right of equal access to public service. The narrow meaning of participating in government is the use of the right to elect and be elected for the functioning of representative democracy, as well as the manner in which these elections will be held and the right to enter public office are the issues regulated in Article 21 of the Declaration.

The aim of this study is to annotate Article 21 of the UDHR, which is an important stage in the universalization of human rights, and to evaluate the right to participate in government and the right to hold public office in Turkey in line with the UDHR, in legal and practical aspects. The Centenary of the Republic of Turkey and the 75th anniversary of the UDHR, which inspired Turkey's human rights legislation, brings with it the need for accounting. In this study, we will make this accounting based on the right to take part in the government and right of equal access to public service.

Keywords: *Right to take part in the government, right of equal access to public service, Universal Declaration of Human Rights, right to vote, elections, centennial of the Republic of Turkey*

GİRİŞ

Devlet kurumu yaklaşık beş-altı bin yıllık geçmişe sahiptir. Bu dönemde insanlık, yöneten-yönetilen ilişkisi bağlamında sınıflanmıştır. Atina demokrasilerinden bu yana da yönetilenlerin toplumsal ve siyasal hayata etkin katılım yolları üzerine düşünceler üretilmekte,¹ son iki yüz elli yıldır bu konuda daha yoğun tartışmalar yaşanmakta ve bazı çareler geliştirilmektedir. Demokratikleşme adı verilen ve halkın yönetime ve karar alma süreçlerine katılmalarını konu eden bu dönem, 18. yüzyıl sonunda Amerikan ve Fransız devrimleriyle başlamış ve anayasacılık hareketiyle başta Batı toplumları olmak üzere bütün dünyada etkisini göstermiştir.

Demokratikleşme dünyada doğrusal bir çizgi halinde gelişmemiş, bu süreç karşı demokratik dalgalarla inişli çıkışlı olmuştur. Huntington, demokratikleşme sürecini dalgalar halinde sınıflandırmıştır.² Birinci ve en uzun demokratikleşme dalgası Amerikan ve Fransız devrimleriyle 19. yüzyılın ilk yarısında başlar; dünyada

¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, İmge Yayınevi, 1994, s. 77.

² Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 11.

totaliter ve faşist rejimlerin egemen olduğu 20. yüzyılın ilk çeyreğinde sona erer. Demokrasilerin askıya alındığı birinci ters dalga, İkinci Dünya Savaşı ile son bulur. İkinci Dünya Savaşı insanlık için önemli bir dönüm noktasıdır. Bu savaşın yarattığı ağır insan hakları ihlalleri ve travmalar, savaşa sebep olan faşist diktatörlüklere karşı haklı bir tepki doğurmuş ve insanlığın insan hakları ve demokrasi üzerine topyekûn harekete geçmesine vesile olmuştur. Bu ikinci dalgayı, 1958-1975 arası ikinci ters dalga izlemiş ve 1974'te Portekiz'de diktatörlüğün yıkılmasının ardından dünyada demokrasiye olan eğilimin artmasıyla üçüncü demokrasi dalgası ortaya çıkmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem yani demokrasinin ikinci dalgasında, demokrasi, bütün dünyada tavsiye edilen bir rejim haline gelmiştir. Savaş sonrasında diktatörlüklerin ve yeni kurulan devletlerin önemli bir kısmı demokrasiye geçmeyi tercih etmiştir.³ Bu süreçte Birleşmiş Milletler (BM) kurulması ve insan hakları düşüncesinin yaygınlaşması çok etkilidir. Aydınlanmadan beri süregelen insan hakları mücadelesinin, bir siyasal ahlak ideali olarak dünyaya sunulması BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) ile olmuştur. Dünyada yükselen demokrasi talebinin İHEB'de karşılık bulması tesadüf değildir. Nitekim İHEB'in 21. maddesiyle kamu yönetimine doğrudan veya seçimler yoluyla katılma (siyasal katılım hakkı), bu seçimlere hakim olması gereken asgari özellikler ile kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmiştir.

Siyasal katılım, kelime anlamıyla bir vatandaşın devlet yönetiminde söz sahibi olabilmesidir. Bu hak dar anlamda, seçimler yoluyla temsilci belirleme ve bu yolla yasaların yapılmasına ve politika üretilmesine dolaylı bir şekilde katılmayı ifade eder.⁴ Siyasal katılım günümüzde seçme ve seçilme hakkının çok ötesinde; ifade, toplanma, örgütlenme, protesto ve diğer özgürlükler yoluyla vatandaşların karar alma süreçlerine doğrudan doğruya etki etmelerini, kendilerini dolaysız ifade etmelerini de kapsayacak geniş bir anlama sahiptir. Siyasal katılım hakkı dar anlamıyla, seçme ve seçilme hakkından ibaret görülür.

³ Huntington, *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, s. 11-15.

⁴ Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, Ankara, 1999, s. 17-18.

Günümüz demokrasileri “partiler demokrasisi” olarak anıldığından, siyasi parti kurma ve siyasi parti faaliyetinde bulunmayı da dar anlamda siyasal katılımın içinde görmek gerekir. Ayrıca dünyada sadece vatandaş statüsünde olan kişilere siyasal faaliyette bulunma hakkı tanıldığından, vatandaşlık hakkını da buna eklemek mümkündür.

Geniş anlamda katılım, siyasi parti faaliyetleri dışında kalan her türlü örgütlenme ve toplanma özgürlüğü de dâhil olmak üzere, ifadeyi ve ifade etme biçimlerini kapsar. Yeter ki, siyasete, başka bir deyişle yönetilenlere ilişkin yasa yapma ve karar alma süreçlerine, bir şekilde etki etmek yahut katkı sunmak şeklinde gelişsin. Günümüzde örgütlenme, kitlesel hak ve menfaatlerin savunulmasında daha etkin bir yol olmuştur. Ayrıca iletişim teknolojisindeki büyük devrim, siyasal katılımın şeklini ve boyutlarını büyük ölçüde değiştirmiştir.

Vatandaşların siyasal katılımı dünya tarihinde çok yeni bir şey olmamakla birlikte, bugünkü anlamıyla siyasal katılım oldukça yeni sayılır. İkel örneği ilkçağ Yunan polislerinde (İÖ 5. yüzyıl ortaları) görülen halkın siyasal katılımı, halkın tümüne oranla daha sınırlı sayıda bir grubun (vatandaş ve özgür erkekler) doğrudan yasa yapım sürecine katılımı şeklindedir. Yine de *isegoria* ilkesi gereği Antik Yunan polislerinde vatandaş ve özgür olan erkeklerin kamusal söze eşit katılma haklarının olduğunu⁵ belirtmek gerekir. Bu bakımdan insanlığın ancak son yüzyılda yakaladığı seviyenin fikir nüvelerinin Antik Yunan uygulamasında ve düşün dünyasında ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz. İnsanlık tarihinde yönetimler uzunca bir dönem halkın doğrudan ve dolaylı katılımlarına kapılarını kapatmışlardır. İngiltere’de parlamentonun gelişim sürecine koşut olarak siyasal katılım da gelişme göstermiş; dar ve sınırlı bir siyasi katılımın hukuki güvenceye kavuşması 19. yüzyılın başlarında ancak mümkün olabilmektedir.

Siyasal katılımın daha geniş ölçüde bir anayasal belgede yer alması ilk olarak 1776 Virginia Haklar Bildirgesi ile gerçekleşmiştir. Bildirgenin 6. maddesi kamuya yararlı olduğu anlaşılan erkeklerin,

⁵ Mehmet Ali Ağaoğulları (ed.), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 48.

yasama organı üyelerinin belirlenmesinde oy haklarını düzenlemektedir. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 3. maddesinde, egemenliğin esasını ulus olarak görülmüş ve ulustan kaynaklanmayan hiçbir devlet yetkisinin kullanılmayacağını düzenlenmiştir. Bildirgenin 6. maddesi ise, yasayı genel iradenin ifadesi olarak görmüş ve bütün vatandaşlara doğrudan veya seçtikleri temsilciler yoluyla yasaların yapılmasına katılma hakkı tanımıştır.

Bu bildirgelerde vatandaşların yasa yapımına (ve genel olarak siyasete) katılımıyla ilgili düzenlemelerinde kastedilen vatandaş; köle olmayan ve belli yükümlülükleri yerine getiren erkeklerdir. 19. yüzyıl boyunca yapılan anayasalar ve yasal düzenlemelerde, siyasal katılımın kapsamının genişletilmesi yönünde adımlar atılmıştır. İngiltere ve ABD’de 1862 yılında yapılan yasal ve anayasal değişiklikler ile oy vermede ırk ayrımcılığı ortadan kaldırılmak istenmiştir.⁶ Ancak henüz anayasacılık fikrinin dünyaya yayılma ve benimsenme aşamasında, demokrasiden uzaklaşma eğilimi, diktatörlükler çağı ve dünya savaşları; siyasal katılımının kapsamının genişletilmesini sekteye uğratmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrası dünyada yükselen demokrasi ve anayasacılık hareketi ile siyasal katılımın genişlemesi yönünde adımlar atılmıştır. Bu doğrultuda 1948 tarihli İHEB, önemli bir örnek oluşturmuştur.

İHEB’in yönetime katılmayı temel alan 21. maddesinde, katılma hakkı⁷ en dar anlamıyla ele alınmış ve temsilciler vasıtasıyla yönetime katılmanın sağlandığı seçimsel demokrasi ile sınırlanmıştır. 3. fıkrasında hükümetin meşruiyetini halkın iradesinden aldığı belirtilmesine rağmen, yalnızca birkaç yılda bir seçimler yoluyla gerçekleştirilecek irade yoklaması yeterli sayılmıştır. İHEB’in yazıldığı dönem ve yazılma süreci göz önüne alındığında, seçimlere ilişkin demokratik ilkelerin çeşitli yönetim biçimlerini benimsemiş ülkelere kabul ettirilmesi oldukça yenilikçi bir yaklaşımdır. İHEB’in hedef olarak ortaya koyduğu adil ve

⁶ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 304.

⁷ Bu maddede yer alan haklar için “devlet yönetimine katılma hakkı”, “ülke yönetimine katılma hakkı”, “kamu yönetimine katılma hakkı” ve kimi zaman daha genel olarak “siyasal katılma hakkı” denilebilir. Biz kapsayıcı olması bakımından “yönetime katılma hakkı” demeyi tercih ettik.

barışçıl bir dünya düzenin sağlanması yolunda, günümüzde demokratik katılımın gereklilikleri çeşitlenmiştir. Bu çeşitlenmeye rağmen İHEB'in temel metin olma niteliğini koruduğunu hatırlatmak ve hala dünyanın pek çok ülkesinde seçimlerin İHEB'de belirtilen temel nitelikleri layıkıyla sağlayıp sağlayamadığına ilişkin tartışmaların sürdüğünü belirtmek gerekir.

İHEB 2023 yılında 75. yılındadır ve üç çeyrek asırdır dünyada insan haklarının korunmasına ve gelişimine katkı sağlamaktadır. 2023 yılı aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. kuruluş yılı dönümüdür. Türkiye Cumhuriyeti kuruluşundan itibaren demokratik bir cumhuriyet olmayı hedeflemiştir. Dünyada kadınların seçme ve seçilme hakkını ilk tanıyan devletlerdendir. Bununla birlikte Cumhuriyetin çok partili hayata geçişi, demokratik olmayan bazı deneyimlerle ancak kuruluşundan 23 yıl sonraya tesadüf etmiştir. Çok partili hayatın işleyişi yaşanan askeri darbeler, demokrasinin askıya alınışı, sıkıyönetim ve olağanüstü hal uygulamaları ile kırılmalara uğramıştır.

Bu çalışma, İHEB'in 21. maddesinin içeriğini analiz etmeyi, dünyada ve özellikle Türkiye'de bu maddenin etkilerini açıklamayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda öncelikle ilk başlıkta İHEB'in 21. maddesinin yapım süreci ve maddenin içeriği ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. İkinci başlıkta İHEB sonrası uluslararası sözleşmelerde siyasal katılım hakkının nasıl düzenlendiğine yer verilmiştir. Üçüncü başlıkta ise, Türk hukukunda siyasal katılım hakkı; anayasal düzenlemeler, hakkın öznesi, uygulama alanı ve seçimler bakımından açıklanmıştır. İlanından itibaren benimsenen ve uygulamaya konan İHEB'in çerçevelediği yönetime katılma hakkının, amaçlandığı ölçüde uygulanıp uygulanmadığının bir muhasebe denemesi yapılmak istenmiştir.

I. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİNDE (İHEB) YÖNETİME KATILMA HAKKI

İHEB'in yapım süreci ve bu süreçte yapılan tartışmalar, kabul edilen maddelerin içeriğinin anlaşılması bakımından önemlidir.

Maddenin içeriğine geçilmeden önce yapım süreci ayrıntılı bir biçimde açıklanacak, akabinde 21. maddenin fıkraları tek tek ele alınacaktır.

A. YAPIM SÜRECİ

İHEB'in bugünkü 21. maddesinde düzenlenen haklar, belki de yapım sürecinde üzerinde en çok değişiklik yapılanlardandır. Şöyle ki; önce yönetime katılma hakkı ve seçimlerin ilkelerinin düzenlediği bir madde ile kamu görevine girmenin esaslarının düzenleyen ikinci bir madde olmak üzere iki madde ile başlayan yapım süreci; zaman zaman bu sayılan hakların toplamda üç maddeye çıkması, kimi zaman birleştirilerek iki maddede toplanması ile devam etmiştir. İHEB'in kabul aşamasında ise üç fıkra halinde düzenlenen bir tek maddede sırasıyla, yönetime katılma hakkı, kamu görevine girme hakkı ve demokratik seçimlerin ana özelliklerine yer verilmiştir.

1. İNSAN HAKLARI KOMİSYONU TASARI ENCÜMENİ (*Drafting Committee*)

BM İnsan Hakları Komisyonu Tasarı Encümeni (*Drafting Committee*) tarafından hazırlanan ve 4 Haziran 1947 tarihli öntaslakta⁸ (*preliminary draft*) yönetime katılım hakkıyla ilgili olarak iki maddeye yer vermiştir. Öntaslağın hazırlık aşamasında başlangıçta üç madde sunulmuştur.⁹ Zaman zaman bu hakların tek maddede toplanması

⁸ Öntaslak metni için bkz. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

⁹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/21. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

Drafting Committee on an International Bill of Rights, 1st Session: Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights: 01/07/1947 Annex-F'de siyasal katılım haklarıyla ilgili önceki önerilere yer verilmiştir. Taslağın hazırlanması aşamasında (Öntaslak hazırlığı) siyasal katılım ve kamu görevi hakkıyla ilgili üç maddeye yer verilmiştir:

Madde 26: "Herkes doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla hükümette etkin bir biçimde yer alma hakkına sahiptir." Şili, Fransa ve Lübnan temsilcileri ise buna alternatif olarak şu öneriyi getirmiştir: "Herkes yasaların yapımında, kamu harcamaları için gerekli olan vergilerin belirlenmesinde doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla katılmada eşit haklara sahiptir."

önerilmiş, ancak genel olarak yapım aşamasında tartışmalar iki madde üzerinden yürütülmüştür.

Taslağın 30. maddesinde yönetime katılma hakkına tek fıkra halinde yer verilmiştir:¹⁰

Herkes vatandaşı olduğu devletin yönetiminde etkili bir biçimde yer alma hakkına sahiptir. Halkın demokratik seçimler yoluyla ortaya çıkan taleplerini yerine getirmek devletlerin görevidir. Seçimler belli aralıklarla, serbest ve dürüst yapılır.

31. maddesinde ise, iki fıkra halinde kamu hizmetlerine girme hakkı ve bunun sınav koşuluna bağlanmasına yer verilmiştir:¹¹

Herkes vatandaşı olduğu devletin kamu hizmetine girmekte eşit şartlara sahiptir.

Kamu görevine atanma yarışmacı bir sınav ile olur.

30. maddenin ilk hali Lübnanlı üye Dr. Malik; 31. maddenin ilk hali ise Çinli üye Dr. Chang tarafından kaleme alınmıştır. Encümenin 12 Haziran 1947 tarihli 4. Toplantısında Taslağın 6. maddesinden sonra gelen maddeleri üzerine görüşmeler yapılmıştır. Bu iki maddeyle ilgili bir tartışma olmamış; sadece Dr. Chang 31. maddenin içeriğinde köklü

Madde 27: “Devlet yetkisini ancak halkın iradesinden alır ve halkın isteklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu irade bilhassa belli aralıklarla yapılan, serbest, dürüst demokratik seçimler ve gizli oyla tecelli eder.”

Madde 28: “Herkes yurttaşı olduğu devletin kamu görevine girme ve kamu atamalarında eşit şartlara sahiptir. Kamu görevine girmek için sınava girmek bir ayrıcalık veya iyilik olarak değerlendirilemez.” Sonradan bu kısım ayrımcılığın önlenmesi ve azınlık haklarının korunması konusunda daha ayrıntılı görüşülmek üzere alt komisyona bırakılmıştır.

¹⁰ **İngilizce metin:** *Everyone has the right to take an effective part in the government of the State of which he is a citizen. The State has a duty to conform to the wishes of the people as manifested by democratic elections. Elections shall be periodic, free and fair.*

¹¹ *Everyone shall have equal opportunity of access to all public functions in the State of which he is a citizen.*

Appointments to the civil service shall be by competitive examination.

bir değişiklik önermemekle birlikte, üslubunun gözden geçirilebileceğini belirtmiştir.¹² Bu iki madde, Tasarı Encümeninin 9 Haziran 1947 tarihli 2. Zeyilnamesinde¹³ (*second addendum*) Özgürlükler (*Liberties*) kısmında, 11 numaralı başlıkta “Siyasal Haklar” (*political rights*) adıyla listeye alınmıştır. 30. madde “(Devlet/kamu) Yönetime katılma hakkı–Demokrasi”; 31. madde ise, “Kamu hizmetlerine girme hakkı” olarak isimlendirilmiştir.

1. Zeyilname görüşmelerinde öntaslağın 30. maddesine, dünya anayasalarında karşılık gelen maddelerden örnekler verilmiştir. 1947 yılında dünyadaki anayasaların bir kısmı İHEB öntaslağında düzenlenen haklara yer vermişlerdir. Bunlardan bazıları öntaslağın 30. maddesindeki düzenlemeden daha sınırlı bir hak alanı sunarken; bazıları ise daha geniş kapsamlıdır.¹⁴ 1. Zeyilnamede 31. maddenin öntaslaktaki ilk fıkrasına yer verilmiş; kamu görevine girmede yarışma şartı öngören ikinci fıkra üzerinde tartışma yapılmamıştır. Bu maddeyle ilgili olarak Komisyon adına gözlemlerini dile getiren Çin hükümeti temsilcisi Dr. Chang, Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası’nın 18. maddesine atıfla, bu maddenin insanlığın geliştirdiği sosyal demokrasi için önemli bir araç olduğunu dile getirmiştir. Sadece Şili temsilcisi farklı bir madde taslağı ileri sürmüş, Encümenin diğer üyeleri herhangi bir öneri getirmemişlerdir. Tıpkı 30. maddenin görüşmesinde yapıldığı gibi,

¹² http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/SR.4, s. 9. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

¹³ E/CN.4/AC.1/3. Add.2.

¹⁴ Örneğin; Arjantin (m. 5 ve 22), Belçika (m. 4), Bolivya (m. 4), Çin (1, 3, 17, 18, 129 ve 130), Küba (m. 38), Çekoslovakya (m. 9 ve 14), Danimarka (m. 30 ve 31), Ekvator (m. 188), Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (m. 3 ve 6), Fransız Anayasası (m. 3 ve 4), Guatemala (m. 34 ve 30), Liberya (m. 1), Meksika (m. 35, 36 ve 38), Hollanda (m. 81 ve 85), Norveç (m. 50 ve 61), Panama (m. 21), Yugoslavya (m. 23), ABD (m. 1, 2, 6, ek 17, ek 15 ve ek 19) ile Belarus, Ukrayna ortak olarak SSCB anayasası (m. 134-140) ülke yönetimine katılma haklarını kapsamaktadır. E/CN.4/AC.1/3/Add.1 , s. 257-265.

dönemin anayasalarında öntaslaktaki 31. maddeye karşılık gelen maddelerden örneklere yer verilmiştir.¹⁵

30. madde üzerine hükümetlerce verilen öneriler olmuştur. Bunlardan bazıları madde taslak teklifi, diğerleri ise (değişiklik, ekleme vb.) öneri şeklindedir. Şili, Küba ve Panama yeni madde taslağı önermişler, Hindistan ve ABD hükümetleri ise, mevcut taslak üzerine değişiklik önerisi getirmişlerdir.¹⁶

Encümen 18 Haziran 1947 tarihli 9. Toplantısında¹⁷ eldeki taslak metin ile Fransız Hükümeti Temsilcisinin Taslak Teklifini¹⁸

¹⁵ Örneğin; Afganistan (m. 14), Arjantin (m. 16), Belçika (m. 6), Şili (m. 10), Çin (18 ve 130), Kolombiya (m. 54), Küba (m. 39 ve 82), Çekoslovakya (m. 10, 15 ve 128), Danimarka (m. 31 ve 35), Ekvator (m. 188), El Salvador (m. 5), Etiyopya (m. 19), Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (m. 1 ve 6), Yunanistan (m. 3), Guatemala (m. 38), Haiti (m. 11), Honduras (m. 71), Irak (m. 18), Lübnan (m. 12), Meksika (m. 35), Hollanda (m. 5), Panama (m. 43), Polonya (m. 96), İsveç (m. 28), Suriye (m. 26), Yugoslavya (m. 33), SSCB anayasası (m. 135, 137 ve 138) kamu hizmetine girme ve bundan yararlanma hakkıyla ilgilidir. E/CN.4/AC.1/3/Add.1, s. 257-265.

¹⁶ Şili hükümetinin madde taslağı önerisinde, herkesin yurttaşı olduğu devletin yasama ve yürütme görevlilerinin seçimine katılma hakkı ve bu hakkın kullanımının anayasayla kişilere yüklenen ödevlerle uyumlu olması üzerinde durulmuştur. Burada klasik demokrasi tanımına gidilerek, devletlerin anayasalarının halkın, halk için ve halk tarafından yönetimini sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu hakkın siyasal parti kurma özgürlüğünü de kapsamı önerilmiştir. Küba hükümetinin madde taslak önerisi ise, yöneticisini seçme ve hükümeti paylaşma hakkı şeklinde olmuştur. Panama hükümetinin taslak önerisinde, herkesin devlet yönetimine katılma hakkı olduğuna ve devletin bunu demokratik seçimler yoluyla sağlama yükümlülüğüne yer verilmiştir. Hindistan hükümeti ise, yönetime katılımda herkesin güvence altında olduğunu belirtilmesini istemiştir. ABD hükümetinin önerisi ise, yurttaşlık hakkı da dahil tüm siyasal hakların bir kategoride toplanması şeklinde olmuştur. E/CN.4/AC.1/3/Add.1, s. 256-257.

¹⁷ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/SR.9. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

karşılaştırmıştır. Fransız Hükümeti teklifinde, üzerinde görüşülmekte olan 30. ve 31. maddelere karşılık gelen siyasi haklar beş farklı maddede (27-31. maddeler arasında) düzenlenmiştir.¹⁹ Amerikan İşçi Federasyonu (*American Federation of Labor*) temsilcisi Sender, seçimleri düzenleyen maddenin mutlaka “gizli oy” ilkesine vurguyla bitmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰ Prof. Cassin (Fransa) siyasi parti kurma özgürlüğünün öntaslağın 23. maddesinde toplanma ve dernek kurma özgürlüğü içinde düzenlendiğine vurgu yapmıştır. Avustralya temsilcisi Harry, burada devletin yükümlülüklerinden çok insanların hakları üzerine durulması gerektiğine işaret ederek, maddenin “Herkesin demokratik seçimlere katılmaya hakkı vardır.” biçiminde düzenlenmesi gerektiğini önermiştir.²¹ Fransız Teklifinin 28. maddesindeki “askeri hizmet” ile ilgili düzenlemeye İngiltere ve Avustralyalı üyelerden itiraz

18

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/W.2/R/EV.2. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

¹⁹ Fransız temsilcisinin teklifine göre, 27. madde: “Herkes yasaların yapımında, kamu harcamaları için gerekli olan vergilerin belirlenmesinde ve genel olarak devlet yönetimine doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla katılmada eşit haklara sahiptir. Her yurttaş kamu giderlerine gelirin göre katlanır.” 28. madde seçimlerle ilgilidir: “Hükümet halkın demokratik seçimlerde gösterdiği istek doğrultusunda oluşur. Seçimler belli aralıklarla, serbest ve dürüstçe yapılır.” 29. madde öntaslaktakilerden farklı olarak “İnsan haklarının korunması kamu gücü gerektirir ve bu özel kullanıma değil herkes için kendisine bu görev tevdi edilenlerce kullanılır. Askerlik hizmetinin olduğu devletlerde, bu hizmette bulunmak her yurttaş için onur sayılır.” Öntaslaktaki 31. maddeye benzer hükümlere teklifin 31 ve 31. Maddelerinde yer verilmiştir. 30. madde: “Tüm kamu görevleri yurttaşlara eşit bir şekilde açıktır ve kamu görevleri bir ayrıcalık veya iyilik olarak addedilemez, ancak yarışmaya dayalı bir sınavın veya işin gerektirdiği niteliğe göre liyakatlılere verilir.” Teklifin 31. maddesi yine farklı bir kamu görevlilerinin sorumluluğu üzerinedir. “Keyfi davranışların cezalandırılmadığı, kamu yetkilerin ve ajanlarının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin olmadığı yerde insan haklarının güvencede olduğu söylenemez” denilmiştir.

²⁰ E/CN.4/AC.1/SR.9, s. 2.

²¹ E/CN.4/AC.1/SR.9, s. 3.

gelmiştir ve bunun insan hakkıyla ilgili olmadığı söylenmiştir. Başkan Roosevelt Fransız Teklifinin 29. maddesindeki “*public functions*” ifadesinin “kamu istihdamı” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş; ayrıca maddenin ikinci cümlesini gereksiz bulmuştur. Çin temsilcisi Chang kamunun her geçen gün büyüdüğünü ve dolayısıyla kamu istihdamı meselesinde mutlaka “yarışmacı sınav” a başvurulması gerektiği üzerinde durmuştur. Şili temsilcisi Santa Cruz, Chang’ın önerisini çok makul bulmakla birlikte, İHEB’in bu kadar ayrıntılı olmaması gerektiğine dikkat çekerek; E/CNACAC. 2 numaralı belgede ileri sürdüğü gibi kamu görevine alımlarda her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerektiğini savunmuştur.²²

2. HAZIRLIK KOMİTESİ (Cenevre Belgesi)

Hazırlık Komitesinin İkinci Birleşiminde hükümetlerin yorum ve önerilerine yer verilmiştir. Mart-Nisan 1948 yılında Cenevre’de yapılan toplantılarında ortaya çıkan “Cenevre Belgesi” üzerine görüşmeler yapılmıştır. Cenevre Belgesi’nde devlet yönetimine katılım ve kamu görevine girme hakkı 21. ve 22. maddeler olarak, üç fıkra halinde yer almıştır.²³

1- Herkes, ırk, cinsiyet, dil, din veya sosyal köken farkı gözetmeksizin ve yasal engele uğramaksızın ülkesinin yönetiminde etkili bir biçimde yer alma hakkı vardır. Devlet belli aralıklarla serbest, dürüstçe yapılan ve gizli oya dayanan seçimlerle ortaya çıkan halkın iradesine uygun davranır.

2- Herkes vatandaşı ya da uyruğu olduğu devlette kamu görevine girme veya belli makamlara gelmede eşit fırsata sahiptir.

²² Şili temsilcisi Santa Cruz’un önerisi tam olarak şu şekildedir: “Hiç kimseye bir kamu hizmetine girmesi veya bir makama atanmasında ırk, din, cinsiyet veya başka bir sebeple ayrımcılık yapılamaz; devlet kamu görevine alım koşullarında herhangi bir ayrıcalık ve ayrımcılık yapamaz”. Ayrıca bkz. E/CN.4/AC.1/3/Add.1, s. 266.

²³ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/95, s. 9-10. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

3- *Kamu görevine gelmek bir ayrıcalık veya lütuf olarak görülemez.*

Bu aşamada ABD hükümeti tarafından alternatif bir öneri metin sunulmuştur. İki fıkra halinde sunulan bu öneride, ilk fıkrada seçimler ile kamu görevine girme hakkına birlikte yer verilmiş; ikinci fıkrada ise halkın iradesinin oluşumunda azınlık gruplarının da bu haklardan tam yararlanması önerilmiştir. Meksika Hükümetinin 22. maddedeki kamu görevine girmeye ilişkin düzenlemeye katkısı olmuştur. Bu esnada yukarıda yazılı ikinci fıkraya “ulusal hukukta sayılan istisna haller hariç” ibaresinin eklenmesi önerilmiş; “Kamu görevine gelmek bir ayrıcalık veya lütuf olarak görülemez” hükmünün ise aynen korunması istenmiştir.²⁴ Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti değerlendirmesinde 21. maddenin kapsamını çok geniş bulmuştur. Buna göre, hükümlüler, haymatloslar, yabancılar yanında kimi durumlarda oy vermeyen seçmenler ülke yönetiminde etkili bir katılım sağlayamamaktadır. Yine mülkiyet ve eğitim düzeyinin önemli olduğu memleketlerde, bundan yoksun olanların etkili katılımı söz konusu olamayacaktır. 22. madde Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümetince eleştirilmiş; kamu görevine girmede eşit fırsatın nasıl sağlanacağı konusunda soru işaretleri bulunduğu belirtilerek, “kamu görevine girme”nin bir temel insan hakkı olması çok anlamlı bulunmamıştır. Zira bazı devletlerde Komünist Parti üyesi olanların, bazılarında Faşist Parti üyelerinin veya bölücü örgüt mensuplarının kamu görevine gelmesi engellenmektedir. Neticede Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti de ulusal güvenlik ve kamu barışı gibi meşru bir sebebe dayanarak sınırlamaya gitmektedir.²⁵ Sonuç olarak, hakkın kullanıcılarının farklılaştırılması bakımından Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti 21. maddenin yönetime katılma hakkı (*The right to take part in the government*), 22. maddenin ise, kamu görevine girme hakkı (*The right to engage in public employment*) şeklinde başlıklandırılmasını önermiştir.²⁶ Hollanda Hükümetinin

²⁴ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/ADD.1, s. 5. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

²⁵ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/ADD.4, s. 23. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

²⁶ E/CN.4/82/ADD.4, s. 24.

değerlendirmesinde 21. maddeye yönelik bir eleştiri olmamıştır. 22. maddede yer alan “vatandaş” (*ciziten*) ve “uyruk” (*national*) sözcüklerinin “yabancı” kelimesinden farkının daha açık hale getirilmesi önerilmiştir.²⁷ Çin delegasyonu 10 maddelik İHEB taslak önerisinde kamu görevine girme hakkına yer vermemiş; siyasal katılım hakkı olarak önerdiği 4. madde ise şu şekilde olmuştur: “Herkes doğrudan ya da temsilciler aracılığıyla ülkesinin yönetim işlerinde yer alma hakkına sahiptir.”²⁸

3. İNSAN HAKLARI KOMİSYONU (İkinci Birleşim)

10 Aralık 1947 tarihli E/CN.4/57²⁹ sayılı belgede, İnsan Hakları Komisyonunun ikinci birleşiminde İHEB Çalışma Grubu Raporunda yönetime katılma haklarını ve kamu görevine girme hakkını üç farklı maddede ele almıştır. Bununla birlikte “Siyasal Haklar” başlığında 26. ve 27. maddeler birlikte (aynı paragrafta) düzenlenmiş; ayrı bir başlık vermeksizin yine siyasal haklardan kabul ederek 28. maddede kamu görevine girme hakkına yer verilmiştir. 26 ve 27. maddeler “Herkesin, hiçbir ayrımcılığa maruz kalmaksızın ülkesinin yönetimine etkin bir biçimde katılma hakkı vardır. Devlet, belli aralıklarla, serbest, dürüst ve gizli oya dayalı seçimlerle halkın iradesinin ifade edilmesini sağlamak durumundadır.” Bu metin, Panama Hükümetinin Hazırlık Komitesine sunduğu taslak madde ile Belarus Hükümetinin Kadının Statüsü Komisyonuna sunduğu değişiklik önerilerine dayanmaktadır. Birleşik Krallık temsilcileri metropoller dışında gizli oyun Şart’ın 73/d maddesinde kastedilen duruma tezat bir etki yaratabileceğini veya bunun bazı taahhüt anlaşmalarına konu olarak etkisiz hale gelebileceğini belirtmişlerdir.³⁰ Fransız delegasyonu ise, seçimlerin özelliklerinin sayılmasını çok doğru bulmayarak, örneğin bazı

²⁷ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/REV.1, s. 8. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

²⁸ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/18. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

²⁹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/57. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

³⁰ Ayrıca bkz. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/600, s. 28. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

memleketlerde azınlıkların korunması amacıyla ‐aile oyu‐ uygulamasının olabileceğini öne sürmüşlerdir. 28. maddede ise, öntaslaktaki 33. maddenin aynısı tekrar edilmiştir. Bu maddelerle ilgili olarak Hazırlık Encümeninin önerilerinin kısaltılarak, Azınlıkların Korunması Alt Komitesinde görüşülmesi önerilmiştir.

16 Aralık 1947 tarih ve E/CN.4/77/ANNEXA sayılı belgede bu düzenleme aynı şekilde korunmuştur.³¹ Alt komisyon, 8 Aralık'ta, 28. maddeyi hazırlık Encümeninin yazdığı şekliyle kabul edilmesine karar vermiştir.³² Alt komisyonun 16 Aralık günü yaptığı toplantıda 26 ve 27. maddeler birlikte kabul edilmiş; 28. madde üzerine de bir tartışma yapılmıştır.³³

17 Aralık 1947 tarih ve E/600 sayılı belge³⁴, 2 Aralık 1947 tarihinde İnsan Hakları Komisyonunun Cenevre'de yaptığı toplantıyı içermektedir. Bu belgenin Ek-A (*Annex-A*) kısmında İHEB taslağına yer verilmiştir. Bu ek belgeye göre, E/CN.4/57 sayılı belgede 26. ve 27. madde olarak düzenlenen ülke yönetimine katılma hakkı 21. maddede; kamu görevine girme hakkı da 22. maddede E/CN.4/57 belgesindeki 28. maddenin karşılığı olarak, iki fıkra halinde, aynen yer verilmiştir.³⁵ *Annex-A* II. Bölümde ABD Delegasyonunun, İHEB için daha sade bir önerisi yer almıştır.³⁶

5 Mayıs 1948 tarih ve E/CN.4/AC.1/20 sayılı belgede, görüşülmekte olan 21 ve 22. maddeleri ABD delegasyonunun önerileriyle birlikte ele almıştır. Buna göre, kişinin uyuğunda

³¹ <https://undocs.org/E/CN.4/77/ANNEXA>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

³² <https://undocs.org/E/CN.4/SR.31>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

³³ <https://undocs.org/E/CN.4/SR.40>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

³⁴ E/600.

³⁵ E/600, s. 20.

³⁶ Tüm maddelerin kısaltılarak ve daha net ifadelerle yer aldığı bu öneride, siyasal haklar 8. maddede ‐Yurttaşlık Hakkı‐ le birlikte yer almıştır. Metin: Herkes bir yurttaşlığa sahip olma hakkına sahiptir. Herkes ülkesinin yönetimine doğrudan veya temsilciler aracılığıyla katılma hakkı ile belli aralıklarla serbest ve gizli oyla yapılacak seçimlere katılma hakkına sahiptir. E/600, s. 26. Ayrıca bkz. <https://undocs.org/E/CN.4/36>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

bulunduğu ülkenin yönetimine katılma hakkı, düzenli aralıklarla ve gizli oyla yapılan serbest ve dürüst seçimlere katılma hakkı ile kamu görevine girme hakkını kapsar. ABD delegasyonun önerisinin (b) fıkrasında ise, halkın iradesine dayanan yönetme hakkına, azınlıkların tamamen özgür olduğu ve iktidara gelebilme hakkını da garanti edilmesi yönünde ifadeye yer verilmiştir.³⁷

Hazırlık Encümenininin 24 Haziran 1948 tarihli toplantısında 5 çekimser oya karşı, 2 oy ile 21 ve 22. maddelerinin görüşmesi onaylamıştır.

Madde 21:

*Herkesin, hiçbir ayırım yapılmaksızın, ülkesinin yönetimine etkili bir biçimde katılma hakkı vardır. Devlet belli aralıklarla serbest, dürüstçe yapılan ve gizli oya dayanan seçimlerle halkın iradesinin tecelli etmesini sağlar.*³⁸

Madde 22:

1- *Herkes vatandaşı ya da uyruğu olduğu devlette kamu görevine girme veya belli makamlara gelmede eşit fırsata sahiptir.*
2- *Kamu görevine gelmek bir ayrıcalık veya lütuf olarak görülemez.*³⁹

³⁷ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/20 (Erişim Tarihi: 15.3.2018). *“The right to a government which conforms to the will of the people, with full freedom for minority opinion to persist and, if such is the people’s will, to become the effective majority.”*

³⁸ **İngilizce metin:** *Article 21 Every one without discrimination has the right to take an effective part in the government of his country. The State shall conform to the will of the people as manifested by elections which shall be periodic, free, fair and by secret ballot.*

³⁹ **İngilizce metin:** *Article 22 1. Every one shall have equal opportunity to engage in public employment and to hold public office in the State of which he is a citizen or a national.*

2. *Access to public employment shall not be a matter of privilege or favour.*

Encümen Başkanı ABD delegasyonunun önerisini (E/CN.4/AC.1/20) okumuş ve “hiçbir ayrım olmaksızın” tabirinin gereğinin İHEB 3. maddede⁴⁰ [eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı] yeterince sağlandığından bahisle, bu tabir metinden çıkarmıştır. Aynı sebeple 22. maddenin ikinci fıkrası (kamu görevine girmek bir ayrıcalık veya iyilik kabul edilemez) çıkarılmıştır.⁴¹ Şili delegasyonundan Santa-Cruz Bogota metninde yönetime katılma hakkına karşılık gelen maddeyi okumuştur. Tartışılan hükümden farklı olarak “fiil ehliyeti olan herkes” ve “genel seçim” ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca seçimleri nitelerken “dürüst” (*fair*) ifadesi yerine “gerçekçi” (*genuine*) ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Fransız delegesi Cassin bu maddede mutlaka hükümetin halkın iradesine dayanması gerektiğinin yer almasını istemiş; Başkan Roosevelt ABD delegasyonunun önerisinin bunu karşıladığını belirtmiştir. Çin delegesi 21. maddenin İHEB 2. Birleşiminde sunulan halinin kabul edilmez olduğunu belirterek, çok kısa bir biçimde “Herkes ülkesinin yönetimine doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla etkin bir şekilde yer alma hakkına sahiptir.” önerisini getirmiştir. Birleşik Krallık delegesi Wilson bu öneriyi desteklemiş ve 22. maddenin 21. madde içinde bir fıkra olarak yer alması gerektiğini ileri sürmüştür.

Taslağın 21. ve 22. maddeleriyle ilgili asıl köklü öneriler SSCB temsilcisi Pavlov tarafından getirilmiştir. Pavlov özellikle Güney Afrika Cumhuriyeti’ndeki uygulamalara vurgu yaparak; 21. ve 22. maddelerin şu dört demokratik özelliği taşıması gerektiğini öne sürmüştür: 1- Oy kullanma hakkı hiçbir şekilde mülkiyete sahip olma, ikamet, sosyal köken, dini, ırksal ve siyasal görüşe dayandırılmaz [genel oy ilkesi], 2- Bütün seçmenler eşit oy hakkına sahiptir. Hiçbir seçmenin oyu diğerlerinden az veya çok olamaz [eşit oy ilkesi], 3- Olmazsa olmaz bir demokratik ilke olarak oy hakkı doğrudan olmalı ve tüm seçmenler bizzat kendileri oy kullanmalıdır. 4- Gizli oy ilkesi.

Gelen bütün bu öneriler üzerine geçici (*ad hoc*) bir alt komite kurularak 21. ve 22. maddenin yeniden yazılması gündeme gelmiştir. Burada özellikle iki meselenin vurgulanması beklenmiştir: 1- Irk,

⁴⁰ İHEB’in hazırlık aşamasında 3. madde olarak sözü edilen, İHEB’in son halinde “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı”nı düzenleyen 7. maddedir.

⁴¹ E/CN.4/AC.1/SR.41, s. 8.

cinsiyet, mülkiyet, din, dil, sosyal köken vb. ayrımcılığın olmaması, 2-Seçimlerle ilgili olarak, genel oy, eşit oy, gizli oy ile dürüst ve serbest seçim gibi özelliklere yer verilmesi. Komite üyeleri bu maddelerin prensibinde anlaşmış olmakla birlikte; hakların niteliğine ayrıntılı biçimde yer verme hususunda bazı küçük fikir ayrılıkları yaşamışlardır. Başkan, 21. ve 22. maddenin birleştirilerek, üç fıkra haline getirilmesini oylamaya sunmuştur. Şili üyesi Santa-Cruz, İkinci Birleşimde ileri sürülen metnin korunmasını önermiştir. Bununla birlikte “ayrımcılık” olmaksızın tabirinde “ırk, cinsiyet, dil, inanç, sosyal sınıf...” belirtilmesini; ayrıca devlet yönetimine katılımı ile ilgili olarak “etkin yer alma” tabirine “eşit tabanda” (*equal footing*) ifadesinin eklenmesini önermiştir. Birleşik Krallık temsilcisi Wilson ise “ayrımcılık olmaksızın” ifadesinin çıkarılmasını önermiş, Lübnan temsilcisi Azkoul bunu yerinde bulmuştur. Bu aşamada Şili ve SSCB temsilcileri daha ayrıntılı bir tanımlama önerirken; Birleşik Krallık, Fransa Çin ve Lübnan temsilcileri daha sade bir yazımdan yana olmuşlardır. Tartışma “ayrımcılık olmaksızın”, “fiil ehliyetine sahip” sözcüklerinin metne dahil edilip edilmemesi; ayrımcılığın hangi temellerde olmaması gerektiği (cinsiyet, ırk, inanç, dil, sosyal köken vs) ile seçimin ve oy hakkının özelliklerinin ayrıntılı sayılıp sayılmaması gerektiği üzerinde ilerlemiştir. Böylelikle İkinci Birleşimin sonunda İHEB 21. madde şu şekli almıştır:

Madde 21

- 1- Herkes, cinsiyet, ırk, milliyet, inanç, eğitim, ikamet veya sosyal sınıfa dayalı hiçbir ayırım yapılmaksızın, fiil ehliyetine sahip olmakla, ülke yönetimine etkili bir biçimde katılma hakkı vardır.
- 2- Herkes yurttaşı ya da uyruğu olduğu devlette kamu görevine girme veya belli makamlara gelmede eşit fırsata sahiptir.
- 3- Kamu görevine gelmek bir ayrıcalık veya lütuf olarak görülemez.

4. İNSAN HAKLARI KOMİSYONU (Üçüncü Birleşim)

BM İnsan Hakları Komisyonunun 28 Haziran 1948 tarih ve E/800 sayılı 3. Birleşim Raporunda (*Lake Success*) siyasal hakları bir tek maddede (19. madde) ve üç fıkra halinde ele alınmıştır. Burada ilk fıkradaki ayrımcılık esasları sayılmadan doğrudan doğruya “herkes ülke yönetimine etkili biçimde katılma hakkına sahiptir” denilmiştir. İkinci fıkra daha önceki metinlerde olduğu gibi, her vatandaşın kamu görevine gelme hakkı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra ise, daha öncekilerden farklı olarak kamu görevine girmeye değil; “hükümetin halkın iradesine uygun kurulması” ilkesine ayrılmıştır.⁴²

Son olarak 7 Aralık 1948 tarihinde A/777 sayılı belgede⁴³ BM Genel Konseyine sunulan Üçüncü Komite Raporunda (Raportör Mr. E. St. Lot, Haiti) bugünkü haline en yakın bir biçimine getirilmiştir. Birinci ve ikinci fıkra E/800 belgesindeki düzenlemeyle aynı biçimde yer almıştır. Üçüncü fıkra ise, hükümetin halkın iradesine dayanmasını belirten bir ön cümleden sonra, demokratik seçimin özelliklerini saymıştır. 10 Aralık günü öncesindeki son raporda siyasal haklar maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 22

- 1- Herkesin, ülke yönetimine doğrudan veya seçilmiş temsilcileri yoluyla etkili bir biçimde katılma hakkı vardır.
- 2- Herkes ülkesinde kamu görevine gelmede eşit haklara sahiptir.
- 3- Hükümetin temeli; belli aralıklarla yapılan, gerçekçi, genel ve eşit oy hakkının olduğu, gizli oy ve serbest seçimlerle tecelli eden halkın iradesine dayanır.

Sonuç olarak, (ülke/kamu) yönetime katılma ve kamu görevine girme hakkı, İHEB’in ilk taslağından itibaren, evrensel bir bildirmede yer alması gerekli olan bir hak olarak görülmüştür. Birleşik Krallık

⁴² <https://undocs.org/E/800>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

⁴³ <https://undocs.org/A/777>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

haricinde⁴⁴, hükümet delegasyonlarının önerilerinin tümünde en azından siyasal katılım hakkı muhakkak muhafaza edilmiştir. Siyasal haklar daha çok azınlık haklarının korunması saikiyle ileri sürülmüştür.⁴⁵ Başlangıçta iki madde, sonra üç madde, sonra tekrar iki ve en sonunda bir madde içinde, üç fıkra halinde kabul edilmiştir. Önceleri kamu görevine girmenin bir sınava bağlanması gerektiği ve bir lütuf olarak görülmemesi uzun süre madde yer alırken, son tartışmalarda bu hükümler çıkarılmıştır. Yine seçimlerin sahip olması gereken temel özelliklerin bu bildirgede yer alıp almaması tartışma konusu iken, son görüşmelerde seçimlerin asgari koşullarına madde hükmünde yer verilmiştir.

B. MADDENİN SON HALİ

Yapım süreci yukarıda ayrıntılı bir biçimde anlatılan ve 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilen⁴⁶ İHEB'in 21. maddesi üç fıkradan oluşmakta ve birbiriyle tamamen bağlantılı üç konuyu birlikte düzenlemektedir. Birinci fıkrada ülke yönetimine katılma hakkı; ikinci fıkrada kamu görevine girme hakkı ve üçüncü fıkra ise, halkın iradesi iktidarın meşruiyetini temeli kabul edilerek, bu iradeyi gösterme aracı olan seçimlerin genel karakteri düzenlenmektedir.

Burada üç fıkra ayrı ayrı olarak, getirilen hakların amacı, kapsamı, sınırları ve BM'nin İHEB hazırlık çalışmaları dikkate alınarak, lafzi, sistematik ve tarihsel yorum yöntemleriyle ele alınacaktır.

⁴⁴ Birleşik Krallık delegasyonunun bu maddeye temkinli yaklaşmasının sebebi, o dönem sahip olduğu kolonyal bölgelerde yönetimi halk tarafından seçilen temsilciler yoluyla değil, kraliyet tarafından atanan valiler tarafından sağlanması olarak değerlendirilmektedir.

⁴⁵ Örnek olarak İnsan Hakları Komisyonunun memorandumuna bakılabilir: <http://undocs.org/E/CN.4/35>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

⁴⁶ [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)). (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

1. YÖNETİME KATILMA HAKKI

Herkes, doğrudan veya serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığı ile ülkesinin yönetimine katılma hakkına sahiptir.⁴⁷

Bu fıkra ile vatandaşların ülke yönetimine katılma hakkı düzenlenmekte, fıkroda siyasal katılımın geniş anlamına yer verilmektedir. Öncelikle ülke yönetimine katılma hakkı, bütün vatandaşlara tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir. Herkesin kendi ülkesinin yönetimine katılacağından hareketle, bir devlete vatandaşlık bağı ile bağı olmayanların yönetime katılmasından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla burada sözü edilen tüm insanlara tanınan genel bir hak değil; vatandaşlara özgü bir hak olarak ortaya çıkmaktadır.

Yönetime katılma hakkı tanınan vatandaşlar bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi/ayrımcılık yasağıyla da doğrudan alakalı olarak, hiçbir objektif yahut subjektif ayırım gözetmeksizin tüm vatandaşlar bu hakkın öznesi olmaktadır. Irk ayrımcılığının kimi yerlerde devam ettiği ve kadınlara siyasal katılım hakkının çok sınırlı olarak verildiği bir dönemin ardından İHEB, genel oy ilkesinin yaygınlaşması bakımından önemli bir adım atmıştır. Özel olarak bu ifadeleri kullanmasa da ırk, inanç, cinsiyet, gelir, tahsil vb. ayrımlara gitmeksizin tüm vatandaşlar ülke yönetimine katılma hakkının sahibidir. Burada daha da ileri giderek, çocukların da özne olma bakımından bu hakkın kapsamında olduğu söylenebilir. Nitekim fıkroda ülke yönetimine “doğrudan” veya “seçilmiş temsilciler aracılığıyla” katılmaktan söz edilmektedir. Bu hakkın kullanılmasında belli bir yaş sınırının olması olağandır. Nitekim dünyada genel uygulama, oy hakkının ancak belli bir yaşa ulaşmış vatandaşlara tanınmasıdır. Aynı şekilde “seçilmiş temsilci” olmak da belli bir yaşa ulaşmayı gerektirir. Buna karşın fıkroda düzenlenen “doğrudan... ülke yönetimine katılma” konusunda bir yaş sınırının olması düşünülemez. Çocukların da ifade özgürlüğü, sanat özgürlüğü, kamuoyu yoklamasına

⁴⁷ **İngilizce metin:** *Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.*

katılmak, dilekçe yazmak veya başka katılım yollarıyla doğrudan doğruya yönetime katkı sunmaları olanaklıdır.

Fıkırdaki düzenlenen hak “yönetime katılma” hakkıdır. Yönetimin (özelde ülke yönetimi) ne olduğu konusunda bir açıklamaya gidilmemiş veya bunun sınırları konusunda herhangi bir özel hüküm getirilmemiştir. Bununla birlikte, ülke yönetimine katılmanın “doğrudan doğruya” veya “seçilmiş temsilciler aracılığıyla” yapılabileceği söylenerek, hakkın karakteristiği ortaya konulmuştur. Buradan 21. maddenin sadece “seçme-seçilme” hakkını kapsayan dar anlamda siyasal katılımı değil; özellikle ifade özgürlüğü, basın ve sanat özgürlüğü, örgütlenme ve toplanma özgürlüğü gibi yönetime her türlü etki ve katkıyı sağlayabilecek geniş anlamda siyasal katılıma işaret ettiği çıkarılabilir. Bu yönüyle 21. madde, ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. madde ve toplanma özgürlüğünü düzenleyen 20. madde ile doğrudan bağlantılı ve makro düzeyde onların tamamlayıcısı niteliğindedir.

Ülke yönetimine temsilciler yoluyla katılmak ise, serbest seçim yoluyla olmalıdır. Bu fıkrada ülke yönetimine temsilciler aracılığı ile katılmanın şekli serbest seçimler şeklinde gösterilmiştir. Bunun ayrıntısına 1. fıkrada yer verilmemiş; seçimlerin özellikle ve oy hakkının kapsamı 3. fıkrada daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Son olarak ülke yönetimine siyasal katılımın hangi düzeyde olduğu tartışılabilir. Ülke yönetimi sadece, makro düzeyde yasama ve yürütme organının belirlenmesini mi, yoksa yerel yönetimleri de içine alacak şekilde tüm idari örgütlenmeyi kapsar mı? Kanımızca, ülke yönetimi yönetilenleri etkileyen her türlü karar alma sürecini kapsamaktadır. Nitekim ilgili fıkrada yerel ve genel seçim ayrımı yapılmamış; İHEB yapım aşamasında da çok farklı tartışmalar yapılmış olmakla birlikte, genel seçim-yerel seçim ayrımına gidilmemiştir. Çağın güncel gelişmeleri de “yönetim” kavramını daha geniş anlamayı ve yönetime katılmayı her alanda en küçük yönetsel birimlere indirmeyi işaret etmektedir.⁴⁸

⁴⁸ Barış Övgün, *Türkiye’de Kamu Yönetiminin Dönüşümü*, Nika Yayınevi, Ankara, 2013, s. 56.

2. KAMU GÖREVİNE GİRME HAKKI

Herkes, kendi ülkesinde kamu görevine girmede eşit hakka sahiptir.⁴⁹

Bu fıkra ile tüm vatandaşlara kamu hizmetlerinde görev almada eşitlik getirilmektedir. Bu hak, siyasal katılım hakkı içinde düzenlenirken bir yandan vatandaşlığa etkili bir anlam kazandırmakta; diğer yandan 15. maddede düzenlenen vatandaşlık hakkı ile 7. maddede düzenlenen eşitlik hakkını tamamlayıcı bir görevi yerine getirmektedir.

Jellinek tarafından aktif statü hakları arasında sayılan vatandaşlık hakkı, sadece devlet-vatandaş arasındaki hukuki bağı sağlayan etkisiz bir hak değil; aynı zamanda kişiye kamusal hizmetlerden yararlanma, bizzat kamu görevine girme ve yönetenleri seçmeyi de içeren etkili bir haktır. 21. madde ile aynı zamanda eşitlik ilkesinin somutlaştırılması amaçlanmıştır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 7. maddede “Kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir.” denilmektedir. İHEB’in 2. maddesinde de, başkaca herhangi bir ayrıma bakılmaksızın herkesin İHEB’de yer alan haklardan eşit yararlanacağına vurgu yapılmıştır. 21. maddenin 2. fıkrası ile bunun soyut bir düzenleme olmadığı, somut olarak kamusal hizmetlerden yararlanmayı gerektirdiği ifade edilmiştir.

3. HALK EGEMENLİĞİ VE SERBEST SEÇİM HAKKI

Halkın iradesi hükümet otoritesinin temelidir. Bu irade, gizli veya serbestliği sağlayacak benzeri bir yöntemle genel ve eşit oy verme yoluyla yapılacak ve

⁴⁹ **İngilizce metin:** *Everyone has the right of equal access to public service in his country.*

Bu maddenin resmi çevirisinde “access to public service” tabiri “hizmetlerinden eşitlikte faydalanmak” olarak çevrilmiştir. Hem Kapani, hem de Aybay “kamu görevine girme” hakkı olarak çevirmiştir. Bkz. Rona Aybay, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016. Maddenin sistematik ve tarihsel yorumundan doğrusunun “kamu görevine girme hakkı” olduğu anlaşılmaktadır.

*belirli aralıklarla tekrarlanacak dürüst seçimlerle belirlenir.*⁵⁰

Üçüncü fıkrada, bir ülkede hükümet otoritesinin temelini halkın iradesi olduğu ve bu iradenin nasıl tecelli etmesi gerektiği düzenlenmektedir. Başka bir deyişle, iktidarın meşruiyetinin halk egemenliği olduğu ve bunu sağlayacak olan seçimlerin karakteristiği anlatılmaktadır.

İktidara meşruiyetini kazandıran egemenlik teorilerinden biri de millet egemenliğine ilişkindir. Halk, belli bir zamanda bir ülkede yaşayan kişileri belirtir. Millet ise, yaşayan kişi topluluğunun ötesinde manevi anlamları olan bir kavramdır.⁵¹ Millet egemenliğinde bir hak değil bir yetki olarak yaşayan seçmenlere yönetime katılma yetkisi verilir ve soyuttur. Halk egemenliğinde ise bu, kişilere tanınmış bir haktır ve somuttur. Millet egemenliği kabul edildiğinde temsilciler aracılığıyla yönetime katılmak zorunludur. Çünkü zamanlar ötesi manevi varlığa sahip olan milletin temsili ancak böyle sağlanabilir.⁵² Oysa halk egemenliğinde, imkanlar elverdiği ölçüde halkın yönetime doğrudan katılması esastır. Bu bakımdan İHEB ile kabul edilen halk egemenliği çağdaş bir yaklaşım olmakla birlikte, genişletici yorum ve uygulamalara da açıktır.

Hükümet otoritesinin temelini halkın iradesi oluşturduğunu belirtmek gerekir. Halk adına karar verici olan hükümetlerin/karar alma mekanizmalarının halk iradesiyle belirlenmesi düzenlenmiştir. Başka bir deyişle halk egemenliği, modern iktidarın temeli kabul edilmektedir.⁵³ Burada “*people*” sözcüğünün kullanılması sebebiyle ‘halk’ egemenliği

⁵⁰ **İngilizce metin:** *The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.*

⁵¹ Halk ve millet (ulus) kavramlarının farklı bir açıdan irdelenmesi için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 72-74.

⁵² Münici Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, BB101 Yayınları, Ankara, 2015, s. 81-85.

⁵³ Ahmet Taner Kışlalı, *Siyasal Sistemler Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1998, s. 183.

diyoruz. Öte yandan soyut olarak millet egemenliğine dayanan devletlerin, neticede mevcut halkın oyuna başvuracak olması sebebiyle “halk” daha gerçekçi bir egemenlik öznesidir. Buradaki sözcüğün sadece metni kaleme alanların bir tercihi olduğunu söylemek gerekir. Halk sözcüğü başlangıç maddesi (*preamble*) ve 21. maddede geçmektedir. Buna karşın millet/ulus sözcüğüne Bildirge’de hiç yer verilmemiş; 15. ve 16. maddelerde ise, uyrukluk (*nationality*) sözcüğü kullanılmıştır. Sonuç olarak, Evrensel Bildirge hak sahibi olarak halihazırda yaşayan insanları ve onların egemenliğini dikkate almış; ulus/millet gibi soyut bir kavrama yer vermemiştir.

Halkın iradesi ise dürüst seçimlerle belirlenecektir. Fıkranın devamında halkın iradesini sağlayacak dürüst seçimlerin ve oy hakkının özellikleri sıralanmıştır. Buna göre, seçimler belli aralıklarla tekrarlanmalı ve dürüst olmalıdır. Seçimler gizli oya veya serbestliği sağlayacak bir yönteme dayanmalıdır. Oy kullanma hakkı konusunda ise, genel ve eşit oy ilkesi geçerli olmalıdır.

Demokratik bir toplumda seçimlerin belli aralıklarla tekrar edilmesi beklenir. Bu aralık her ülkede farklılık gösterebilir. Ancak bu süre, ne siyasal vaatte bulunanların vaatlerini yapamayacakları kadar kısa bir süre, ne de ellerindeki yetkiyi kötüye kullanabilmelerine ve hesap vermekten kaçınmalarını sağlayacak kadar uzun bir süredir. Bu süre toplumsal gerçeklikler ve siyasal kültürün belirlediği makul bir süredir. İki seçim arası dönemin uzunluğu, seçimlerin etkinliğini azaltan bir faktördür.⁵⁴ Burada amaç, halkın rızasına dayanarak gelmiş bir iktidarın ilelebet iktidarda kalmaması, halk iradesinin zaman zaman kendini en azından seçimler yoluyla gösterebilmesidir. Bu aynı zamanda geçmiş kuşakların tercihlerinin, gelecektekileri bağlamaması gerektiği görüşüne de uygundur.

Seçimlerde gizli oy esası kabul edilmelidir. Böylelikle halk iradesi en özgür ve özgün bir biçimde tecelli edecektir. Bununla birlikte, fıkrada gizli oy bir zorunluluk olarak görülmemekte, halkın iradesinin serbest bir biçimde ortaya çıkmasını sağlayacak herhangi bir yöntem yeterli sayılmaktadır. Önemli olan seçimlerin serbestçe yapılabilmesidir.

⁵⁴ Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, s. 212 vd.

Seçim bir tercihte bulunabilmek olduğuna göre, bu tercihin en özgür biçimde yapılabilmesi gerekir. Gizli oy, bu özgürlüğün sağlanmasında en önemli yöntem olarak görülmektedir.

İHEB bu fıkra ile genel oy ilkesini kabul etmektedir. Demokratik bir toplumda, toplumun bir kesimi, herhangi bir ayrımcılık sebebiyle veya bir başka bahane ileri sürülerek oy hakkından mahrum edilemez. Esas itibarıyla 1948 yılında dünyada genel oy ilkesini benimsemiş az sayıda devlet bulunmaktaydı. Daha ötesi, cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın sonucu olarak, Avustralya'nın genel oy hakkını benimsemesi 1962, İsviçre'nin kadınlara oy hakkı tanınması 1971 yılını bulacaktır. İHEB ise çağından daha ileri davranarak, gelir düzeyi, vergi mükellefiyeti, cinsiyet, ırk, etnik köken, hür insan olma (köle olmama) gibi ayrımcılık nedenlerini ortadan kaldırarak, objektif ölçütleri taşıyan herkesin oy kullanmasını önermektedir.

Eşit oy esasen, oy kullanma hakkına sahip olanların kullandıkları oyların aynı sayı ve değerde olmasını ifade eder.⁵⁵ Temsili demokrasinin başlangıç dönemlerinde, kişinin verdiği vergiye göre yahut aile bireylerinin sayısına göre farklı uygulamalar olmuştur. İHEB'in kurmayı hedeflediği modern demokrasi ise, eşit oy ilkesini kabul eder ve tüm seçmenler aynı derecede ayrıcalıklıdır.

Seçimlerin serbest olması, oy kullanacak bireylerin iradelerinin seçim propagandası dışında başka şeyden etkilenmemesi, belli bir aday/partiye oy kullanmaya veya kullanmamaya zorlanmalarını anlamına gelir. Seçmen üzerinde propaganda dışında, bir baskı olmayacaktır. Aynı zamanda seçimlerde hiçbir şekilde hile yapılmaması, dolayısıyla seçimlerin tam manasıyla dürüst olması gerekmektedir. Sonuç olarak, İHEB insanların yönetimini kendi iradelerine dayandırmak istemiştir. Bunun için serbest ve dürüst seçimler önermiş ve bunun şekli konusunda kabaca öneriler ortaya koymuştur.

⁵⁵ Tunçer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 130-133.

II. İHEB SONRASI ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YÖNETİME KATILMA VE KAMU GÖREVİNE GİRME HAKKI

İHEB öncesi yönetime katılma hakkına yer veren belgeler olsa da genel oy hakkı, dürüst seçimler ve kamu görevine girme hakkı gibi haklar ilk defa İHEB ile düzenlenmiştir ve onu takip eden uluslararası ve bölgesel antlaşmaları etkilemiştir. Burada öncelikle İHEB'i takip eden BM sözleşmelerinden söz edilecektir. İkinci olarak bölgesel sözleşmelere ve son başlıkta diğer uluslararası sözleşme ve belgelere yer verilecektir

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMELERİ

BM nezdinde imzalanan bazı sözleşmelerde İHEB'in 21. maddesinde düzenlenen haklara yer vermiştir. Bunlardan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, doğrudan doğruya siyasal haklar ile ilgili düzenleme getirirken; kadınlar ve engellilerle ilgili sözleşmeler, siyasal hakların kullanılmasında ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yöneliktir.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, BM'nin 1966 yılında imzalanan ikiz sözleşmelerinden biridir. Bu sözleşmenin 25. maddesinde İHEB'de temellendirilen hakka uygun olarak düzenleme yapılmıştır. Fıkraların kendi içinde konu dağılımı aynı kalmakla birlikte, İHEB'in 21. maddesinden farklı olarak, kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesi son fıkrada düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı ilgili fıkranın, İHEB'in 15. maddesinde düzenlenen vatandaşlık hakkı ile 7. ve 2. maddelerinde düzenlenen eşitlik hakkını tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı fikrimizi kuvvetlendirmektedir.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Madde 25:

Her vatandaş, bu Sözleşmenin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın şu haklara ve imkanlara sahiptir:

a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma;

b) Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmeleri güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme;

c) Genel eşitlik ilkesine uygun olarak ülkesinde kamu hizmetlerine girme.

İHEB'in yürürlüğe girmesinden otuz bir yıl sonra, 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) genel olarak kadın hakları literatüründeki yeri önemlidir. Kanımızca, BM'nin özellikle yönetime katılım hakkı bakımından kadınlara yönelik eşitlikçi bir düzenlemesinin bu denli gecikmesi, genel olarak CEDAW yaklaşımına dünyanın hazır olmasının beklenmesidir. Bununla birlikte, bu sözleşme ile düzenlenmemiş olsaydı da İHEB'in 21. maddesinden CEDAW'ın 7. ve 8. maddelerindeki düzenlemeleri çıkarmak mümkündür. Zira İHEB 'herkes'in yönetime katılmada "eşitliği"ne işaret etmektedir. Bu Sözleşme aynı zamanda kadınların kamu hizmetlerine katılmalarında ayrımcılık yapılmasının da önüne geçmektedir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Madde 7:⁵⁶

Oy verme, seçilme ve katılma hakkı Taraf Devletler ülkenin siyasal ve kamusal yaşamında kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve özellikle kadınların erkeklerle eşit şekilde aşağıdaki haklarını güvence altına alır:

a) Bütün seçimlerde ve referandumlarda oy kullanmak ve kamusal olarak seçim yapılan bütün organlara seçilebilmek hakkı;

⁵⁶ <https://www.aile.gov.tr/media/35256/kadinlara-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi-sozlesmesi-ve-ihiyari-protokolu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

b) Hükümet politikalarının formüle edilmesine ve bunların uygulanmasına katılma hakkı ile kamu görevlerine atanma ve idarenin her düzeyinde kamusal görevleri yerine getirme hakkı;

c) Hükümet dışı kuruluşlar ile ülkenin kamusal ve siyasal yaşamıyla ilgili kuruluşlara katılma hakkı.

Madde 8:

Hükümeti temsil hakkı Taraf Devletler kadınların erkeklerle aynı şekilde ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın Hükümetlerini uluslararası düzeyde temsil etmeleri ve uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılmaları için gerekli her türlü tedbiri alır.

Siyasal ve kamusal yaşama katılım, oy vermenin yanı sıra engellilerin karar alma süreçlerine diğer bireylerle eşit koşullarda katılma haklarını kapsar. Siyasal ve kamusal yaşama katılım hakkı; taraf devletlerin engellilerin bağımsızlık ve özerkliklerini tanımalarını sağlamayı öngören BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi'nin "Yasa Önünde Eşit Tanınma" başlıklı 12. maddesi ile doğrudan ilişkilidir. Bu doğrultuda engelli kişilerin siyasal yaşama katılımlarının yanı sıra kamu yönetimine etkin ve tam katılımlarının sağlanması anlaşılmaktadır.

Bu Sözleşmeyle engelli kişilerin yerel ve genel seçimler dâhil seçimler ve referandumlarda ayrımcılığa uğramadan oy kullanmaları; oy kullanma mekanizmalarına eşit ve etkin erişimi, seçimlerde engellilerin aday olabilmeleri; siyasi partilerin, sivil toplum örgütlerinin ve sendikaların seçimlerine, yönetimine ve etkinliklerine katılımları hedeflenmektedir.⁵⁷

⁵⁷ <https://www.aile.gov.tr/media/5599/engellilerin-haklarina-iliskin-sozlesme-kapsaminda-engelli-haklari-ulusal-gostergeleri-kitabi-turkce.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

Madde 12:

Taraf Devletler, engellilerin siyasi haklarını ve diğer bireylerle eşit koşullar altında bunlardan yararlanma fırsatını güvence altına alır ve aşağıda belirtilenleri yerine getirir:

1) Diğerlerinin yanı sıra aşağıda belirtilenler yoluyla, engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında seçme ve seçilme hakları dâhil olmak üzere siyasi ve kamusal yaşama etkin şekilde ve tam katılımını doğrudan veya serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığıyla sağlamak,

a) Seçim usullerinin, tesislerinin, materyallerinin uygun, erişilebilir ve anlaşılması ve kullanılmasının kolay olmasını sağlamak,

b) Engellilerin, seçimlerde ve referandumlarda baskıya uğramadan, gizli oy kullanarak, aday olma ve etkili bir mevkide görev alma ve devletin tüm kademelerinde tüm kamu görevlerini yerine getirme haklarını koruyarak, uygun olan yardımcı ve yeni teknolojilerin kullanılmasını kolaylaştırmak,

c) Engellilerin seçmen olarak tercihlerini özgürce ifade edebilmelerini güvence altına alarak ve bu amaçla gerektiğinde, talep etmeleri durumunda oy kullanırken kendi seçtikleri bir kişinin desteğini almalarına izin vermek,

2) Engellilerin ayrımcılığa uğramadan, diğer bireylerle eşit koşullar altında, kamu işlerinin idaresinde etkin ve tam katılımlarının sağlanacağı bir ortamı yaratmak ve aşağıda belirtilenler de dâhil olmak üzere, kamu işlerine katılımlarının cesaretlendirmek;

a) Ülkenin kamusal ve siyasi yaşamı ile ilgili sivil toplum kuruluşları, dernekler ve siyasi partilerin etkinliklerine ve yönetimine katılım;

b) Engellileri uluslararası, ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde temsil eden engelli örgütlerinin kurulması ve engellilerin içinde yer almalarının sağlanması.

Sonuç olarak, BM siyasi katılım haklarının tanınmasında İHEB ile yetinmemiş; çok sayıda sözleşmede bu haklara yer vermiştir. Uygulamada sorunların yaşandığı ve katılımı ayrımcılığın yaşandığı alanlara, imzalanan sözleşmelerle el atılarak, özellikle kadınlar ve engelliler aleyhine olan durumlar giderilmek istenmiştir.

B. BÖLGESEL SÖZLEŞMELER, DİĞER ULUSLARARASI BELGELER VE KARARLAR

BM sözleşmelerinin yanı sıra yönetime katılma hakkı ve kamu görevine girme hakkı bölgesel sözleşmelere de konu olmuştur. Burada Avrupa, Amerika ve Afrika devletlerinin taraf oldukları üç ayrı bölgesel sözleşmeden söz edilecektir.

Günümüzde insan haklarının uluslararası korunmasında önemli bir denetim mekanizmasını getirdiği kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ana metni 1950 yılında imzalanmıştır. Toplumsal gelişmeler ve devletlerin talepleriyle bugün AİHS, 16 protokolün eklenmesiyle daha zengin bir metin haline gelmiştir. Sözleşmenin ana metninde seçme ve seçilme hakkına ilişkin bir düzenleme yoktur. AİHS'e 1952 yılında eklenen 1. Ek Protokol'ün 3. maddesinde seçme hakkının vatandaşlar bakımından devletin bir taahhüdü olduğu belirtilmiş ve seçme hakkının etkin bir şekilde kullanılması sorumluluğu devlete bırakılmıştır. Seçimlerin hakkın demokratik ilkelerine uygun olarak yürütülmesi konusunda devlete pozitif yükümlülük yüklenmiştir.

AİHS 1 nolu Protokol 3. madde

Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce

açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.

AİHM bu maddeyi demokrasi ile arasındaki kuvvetli bağdan dolayı çok önemli görmektedir. Bununla birlikte Sözleşmenin bu hükmünün yerel seçimleri, başkanlık seçimlerini ve halkoylamalarını kapsamaması⁵⁸, hakkın etkin kullanılması bakımından olumsuz etkiye sahiptir. Ayrıca kamu görevine girmenin bir insan hakkı olarak düzenlenmemiş olması AİHS açısından büyük eksikliktir.

22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 23. maddesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 25. maddesinin aynısıdır.⁵⁹ Bu Sözleşmenin Ödevler başlığı altındaki 32. maddesi uyarınca seçme hakkı aynı zamanda topluma karşı bir ödev niteliğindedir.

1981 tarihli Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 13. maddesinde de İHEB'in ortaya koyduğu asgari standartların temel alındığı görülmektedir. Nitekim serbest seçimler aracılığıyla ya da doğrudan ülke yönetimine katılma hakkını haiz olan vatandaşlar, kamu hizmetine girmede eşitlik hakkına da sahiptir. Bu metnin, İHEB'in 21. maddesinin son fıkrasında yer alan ve seçimlere hâkim olması gereken ilkeleri içermemesi sebebiyle eksik olduğu söylenebilir ki gerçekten pek çok Afrika ülkesi hâlâ seçim ilkeleri bakımından sorunlu seçimler yaşamaktadır.⁶⁰

⁵⁸ Konu hakkında bir değerlendirme için bkz. Yüksel Metin, "AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı", *Liberal Düşünce*, Y. 12, S. 47-48, s. 127.

⁵⁹ Sözleşme metni için bkz. https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf (Erişim tarihi: 15.11.2023)

⁶⁰ Kenya'dan bir örnek için bkz. <https://tr.euronews.com/2017/10/29/kenyada-olayli-devlet-baskanligi-secimleri> (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Madde 13⁶¹

- 1. Her vatandaş, yasanın öngördüğü hükümler uyarınca doğrudan ya da özgür olarak seçilmiş temsilcileri aracılığı ile, ülkesinin yönetimine özgür olarak katılma hakkına sahip olacaktır.*
- 2. Her vatandaş, ülkesinin kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkına sahip olacaktır.*
- 3. Her birey, yasa önünde tüm kişilerin kesin biçimde eşitliği temelinde, kamu mülklerine ve hizmetlerine girme hakkına sahip olacaktır.*

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) 2002 yılına ait raporunda⁶², ideal seçimlerin hangi esaslara göre ve ne şekilde yapılması gerektiğini detaylıca açıklamıştır. Bu raporunda İHEB'de ilk olarak ortaya konup evrenselliği onaylanan seçim ilkeleri, Avrupa'nın seçim konusundaki "mirası" olarak yer almış ve kıymet görmüştür.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 2005 yılına ait 1459 sayılı Kararı ile, yabancıların ve göçmenlerin siyasal hayata katılımının seçimlerin demokratik meşruiyeti bakımından taşıdığı önem üzerinde durulmuştur. Buna göre, seçme ve seçilme hakkı bakımından zorunlu ve ölçülü olmayan tüm sınırlamalar ortadan kaldırılmalıdır.

Sonuç olarak, sadece BM düzeyinde değil, bölgesel düzeyde yapılan devletlerarası insan hakları sözleşmelerinde devlet yönetimine katılma hakkı ve kamu görevine girme hakkı bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Çok sayıda uluslararası komisyon seçim hakkının etkili kullanılabilmesi için çalışmalar yapmakta ve tavsiye kararları almaktadır.

⁶¹ Çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri-Bölgesel Sistemler*, Alkım Yayınları, İstanbul 1999.

⁶² CDL-AD (2002) 23, Venice Commission, *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, Opinion No. 190/2002, Strasbourg, 30 October 2002, s. 5.

III. TÜRK HUKUKUNDA SİYASAL KATILIM HAKKI

Türkiye’de demokratik seçim usulünün yerleşmesinde İHEB önemli bir köşe taşıdır. 1945 yılında BM’nin kuruluş aşamasında toplanan San Francisco Konferansı’na katılan Türk Heyeti, II. Dünya Savaşı sonrasında Türkiye’de her türlü demokratik gelişmenin önünün açılacağını ve modern demokrasi ilkelerinin benimseneceğini belirtmiştir.⁶³ Gerçekten de 1946 yılına gelinceye değin gerçekleştirilen seçimler (çok partili siyaset denemelerine karşın) modern anlamda benimsenen demokratik niteliklerden yoksundur.⁶⁴ 7 Ocak 1946 tarihinde Demokrat Parti Celal Bayar ve arkadaşları tarafından resmen kurulmuştur. 5 Haziran 1946 seçimlerinde ise milletvekili olmak isteyen adayların tek partiden aday olma zorunluluğu kaldırılmış ve tek dereceli seçim esasları ilk kez uygulanmıştır.⁶⁵ İlk kez 1950 genel seçimlerinde gizli oy ve açık sayım esasları uygulanmıştır. 1950 yılına gelinceye değin uygulanan açık oy ve gizli sayım esasları⁶⁶, Türkiye demokrasisini modern demokrasiler arasında saymaya izin vermemiştir. İHEB’in onaylanmasından sonradır ki, 21 Şubat 1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu’nun ilk maddesinde seçim ilkeleri açıkça belirtilmiştir. Buna göre seçimler tek dereceli, genel, eşit, serbest ve şahsi oy ile gizli oy ve açık sayım esaslarına göre yapılır.⁶⁷ Bu kanun ile aynı zamanda seçimlerin hâkim denetim ve gözetiminde yapılacağı ilkesi benimsenerek, ilçe seçim kurulları, il seçim kurulları ve Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kurulmuştur. Bu kanun ilk kez 14 Mayıs 1950 seçimlerinde uygulanmış ve Türk demokrasisi açısından bir milat olmuştur.⁶⁸ *Huntington*’un demokrasi bakımından öngördüğü reform da

⁶³ Ayşen Şatiroğlu, “San Francisco Konferansı Sonrasında Dünyada Türkiye’nin Yer Arayışı”, *Sosyoloji Dergisi*, Yıl 2006, C. 3, S. 12, s. 31.

⁶⁴ Nermin Abadan, *1965 Seçimlerinin Tahlihi*, Ankara, 1966, s. 71.

⁶⁵ 1946 yılında gerçekleşen seçimlerin şaibeli niteliği ve bu seçimler hakkında detaylı bilgi için bkz. Erol Tuncer, *1946 Seçimleri*, TESAV Yayınları, Ankara, 2008, s. 120-130.

⁶⁶ Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 157-158.

⁶⁷ 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu, RG, S. 7438, T. 21.2.1950.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Keyder, *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 146 vd.

bu seçimlerle Türkiye’de gerçekleşmiştir.⁶⁹ Kanun’un Mecliste görüşülmesi sırasında da sık sık İHEB’e atıf yapıldığı ve İHEB’e uygun demokratik bir seçim kanunu yapma çabası göze çarpmaktadır.⁷⁰

A. ANAYASAL DÜZENLEMELER

1. ÜLKE YÖNETİMİNE KATILMA

Hukuk tarihimizde sınırlı da olsa yönetime katılma hakkı ilk kez 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’nin 65. maddesi ile kabul edilmiştir.⁷¹ 1876’dan beri tüm anayasalarımızda da halkı devlet yönetimine katmaya yönelik hükümler olmuştur.⁷² Her elli bin erkeğe bir milletvekili olacak şekilde (m. 65) ve gizli oy ile seçim yapılacağı öngörülmüştür (m. 66). Bu dönemde kadınların oy kullanması düşünülemezdi.

Etkin bir siyasal katılımdan söz edebilmek için öncelikle bağımsız bir devletten söz ediyor olmak gerekir.⁷³ Bağımsızlık mücadelesinde olan ve hatta bağımsızlık mücadelesini halk tarafından seçen bir meclis tarafından yöneten bir devleti de bu kategoride saymak yerinde olacaktır. Nitekim 1919 yılında başlayan bağımsızlık mücadelesi, 1920 yılında halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan bir meclis (Büyük Millet Meclisi-BMM) tarafından yürütülmüştür. BMM, halkın katılımı ile yürütülen kurtuluş ve kuruluşun önemli bir örneğidir. Bu meclis tarafından yürürlüğe konan (1876 yürürlükten kaldırılmadan, ikili uygulanan) 1921 Anayasasının 4. maddesi “Büyük Millet Meclisi vilâyetler halkınca müntahap âzadan mürekkeptir.” diyerek İHEB’den 26 yıl önce ülke yönetimini halka bırakmıştır. Ayrıca

⁶⁹ Ergun Özbudun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 119-120.

⁷⁰ TBMM Tutanak Dergisi, 7.2.1950, D. 8, C. 24, Toplantı 4, s. 150 vd.

⁷¹ Şeref Gözübüyük / Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*, 2. Baskı, Ankara, 1982, s. 35.

⁷² Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 137.

⁷³ Katılım ile bağımsızlık ilişkisi için Bkz. Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, s. 51-52. Yönetimine katılan devletin kendisi bağımsız değilse, halkın iradesi de yönetime tam olarak yansımıyor demektir. Bu durumda katılım vardır ve fakat etkin değildir.

bu anayasa yerinden ve doğrudan yönetime katılmayı öncelemiştir. Bu anayasayı yapan irade “Vilâyet şûraları vilâyetler halkınca müntahap âzadan mürekkeptir.” (m. 11) ve “Nahiye şûrası, nahiye halkınca doğrudan doğruya müntahap âzadan terekkep eder.” (m. 18) maddeleriyle yönetime katılımın önemini (kadınların yönetime katılması dışında) 1921 yılında göstermiştir.

Cumhuriyetin ilanından sonraki dönem anayasaları olan 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında ortak bir hüküm olarak, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu belirtilmiştir. 1924 Anayasası'nın 9. maddesinde milletvekillerinin seçimle belirleneceği kayıt altına alınmıştır. 10. maddesinin ilk halinde sadece onsekiz yaşını geçen erkeklerin milletvekili seçilebileceği düzenlenmişken, 1934 tarih ve 2599 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile milletvekili seçme yaşı kadın erkek, herkes için 22 yaşa çıkarılmış ve böylelikle genel oy ilkesi uygulanmaya başlamıştır. Yine aynı kanunla 11. maddede sadece 30 yaşını bitiren erkeklere tanınan milletvekili olma hakkı kadınlara da tanınmış. Böylelikle kadın-erkek ayrımı gözetmeksizin devlet yönetimine katılma hakkı (belli bir yaşı bitirmek koşuluyla) tüm yurttaşlara tanınmıştır. Seçimlere ilişkin diğer tüm ilke ve uygulamaların düzenlenmesi kanuna bırakılmıştır. 1946 yılına kadar seçimler iki dereceli yapılmıştır.⁷⁴ Bu bakımdan, siyasal katılımın hukuki gelişim sürecinde İHEB'in etkisini görebileceğimiz ilk anayasal belge 1961 Anayasasıdır.

1961 Anayasası, anayasal tarihimiz içinde yönetime katılma hakkını en etkili ve etkin biçimde tanımış tek anayasadır. Etkin tanımada yalnızca katılma hakkını sadece seçme-seçilme gibi seramonik haklarla değil, aynı zamanda serbest katılım araçları olan düşünce özgürlüğünü, toplantı, gösteri ve yürüyüş özgürlüğünü, kişi güvenliğini ve örgütlenme özgürlüklerini güvenceye bağlayan hükümlerinin rolü büyüktür. Doğrudan İHEB'in 21. maddesi bağlamında değerlendirilebilecek hükmü ise Anayasa'nın seçme ve seçilme hakkını

⁷⁴ Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 25.

düzenleyen 55. maddesi⁷⁵ içerir. 1924 Anayasasından farklı olarak 1961 Anayasasında seçimleri demokratik yapan ilkelere de yer verilmiştir. Anayasa'da 1971 ve 1973 yıllarında yapılan değişikliklerle geniş anlamda katılıma ilişkin hakların kullanım alanında önemli daralmalar olmuştur.

1961 Anayasası'na bir tepki olarak hazırlanan 1982 Anayasası temelde, yürütmeyi ve yönetimde istikrarı güçlendirmeye yönelik bir duruşa sahiptir. Öyle ki, bu anayasanın birincil kaygısı insan haklarına *rağmen* devlet yönetiminin korunmasıdır.⁷⁶ Özbudun'a göre Anayasa'nın geneline bakıldığında, seçimle iş başına gelenlerin hareket kabiliyetini de sınırlayan bir yarı-demokratik sistem öngörmektedir.⁷⁷ Devletin bekası ve yönetimin istikrarı kaygılarıyla yönetime katılma hakkı bağlamında, ancak uluslararası belgelerde belirtilen asgari şartlar düzenlenmiş ve geniş anlamda katılım bakımından bu hakların etkin kullanımı zorlaştırılmıştır. Anayasa'nın 67. maddesinde seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'na göre tek meclisten oluşan TBMM üyeleri, halk tarafından nispi temsil sistemi ile seçilir. 2007 Anayasa değişiklikleri ile halk Cumhurbaşkanı'nı da doğrudan seçme yetkisine kavuşmuş ve 2014 yılından itibaren doğrudan doğruya Cumhurbaşkanını seçerek, ülke yönetiminde daha çok söz sahibi hale gelmiştir.⁷⁸

Yürütmenin güçlendirilmesi ve bazı özel durumlarda yetkilerinin genişletilmesi için öngörülen olağanüstü yönetim usulleri, bilindiği gibi mevcut olağanüstü durumu sarmak ve olağan döneme bir

⁷⁵ 1961 Anayasası Madde 55: "Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir.

Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır."

⁷⁶ Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, s. 60.

⁷⁷ Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 117.

⁷⁸ Bu değerlendirmede yalnızca seçme hakkı bakımından yaklaşmıştır. Öte yandan 2017 değişikliklerinden sonra artırılan yürütme gücünü Cumhurbaşkanının tek başına elinde bulunduruyor olmasının, halkın yönetime oy vererek katılmasını sembolik hale getirdiği söylenebilir.

an önce geçebilmek için temel hak ve özgürlüklerin kolaylıkla kısıtlandığı ve hatta durdurulabildiği dönemleri ifade eder. 1982 Anayasası döneminde, başta Doğu ve Güneydoğu illerinde olağanüstü hal uygulaması olmak üzere, pek çok kez bu usullere başvurulmuştur. 21.7.2016 tarihinde ilan edilip⁷⁹ iki yıl yürürlükte kalan olağanüstü hal ise sonuncusu ve ülke genelinde en etkili olanıdır. Bu dönemde İHEB'in 21. maddesi bağlamında değerlendirilebilecek olan önemli bir halkoylaması ve bir genel seçim gerçekleşmiştir. İlki 16 Nisan 2017 tarihli anayasa değişikliğine ilişkin halkoylamasıdır. Bahsedilen halkoylaması, anayasal haklarının kısıtlanmasına en müsait zamanda yapılmış öylesine önemli bir halkoylamasıdır ki, hükümet sistemi değişmiş ve kendine özgü bir başkanlık sistemi kabul edilmiştir. Bunun üzerine erken seçim kararı alınarak, olağanüstü hal sona ermeden yeni sistemin aceleyle de olsa yürürlüğe geçmesi sağlanmıştır. Bu seçim ile halk hem Cumhurbaşkanını ve hem de yasama meclisi üyelerini seçmiştir. Bu seçimin hemen akabinde de ülkenin kaderini etkileyecek önemli kararların alındığı iki yıllık olağanüstü hal dönemi kapanmıştır. Olağanüstü hal dönemlerinin bilgi edinme hakkından toplanma ve yürüyüş özgürlüklerine, basın özgürlüğünden iletişim özgürlüğüne kadar pek çok özgürlüğe ağır müdahalelerin yapılabildiği dönemler olması sebebiyle (yalnızca böyle bir dönem olmaya son derece müsait olmasının bile) seçimlerin evrensel demokratik ilkelerine aykırılık oluşturduğu açıktır.⁸⁰ Bu sebeple olağanüstü hal dönemlerinde gerçekleştirilen seçimlerin İHEB'in 21. maddesinde ifadesini bulan yönetime katılım hakkının geniş anlamına aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, mevcut anayasa devlet yönetimine seçimler yoluyla katılma bakımından gerek yasama gerekse yürütme organının belirlenmesinde vatandaşlarına İHEB ölçütlerine uygun bir seçme ve seçilme hakkı getirdiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte seçimlerde serbestliğin sağlanması ve dürüst yürütülmesi açısından uygulamanın İHEB'de hedeflenen ideale ulaştığı iddiasına kuşkuyla bakmak gerekir.

⁷⁹ 2016/9064 sayılı Karar, **RG**, Sayı 29777, Tarih 21.7.2016.

⁸⁰ Bkz. İbrahim Kaboğlu, *Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2019, s. 171-173.

2. KAMU HİZMETİNE GİRME

İHEB'in 21. maddesi kamu hizmetlerine girmede eşitlik hakkını düzenlemektedir. Kamu hizmetine girme hakkı anayasa hukukumuzda Kanun-ı Esasi'nin 19. maddesinden beri varlığını sürdürmektedir. 1924 Anayasasının 92. maddesine göre, siyasi hakları olan her vatandaşın, ehliyet ve istihkakına göre, devlet memuru olma hakkı vardır. 1961 Anayasasının 58. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 70. maddesinde birbirine çok benzer bir şekilde kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmiştir. Türk Anayasa Hukukunda bu bağlamda önemli bir girişim, 2008 tarihinde 5735 sayılı Kanununun 1. maddesi ile Anayasanın 10. maddesinin son fıkrasına ek olarak *"her türlü kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik"* cümleciği getirilmiştir. Dönemin konjonktürel koşullarının etkisiyle Anayasa Mahkemesi, amaçsal yorum yaparak bu hükmü iptal etmiştir.⁸¹

B. HAKKIN İLKELERİ VE ÖZNESİ

1. ÜLKE YÖNETİMİNE KATILMA

Yönetime temsilciler vasıtasıyla katılma hakkının İHEB ile evrensel olarak genel kural haline gelmiş bazı demokratik ilkeler doğrultusunda kullan(dır)ılması gerekir. Bunlar genel oy, eşit oy, gizli ve serbest seçim ilkeleri ile seçimlerin belli ve makul periyotlarla yapılmasıdır. Anayasa'nın 67. maddesi ile bunlara açık sayım ve döküm,

⁸¹ AYM Kararı E. 2008/16, K. 2008/16, K.T. 5.6.2008, RG, tarih 22.10.2008, S. 27032. *"Yasa'nın dava konusu 1. maddenin gerekçesinin ikinci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacı, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edilmekte, 2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.*

5735 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması olduğu anlaşılmaktadır."

tek dereceli olma ve yargı gözetim ve denetiminde olma esasları da eklenmiştir.

Siyasal hak ve özgürlükler içinde vatandaşlık hakkının ayrı bir yeri vardır. Zira bu haktan yararlanamayanlar dilekçe hakkı hariç olmak üzere kural olarak diğer siyasi hakları da kullanamamaktadır. İHEB'in 21. maddesi bağlamında seçme ve seçilme hakkının özneleri Anayasanın 67. maddesinde düzenlenmiştir. 67. maddede ile bazı istisnalar getirilmiş olmasına rağmen İHEB "herkes" (*everyone*) ve "ülkesinin" (*his country*) demek suretiyle hakkın yararlanıcıları bakımından kişi ile ülke arasında bir aitlik ilişkisini aramaktadır. Bu ilişki günümüzde yalnızca vatandaşlık bağı olarak anlaşılmaktadır.⁸² Osmanlı döneminden beri herhangi bir ırksal yahut servet ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, 1934 yılına kadar kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmamıştır. Yalnızca belli kriterlere uyan vatandaşların yönetime katılabileceğini düşünme, kendisinden halkın yönetime katılma hakkı çıkarımını yaptığımız İHEB'in gerisinde kalmak demektir. Zira halkın yönetime katılması demek, kısıtlılar ve çocuklar da dahil olmak üzere o ülkede yaşayan tüm halkın yönetime katılması anlamına gelir.⁸³ İHEB'e göre benimsenmesi gereken ideal anlayış bu olmasına rağmen, hakkın öznesi bakımından çağının oldukça ilerisinde düzenlemeler içeren bu metnin görüş açısının henüz yakalanabilmiş olduğu iddia edilemez.

Seçme, seçilme ve kamu hizmetine girme hakkı her ne kadar temelde bireysel olarak kullanılabilir haklarsa da topluluk halinde de kullanılabilir ve talep edilebilecek noktaları vardır. Eroğul'a göre siyasi hakların özneleri tek başlarına hareket eden kişiler, birleşerek hareket edenler ve örgütlenerek hareket eden (tüzel) kişilerdir.⁸⁴ 1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 1. fıkrasında ise, vatandaşların ancak bağımsız kişiler olarak ya da bir siyasi parti vasıtasıyla yönetime katılabileceği düzenlenmiştir. O halde Eroğul'un sözünü ettiği gibi ancak birleşerek hareket ederek geniş anlamda siyasi katılım hakkı kullanılabilir. Hukukumuzda, İHEB'in belirlediği anlamda temsili

⁸² Tolga Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", *MÜHF-HAD*, C. 17, S. 1-2, Y. 2011, s. 295.

⁸³ Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 115.

⁸⁴ Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, s. 103.

katılım ancak Anayasa'nın 67/1 hükmünde belirtilen kişi ve yollarla sınırlıdır.

Anayasa'nın 67. maddesine göre, ülke içinde yaşamıyor olsa bile onsekiz yaşını dolduran her vatandaş oy kullanma hakkına sahiptir.⁸⁵ Onsekiz yaşından küçüklerin oy kullanma hakkına ilişkin Anayasamızda da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, onsekiz yaşından küçüklerin oy kullanma ehliyetinin bulunmadığı zımnen kabul edilmiştir. Kanımızca, çocukların en azından kendileri ve yaşamları ile doğrudan ilgili konularda yönetime katılımı sağlayacak önlemler alınmalıdır. Kaldı ki, çocuğun özellikle kendi hukukunu ilgilendiren konularda karar alma süreçlerine katılımı 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi bağlamında üretilen güncel evrensel görüşlerde de yer bulmaktadır.⁸⁶ Bunun ilk adımı doğrudan katılım için daha müsait olan yerel düzeyde sağlanabilir. Yerel çocuk meclisleri kurulması ya da çocuk örgütlülüğünün sağlanması gibi yollarla çocuklar siyasal hayata kazandırılabilir. Benzer şekilde, 67. madde bağlamında oy hakkını kullanabilecek durumda olup da fiziksel, coğrafi, mekansal ya da maddi sebeplerle fiilen bu hakkı kullanamaya engel durumları olan vatandaşlara da ek imkanlar sağlanmalıdır. Avustralya'da bu konu, seçime erişim hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. Engelliler, yaşlılar ve hastalar bağlamında bu konuda 2010 yılından bu yana tartışmalar yapılmakta ve özel durumlar için elektronik oy sistemi planlanmaktadır.⁸⁷ Kanımızca seçime erişim hakkı, seçme hakkının kullanılabilmesi için aranması gereken en temel haktır. Öyle ki, ayrıca tanınmasa bile seçme hakkının mahiyeti gereği özüne içkin kabul edilir ve talep edilebilir.

⁸⁵ Bu konuda geniş bir değerlendirme için bkz. Fatma Koçak ve Veysel Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", *Yasama Dergisi*, S. 47 (Ocak-Haziran 2023), ss. 75-124.

⁸⁶ Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, Oniki Levha Yayınları, 2021, s. 278-280.

⁸⁷ <https://www.humanrights.gov.au/our-work/disability-rights/inquiries/disability-rights-electoral-access> (E.T. 30.11.2018)

Oy hakkından kategorik olarak yoksun bulunan gruplar Anayasa'nın 67. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre “Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askerî öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.” 1950 yılında İHEB ile uyumlu bir Milletvekilleri Seçimi Kanunu yazımı sırasında bu konuda Mecliste ciddi tartışmalar yaşanmıştır. İstanbul Milletvekili Osman Nuri Köni, İHEB’de ifade edildiği haliyle “herkes” ve “halk” ifadeleriyle yönetime katılma hakkını kullanmak bakımından bir ayırım yapılamayacağı ve dolayısıyla askerlerin de seçme hakkını kullanması gerektiğine yönelik itirazlarda bulunmuşsa⁸⁸ da etkili olmamıştır. Gerekçe ise, emir altında bulunan askerlere oy hakkının verilmesinin orduya siyasetin girmesine yol açacak olması ve askerlerin özgürce karar vermesinin de zaten mümkün olmayacağıdır.⁸⁹ Fakat bu önyargı ve endişe sebebiyle bir kesimi oy hakkından tamamen yoksun bırakmak yerine, özgür ve serbest oy kullanma ortamının devlet tarafından sağlanması evrensel hukuk normlarına göre daha yerinde olacaktır.⁹⁰

2. KAMU HİZMETİNE GİRME

Herkesin ülkesindeki kamu hizmetlerine girme hakkı incelenirken, hakkın öznesini eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirmek gerekir. Maddenin lafzında “kendi ülkesinin kamu hizmetlerine (*public service in his country*)” diye belirtildiği için, kamu hizmetine girecek kişinin Türkiye Cumhuriyeti’ne bir bağ ile bağlanmış olması yeterli kabul edilmelidir. Bu bağın kesinlikle vatandaşlık bağı olması gerektiğini söylemek her ne kadar günümüzde dünyadaki genel eğilimse de İHEB ruhuna ve metnine aykırı düşecektir. Hukukumuzda bu maddeyi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda ulusal ya da dini azınlıkların, azınlık olmamasına rağmen inancı nedeniyle çoğunluktan farklı tutum sergileyenlerin, ekonomik imkanları kamu hizmetine erişmesine engel olanların, ötekileştirilerek cinsiyet ayrımcılığına maruz bırakılan kişilerin, siyasal

⁸⁸ TBMM Tutanak Dergisi, 7.2.1950, D. 8, C. 24, Toplantı 4, s. 151.

⁸⁹ Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 198.

⁹⁰ Ekrem Ali Akartürk, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 166.

düşünceleri nedeniyle ötekileştirilenlerin, yaşa göre sınıflandırmaya tabi tutulanların ve engellilerin kamu hizmetlerine diğer herkesle eşit bir şekilde erişebilmeleri ve bu hizmetlerden faydalanabilmeleri için devletin gerekli önlemleri alması gerekir. Gerekli önlemlerin önceden alınmaması durumunda, yargı kararlarıyla kamu hizmetinin niteliğine ve eşitlik ilkesine aykırılıklar giderilir.⁹¹ Kamu hizmetine girme hakkı bakımından 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da, “*Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir.*” ifadesi kullanılmak suretiyle hakkın öznesi yalnızca vatandaşlarla sınırlanmıştır (m. 70). Buradaki “Türk” ifadesi bir ırk ayrımı olarak yorumlanamaz. Atatürk milliyetçiliği bağlamında ülkeye vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişileri ifade eder. Türkiye’nin göç alan ve ülkede mukim olan yabancı sayısının da oldukça fazla olduğu bir ülke olduğu hesaba katıldığında özellikle yerel kamu hizmetleri bakımından bu kurala istisnalar getirilmesi gerektiği kanısındayız.

C. HAKKIN UYGULAMA ALANI

İHEB seçimlerin türü bakımından bir sınırlamaya gitmemiştir. Bu bağlamda yerel seçimlerde ve halkoylamalarında da belirtilen evrensel ilke ve esaslar hâkim olmalıdır. AİHS ise sadece genel seçimleri koruma alanına almıştır. İHEB’e benzer olarak 1982 Anayasası da seçimler bakımdan bir ayırım gözetmemiştir. Zira Anayasa Mahkemesi 2011 yılında yaptığı bir yorumla, seçme ve seçilme hakkına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanını, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının yönetim, disiplin ve denetim kurullarında yapılacak seçimlere kadar genişletmiştir.⁹² 30 Mart 2014 belediye seçimlerinde CHP Ankara Büyükşehir Belediyesi başkan adayı olan Mansur Yavaş,

⁹¹ İnançları farklı olması sebebiyle kamu hizmetinden yararlanırken ayrımcılığa maruz kalan Alevi vatandaşlar hakkında bkz. AİHM, Hasan ve Eylem Zengin/ Türkiye Kararı, Başvuru No: 1448/04, K.T. 09.10.2007 ve AİHM, Sinan Işık/ Türkiye Kararı, Başvuru No: 21924/05, K.T. 02.02.2010.

²⁸ yaşını geçen öğrencilerin indirimli ulaşım hakkından faydalanamaması hakkında bkz. D.8.D. E. 1989/1373, K. 1990/1339, K.T. 19.11.1990, DD, Y. 22-1992, S. 82-83.

⁹² AYM Kararı E. 2008/80, K. 2011/81, K.T. 18.05.2011, RG, tarih 15.12.201, S. 28143.

seçimi az bir oy farkı ile kaybetmesi üzerine, seçilme hakkını kullanırken hukuka aykırı bazı uygulamalara maruz kaldığından bahisle önce YSK'ye ve sonra da bireysel başvuru yolunu kullanarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi bu kararında önceki kararında yaptığı yorumdan vazgeçerek, AİHM'nin seçme ve seçilme hakkını yalnızca yasama seçimleri bağlamında değerlendirdiğini ve hukukumuzdaki bireysel başvuru yolunda gözetilecek hakkın da bununla sınırlı olduğunu belirterek konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.⁹³ AİHM'nin, Sözleşme'de yer alan "yasama organı" ifadesinin sadece ulusal meclisi kapsamadığını, devletlerin anayasal sistemi çerçevesinde geniş yorumlanabileceğini ifade etmesine⁹⁴ rağmen Anayasa Mahkemesi'nin -2011 yılında kendi verdiği kararlar da çelişecek şekilde- dar yorum yapması, genel olarak anayasa yargısının amacı ile de bağdaşmamaktadır. Anayasanın üstünlüğü ilkesini tesis etmek için kurulmuş olan anayasa yargısının esas amaçlarından biri de anayasal insan haklarının yorumlanması ve korunmasıdır. Bireysel başvuru ise anayasa yargısının etkin ve önemli bir uygulama alanı olarak, anayasal haklara aykırı uygulamaların denetlenmesi için öngörülmüştür. Bu sebeple özellikle usul kurallarının yorumunda anayasa yargısının ve bireysel başvurunun varlık sebebi göz önüne alınarak amaçsal yorum yapılmalıdır. İHEB'in öngördüğü asgari standartlar bağlamında insan haklarını korumak bakımından seçimlerde genel ya da yerel ayrımı yapılmadan demokratik ilkeleri uygulamak ve uygulamasını denetlemek, devletlerin pozitif yükümlülüğünün bir parçasıdır.

İHEB'in seçimlere ilişkin işaret ettiği ilkeler, halkoylamasında da uygulanmalıdır. Nitekim YSK'nin görüşü de bu yöndedir.⁹⁵ Halkoylamalarının bir "seçim" olduğu açıktır. Zira seçmen, önüne gelen

⁹³ AYM Kararı, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, B. No: 2014/5425, K.T. 23.7.2014.

⁹⁴ Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 544. Bkz. AİHM Kararı Matthews/ U.K., Başvuru Numarası: 24833/94, 18.02.1999, para. 31-35, 38-42; AİHM Kararı Mathieu-Mohin ve Clerfayt/ Belçika, Başvuru Numarası: 9267/81, 02.03.1987, s. 23, para. 53.

⁹⁵ YSK Karar No: 317, RG, tarih 13.05.2010, S. 27580 (Mükerrer).

seçeneklerden birini seçmektedir. Halkoylamaları da tıpkı seçimler gibi, seçmenin yönetimde söz sahibi olmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan yönetime katılma hakkını düzenlemiş olan İHEB kapsamında korunmaktadır. Yönetime katılma hakkını geniş anlamda değerlendirdiğimizde, devlet yönetimine katılmak bakımından kilit rol oynayan her hak ve imkanda kişilerin seçim ya da başka yollarla katılma hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

1. SEÇİM SİSTEMİNİN ETKİSİ

Seçim sistemi devlet yönetiminde bir kilit görevi ifa eder. Halk ise, temsilcilerinden oluşan anahtarı elinde tutmaktadır.⁹⁶ Halkın iradesini yani kilide uyumlu anahtarı belirleyecek olan ise kilidin kendisidir. Katılmayı sağlayacak kilidin özellikleri bu nedenle önemlidir. İHEB sonrası demokratikleşme sürecini hızlandıran seçim hukukumuzda 1950 ile 1957 yılları arasında tek dereceli, liste usulü çoğunluk sistemi uygulanmıştır. İlk kez 1961 seçimlerinde çevre barajlı nispi temsil *d'Hondt* yöntemi ile uygulanmış ve Türkiye tarihinde ilk kez koalisyon hükümeti kurulmuştur. Çevre barajına ek olarak 1965 yılında milli bakiye sistemi de uygulanmıştır. 1968 yılında Anayasa Mahkemesi, çevre barajını demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.⁹⁷ Sonrasında yeniden düzenleme yapılmaması üzerine 1969, 1973 ve 1977 seçimlerinde barajsız *d'Hondt* yöntemi uygulanmıştır. 10 Haziran 1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile nispi temsil seçim sistemi ülke barajlı ve seçim çevresi barajlı *d'Hondt* yöntemi ile uygulanmaya başlanmıştır. Bu sistem 1983, 1987 ve 1991 seçimlerinde uygulanmıştır. 1995 ve sonrasındaki seçimlerde ise nispi temsil seçim sistemi %10 ülke barajlı *d'Hondt* yöntemi ile uygulanmıştır.

Hukuk sistemimizde seçim sistemlerine ilişkin ilk anayasal kriter 1995 yılında getirilmiştir. Buna göre, seçim sistemleri temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerine göre belirlenmelidir. Anayasa Mahkemesi bu ilkelerden ne anlaşılması gerektiğini ise şöyle açıklamıştır:

⁹⁶ Ezgi Fulya Akkuş, *Türk Anayasa Hukuku Açısından Belediye Seçimleri*, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 48.

⁹⁷ AYM Kararı, E. 1968/15, K. 1968/13, K.T. 3, 4 ve 6. 05.1968, *AYMKD*, S. 6, s. 141 vd.

“Anayasa’nın gözetilmesini istediği ‘temsilde adalet ilkesi’ serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm öğeleriyle özetlenmekte ve oyla orantılı temsilci sayısı ile yaşama geçirilmektedir. ‘Yönetimde istikrar ilkesi’ ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtacak yöntemler olarak algılanmaktadır.”⁹⁸

Bu yorumla birlikte ele alındığında İHEB’in açıkça adil seçimlerden söz etmese bile temsilde adalet ilkesini işaret ettiği söylenebilir. Zaten ancak temsilcilerin oylarla ve halk iradesiyle uyumlu olması içindir ki seçimlere hakim olması gereken evrensel ilkeler benimsenmiştir. İstikrar ilkesiyle ifade edilmek istenen yürütmenin güçlü olması ise, İHEB’in 21. maddesi kapsamına girmemektedir.

1995 yılında %10 ülke barajının öngörülme sebebi, küçük partilerin yasamada yer almasını engelleyerek istikrarı artırmaktır. Bu düzenlemenin İHEB yorumumuz ile uyuşmadığı ortadadır. Yüzde on ülke barajı demokratik ülkelere kıyasla yüksek bir baraj olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi 1968 yılındaki kararından farklı olarak, seçim sistemi tercihinin yasamanın takdirinde olduğuna ve ülke barajının Anayasaya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.⁹⁹ 2839 sayılı Kanun’un 33. maddesinde 2018 yılında değişiklik yapılmıştır.¹⁰⁰ Değişiklik uyarınca, seçim ittifakı yapan partilerin aldıkları oylar baraj hesaplamasında birlikte değerlendirilir. Bu değişiklik, baraj engeli nedeniyle oyları yasama organına yansıyamayan partiler bakımından olumlu bir gelişmedir. %10’luk ülke barajı uygulaması ise, 2022 tarih ve 7393 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesi ile değiştirilmiş ve ülke barajı %7 olarak belirlenmiştir. Bu olumlu bir gelişme gibi değerlendirilebilirse de temsilde adalet bakımından sorunların giderilmemiş olduğunu

⁹⁸ AYM Kararı E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, RG, tarih 21.11.1995, S. 22470.

⁹⁹ AYM Kararı, E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, AYMKD, S. 31/2, s. 854.

¹⁰⁰ Bkz. 7102 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, tarih 16.03.2018, S. 30362.

belirtmekte fayda vardır. Kaldı ki, Anayasa'da temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin bağdaştırılması seçimler bakımından getirilmiş yegâne kriterdir. Buna göre, 2017 yılı itibariyle başkanlık hükümet sistemine geçilmiş olması yönetimde istikrarı pekiştirmektedir. Bu durumda temsilde adaletin genel seçimler bakımından yönetimde istikrara daha fazla feda edilmesine gerek kalmamıştır. Tarihsel bakımdan da genel seçim barajının getiriliş amacı da istikrarı sağlamaktır. İstikrar başkanlık sistemi ile sağlanmış olduğuna göre seçim barajı da ortadan kaldırılmalıdır.¹⁰¹

Yerel yönetim seçimlerinde onda bir baraj, partilerin aldığı oylar üzerinden eksiltme yapılması suretiyle uygulanmaktadır. Baraja giren kısmı, alınan toplam oylardan çıkartılarak kalan oyları üzerinden sandalye dağıtımı yapılmaktadır. Bu durum özellikle belediye meclisi seçimlerinde oyların çoğunluğunu alan partiye sandalye dağıtımında aşkın temsil imkanı verilmesi ile sonuçlanmaktadır. Az oy alan küçük partilerin oylarının eksiltilerek seçmenlerin iradelerinin yönetime adil yansımaları önlenmiş olmaktadır. Belediye ve il genel meclislerinde uygulanan onda birlik baraja temel olan 2972 sayılı kanun hükümleri, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Mahkeme, yerel seçim sistemine ilişkin Anayasada açık hüküm olmamasından bahisle istemi reddetmiştir.¹⁰² İlgili seçim çevresinde baraj sayısının belirlenerek partilerin aldığı oylardan düşürülmesi ve kalan oylar üzerinden sandalye dağıtımı yapılmasına ilişkin bu yöntem¹⁰³, halkın iradesinin yönetime adil bir şekilde yansımalarının önüne geçmektedir. Yerel seçimlerin de seçimlere ilişkin evrensel ilkeler ve halkın iradesinin yönetime yansıtılmasının bir aracı olan seçimlerin temel mantığı ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁰¹ Tolga Şirin, "Başkanlık Rejiminde 'Seçim Barajı' Anlamsız: Yüzde 7 Barajı Anayasa'ya Aykırı", *T24*, 07.09.2021. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/baskanlik-rejiminde-secim-baraji-anlamsiz-yuzde-7-baraji-anayasa-ya-aykiri,32376> (Erişim Tarihi: 8.11.2023).

¹⁰² AYM Kararı, E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984, RG, tarih 1.5.1984, S. 18388.

¹⁰³ Bu uygulama yöntemine ve eleştirisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akkuş, *Türk Anayasa Hukuku Açısından Belediye Seçimleri*, s. 118-122.

İHEB'in 21. maddesinin 3. fıkrası hükmünde halk iradesinin hükümet otoritesinin temeli olduğu belirtildiği için, kastedilenin seçimlere yalnızca olumlu katılma olduğunu düşünmek de yanlış olur. Bu bağlamda seçimlerde sandık başına giderek "geçersiz sayılan" oy kullanmış olan seçmenlerin oyları da değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Bu durum seçme ve seçilme hakkının en temel önkoşulu olan bilgilendirme hakkının tam olarak yerine getirilememiş olduğunu göstermesi bakımından bile kıymetlidir.¹⁰⁴ Bunun yanında, en belirgin olumsuz katılma örneği olarak özellikle belirli bir siyasi duruş sergileyebilmek için sandığa gitmeyen seçmen kitleleri de olabilir. Kaboğlu bu tutumu "beyaz oy" olarak nitelendirmekte ve hatta bir adaya ve partiye oy vermekten daha anlamlı ve işlevsel olarak değerlendirmektedir.¹⁰⁵ Seçim sistemleri belirlenirken bu kitlelerin siyasi tercihlerine de sonuç bağlanması, İHEB'e uygun çağdaş bir çözüm olacaktır.

İHEB'in 21/3 maddesi uyarınca halkın iradesi hükümet meşruiyetinin temelidir ve bu irade, belirli aralıklarla yapılacak dürüst seçimler ile belirlenir. Dört yıl da yirmi yıl da belli aralıklardır. Bu aralığın demokrasinin gereği olarak yönetimin el değiştirme ihtimalini de sağlayabilecek şekilde belirlemek gerekir. Seçimlerin makul aralıklarla gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin genel kabul, uygulamada genellikle dört ya da beş yılda bir gerçekleşen seçimlerle sağlanmaktadır.¹⁰⁶ 2007 yılından önce genel seçimler için beş yıl olan bu aralık, 2007 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile dört yıla indirilmiş; 2017 Anayasa değişikliği ile tekrar beş yıla çıkarılmıştır. Yerel seçimler en başından beri beş yılda bir yapılmaya devam etmektedir. Makul sürenin belirlenmesi için herhangi bir kıstas öngörülmesi değildir.

¹⁰⁴ Akkuş, *Türk Anayasa Hukuku Açısından Belediye Seçimleri*, s. 124.

¹⁰⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 4. Baskı, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 244.

¹⁰⁶ Feyyaz Gölcüklü / Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 438.

2. SEÇİMLERİN YÖNETİM VE DENETİMİ

Türkiye’de 1950 yılına kadar seçimlere ilişkin yönetim ve denetim yetkisi Meclise aittir. 16.2.1950 gün ve 5545 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile YSK kurulmuştur. Bu tarihten sonra Meclis, seçimlere ilişkin yetkisini YSK’nin verdiği raporu dikkate alarak kullanmaya başlamıştır. 23.11.1954 tarihinde 6272 sayılı kanun ile Milletvekili Seçim Kanununda yapılan değişiklik uyarınca, seçimlerin yönetim ve denetimi YSK’ye verilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları ile de YSK’nin bu yetkileri tanınmış ve pekiştirilmiştir. 1961 Anayasası’nın 75. maddesi ve 1982 Anayasası’nın 79. maddesinde de bu uygulama garanti altına alınarak, seçimlerin yargı gözetim ve denetiminde yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Anayasal bir kurul olarak YSK, 1961 Anayasası ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun ile kurulmuştur. 1961 Anayasası dönemindeki yapısını ve işlevini 1982 Anayasası döneminde de devam ettirmiştir.

1982 Anayasası’nın 79. maddesine göre YSK, seçimlerin yönetimi ve denetimi konularında (Anayasa Mahkemesi’nin son yıllardaki denetimden çekinme yönündeki tavrı ile de) tekel mahiyetindedir. YSK’nin kararları kesindir ve bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz (m. 79/1 son cümle). YSK, Anayasada “Yasama” bölümü altında düzenlenmiştir. Yine de doktrinde Kurul’un yargısal nitelikteki kararları dolayısıyla¹⁰⁷ mahkeme niteliği tartışılmaktadır.¹⁰⁸ Seçme ve seçilme haklarına yönelik ihlalleri değerlendirmek tabii ki Anayasa Mahkemesi’nin ya da YSK’nin tekelinde değildir. Fakat bu denli önemsenip ulusal ve uluslararası düzeyde denetlenen demokratik hak ve özgürlüklerin, kararları denetimden müstesna olan YSK’de kaderine terk edilmesi düşünülemez. Bu sebeple Kurul’un “mahkeme” niteliği

¹⁰⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 286-287; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınları, Ankara, 2005, s. 290-291.

¹⁰⁸ Bkz. Levent Gönenç, “Yüksek Seçim Kurulu’nun ‘Mahkeme’ Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Mümtaz Sosyal’a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009. Anayasa Mahkemesi’nin YSK’yi bir “mahkeme” olarak görmemesine ilişkin bir karar için bkz. AYM Kararı, E. 1992/12, K. 1992/7, K.T. 18.02.1992, RG, tarih 13.05.1992, S. 21227.

hususundaki tartışma önem arz etmektedir. Kurulun “mahkeme” olarak kabul edilmesi yargısal ilkelere tabi olmasını gerektirecek ve ayrıca somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi denetiminde de aracı olabilecektir.

298 sayılı Kanun’un 28. maddesine göre seçmen kütüğü, kendisine aktif olarak seçme hakkı tanınmış olan vatandaşlara ve oturduğu yerlere ilişkin bilgileri tek tek içeren bilgisayar ortamıdır. Seçmenlere ilişkin bilgiler İçişleri Bakanlığı’nın MERNİS sisteminden elde edilir. Bu bilgiler oluşturulurken ilçe nüfus kayıtları ve e-devlet güncellemeleri esas alınır. Kimlerin seçmen olduğu ve nerede ikamet ettiklerine ilişkin bilgiler buradan çekilir. Özellikle son yıllarda ciddi ölçüde göç alan bir ülke olduğumuz düşünüldüğünde, seçmen listesine yeni eklenen kişilerin YSK tarafından denetlenmeden ya da değerlendirilmeden doğrudan İçişleri Bakanlığı’ndan alınan bilgiler üzerine şekillenmesi serbest seçim hakkına gölge düşürmektedir. Çünkü vatandaşlığa yeni alınmış kişilerin seçmen statüsü ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğü, siyasi bir makam olan Bakanlığa bırakılmış olmaktadır. Nitekim, hayali seçmen kaydına ilişkin yaşanan bazı hukuka aykırılıklar kamuoyuna yansımış ve fakat YSK tarafından reddedilmiştir.¹⁰⁹

298 sayılı Kanun’un 101. maddesine göre, oy pusulalarının arkasında sandık mührü bulunmuyorsa oy pusulaları geçersizdir. 16.04.2017 tarihinde oylanan Anayasa değişikliği halkoylamasında ise YSK, mühür taşımayan oy pusulalarının dışarıdan getirildiği kanıtlanmadıkça geçerli sayılmasına karar vermiştir.¹¹⁰ Gerekçeli karar metninden anlaşılan, YSK’nin oy hakkını önceleyerek Kanun’daki düzenlemeyi yorumlamış olmasıdır. Kanun’daki mühürsüz oya ilişkin

¹⁰⁹ “YSK ‘Sahte seçmen yok’ diyor: Yaşamadığı binada gözüken 56 bin kişinin kaydı dondu”, *Diken*, 22.01.2019,

<https://www.diken.com.tr/ysk-sahte-secmen-yok-diyor-yasamadigi-binada-gozuken-56-bin-kisinin-kaydi-dondu/> (Erişim tarihi: 11.11.2023); “Bu evlerde kapı yok hayalet seçmen var”, *Haber7*, 06.04.2019, <https://www.haber7.com/guncel/haber/2848986-bu-evlerde-kapi-yok-hayalet-secmen-var> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

¹¹⁰ YSK Karar No: 560, 16.04.2017, <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/5059/2017-560.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

düzenlemenin amaç bakımından oy hakkını korumayı hedeflediğini belirten YSK, oy hakkını korumak için böyle bir karar alınmasının zorunluluğuna vurgu yapmıştır. Fakat *contra legem* yorum yasağına göre, Kanun'da açıkça düzenleme varken oy hakkını genişletici yönde de olsa bir mahkemenin yorum yapamayacağı açıktır.¹¹¹ Ayrıca YSK mühürsüz oyları geçerli saymış ve fakat oylamaya haftalar önce başladığından Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu mühürsüz oyları geçersiz saymıştır. YSK kararlarının, teorik olarak tartışmalı olmakla birlikte¹¹², uygulamada denetimsizlik perdesinden yararlanması anayasa yargısının temel varoluş sebeplerine de aykırı düşerek Anayasa'ya ve kanunlara aykırı kararlar vermek suretiyle hukuk devleti ilkesini de ihlal etmesine sebep olmaktadır.

3. KAMU HİZMETİNE GİRMEN HAKKININ DENETİMİ

Anayasa'nın 70. maddesi ile tüm vatandaşlara kamu hizmetine girme hakkı tanınmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, kamu hizmetine alınmada, "görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım gözetilemez." 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3. Maddesinde de mesleğe girişlerde kariyere ve liyakate dikkat edileceğine ilişkin özel vurgu vardır. Buna aykırı uygulamaların ise denetlenmesi gerekmektedir. Uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarının kendi kanun ve yönetmelikleriyle getirdikleri düzenlemelere göre ÖSYM tarafından düzenlenmekte olan kamu personeli seçme sınavı (KPSS) ile alınan puanlara göre sıralama yapılmakta ve buna ek olarak kurumlar genellikle adaylar arasından mülakat yapmak suretiyle seçime gitmektedir. Bunun en belirgin örneği hakimlik ve savcılık mesleğine girişte aranan şartlardır. ÖSYM tarafından yapılan sınavda belli bir sıralamaya giren adaylar, alım yapılacak hâkim ve savcı sayısının ilana

¹¹¹ Tolga Şirin, "Referandum ve Serbest Seçim Hakkı: Yüksek Seçim Kurulu'nun 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 Sayılı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 11, 2017, s. 197.

¹¹² Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Şirin (2017), s. 200 vd. Karşı yönde görüş için bkz. Kemal Gözler, "YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine: YSK'ın Referandumla İlgili Kararlarına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesine ve Danıştaya Başvurulabilir mi?", 21.04.2017, <https://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

göre üç veya dört katı oranında belirlenir ve mülakatla aralarından mesleğe girecek olanlar belirlenir. Bu kamu hizmetlerine girişte adaletsizlikler ve liyakatsizlikler olduğu ise yıllardır bilinen gerçek haline gelmiştir.¹¹³ Mülakatlarda ilgili mesleğin gerekleri için belirlenen niteliklere ilişkin objektif kriterlere bakılmaktansa, başka bazı bağlantılar ve “nitelikler” aranmaktadır. Mülakat sınav sonuçlarının ve gerekçelerinin kamuyla paylaşılmaması da bu konudaki belirsizlikleri perçinlemektedir. Kaymakamlık sınavı mülakatlarına ilişkin önüne gelen bir davada yaptığı incelemede Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Yönetmelik hükmünde işe alınacak kişi sayısının “dört katı aday”ın mülakata çağrılmasının yürütmesini durdurmuş ve adayların mülakatta aldıkları puanları kanıtlamak bakımından sesli veya görüntülü kayıt, soruların ve adayın verdiği cevapların ayrıntılı olarak tutanak altına alınması gibi yöntemlerin uygulanmamış olması sebepleriyle adayın başarısız sayılmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mülakat sınavında başarısızlığın objektif gerekçelendirmesinin yapılamaması hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.¹¹⁴ Danıştay aynı kararında, mülakatların yazılı sınavları tamamlayıcı nitelikte olup onun ötesine geçemeyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda mülakatlara atfedilmesi gereken önem, Anayasa’nın 70. maddesinin 2. fıkrası ile belirlenen sınırları aşamaz. Bu hükmün idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi verdiği düşünülemez. Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine göre hukuki belirlilik esas olmakla birlikte, Anayasa’nın 125. maddesine göre de idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı kanun yolunun açık olması esastır. Hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin işlemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Bu düzenlemenin garantörü ise yargısal denetim mekanizmasıdır. Bu bakımdan mülakat yoluyla mesleğe alım yapılan alanlarda mülakat sisteminin kendisinin, 125. maddede garanti altına alınan yargısal güvenceyi zorlaştıracak ya da denetimi bertaraf edecek

¹¹³ Bir örnek için bkz. “Sınavda 13’üncü oldu, mülakattan geçemedi: Torpil yok diyen yalan söylüyor”, *Gazete Duvar*, 08.12.2020, <https://www.gazeteduvar.com.tr/sinavda-13uncu-oldu-mulakattan-gecemedi-torpil-yok-diyen-yalan-soyluyor-haber-1506579> (Erim Tarihi: 11.11.2023).

¹¹⁴ DİDDK YD İtiraz No: 2008/774 sayılı Kararı, KT. 13.11.2008.

şekilde anlaşılması hukuka aykırıdır. Kaymakamlık sınavları ile ilgili aynı konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne iptal davası yoluyla gelmiştir. Mahkeme belirlenen kuralların sınava giren tüm adaylar bakımından genel geçerliliği olan, eşit uygulanan ve objektif kurallar olmasına vurgu yaparak iptal istemini reddetmiştir.¹¹⁵ Karşıoy yazısında Yargıç Osman Alifeyyaz Paksüt bu mülakat uygulamasının Anayasa'nın 70. ve 125. maddelerine açıkça aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu değerlendirmeye göre, kuralların uygulanmasının değil kuralların kendisinin objektif ve liyakati esas alan esaslara dayanması gerekmektedir. Diğer karşıoylarda da benzer görüşler savunulmakla birlikte Yargıç Mehmet Erten diğerlerinden farklı olarak, mülakat uygulamasının yargısal denetim yolunu kapatması sebebiyle adil yargılanma hakkını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu konuda karşıoylarda belirtilen görüşlere katılıyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin bu kuralı İHEB'in 21. maddesi ve Anayasa'nın 70. maddesi başta olmak üzere 2., 36. ve 125. maddeleri bakımından incelemesi gerekirdi. İncelemeyi bu bağlamda yapmadığı gibi vardığı sonuç bakımından da karar hukuka aykırıdır.

Yazılı sınavlar ve mülakatlar sonucunda mesleğe kabulüne karar verilen vatandaşları devlet doğrudan göreve başlatmamakta ve güvenlik soruşturmasına tabi tutmaktadır.¹¹⁶ 657 sayılı Kanun'un 48. maddesi

¹¹⁵ AYM Kararı, E. 2009/63, K. 2011/66, K.T. 14.04.2011, RG, tarih 23.07.2011, S. 28003. Mülakatlara ilişkin konu daha önceki bir tarihte hakimlik ev savcılık mesleğine giriş bakımından Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde Mahkeme, hâkim ve savcılara atfedilen bazı niteliklerin olduğunu ve bu niteliklerin çoğunun mülakatla ancak ortaya konulabileceği gerekçesine dayanarak iptal istemini reddetmiştir. Karşıoy yazısında Yargıç Fulya Kantarcıoğlu liyakate vurgu yapmıştır. Kararın ve karşıoy yazısının değerlendirmelerinde Anayasa'nın 70. maddesine atıf yapılmamış, yalnızca yargı etiği ve yargıçlık mesleği bakımından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu sebeple esas örnek olarak kaymakamlık sınavı bağlamında verilen kararların seçilmiş olması İHEB ve Anayasa'nın 70. maddesi bakımından daha uygun örnektir.

¹¹⁶ Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin uygulama uzun yıllar kanuni bir dayanağı olmaksızın idari işlem ve düzenlemelerle uygulanmış ve ilk kez 1994 tarihli 4045 sayılı Kanun ile genel düzenlemeye kavuşmuştur.

kamu görevine girmek için “güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” şartını aramaktadır. Buna dair 2021 tarih ve 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Araştırması Kanunu ile uygulama yönetmeliği bulunmaktadır. Göreve başlarken getirilen bu incelemeler Anayasa’nın 129. maddesi bağlamında değerlendirilmektedir. Buna göre, kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülükleri vardır. Buna dayanarak bazı şartlar getirilmesini Anayasa Mahkemesi 129. maddeye uygun bulmakla birlikte, güvenlik soruşturması bağlamında kişilerle ilgili toplanan ve paylaşılan verilerin kişisel verilerin korunması kurallarını ihlal ettiğinden bahisle iptal kararı vermiştir.¹¹⁷ Mahkeme bu kararında Anayasa’nın 70. maddesi bakımından bir değerlendirme yapmamış, yalnızca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve özel hayata saygı bakımından değerlendirmelerde bulunmuştur. Bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir başka olayda ise Anayasa Mahkemesi, güvenlik soruşturmasının olumlu sonuçlanmasına ilişkin şartın, atanılacak kurumdan kuruma değişen keyfi bir değerlendirmeye dönüşmesinin hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.¹¹⁸ Değerlendirmenin keyfi olmadığı ve objektif gerekçelere dayandırıldığı (terör örgütü üyeliği gibi) durumlarda ise belirliliğin ve objektifliğin sağlandığı ve Anayasa’ya aykırılığın giderildiği sonucuna varmaktadır.¹¹⁹

Girilecek kamu hizmetinin niteliğine göre güvenlik soruşturması ancak mesleğe girişte ve kısa sürede sonuçlandırılacak şekilde uygulanmalıdır. Bu uygulama Anayasa’nın 70. maddesine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde girilecek kamu hizmetinin mahiyetine göre ayrı ayrı belirlenmelidir.¹²⁰ Örneğin askeri personel olarak mesleğe kabul

¹¹⁷ AYM Kararı, E. 2018/73, K. 2019/65, K.T. 24.7.2019, RG, tarih 29.11.2019, S. 30963.

¹¹⁸ AYM Kararı, Sebiba Kaya Başvurusu, B. No: 2018/341234, K.T. 20.05.2021, RG, tarih 05.08.2021, S. 31559, para. 49.

¹¹⁹ AYM Kararı, Vildan Mutlu Başvurusu, B. No: 2019/1215, K.T. 16.03.2022, RG, tarih 18.05.2020, S. 31839, para. 44-45.

¹²⁰ Durmuş Kılınç, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/2, s. 35-36.

edilmeyen bir kişinin herhangi bir bakanlık memuru olmasına engel bir durumu olmayabilir. Güvenlik soruşturması “olumsuz” sonuçlanan vatandaşa kamu hizmetine girmekten yasaklıymış gibi işlem yapılmamalıdır.

SONUÇ

20. yüzyılın başında ortaya çıkan diktatörlükler iki büyük dünya savaşının başlamasına ve Avrupa başta olmak üzere dünyada milyonlarca insanın ölümüne ve tamiri güç yıkımlara yol açmıştır. İkinci Dünya Savaşının hemen ertesinde BM kurulması, bu acı tecrübelerinin bir daha yaşanmaması, devletler arasındaki sorunların diplomasi yoluyla çözülmesi amaçlıdır. BM sayesinde insan hakları ve demokrasi yükselen en önemli değer olmuştur. İnsan hakları ve demokrasinin evrenselleşmesinde BM tarafından kabul edilen ve dünya uluslarınca benimsenen İHEB, önemli bir kilometre taşıdır. 1948 yılında ilan edilen İHEB, sadece takip eden uluslararası ve bölgesel sözleşmelere değil, aynı zamanda demokratikleşme çabasında olan devletlerin anayasalarına da ilham olmuştur.

Demokrasinin ve siyasal katılımın etkin gerçekleşebilmesi, kendine özgü bir sistemi gerektirir. İHEB’in 21. maddesi ile çeşitli uygulamalarla ana hatları belirilmiş olan bu sistemin asgari standartları evrenselleştirilmiştir. Bu bağlamda geniş anlamda yönetime katılma hakkının sağlanabilmesi için seçme ve seçilme hakkının yanında diğer siyasal hakların garanti altına alınmış olması gerekir. Zira bunlar, başta bilgi edinme hakkı ve ifade özgürlüğü olmak üzere, tüm katılma haklarının da ön koşuludur. Bu ön koşullar gerçekleştikten sonradır ki, uygun katılma ortamını sağlamaya yönelik 21. maddenin açıkça zikrettiği ilke ve standartlar etkin uygulama alanı bulabilsin.

Türkiye 100 yıllık bir cumhuriyete, toplumsal ve hukuki mirasını devraldığı Osmanlı ile birlikte 150 yıllık bir parlamento geçmişine sahiptir. Başka bir anlatımla, bu topraklarda insanlar (en azından başlangıçta erkekler) seçimler yoluyla yönetime katılma pratiği göstermektedir. Parlamenter sistemin mirasçısı Türkiye Cumhuriyeti, 1934 yılında kadınlara seçme ve seçilme hakkı getirerek, İHEB’in 21. maddesinde ifadesini bulan yönetime katılma hakkının vatandaş olan

“herkes”in katılmasını İHEB’in kabulünden 14 yıl önce kabul ederek, kadınların siyasal katılımını en erken tanıyan (13.) devletlerden biri olmuştur. 1946 yılına kadar tek dereceli seçime geçememiştir. İHEB’in 21. maddesi Türkiye’de 1950 tarihli ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanununun yapım sürecinde etkili olmuştur. Seçimlerin dürüstlüğüne sağlamak üzere hâkim denetim ve gözetim ilkesi kabul edilmiş ve YSK kurulmuştur. 1960 Darbesi’nden sonra yapılan 1961 Anayasası İHEB’in 21. maddesinde ifade bulan geniş katılımı en iyi şekilde yansıtan bir anayasa olmuştur. Gerek seçimlerin serbestliği ve dürüstlüğü gerekse halkın siyasal yaşama katılımını sağlayan hak ve özgürlüklerin geniş yer bulmasıyla 1961 Anayasasının uygulandığı ilk on yıl İHEB’in “katılım” idealinin gerçekleştiği bir dönem olmuştur.

Türk demokrasisi darbeler ve muhtıralarla kırılmalara uğramış, darbeciler daha otoriter bir yönetim modeli yaratmak adına, halkın siyasete katılımını daraltma eğilimi göstermişlerdir. 1982 Anayasası neredeyse katılım olarak seçme ve seçilme hakkını esas almış, metninde yer verse de sınırlama sebepleri ve kanuni düzenlemelerle asıl olarak siyasal katılımın doğrudanlığını sağlayacak katılım araçlarını önemsememiştir.

12 Eylül Darbesi’nin etkisinin azaldığı yıllarda ve özellikle Avrupa Birliği aday üyelik sürecinde, siyasal katılım haklarının genişletilmesine yönelik adımlar atılmıştır. Bugün hâlâ çocukların siyasal katılımı meselesi ile silah altındaki er ve erbaşların oy kullanması meselesi mevzuat açısından çözüme kavuşturulabilmiş değildir. Öte yandan 2007 ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütme organının doğrudan halk tarafından seçilmesinin benimsendiği bir sistemde %10 seçim barajı, halen katılım önünde bir engeldir. Bu baraj 2022 yılında %7’ye düşürülmüş olsa bile, getirilen sistem itibarıyla hiç olmaması gerekmektedir. Bunlar hali hazırda İHEB’in 21. maddesi idealinin hukuki engelleridir. Oysa asıl problem uygulamada kendini göstermektedir. YSK her ne kadar bağımsız yargıçlardan da oluşsa, Türkiye’de seçimlerin serbest ve dürüst yapıldığı iddiası, inandırıcılıktan yoksundur. Her seçim döneminde çeşitli seçim hileleri ve özellikle kolluk güçleri eliyle yapılan baskılar gündeme gelmektedir. En azından TRT’nin bile tarafsız olmadığına, devlet gücünün iktidarda

bulunan parti lehine olacak şekilde kullanıldığına ve hatta devlet gücünün muhalifleri dezavantajlı kılmaya yönelik kullanıldığına dair sayısız örnek vardır. YSK'nin verdiği kimi kararlar (örneğin 2017 Referandumu mühürsüz oyların sayılması) hâlâ tartışılmaya devam etmektedir. Seçmen kütüklerinin kontrolünün İçişleri Bakanlığında olması, bağımsız hâkim denetim ve gözetimi ilkesini zedelemektedir.

Kamu görevine girme hakkı 1876'dan beri "ehliyet ve liyakat" ilkelerine göre düzenlenmiş, Türkiye Cumhuriyetindeki bütün anayasalarda bu ilke benimsenmiştir. Ancak iş uygulamaya gelince "güvenlik soruşturması" ve "mülakat" gibi sübjektif esaslar ağır basmakta ve hukuki engel olmayan meseleler fiilen engel haline getirilmektedir.

Sonuç itibarıyla Cumhuriyetin 100., İHEB'in 75. yılında "devlet yönetimine katılma" ve "kamu görevine girme" hakları bakımından Türkiye'de mevzuatta çok az bazı pürüzler bulunmaktadır ve bunların giderilmesi son derece kolaydır. Oysa problem, iyi sayılabilecek mevzuatın doğru uygulanmamasındadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. yılında uygulamanın İHEB'in ruhunu yansıtacak biçimde geliştirilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

The year 2023 coincides with the 100th anniversary of the founding of the Republic of Turkey and the 75th anniversary of the adoption of the United Nations Universal Declaration of Human Rights. Our Republic has left a century behind. The most ideal republics are those crowned with human rights, rule of law and democracy. Article 21 of the UDHR, declared as a human rights ideal, encourages states towards democracy by regulating the “right to take part in the government” and the “the right of equal access to public service”.

The basis of the study is the rights to participate in state administration and to hold public office, regulated in Article 21 of the UDHR. The UDHR has taken a leading role in understanding, accepting and disseminating these rights and their nature around the world. Our work is based on this leading role. Undoubtedly, this document is a result of the developments that took place before it. It is possible that these developments can be traced back to Ancient Greece. Nevertheless, the spread of the idea of human rights, which emerged in the Age of Enlightenment, through constitutionalism, forms the intellectual foundations of the UDHR. The fact that the European continent was the battle field of two world wars in the first half of the 20th century and millions of people became victims of the conflict between dictatorships were the factual basis for the creation of the UDHR.

The UDHR is a human rights ideal and highlights democracy as the ideal regime. For this reason, the right to take part in the government has been regulated and offered to the nations of the world. This right includes not only the right to vote or be elected as representatives to parliament, but also to participate directly. For this reason, the right to take part in the government should not be considered limited only to elections. The necessary freedom environment must be provided for the exercise of the right to vote and right to be elected. All participation rights, especially the right to information and freedom of expression, must be constitutionally guaranteed. Everyone should have the right of equal access to public service.

In this study, the discussions that took place during the drafting of Article 21 of the UDHR are included in detail. Thus, it is important to have information about how states envisioned right to take part in the government

and the right of equal access to public service in the conditions of 1946-48. Article 21 is one of the articles that underwent the most changes during the construction process. Making detailed examinations of the construction process and knowing which state representatives put forward reservations and suggestions for changes are helpful in terms of historical and literal interpretation of the article. The final version of Article 21 is as follows:

- 1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.*
- 2. Everyone has the right of equal access to public service in his country.*
- 3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.*

Türkiye participated in the drafting process of the UDHR. The UDHR inspired the constitute powers in the constitutions made after the UDHR. Türkiye's first democratic election law included the principles set forth by the UDHR in 1950. Türkiye brought the right to vote and be elected to women in 1934. In this sense, we have to say that Turkey is one of the leading states in the world. There have always been no voting restrictions in Türkiye due to race or wealth. Gender discrimination was resolved in 1934. Thus, the "everyone" mentioned in the UDHR for the right to take part in the government was achieved as of 1934. The principles of free and fair elections set out in the 3rd paragraph of Article 21 were included in the election law made in 1950. The Supreme Election Council and lower-level boards have been established for the purpose of judicial supervision of elections. The universal principles of elections were constitutionally guaranteed in the constitutions made in 1961 and 1982. There cannot be much of a problem other than the fact that the election threshold in Turkish domestic law is as high as 7%. However, in recent years, elections have been a matter of controversy. It has been included in various international reports that the elections were unfair and that the current government used state power to win elections, and this created a disadvantage for the opposition. Some decisions of the Supreme Election Council are still controversial.

In exercising the right of equal access to public service, security investigations and interviews that are not related to the applied profession are criticized. However, in a democratic state, equality must be ensured in the exercise of this right and the government must cease to its partisan approach.

This study discusses whether Turkish law and practice are in accordance with the UDHR principles. It is methodologically based on an accounting of Türkiye's democracy, especially within the scope of Article 21 of the UDHR. As Turkey leaves a century behind in its democratic republic regime, it should internalize democracy more and determine a policy that increases the participation of its citizens.

KAYNAKÇA

- ABADAN Nermin, *1965 Seçimlerinin Tahlili*, Ankara 1966.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali (Ed.), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, İmge Yayınevi, 1994.
- AKARTÜRK Ekrem Ali, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AKBULUT Olgun, "Serbest Seçim Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- AKKUŞ Ezgi Fulya, *Türk Anayasa Hukuku Açısından Belediye Seçimleri*, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- ALGAN Müberra, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, Oniki Levha Yayınları, 2021.
- AYBAY Rona, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınları, Ankara 2005.
- EROĞUL Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, Ankara 1999.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri-Bölgesel Sistemler*, Alkım Yayınları, İstanbul 1999.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- GÖNENÇ Levent, "Yüksek Seçim Kurulu'nun 'Mahkeme' Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", *Mümtaz Sosyal'a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 2009, s. 281-292.

GÖZLER Kemal, “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine: YSK’ın Referandumla İlgili Kararlarına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesine ve Danıştaya Başvurulabilir mi?”, 21.04.2017, <https://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

GÖZÜBÜYÜK Şeref ve KİLİ Suna, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*, 2. Bası, Ankara 1982.

HUNTINGTON Samuel P., *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (çev. Ergun Özbudun), Yetkin, Ankara, 1996.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 4. Baskı, AFA Yayınları, İstanbul, 1998.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2019.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2023.

KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş*, BB101 Yayınları, Ankara, 2015.

KARAMUSTAFAOĞLU Tunçer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

KEYDER Çağlar, *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İletişim Yayınları, İstanbul 2014.

KILINÇ Durmuş, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/2, s. 1-39.

KIŞLALI Ahmet Taner, *Siyasal Sistemler Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1998.

KOÇAK Fatma ve DİNLER Veysel, “Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri”, *Yasama Dergisi*, S. 47 (Ocak-Haziran 2023), ss. 75-124.

METİN Yüksel, “AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı”, *Liberal Düşünce*, Y.12, S.47-48, s.109-141.

ÖVGÜN Barış, *Türkiye’de Kamu Yönetiminin Dönüşümü*, Nika Yayınevi, Ankara, 2013.

- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- ÖZBUDUN Ergun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- ÖZBUDUN Ergun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÖZBUDUN Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ŞATIROĞLU Ayşen, "San Francisco Konferansı Sonrasında Dünyada Türkiye'nin Yer Arayışı", *Sosyoloji Dergisi*, Yıl 2006, C. 3, S. 12, s. 23-40.
- ŞİRİN Tolga, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", *MÜHF-HAD*, C. 17, S. 1-2, Y. 2011, s. 283-348.
- ŞİRİN Tolga, "Referandum ve Serbest Seçim Hakkı: Yüksek Seçim Kurulu'nun 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 Sayılı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 11, 2017, s. 191-226.
- ŞİRİN Tolga, "Başkanlık Rejiminde 'Seçim Barajı' Anlamsız: Yüzde 7 Barajı Anayasa'ya Aykırı", *T24*, 07.09.2021. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/baskanlik-rejiminde-secim-baraji-anlamsiz-yuzde-7-baraji-anayasa-ya-aykiri,32376> (Erişim Tarihi: 8.11.2023).
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2014, 17. baskı.
- TUNCER Erol, *1946 Seçimleri*, TESAV Yayınları, Ankara, 2008.
- ULUSOY Ahmet ve VURAL Tarık, "Japonya'da Yerel Yönetimler", *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 6, S. 6, Haziran 2001, s. 24-31.

Kararlar ve Tutanaklar

D.8.D. E. 1989/1373, K. 1990/1339, K.T. 19.11.1990.

AYM Kararı, E. 2008/16, K. 2008/16, K.T. 5.6.2008, RG, tarih 22.10.2008. S. 27032.

AYM Kararı, E. 1968/15, K. 1968/13, K.T. 3, 4 ve 6. 05.1968, AYMKD, S. 6.

- AYM Kararı, E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, AYMKD, S.31/2.
- AYM Kararı, E. 1992/12, K. 1992/7, K.T. 18.02.1992, RG, tarih 13.05.1992, S. 21227.
- AYM Kararı, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, B. No: 2014/5425, K.T. 23.7.2014.
- AYM Kararı, E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, RG, tarih 21.11.1995, S. 22470.
- AYM Kararı, E. 2008/80, K. 2011/81, K.T. 18.05.2011, RG, tarih 15.12.201, S. 28143.
- AYM Kararı, E. 2009/63, K. 2011/66, K.T. 14.04.2011, RG, tarih 23.07.2011, S. 28003.
- AYM Kararı, E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984, RG, tarih 1.5.1984, S. 18388.
- AYM Kararı, E. 2018/73, K. 2019/65, K.T. 24.7.2019, RG, tarih 29.11.2019, S. 30963.
- AYM Kararı, Sebiha Kaya Başvurusu, B. No: 2018/341234, K.T. 20.05.221, RG, tarih 05.08.2021, S. 31559.
- AYM Kararı, Vildan Mutlu Başvurusu, B. No: 2019/1215, K.T. 16.03.2022, RG, tarih 18.05.2020, S. 31839.
- AİHM Kararı, Matthews / U.K., Başvuru Numarası: 24833/94, 18.02.1999.
- AİHM Kararı, Mathieu-Mohin ve Clerfayt/ Belçika, Başvuru Numarası: 9267/81, 02.03.1987.
- AİHM Kararı, Hasan ve Eylem Zengin/ Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 1448/04, 09.10.2007
- AİHM Kararı, Sinan Işık/ Türkiye Kararı, Başvuru No: 21924/05, 02.02.2010.
- 2016/9064 sayılı Karar, RG, tarih 21.7.2016, S. 29777.
- TBMM Tutanak Dergisi, 7.2.1950, D. 8, C. 24, Toplantı 4.
- TBMM Tutanak Dergisi, 7.2.1950, D. 8,0 C. 24, Toplantı 4.

YSK Karar No: 317, RG, tarih 13.05.2010, S. 27580 (Mükerrer).

YSK Karar No: 560, 16.04.2017, <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/5059/2017-560.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

Birleşmiş Milletler Belgeleri

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3.
(Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/21.
(Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/SR.4, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/SR.9. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/W.2/REV.2. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/95,
(Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/ADD.1, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/ADD.4, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/82/REV.1, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/18. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/57.
(Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/600, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<https://undocs.org/E/CN.4/77/ANNEXA>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<https://undocs.org/E/CN.4/SR.31>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<https://undocs.org/E/CN.4/SR.40>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<https://undocs.org/E/CN.4/36>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/20
(Erişim Tarihi: 15.3.2018)

<https://undocs.org/E/800>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<https://undocs.org/A/777>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

<http://undocs.org/E/CN.4/35>. (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)).
(Erişim Tarihi: 15.3.2018).

https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf (Erişim tarihi: 15.11.2023)

CDL-AD (2002) 23, Venice Commission, Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report, Opinion No. 190/2002, Strasbourg, 30 October 2002.

Diğer İnternet Kaynakları

<https://eyh.aile.gov.tr/uploads/pages/engellilerin-haklarina-iliskin-sozlesme-kapsaminda-engelli-haklari-ulusal-gostergeleri-kitabi-turkce/engellilerin-haklarina-iliskin-sozlesme-kapsaminda-engelli-haklari-ulusal-gostergeleri-kitabi-turkce.pdf>

<https://www.humanrights.gov.au/our-work/disability-rights/inquiries/disability-rights-electoral-access> (E.T. 30.11.2018)

<https://tr.euronews.com/2017/10/29/kenyada-olayli-devlet-baskanligi-secimleri> (E.T. 20.08.2019)

“YSK ‘Sahte seçmen yok’ diyor: Yaşamadığı binada gözüken 56 bin kişinin kaydı dondu”, Diken, 22.01.2019,

<https://www.diken.com.tr/ysk-sahte-secmen-yok-diyor-yasamadigi-binada-gozuken-56-bin-kisinin-kaydi-dondu/> (Erişim tarihi: 11.11.2023); “Bu evlerde kapı yok hayalet seçmen var”, Haber7, 06.04.2019, <https://www.haber7.com/guncel/haber/2848986-bu-evlerde-kapi-yok-hayalet-secmen-var> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

“Sınavda 13’üncü oldu, mülakattan geçemedi: Torpil yok diyen yalan söylüyor”, Gazete Duvar, 08.12.2020, <https://www.gazeteduvar.com.tr/sinavda-13uncu-oldu-mulakattan-gecemedi-torpile-yok-diyen-yalan-soyluyor-haber-1506579> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı

Der Haftbefehl des Internationalen Strafgerichtshofs gegen den Präsidenten der Russischen Föderation Wladimir Putin

Doç. Dr. Tolga CANDAN*

Dr. Öğr. Üyesi Derya Nur KAYACAN**

ÖZ

Rusya'nın 24 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna'nın güneyine başlattığı özel askeri harekât sonrasında uluslararası suçlardan doğan bireysel cezai sorumluluk tartışma konusu olmuştur. Ukrayna'nın 2014 ve 2015'te verdiği iki ayrı bildirgeyle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) yargı yetkisini kabul etmesi ile Ukrayna toprakları üzerinde işlenen savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu ve (özel düzenlemeler saklı olmak kaydıyla) saldırı suçunu işleyen kişilerin Mahkeme önünde yargılanmasına olanak sağlanmıştır. Ön inceleme ve soruşturma sürecinden sonra UCM 17 Mart 2023 tarihinde Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin ve Çocuk Hakları Komiseri Maria Lvova-Belova hakkında tutuklama kararı vermiştir. Tutuklama kararının içeriğinde Roma Statüsü kapsamında savaş suçu teşkil eden çocukların hukuka aykırı şekilde sınır dışı edilmesi ve işgal altındaki bölgelerden hukuka aykırı şekilde nakledilmesi suçları yer almaktadır. Uluslararası toplum tarafından olumlu karşılanan ve beklenmedik bir şekilde hızlı

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (candan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0666-3027.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (deryanur.kayacan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-4475-4472.



verilen tutuklama kararı beraberinde başka tartışmaları da gündeme getirmiştir. Bunlardan en önemlisi devlet başkanlarının yararlandığı ve yabancı devlet ülkelerinde tutuklanmalarına engel olan kişi ve yargı dokunulmazlıklarıdır. Roma Statüsü hiçbir resmi unvanın bireysel cezai sorumluluktan muafiyet sağlamayacağını açıkça belirtse de, uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilen devlet başkanlarının dokunulmazlığının tutuklama kararının uygulanmasına engel olacağından endişe edilmektedir. Bu çalışmada uluslararası suçlardan doğan bireysel cezai sorumluluk ile devlet başkanlarının dokunulmazlığı arasındaki ilişki incelenmiş ve Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin'in tutuklanarak UCM önünde yargılanabilme ihtimali değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Rusya-Ukrayna Savaşı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Bireysel Cezai Sorumluluk, Devlet Başkanları Dokunulmazlığı, Roma Statüsü, Uluslararası Örf ve Adet Kuralları.*

The International Criminal Court's Arrest Warrant against the President of the Russian Federation Vladimir Putin

ABSTRACT

Following Russia's special military operation in the south of Ukraine that started on 24 February 2022, individual criminal responsibility for international crimes has become a subject of debate. Ukraine's acceptance of the International Criminal Court's (ICC) jurisdiction in two separate declarations from 2014 and 2015 enabled the possibility to prosecute the persons responsible for war crimes, crimes against humanity, genocide and (without prejudice to special provisions) the crime of aggression committed on Ukrainian territory before the ICC. After the preliminary examination and investigation process, the ICC issued an arrest warrant on 17 March 2023 against Russian President Vladimir Putin and the Commissioner for Children's Rights Maria Lvova-Belova. The arrest warrant covers the crimes of unlawful deportation and unlawful transfer of children from the occupied Ukrainian territories, which constitute war crimes under the

Rome Statute. The unexpectedly rapid arrest warrant, which was welcomed by the international community, raised other issues. The most important of these is the personal and judicial immunity enjoyed by heads of state, which prevents their arrest in foreign states. Although the Rome Statute explicitly states that no official title shall provide immunity from individual criminal liability before the ICC, there are concerns that the immunity of heads of state, which is largely recognised as a rule of customary international law, will prevent the execution of the arrest warrant. The present study analyses the relationship between individual criminal responsibility and the immunity of heads of state alongside the possibility of arresting and prosecuting Russian President Vladimir Putin before the ICC.

Keywords: *Russia-Ukraine War, International Criminal Court, Individual Criminal Responsibility, Heads of State Immunity, Rome Statute, Customary International Law.*

Giriş

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), 17 Mart 2023 tarihinde Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin ve Çocuk Hakları Komiseri Maria Lvova-Belova hakkında tutuklama kararı vermiştir.¹ Halen devam etmekte olan Rusya-Ukrayna Savaşı sırasında suç teşkil eden birçok eylem işlendiği iddia edilmektedir. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Konseyi tarafından 4 Mart 2022’de oluşturulan Bağımsız Uluslararası Ukrayna Soruşturma Komisyonu son raporunda Ukrayna’nın işgal edilen bölgelerinde Rus ordusu mensupları tarafından insan haklarını ve insancıl hukuku ihlal eden eylemlerde bulunduğu ve bu eylemlerin birçoğunun savaş suçu teşkil ettiğini

¹ ‘Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova’ (ICC, 17 March 2023) <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>> Erişim tarihi: 19 Ekim 2023.

tespit etmiştir.² Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Teşkilatı Moskova Mekanizması kapsamında tayin edilen uzman heyetin raporu da aynı sonuca varmıştır.³ İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Uluslararası Af Örgütü'nün raporlarına göre birçok insan hakkının ihlalinin yanı sıra, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlendiğine dair tespitler yer almaktadır.⁴ Nitekim işlendiği tespit edilen suçlardan biri olan Ukraynalı çocukların yasa dışı zorla sınır dışı edilmesi ve Rusya'ya nakledilmesi⁵ UCM'nin tutuklama kararına konu olmuştur. Tutuklama kararına göre Ukraynalı çocukların yasa dışı zorla sınır dışı edilmesi ve Rusya'ya nakledilmesi suçlarından Putin ve Lvova-Belova'nın bireysel cezai sorumluluklarının olduğuna dair makul şüphe olduğu tespit edilmiştir.⁶

Bu makalede Putin hakkındaki tutuklama kararının uygulanabilirliği tartışılacaktır. Öncelikle kısa dönemdeki Rusya – Ukrayna ilişkilerine ve UCM'nin konuya dair yargı yetkisine değinilecektir. Daha sonra UCM'nin tutuklama kararı sonrasında

² 'Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine (Advance Unedited Version)' (2023) A/78/540 <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iicuhr-ukraine/index>> Erişim tarihi: 23 Kasım 2023.

³ OSCE Moscow Mechanism's Mission of Experts, 'Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022)' (2022) <<https://www.osce.org/odihr/522616>> Erişim tarihi: 2 Ekim 2023.

⁴ HRW, "We Had No Choice" - "Filtration" and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia' (2022) <<https://www.hrw.org/report/2022/09/01/we-had-no-choice/filtration-and-crime-forcibly-transferring-ukrainian-civilians>> Erişim tarihi: 23 Kasım 2023; Amnesty International, "Like A Prison Convoy": Russia's Unlawful Transfer And Abuse of Civilians In Ukraine During "Filtration" (2022) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur50/6136/2022/en/>> Erişim tarihi: 23 Kasım 2023.

⁵ 'Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine (Advance Unedited Version)' (n 2) para. 90–102.

⁶ 'Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova' (n 1).

yeniden gündeme gelen devlet başkanlarının dokunulmazlığı ve uluslararası suçlar ile bu dokunulmazlığın etkileşimi incelenecektir.

I. Rusya – Ukrayna İlişkilerine Bakış

Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, 24 Şubat 2022’de Ukrayna’nın doğusuna “özel askerî harekât” başlattığını ilan etmiştir.⁷ Esasında bu tarih, iki devlet arasında 2014’ten beri süregelen gerginliğin ve çatışmaların artık resmen savaşa dönüştüğü gün olmuştur.⁸ İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa’daki en büyük kriz olan Rusya-Ukrayna Savaşı’na sebep veren gelişmeler silsilesi, 2013’te eski Ukrayna Devlet Başkanı Yanukoviç’in, Avrupa Birliği (AB) İşbirliği Anlaşması’ndan çekildiğini açıklamasıyla başlamıştır.⁹ Yanukoviç’in Rusya ile ilişkileri kuvvetlendirmek için attığı bu adım, Ukrayna’nın Avrupa Birliği’ne yakınlaşma politikasını destekleyen kesim tarafından memnuniyetsizlikle karşılanmış ve “Euromaidan” protestolarını tetiklemiştir.¹⁰ Protestocuların başkanlık ofisine ve çeşitli hükümet binalarına girmeleriyle kolluk kuvvetlerinin artan güç kullanımı çok sayıda can kaybına ve yaralanmalara sebep olmuştur.¹¹ Şiddeti artarak devam eden protestolar sonucunda, AB’nin arabuluculuğuyla, hükümet

⁷ <<http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> > Erişim tarihi: 24 Mart 2022.

⁸ Tolga Candan ve Ozan Emin Halhallı, ‘Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması’nın Kısa Bir Analizi’ *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 80, Sayı: 4, Kasım 2022, s. 370.

⁹ ‘Aborted EU Deal - Protests Rock Ukraine After Pull-Back’ *Spiegel* (25 November 2013) <<https://www.spiegel.de/international/world/massive-protests-rock-ukraine-after-eu-trade-deal-called-off-a-935470.html>> Erişim tarihi: 24 Mayıs 2023.

¹⁰ ‘Jailed Tymoshenko Urges Ukrainians to Rally over Decision on EU’ *Reuters* (22 November 2013) <<https://www.reuters.com/article/ukraine-eu-tymoshenko-idUKL5N0J72A120131122>> Erişim tarihi: 28 Mart 2023.

¹¹ Nigel Walker, ‘Conflict in Ukraine: A Timeline (2014 - Present)’ (The Commons Library 2023) CBP 9476 7–10 <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9476/CBP-9476.pdf>> Erişim tarihi: 28 Mart 2023.

ve muhalefet temsilcileri erken seçim kararı almıştır.¹² Fakat erken seçim kararının alındığı günün akşamında Yanukoviç'in Kiev'i acele bir şekilde terk etmesi, Parlamento kararıyla görevden alınmasına neden olmuştur.¹³ Yanukoviç'in görevden alınması, destekleyicileri tarafından tepkiyle karşılanmış ve özellikle Ukrayna'nın doğusunda ve Kırım'da yeni hükümet aleyhinde protestolara neden olmuştur.¹⁴ Ukrayna'da yaşanan gelişmeleri tehdit olarak gördüğünü ifade eden Rusya, yeni hükümetin meşruiyetine dair duyduğu şüpheleri de dile getirmiştir.¹⁵

Yanukoviç'in görevden alınmasının akabinde Putin'in danışmanlarıyla gerçekleştirdiği toplantıda Yanukoviç'in nasıl kurtarılacağı ve Kırım'ın geleceği tartışılmıştır.¹⁶ Akabinde Kırım'da "little green men" olarak tabir edilen yeşil üniformalı askerler belirmiş ve

¹² Shiv Malik and Aisha Gani, 'Ukraine Crisis: Deal Signed in Effort to End Kiev Standoff' *The Guardian* (21 February 2014) <<https://www.theguardian.com/world/2014/feb/21/ukraine-crisis-president-claims-deal-with-oppositi-on-after-77-killed-in-kiev>> Erişim tarihi: 28 Mart 2023.

¹³ Yanukoviç'in görevden alınmasının Ukrayna Anayasası'na aykırı olduğu gerekçesiyle yeni hükümetin meşru olmadığı iddiaları gündeme gelse de, bu tartışmalar Ukrayna Anayasası'nda görevini terk eden bir devlet başkanı olması halinde ne yapılacağına dair bir düzenlemenin olmayışından kaynaklanmaktadır. Maria Popova, 'Was Yanukovych's Removal Constitutional?' (*PONARS Eurasia*, 20 March 2014) <<https://www.ponarseurasia.org/was-yanukovych-s-removal-constitutional/>> accessed 30 March 2023; Daisy Sindelar, 'Was Yanukovych's Ouster Constitutional?' *RFE/RL* (23 February 2014) <<https://www.rferl.org/a/was-yanukovychs-ouster-constitutional/25274346.html>> Erişim tarihi: 30 Mart 2023.

¹⁴ ICC, 'Report on Preliminary Examination Activities - 2020' (14 December 2020) para 274 <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>> Erişim tarihi: 24 Mayıs 2022.

¹⁵ Lukas I Alpert, 'Russia's Medvedev Calls Ukraine a Possible Threat' *The Wall Street Journal* (24 February 2014) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304834704579402922004993600>> Erişim tarihi: 31 Mart 2023.

¹⁶ 'Putin Reveals Secrets of Russia's Crimea Takeover Plot' *BBC* (9 March 2015) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-31796226>> Erişim tarihi: 4 Ekim 2022.

bu askerler stratejik noktaları ele geçirerek kontrol altına almıştır.¹⁷ Üniformalarında herhangi bir amblem bulunmayan bu askerlerin Rus askeri oldukları iddiası önce yalanlansa da daha sonra Putin tarafından onaylanmıştır.¹⁸ Düzenlenen bir referandumun ardından Kırım Parlamentosu 17 Mart 2014 tarihinde Bağımsız Kırım Cumhuriyetini ilan etmiş ve 18 Mart 2014'te Rusya'yla Kırım Cumhuriyeti'nin Rusya Federasyonu'na Katılmasına dair Antlaşma'yı imzalamıştır.¹⁹ Böylelikle Rusya, Kırım'ı ilhak etmiştir.

Kırım'da düzenlenen Kırım'ın bağımsızlığına ve Rusya'ya katılmasına dair referandum, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Ukrayna Anayasası'na aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz bulunmuştur.²⁰ Rusya, bu referanduma dayanarak Kırım halkının kendi

¹⁷ Haroon Siddique, Tom McCarthy and Alan Yuhas, 'Crimean Parliament Seizure Inflames Russian-Ukrainian Tensions – Live' *The Guardian* (27 February 2014) <<https://www.theguardian.com/world/2014/feb/27/ukraine-pro-russian-gunmen-seize-crimea-parliament-live-updates>> Erişim tarihi: 31 Mart 2023.

¹⁸ President of Russia, 'Vladimir Putin Answered Journalists' Questions on the Situation in Ukraine' (4 March 2014) <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20366>> accessed 8 June 2022; Ray Furlong, 'The Changing Story of Russia's "Little Green Men" Invasion' *RFE/RL* (25 February 2015) <<https://www.rferl.org/a/russia-ukraine-crimea/29790037.html>> Erişim tarihi: 8 Haziran 2022.

¹⁹ 'Crimean Parliament Formally Applies to Join Russia' *BBC* (17 March 2014) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-26609667>> accessed 13 June 2022; President of Russia, 'Agreement on the Accession of the Republic of Crimea to the Russian Federation Signed' (18 March 2014) <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20604>> Erişim tarihi: 13 Haziran 2022.

²⁰ UN Doc A/RES/68/262; European Commission on Democracy Through Law, 'Opinion on Whether the Decision Taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to Organise a Referendum on Becoming a Constituent Territory of the Russian Federation or Restoring Crimea's 1992 Constitution Is Compatible with Constitutional Principles' (2014) CDL-AD(2014)002 paras 10–19 <<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=762&year=all>> Erişim tarihi: 25 Aralık 2022; Anna Peters, 'The Crimean Vote of March 2014 as an Abuse of the Institution of the Territorial Referendum' in: Christian Calliess (ed), *Herausforderungen*

kaderini tayin hakkına saygı gösterilmesi gerektiğini, bölgede yaşayan ve hakları ihlal edilen Rus asıllı ve Rusça konuşan azınlığı korumak amacıyla davet üzerine müdahale ettiğini savunsa da, bu argümanlar uluslararası topluluğu ikna etmemiştir.²¹ Kırım'ın ilhakı Birleşmiş Milletler Şartı'nı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni ve Helsinki Nihai Senedi'ni ihlal etmektedir.²² Aynı zamanda Rusya, Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü tanıdığı Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Antlaşmasına Ukrayna'nın Katılımı ile ilgili Güvenlik Güvence Belgesi'ni ve Ukrayna ile Rusya Federasyonu arasında Dostluk, İşbirliği ve Ortaklık Anlaşması'nı da ihlal etmiştir.²³ Kırım'ın hukuki statüsü işgal altındaki toprak olarak nitelendirilmektedir.²⁴

Yanukoviç'in görevden alınmasının ardından çıkan Rusya-yanlısı protestolar özellikle Ukrayna'nın doğusunda yer alan Donbas'ta yoğunluk göstermiş, ayrılıkçı güçler kısa sürede Donetsk Halk Cumhuriyeti ve Luhanks Halk Cumhuriyeti olarak bağımsızlıklarını ilan

an Staat und Verfassung, Vol. 100 (2015), 250-280; Tolga Candan ve Ozan Emin Halhallı, "Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 80, Sayı: 4, Kasım 2022, s. 371.

²¹ Mikhail Deliagin, 'Crimea- The First Step in Russia's Return to the World' 62(4-6), *Russian Social Science Review* 323, s. 324-328; Christian Marxsen, 'The Crimea Crisis - An International Law Perspective' (2014) 74, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 367, s. 372; UN Doc A/RES/68/262 (n 18).

²² Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)1 UNTS XVI (UN Charter) art 2; United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 397 (UNCLOS) art 30; The Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, Helsinki 1975 (Helsinki Final Act) art 4.

²³ Memorandum on Security Assurances in connection with the Republic of Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (5 December 1994) art 2; Treaty on Friendship, Cooperation, and Partnership between Ukraine and the Russia Federation (signed on 31 May 1997, entered into force 1 April 1999) art 2.

²⁴ UN Doc A/RES/68/262 (n 18).

etmişlerdir.²⁵ Kırım'ın ilhakkında kritik rol oynayan ve daha sonra Rus askeri oldukları teyit edilen yeşil üniformalı askerler Donbas bölgesinde de ayrılıkçı güçlerin yanında görülmüştür.²⁶ Bölgede devam eden çatışmaları durdurmak için Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı önderliğinde Ukrayna, Rusya, Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyetleri temsilcileri arasında Minsk Protokolü olarak bilinen bir ateşkes antlaşması imzalanmıştır.²⁷ İki taraflı ihlallerin sonucunda ateşkesin bozulması üzerine Almanya ve Fransa önderliğinde ikinci Minsk Protokolü imzalanmış, fakat bu ateşkes antlaşması da başarısız olmuştur.²⁸

Yeni hükümetin 2014'te imzaladığı Ukrayna ile AB arasındaki ortaklık anlaşması onay sürecini tamamlayıp Eylül 2017'de tam olarak yürürlüğe girmiştir.²⁹ Daha önce Yanukoviç'in rafa kaldırdığı NATO üyeliği konusu da 2017'de Ukrayna'nın dış ve güvenlik politikasına dâhil edilerek yeniden gündeme alınmış, 2019'da AB ve NATO üyeliği gayesi Ukrayna Anayasası'na eklenmiştir.³⁰ Ukrayna'nın batıyla

²⁵ 'Donetsk and Lugansk Keen to Join Russia' *EADaily* (10 June 2015) <<https://eadaily.com/en/news/2015/06/10/donetsk-and-lugansk-keen-to-join-russia>> Erişim tarihi: 5 Temmuz 2022.

²⁶ Maksymilian Czuperski and others, *Hiding in Plain Sight - Putin's War in Ukraine* (Atlantic Council 2015) 4; Mikhail Bushuev, 'Evidence Mounting of Russian Troops in Ukraine' *DW* (4 March 2015) <<https://www.dw.com/en/evidence-mounting-of-russian-troops-in-ukraine/a-18294255>> Erişim tarihi: 6 Temmuz 2022.

²⁷ OSCE, 'Protocol on the Results of Consultations of the Trilateral Contact Group, Signed in Minsk, 5 September 2014' (5 September 2014) <<https://www.osce.org/home/123257>> Erişim tarihi: 4 Temmuz 2022.

²⁸ OSCE, 'Package of Measures for the Implementation of the Minsk Agreements' (12 February 2015) <<https://www.osce.org/cio/140156>> Erişim tarihi: 5 Temmuz 2022.

²⁹ 'Ukraine: Council Adopts EU-Ukraine Association Agreement' (*European Council*, 11 July 2017) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>> Erişim tarihi: 6 Nisan 2023.

³⁰ 'Relations with Ukraine' (*NATO*, 4 April 2023) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_37750.htm> Erişim tarihi: 6 Nisan 2023.

yakınlaşmasını, AB'nin ve NATO'nun yayılmacı politikalarını tehdit olarak gören Rusya,³¹ önce 21 Şubat 2022'de Donetsk ve Luhanks Halk Cumhuriyetlerinin bağımsızlığını tanımış³² ve hemen ardından 24 Şubat 2022'de Ukrayna'nın doğusuna özel askeri harekât başlattığını ilan etmiştir.³³

II. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yetkisi

UCM'nin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü madde 12(2) uyarınca UCM, Statü'ye taraf olan devletlerin veya yargı yetkisini tanıyan devletlerin yetki alanında işlenen suçlar ile bu devlet vatandaşları tarafından işlenen suçlar üzerinde yetki sahibidir. Ayrıca Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin de suç işlendiğini düşündüğü bir durumu UCM'ye intikal ettirebilir.³⁴ Bunun dışında Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet, Roma Statüsü madde 12(3)'e göre sunacağı bir bildirme ile UCM'nin yargı yetkisini sonradan kabul edebilir.

Ne Rusya ne de Ukrayna Roma Statüsü'ne taraftır. Rusya'nın BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olması ve veto hakkının olması göz önünde bulundurulunca, UCM'nin yargı yetkisinin BM Güvenlik Konseyi tarafından tetiklenmesi de mümkün görünmemektedir. Fakat

³¹ Ozan Emin Halhallı, 'Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi' (2022) 5 *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 442, s. 446.

³² President of Russia, 'Address by the President of the Russian Federation - 21 February 2022' <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>> Erişim tarihi: 29 Haziran 2022.

³³ President of Russia, 'Address by the President of the Russian Federation - 24 February 2022' <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843/videos>> Erişim tarihi: 29 Haziran 2022.

³⁴ "Bu tüzük hükümleri gereğince, 5. maddede bahis konusu bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir: ... (b) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum;" Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute) art 13(b).

Rusya'ya karşı mevcut uluslararası mekanizmaları mümkün olduğunca aktif kullanmaya çalışan Ukrayna, UCM'nin yargı yetkisini 9 Nisan 2014 ve 8 Eylül 2015'te verdiği iki bildiriyle tanımıştır.³⁵ Dolayısıyla bu bildirgelere göre, UCM'nin kişi, yer ve zaman bakımından (*ratione personae, ratione loci ve ratione temporis*) 21 Kasım 2013 tarihinden itibaren Ukrayna toprakları üzerinde işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisi vardır.

Roma Statüsü'nde yer alan ve UCM'nin konu bakımından (*ratione materiae*) yargı yetkisi kapsamında bulunan suçlar soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu olarak belirlenmiştir. Lakin saldırı suçu diğerlerinden farklı olarak düzenlenmiş ve UCM'nin yargı yetkisinin tetiklenmesi için özel hükümlere bağlanmıştır. Roma Statüsü madde *8bis* ve *15bis* uyarınca UCM'nin 17 Temmuz 2018 tarihinden sonra işlenmiş saldırı suçları üzerinde ancak söz konusu saldırıya taraf devletlerin her ikisinin de UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yetkisini açıkça tanımış olması şartıyla yargı yetkisi vardır.³⁶ Roma Statüsü madde *15ter* uyarınca 17 Temmuz 2018 tarihinden sonra işlenen saldırı suçları BM Güvenlik Konseyince UCM'ye intikal ettirilebilir. Rusya'nın BM Güvenlik Konseyindeki rolü sebebi ile Rusya-Ukrayna Savaşı çerçevesinde böyle bir durumun söz konusu olması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisi konu bakımından Ukrayna toprakları üzerinde 21 Kasım 2013 tarihinden sonra işlenen soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını kapsamaktadır.

³⁵ ICC, 'Ukraine Accepts ICC Jurisdiction over Alleged Crimes Committed between 21 November 2013 and 22 February 2014' (17 April 2014) <<https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-between-21-november-2013-and-22>> Erişim tarihi: 21 Temmuz 2022; ICC, 'Ukraine Accepts ICC Jurisdiction over Alleged Crimes Committed since 20 February 2014' (8 September 2015) <<https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-20-february-2014>> Erişim tarihi: 21 Temmuz 2022.

³⁶ ICC Resolution ICC-ASP/16/Res. 5, Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression (14 December 2017).

III. UCM'ndeki Süreç ve Tutuklama Kararı

UCM Savcılık Ofisi, üye devletin başvurusu üzerine veya BM Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine soruşturma başlatacağı gibi, Ön Yargılama Dairesinin onayına bağlı olarak kendiliğinden de soruşturma başlatabilir.³⁷ Ukrayna'nın UCM yargı yetkisini tanıdığına dair ilk bildirgesinin hemen ardından o zamanın UCM Savcısı Fatou Bensouda tarafından ön inceleme başlatılmış ve 11 Aralık 2020'de soruşturma açmak için makul sebepler olduğuna karar verilmiştir.³⁸ Fakat soruşturmanın açılması ancak Rusya'nın 24 Şubat 2022'de Ukrayna'ya karşı özel askeri harekât başlatmasından sonra olmuştur. Şu anki UCM Savcısı Karim Khan Ön Yargılama Dairesine müracaat etmiş, ayrıca üye devletlere de sürecin daha hızlı ilerleyebilmesi için başvuru yapma çağrısında bulunmuştur.³⁹ Çağrıya 43 üye devlet icabet etmiş ve böylelikle Savcılık makamı Ukrayna'da yaşanan gelişmelerle ilgili soruşturmasına başlamıştır.⁴⁰

³⁷ Rome Statute art 15.

³⁸ ICC, 'The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Opens a Preliminary Examination in Ukraine' (25 April 2014) <<https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opens-preliminary-examination-ukraine>> Erişim tarihi: 27 Temmuz 2022; ICC, 'ICC Prosecutor Extends Preliminary Examination of the Situation in Ukraine Following Second Article 12(3) Declaration' (29 September 2015) <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-extends-preliminary-examination-situation-ukraine-following-second-article-123>> Erişim tarihi: 27 Temmuz 2022; ICC, 'Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Preliminary Examination in the Situation in Ukraine Image' (11 December 2020) <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>> Erişim tarihi: 27 Temmuz 2022; ICC, 'Report on Preliminary Examination Activities - 2020' (n 12) 68–72.

³⁹ ICC, 'Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I Have Decided to Proceed with Opening an Investigation."' (28 February 2022) <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>> Erişim tarihi: 24 Mayıs 2022.

⁴⁰ ICC, 'Ukraine' <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>> Erişim tarihi: 13 Ekim 2023.

Soruşturmanın sonunda Ön Yargılama Dairesi, Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin ile Çocuk Hakları Komiseri Maria Alekseyevna Lvova-Belova hakkında 17 Mart 2023 tarihinde tutuklama kararı vermiştir. Ukraynalı çocukların hukuka aykırı şekilde sınır dışı edildiğine, işgal altındaki bölgelerden hukuka aykırı şekilde Rusya'ya nakledildiğine ve bu eylemlerden Putin ve Lvova-Belova'nın sorumlu olduğuna ilişkin makul şüphe olduğu belirtilmiştir. Söz konusu eylemler, Roma Statüsü madde 8(2)(a)(vii) (*hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsetme*) ve madde 8(2)(b)(viii) (*işgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli*) altında savaş suçu teşkil etmektedir.

IV. Bireysel Cezai Sorumluluk

Roma Statüsü kapsamında yer alan suçlar açısından devletlerin değil, gerçek kişilerin bireysel cezai sorumluluğu söz konusudur.⁴¹ Madde 25(3) kapsamında işlenen veya işlenmeye teşebbüs edilen suç veya suçlardan gerçek kişilerin tek başına, müştereken veya başka birisi vasıtasıyla işlenmesi halinde; suç işlenmesini emretmesi, suç işlenmesine teşvik veya ikna etmesi halinde; suçun işlenmesine yardım etmesi veya suç işlemeye kışkırtması; ortak bir amaçla hareket eden bir grubun, kasten veya grubun amacının farkında olarak, suç işlemesine veya suç işlemeye teşebbüs etmesine yardım etmesi halinde bireysel cezai sorumluluğu doğacaktır. Doğrudan veya dolaylı olarak soykırım suçuna kışkırtmanın da bireysel cezai sorumluluk doğuracağı ayrıca düzenlenmiştir. Bir suçun icrasına başlanması veya bir suçu işlemeye teşebbüs edilmesi, fakat kişinin niyetinden bağımsız sebepler dolayısıyla suçun gerçekleşmemesi halinde de kişi cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Madde 28 özel olarak komutanların veya diğer üs rütbelilerin cezai sorumluluğunu düzenlemektedir. Askeri komutan veya askeri komutan gibi etkin kontrol sahibi olan kişiler, bilgisi olan veya bilgisi olması gereken suçlardan ve suçun işlenmesi engellemek adına makul

⁴¹ Rome Statute art 25(1)-(2).

önlemler alınmaması veya suç işlendikten sonra soruşturma ve yargılama yapılmaması hallerinden sorumludur. Diğer üst rütbeliler ise kendi etkin kontrol ve yetkisi altında olan astlarının işlediği suçlardan, açıkça bilgisi olduğu veya bilerek görmezden geldiği hallerde ve suçun işlenmesini önlemek adına makul önlemler alınmaması veya suç işlendikten sonra soruşturma ve yargılama yapılmaması hallerinden sorumludur.⁴²

UCM'nin tutuklama kararında Lvova-Belova'nın bireysel cezai sorumluluğu Roma Statüsü madde 25(3)(a) kapsamında tek başına, müştereken veya *-cezai sorumluluğu olan veya olmayan-* başka bir şahıs aracılığıyla suç işlenmesi halinde öngörülen sorumluluğa dayandırılmıştır. Putin'in cezai sorumluluğu ise hem madde 25(3)(a)'ya, hem de ihmalden kaynaklanan üstün cezai sorumluluğu olmak üzere madde 28(b)'ye dayandırılmıştır.⁴³ UCM'nin özellikle Putin'in sorumluluğunu yanlış nitelendirdiğini öne sürenler de olmuştur.⁴⁴ Fakat

⁴² Bireysel cezai sorumluluk şekilleri ve sorumluluğun unsurlarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 97–151; Bilge Erson Asar, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 275- 293; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 505 vd.

⁴³ Tutuklama kararının verilmesinden önce ele alınan makalesinde Kayacan, Putin'in bireysel cezai sorumluluğunun Roma Statüsü madde 28(a)'ya dayandırılabilirliğini savunmuştur. Askeri komutanların ve askeri komutan gibi etkin hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen madde 28(a)'nın, Putin'in Rus Silahlı Kuvvetleri Başkomutanı unvanı ile Rus Ordusu ve Ukrayna'daki ayrılıkçı güçler üzerinde kullandığı etkin otoriteye daha uygun olacağı düşünülmüştür. Putin'in askeri komutan gibi etkin otorite kullandığının ispatlanması aşılması gereken ayrıca bir aşama olduğundan dolayı, tutuklama kararına konu olan suçlar da göz önünde bulundurularak UCM'nin Putin'in sorumluluğunu madde 28(b)'ye dayandırması garantici bir yaklaşımın sonucudur. Derya Nur Kayacan, 'ICC's Jurisdiction and Individual Criminal Responsibility Regarding the Russian-Ukrainian War' (2023) 21(247) *Legal Hukuk Dergisi* 2569, s. 2603–2608.

⁴⁴ Ana Srovin Coralli and Chiara Gabriele, "'Failure to Act' of Mr Putin: Liability by Omission' (*EJIL:Talk!*, 10 May 2023) <<https://www.ejiltalk.com>

tutuklama kararının tam metni henüz kamuya açık olmamakla beraber, UCM'nin cezai sorumluluk şekillerini neye göre tespit ettiği bilinmemektedir. Dolayısıyla bu konuda henüz isabetli bir değerlendirme yapmak mümkün değildir.

V. Devlet Başkanı Dokunulmazlığı Işığında Tutuklama Kararının Uygulanabilirliği

Tutuklama kararının akabinde öncelikle gündeme gelen konu devlet başkanlarının dokunulmazlığı olmuştur. Devlet başkanları, devleti en üst düzeyde temsil eden kişi olarak uluslararası hukukta bir takım dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahiptir. Devlet başkanlarının dokunulmazlıklarını ve ayrıcalıklarını düzenleyen ayrıca bir uluslararası antlaşma bulunmamakla beraber, görevi başında bulunan devlet başkanlarının yabancı devlet ülkelerinde kişi ve yargı dokunulmazlığından yararlandığı genel olarak uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmektedir.⁴⁵ Devlet başkanlarının bu dokunulmazlığının işledikleri uluslararası suçları da kapsayacağını ve görevi başındaki bir devlet başkanının yabancı ulusal mahkemelerde yargılanamayacağı da genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Fakat bu dokunulmazlık, devlet başkanlarını uluslararası mahkemeler önünde uluslararası suçlardan doğacak cezai sorumluluktan kurtarmayacaktır.⁴⁷ Nitekim Nüremberg ve Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri ile Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza

org/failure-to-act-of-mr-putin-liability-by-omission/> Erişim tarihi: 18 Ekim 2023.

⁴⁵ Kamuran Reçber, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku* (Dora 2011) 16; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk, 20. Baskı, Turhan Yayınları, 2021, s. 406*; *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium) Judgment of 14 February 2002* ICJ Reports 2002, 3 (ICJ) [54–56]; Sir Arthur Watts and Joanne Foakes, 'Heads of State' [2010] MPEPIL paras 18–19 <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1418>> Erişim tarihi: 20 Ekim 2023.

⁴⁶ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002* (n 43) para 58.

⁴⁷ Reçber (n 43) 16; Pazarıcı (n 43) 407; *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002* (n 43) para 61.

Mahkemeleri'nin temelinde bu nosyon yer almaktadır.⁴⁸ Uluslararası Adalet Divanı'nın meşhur *Arrest Warrant* kararında dokunulmazlığın uluslararası ceza mahkemelerinin yargı yetkisine giren durumlarda kişiyi bireysel cezai sorumluluktan kurtarmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁹

Aynı çizgide Roma Statüsü madde 27 de resmi makam veya görevin kişiyi bireysel cezai sorumluluktan kurtarmayacağını ve dokunulmazlığın UCM'nin yargı yetkisine engel teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir.

(1) Bu tüzük, resmi unvan ayırımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru hiçbir şekilde bu tüzük altında cezai sorumluluktan muaf tutulamaz veya resmi unvan cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez.

(2) Ulusal veya uluslararası hukuk çatısı altında olsun veya olmasın, bir şahsın resmi unvanıyla bağlantılı olan bağışıklık veya usul kuralları, Mahkeme'nin böyle bir şahıs üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez.

UCM'nin yargı yetkisini kabul eden her devlet, olası bir suç işlenmesi halinde sorumlu olan devlet başkanının UCM önünde dokunulmazlık iddia edemeyeceğini kabul etmektedir. Bir başka deyişle, devletler UCM'nin yargı yetkisini kabul ederek kendi devlet başkanlarının UCM önündeki dokunulmazlığından feragat etmektedir. Dolayısıyla Roma Statüsü'ne taraf bir devletin lideri hakkında verilen bir tutuklama kararının gereğinin yerine getirilmesinde tutuklamayı yapacak olan taraf devletin herhangi bir ikilemde kalması söz konusu olmayacaktır. Fakat Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin lideri hakkında verilen tutuklama kararının taraf devletlerce uygulanması

⁴⁸ Aksar (dipnot 44) s.142–145.

⁴⁹ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002* (n 43) para 61.

noktasında tereddüt vardır. Roma Statüsünün 98. maddesinin birinci paragrafına göre

Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik dokunulmazlığı konusunda, uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten dokunulmazlığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise, devam ettirmez.

Dokunulmazlıktan yararlanan görevi başındaki bir devlet başkanının, ziyaret ettiği devlet ülkelerinde gözaltına alınması veya tutuklanması uluslararası örf ve adet kuralları bakımından mümkün değildir. Taraf devletler, uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilen dokunulmazlık ilkesi ile Roma Statüsünden doğan sorumlulukları ve UCM ile işbirliği yapma yükümlülükleri⁵⁰ arasında kalmaktadır. Roma Statüsü madde 98'e göre üçüncü devlet tarafından dokunulmazlığın kaldırılmaması halinde UCM işbirliği talebini devam ettiremeyecektir.

Fakat UCM daha önce Sudan Devlet Başkanı El Beşir hakkında tutuklama kararı verdiği zaman uluslararası mahkemeler önünde dokunulmazlık olmadığını ve Birinci Dünya Savaşı sonrasında itibaren uygulamanın da bunu desteklediğini ifade etmiştir.⁵¹ Roma Statüsü madde 27(2)'nin sadece UCM önündeki yargılama için değil, aynı zamanda UCM'nin verdiği tutuklama kararının yaptırımında da geçerli olduğunu, aksine bir yorumun madde 27(2)'yi atıl bırakacağını belirtmiştir.⁵² UCM, Roma Statüsünde yer alan suçların jus cogens

⁵⁰ Rome Statute art 86.

⁵¹ *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal* ICC-02/05–01/09 OA2, 6 May 2019 Appeals Chamber (ICC) [113, 116].

⁵² a.e. 122.

niteliğinde olmasından dolayı taraf devletlerin bu kategorideki suçların işlenmesine engel olmak ve işleyenleri cezalandırmak noktasında erga omnes yükümlülüklerinin olduğunu ve bu açıdan da UCM ile işbirliğinin önemli olduğunu vurgulamıştır.⁵³ Buradan yola çıkarak, taraf devletlerin tutuklama kararını uygulamaları, “uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket” etmelerini gerektirmemekte, nitekim üçüncü devlet tarafından kaldırılması gereken bir dokunulmazlık bulunmamaktadır.⁵⁴

Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunun uluslararası suç olarak jus cogens normlar arasında kabul edildiğine ve bu suçları işleyenlerin sorumlu tutulmasının tüm devletler için erga omnes yükümlülük haline geldiğine delil olarak hem uluslararası antlaşmalar hem de uluslararası ceza mahkemelerinin işleyişleri gösterilebilir.⁵⁵ 1949 Cenevre Sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler de uluslararası suçlar üzerinde evrensel yetkiyi kabul etmektedir.⁵⁶ Her ne kadar dokunulmazlığın

⁵³ a.e. 123.

⁵⁴ a.e. 130.

⁵⁵ Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press 1989); M Cherif Bassiouni, ‘International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes’ (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63; Yusuf Aksar, ‘Uluslararası Adalet Divanı’nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku’ [2003] *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s.131.

⁵⁶ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31 (Geneva Convention I) art 49; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85 (Geneva Convention II) art 50; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135 (Geneva Convention III) art 129; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287 (Geneva Convention IV) art 147.

devlet başkanlarını ulusal mahkemeler önünde yargılamaktan koruyacağı kabul edilse de, uluslararası mahkemelerin uygulamaları uluslararası mahkemeler önünde dokunulmazlığın ileri sürülemeyeceğine işaret etmektedir. Nüremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi savaş kurallarının ihlalinde dokunulmazlıktan faydalanılamayacağını söylemiştir.⁵⁷ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, dokunulmazlığın bir savunma olarak kullanılamayacağını, aksine resmi görevin getirdiği yetkilerin kötüye kullanılmasından dolayı ağırlatıcı neden olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸

Eğer uluslararası suçlarda devlet başkanlarının dokunulmazlığının uluslararası mahkemeler önünde ileri sürülemeyeceği yerleşmiş bir uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilirse, Putin'in UCM'ye taraf devletlere ziyarette bulunması halinde, taraf devletin kolluk kuvvetleri tarafından tutuklanarak UCM'ye teslim edilmesi gerekmektedir. Geçmiş uluslararası ceza mahkemelerinin statülerine ve işleyişleri ile Roma Statüsü madde 27 ve UCM'nin El-Beşir davasındaki yorumları ele alındığı zaman devlet başkanı dokunulmazlığının uluslararası suçlarda uluslararası mahkemeler önünde Putin'i cezai sorumluluktan kurtarmayacağı açıktır. Roma Statüsü madde 86'ya göre taraf devletlerin "Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği" yapma zorunlulukları vardır. UCM'nin kendine ait kolluk kuvvetleri olmaması dolayısıyla tutuklama kararının uygulanmasında da taraf devletlerin UCM ile işbirliği yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, devlet başkanı dokunulmazlığının UCM'nin uzantısı olarak hareket etmekte olan taraf devletin kolluk kuvvetlerine engel teşkil ettiğini öne sürmek hem uluslararası örf ve adet kuralının yansması olarak kabul edilen ve uluslararası suçlarda dokunulmazlığı reddeden Roma Statüsü madde 27'yi hem de taraf devletlerin işbirliği zorunluluğunu düzenleyen Roma Statüsü madde 86'yı atıl durumda bırakacaktır.

⁵⁷ *Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal* (1946) 22 IMT 203, 447.

⁵⁸ *The Prosecutor v Jean Kambanda, Judgment and Sentence* [1998] Trial Chamber ICTR 97-23-S [39-40].

Fakat El-Beşir davası sürecindeki yaşananlar, bazı devletlerin farklı bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir. Birçok Afrika devleti, UCM'nin Sudan Devlet Başkanı El-Beşir hakkındaki tutuklama kararını, Afrika Birliğinin kararı doğrultusunda El-Beşir'in dokunulmazlığını öne sürerek uygulamamıştır.⁵⁹ Roma Statüsüne taraf diğer devletlerin UCM kararının uygulanmaması karşısında sessiz kalmaları aynı görüşte olduklarına açıkça işaret etmese bile, dile getirecek seviyede bir itirazları olmadığı şeklinde yorumlanabilir.⁶⁰ Ayrıca UCM, El-Beşir'in tutuklanmasında dokunulmazlığın engel teşkil etmeyeceğine dair sunduğu dayanaklardan biri de Sudan'daki durumun BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye intikal etmiş olmasıdır.⁶¹ BM Güvenlik Konseyi'nin Sudan'ın UCM ile tam işbirliği yapması yönündeki talimatının Roma Statüsü madde 27(2)'yi de kapsadığı ve dolayısıyla El-Beşir'in devlet başkanı dokunulmazlığı arkasına sığınamayacağı öne sürülmüştür.⁶² Aynı argüman Putin'in tutuklanmasında geçerli olmayacaktır. Nitekim Rusya'yı UCM ile işbirliği yapmaya zorlayan ve bu işbirliği kapsamında devlet başkanı dokunulmazlığının öne sürülmesini engelleyen bir BM Güvenlik Konseyi kararı yoktur. Dolayısıyla, bu yorum çerçevesinde, Putin'in taraf devletler tarafından tutuklanması, Putin'in devlet başkanı olarak yararlandığı dokunulmazlık dolayısıyla mümkün olmayacaktır. Bu noktada esas alınması gereken tartışma, devlet başkanlarının uluslararası suçlarda,

⁵⁹ Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court (ICC) Doc. EX.CL/710(XX), Assembly/AU/Dec.397(XVIII); Yousif Mansour Ahmed Abdalla AlZarouni, 'Why Sudan Won't Hand over Former President al-Bashir to the International Criminal Court' (*The Conversation*, 28 May 2019) <<https://theconversation.com/why-sudan-wont-hand-over-former-president-al-bashir-to-the-international-criminal-court-117810>> Erişim tarihi: 27 Ekim 2023.

⁶⁰ Adil Ahmad Haque, 'Head of State Immunity Is Too Important for the International Court of Justice' (*Just Security*, 24 February 2020) <<https://www.justsecurity.org/68801/head-of-state-immunity-is-too-important-for-the-international-court-of-justice/>> Erişim tarihi: 27 Ekim 2023.

⁶¹ Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (n 49) para. 141-144.

⁶² a.e.

yetkisini kabul etmedikleri bir uluslararası mahkeme önünde dokunulmazlıklarının olup olmadığıdır. Bu hususta yerleşmiş bir uluslararası örf ve adet kuralı olduğunu söylemek güçtür.

2023 Ağustos'ta Güney Afrika Cumhuriyeti'nde düzenlenen BRICS zirvesine Putin'in katılıp katılmayacağı merak konusu olmuştur. Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Roma Statüsü'ne taraf olması, Putin'in olası ziyareti durumunda tutuklanma ihtimalini gündeme getirmiştir. El-Beşir'de yaşananların tekrarlanmasını istemeyen muhalefet partisi, Demokratik İttifak Partisi, Güney Afrika Yüksek Mahkemesine başvurarak Putin'in olası ziyaretinde tutuklanmasına ilişkin beyan emri talep etmiştir.⁶³ Dava dosyalarından Güney Afrika'nın konuya ilişkin Roma Statüsü madde 97 uyarınca UCM ile danışma sürecine girdiği ve tutuklama kararının önündeki engelleri görüştüğü anlaşılmaktadır.⁶⁴ Güney Afrika Devlet Başkanı Cyril Ramaphosa'nın UCM ile danışma sürecinde Putin'in tutuklanmasının Rusya tarafından savaş ilanı olarak algılanacağını ve Güney Afrika'nın ulusal güvenliğini tehlikeye atacağını öne sürdüğü tahmin edilmektedir.⁶⁵ Güney Afrika ile UCM

⁶³ 'Güney Afrika'da Muhalefet Vladimir Putin'in Tutuklanması İçin Mahkemeye Başvurdu' *Euronews* (30 May 2023) <<https://tr.euronews.com/2023/05/30/guney-afrikada-muhalefet-vladimir-putinin-tutuklanmasi-icin-mahkemeye-basvurdu>> Erişim tarihi: 28 Ekim 2023.

⁶⁴ Roma Statüsü Madde 97 "Bir taraf devlete, bu bölüm uyarınca bir talep ulaşırsa ve taraf devlet bu talebin yerine getirilmesinin hızlandırılması veya engellenmesi ile ilgili bir sorun görürse, sorunu çözmek üzere gecikmeksizin konu hakkında Mahkeme'ye danışır. Bu tür sorunlar aşağıdakilerin yanı sıra diğerlerini de içerir:

- (a) Talebin yerine getirilmesi için yetersiz bilgi;
- (b) Teslim için bir talepte bulunulması durumunda, tüm çabaya rağmen aranan şahsın yeri tam olarak tespit edilemiyorsa veya yapılan araştırma sonucunda tutuklama emrinde yazılı şahsın, talepte bulunulan devletteki şahıstan açıkça başka birisi olması halinde; ya da
- (c) Mevcut haliyle talebin yerine getirilmesinin, talepte bulunulan devletin bir başka devlet ile yaptığı ön-anlaşmayı ihlal edici nitelikte olması."

⁶⁵ Max Du Plessis and Andreas Coutsoudis, 'The Putin-South Africa Arrest Warrant Saga: A Tale of the Shrinking World of an Accused War Criminal' (*EJIL:Talk!*, 18 August 2023) <<https://www.ejiltalk.org/the-putin-south-africa->

arasında görüşmelerin detayı bilinmese de, UCM'nin bütün taraf ülkelerden tutuklama kararını uygulamalarını talep ettiği ve bu talebini yenilediği anlaşılmaktadır.⁶⁶ Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin UCM tutuklama kararının uygulanması doğrultusunda verdiği karar sonrasında da Putin'in BRICS Zirvesine katılmayacağı duyurulmuştur.⁶⁷ 17 Mart 2023 tarihli tutuklama kararından sonra Putin'in ilk yurt dışı ziyareti Ekim ayında Roma Statüsü'ne taraf olmayan Kırgızistan'a olmuştur.⁶⁸ Putin şimdilik, Roma Statüsü'ne taraf devletleri ziyaret etmeyerek de tutuklanmaktan kaçınabilecektir. Roma Statüsü'ne taraf devletlere ise ancak tutuklanmayacağına dair gerekli önlemleri ve garantileri aldıktan sonra ziyarette bulunacaktır. Putin'in görevi başında iken tutuklanarak UCM önüne çıkarılması yakın bir gelecekte mümkün görünmemektedir.

Sonuç

UCM tarihinde üçüncü kez görevi başında olan bir devlet başkanı hakkında tutuklama kararı vermiştir.⁶⁹ Fakat Putin hakkında

arrest-warrant-saga-a-tale-of-the-shrinking-world-of-an-accused-war-criminal/> Erişim tarihi: 28 Ekim 2023.

⁶⁶ a.e.

⁶⁷ David McKenzie, 'Putin Will Not Attend BRICS Summit in South Africa, as ICC Arrest Warrant Overshadows Key Talks' CNN (20 July 2023) <<https://edition.cnn.com/2023/07/19/world/putin-brics-summit-south-africa-intl/index.html>> Erişim tarihi: 28 Ekim 2023.

⁶⁸ 'Russian President Putin Arrives in Kyrgyzstan on a Rare Trip Abroad' AP News (12 October 2023) <<https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-putin-kyrgyzstan-icc-warrant-212da3248f3098ce3acaf70045465d2e>> Erişim tarihi: 28 Ekim 2023.

⁶⁹ İlki, henüz görevi başındayken Eski Sudan Cumhurbaşkanı Ömer el-Beşir hakkında 2009 ve 2010'da verilen iki tutuklama kararıdır. İkincisi ise resmi olarak devlet başkanı unvanını taşımasa da Libya'daki *de facto* liderliği devam eden Muammer Kaddafi hakkında 2011'de verilen tutuklama kararıdır. ICC, 'Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3' (4 March 2009) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-3>> Erişim tarihi: 19 Ekim 2023.; ICC, 'Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09-94' (12 July 2010) <<https://www.icc->

verilen tutuklama kararını farklı kılan, BM Güvenlik Konseyi kararı olmadan görevi başındaki bir devlet başkanı hakkında çıkan ilk tutuklama kararı olmasıdır. Üstelik BM Güvenlik Konseyinin daimi üyesi olan bir devletin söz konusu olduğu düşünülünce cesur bir adım olarak değerlendirilen bu karar, UCM'nin şu ana kadar sadece Afrikalı liderleri hedef aldığı yönünde eleştirilere maruz kalan tarihçesinde oldukça önemli bir gelişmedir.

UCM tarihçesinde devletlerin uygulaması ışığında BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan ve Roma Statüsüne taraf olmayan bir devletin görevi başındaki devlet başkanının tutuklanarak UCM önünde yargılanması mümkün görünmemektedir. Dokunulmazlığın hukuki bir engel teşkil etmediği görüşü benimse dahi, devletlerin başka bir devlet başkanını tutuklamada hukukun dışında politik başka birçok unsuru de göz önünde bulundurdıkları unutulmamalıdır. Eğer bu durum, BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olan ve uluslararası toplumda önemli bir güç olan Rusya'nın görevi başındaki Devlet Başkanı ile ilgiliyse, hesap edilmesi gereken çok daha fazla unsur olacaktır.

Devlet başkanlarının yabancı devlet ülkelerinde yararlandıkları kişi ve yargı dokunulmazlıklarına ilişkin tartışmaların yanı sıra, tutuklama kararını uygulayacak olan devletleri ziyaret etmeyerek de yargılamadan kaçınmaları mümkündür. Nitekim Putin ziyaret edeceği devletlerden gerekli garantileri almadan seyahat etmeyecektir.

Tutuklama kararının pratikte uygulanabilme ve Rusya Devlet Başkanı Putin'in UCM önünde yargılanabilme ihtimali neredeyse sıfır olarak görünse de bu kararın her şeyden önce sembolik bir önemi vardır. Ukraynalıların uluslararası toplum tarafından desteklendiğini göstermesi ve uluslararası toplum nezdinde Rusya'nın iddialarının meşruiyetini sarsması bakımından sembolik bir önemi haizdir.⁷⁰

[cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-94](https://www.cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-94)> Erişim tarihi: 23 Ekim 2023.; ICC, 'Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-13' (27 June 2011) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/11-13>> Erişim tarihi: 20 Ekim 2023.

⁷⁰ Rebecca Hamilton, 'The ICC Goes Straight to the Top: Arrest Warrant Issued for Putin' (*Just Security*, 17 March 2023) <<https://www.justsecurity.org/>

UCM'nin de belirttiği gibi, tutuklama kararının yayınlanması farkındalığı artırarak başkaca suçların işlenmesinde caydırıcı bir rol oynayabilir.⁷¹ Fakat tutuklama kararından şimdilik daha fazlasının beklenmesi durumun somut koşullarıyla bağdaşmayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

85529/the-icc-goes-straight-to-the-top-arrest-warrant-issued-for-putin/>
Erişim tarihi: 19 Ekim 2023; Janet H Anderson, 'ICC Arrest Warrants Against Putin: What Do Experts Say?' (*JusticeInfo.Net*, 21 March 2023) <<https://www.justiceinfo.net/en/114136-icc-arrest-warrants-against-putin-what-do-experts-say.html>> Erişim tarihi: 19 Ekim 2023.

⁷¹ 'Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova' (n 1).

ZUSAMMENFASSUNG

Der 2014 begonnene Konflikt zwischen Russland und der Ukraine eskalierte zu einem Krieg, als Russland am 24. Februar 2022 eine spezielle Militäroperation im Süden der Ukraine startete. Während des gesamten Konflikts und insbesondere nach Beginn des Krieges hat die Ukraine die internationale Gemeinschaft aktiv aufgefordert, Russland für seine Aggression zur Rechenschaft zu ziehen. Die Ukraine veröffentlichte 2014 und 2015 zwei Erklärungen, in denen sie die Zuständigkeit des IStGH anerkannte, woraufhin der Ankläger des IStGH eine Voruntersuchung der Ereignisse einleitete.

Der IStGH-Ankläger schloss die Voruntersuchung im Jahr 2020 ab und kam zu dem Schluss, dass es hinreichende Gründe für die Annahme gibt, dass auf ukrainischem Hoheitsgebiet Verbrechen begangen wurden, die in die Zuständigkeit des IStGH fallen, ergriff aber erst nach der speziellen Militäroperation Russlands weitere Maßnahmen. Mit der Unterstützung einer überwältigenden Zahl von Vertragsstaaten leitete der Ankläger des IStGH eine Untersuchung ein, die am 17. März 2023 zu einem Haftbefehl gegen den russischen Präsidenten Wladimir Putin und die Kommissarin für Kinderrechte Maria Lvova-Belova führte. Während die Ermittlungen noch andauern, konzentriert sich der Haftbefehl ausschließlich auf die unrechtmäßige Deportation und den unrechtmäßigen Transfer von Kindern aus den besetzten ukrainischen Gebieten. Bei diesen Handlungen handelt es sich um die Kriegsverbrechen der rechtswidrigen Deportation nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a Ziffer vii und der rechtswidrigen Verbringung der Bevölkerung nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer viii des Römischen Statuts. Der IStGH hat den Haftbefehl im Interesse der Ermittlungen und zum Schutz der Opfer nicht veröffentlicht, ist jedoch zu dem Schluss gekommen, dass die Bekanntgabe der Existenz des Haftbefehls dazu beitragen könnte, von der Begehung weiterer Straftaten abzuschrecken. Die Bekanntgabe des Haftbefehls ist eine spannende Entwicklung auf dem Gebiet des internationalen Rechts. Es wurde viel darüber diskutiert, ob und wie der Haftbefehl vollstreckt werden könnte, insbesondere im Hinblick auf Präsident Putin aufgrund seiner Immunität. Staatsoberhäupter genießen in ausländischen Gerichtsbarkeiten persönliche und gerichtliche Immunität, aber ob diese Immunität sie davor schützt, für internationale Verbrechen (Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die

Menschlichkeit und Völkermord) zur Verantwortung gezogen zu werden, ist nicht klar.

Die Immunität von Staatsoberhäuptern ist Teil des Völkergewohnheitsrechts. Der Status dieser Immunität in Bezug auf internationale Verbrechen hat sich jedoch seit dem Zweiten Weltkrieg geändert. Die Einrichtung und Praxis internationaler Strafgerichtshöfe wie des Internationalen Militärgerichtshofs, des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien oder des Sondergerichtshofs für Sierra Leone haben die Sichtweise auf internationale Verbrechen und die individuelle strafrechtliche Verantwortung verändert. In der Tat erklärt Artikel 27 des Römischen Statuts die offizielle Eigenschaft des Einzelnen für die Anwendung des Statuts für irrelevant. In dem berühmten Fall Al Bashir hat der IStGH mehrfach betont, dass die Immunität Al-Bashirs als sudanesisches Staatsoberhaupt die Vertragsstaaten des Römischen Statuts nicht daran hindert, den Haftbefehl zu vollstrecken. Die Praxis der Staaten spiegelt jedoch nicht die Praxis der oben genannten internationalen Strafgerichte und die Auffassung des IStGH wider. Al-Bashir reiste weiterhin in mehrere afrikanische Vertragsstaaten, ohne verhaftet zu werden, und die Immunität von Staatsoberhäuptern wurde als Grund für die Nichtbefolgung des Haftbefehls angeführt.

Im vorliegenden Fall betrifft der Haftbefehl Präsident Putin, den Chef eines ständigen Mitglieds des UN-Sicherheitsrats und einer Großmacht. Auch wenn es kein rechtliches Hindernis für die Vollstreckung des Haftbefehls gibt, werden die Vertragsstaaten mehrere andere politische Aspekte berücksichtigen. Putin sollte im August 2023 an dem BRICS-Gipfel in Südafrika teilnehmen. Da Südafrika Vertragspartei des Römischen Statuts ist, müsste es Präsident Putin festnehmen. Das Oberste Gericht in Pretoria hat auf Antrag der Oppositionspartei die Verhaftung von Präsident Putin angeordnet. Dies könnte ein Zeichen dafür sein, dass die Parteistaaten bereit sind, mit dem IStGH zusammenzuarbeiten, auch wenn es eine schwierige Entscheidung wäre. Präsident Putin hat beschlossen, nicht am BRICS-Gipfel teilzunehmen, was Südafrika vor einem schwierigen Dilemma bewahrt. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass irgendein Staat Präsident Putin verhaften würde, solange er an der Macht ist. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte er den Haftbefehl umgehen, indem er nur in verbündete Staaten reist oder überhaupt nicht reist. Dennoch hat der Haftbefehl insofern eine symbolische Bedeutung, als er die Verantwortlichen für ihre Verbrechen zur Rechenschaft zieht und von der Begehung weiterer Verbrechen abhält.

KAYNAKÇA

- AKSAR Yusuf, 'Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku' , *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, Kasım 2003, s. 131-146.
- —, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ASAR ERSON Bilge, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- BASSIOUNI M. Cherif, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes', *Law and Contemporary Problems*, Cilt: 59, Sayı: 4, Güz 1996, s. 63-74.
- CANDAN Tolga/ HALHALLI Ozan Emin, 'Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi', *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 80, Sayı: 4, Kasım 2022, s. 363-404.
- DELİAGİN Mikhail, 'Crimea- The First Step in Russia's Return to the World' *Russian Social Science Review*, Cilt:62, Sayı:4-6, Temmuz 2015, s. 323-348.
- HALHALLI Ozan Emin, 'Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi', *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2022, s. 442-464.
- KAYACAN Derya Nur, 'ICC's Jurisdiction and Individual Criminal Responsibility Regarding the Russian-Ukrainian War', *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 247, 2023, s. 2569-2629.
- MARXSEN Christian, 'The Crimea Crisis - An International Law Perspective', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Cilt: 74, 2014, s. 367-389.
- MERON Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

PETERS Anne, 'The Crimean Vote of March 2014 as an Abuse of the Institution of the Territorial Referandum' in Christian Calliess (ed), *Herausforderungen an Staat und Verfassung*, Cilt: 100, Kasım 2014, s. 255-280.

REÇBER Kamuran, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Dora Yayınevi, Bursa, Ekim 2011.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

İnternet Kaynakları

'Aborted EU Deal - Protests Rock Ukraine After Pull-Back' *Spiegel* (25 November 2013) <<https://www.spiegel.de/international/world/massive-protests-rock-ukraine-after-eu-trade-deal-called-off-a-935470.html>>.

Alpert LI, 'Russia's Medvedev Calls Ukraine a Possible Threat' *The Wall Street Journal* (24 February 2014) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304834704579402922004993600>>.

AlZarouni YMAA, 'Why Sudan Won't Hand over Former President al-Bashir to the International Criminal Court' (*The Conversation*, 28 May 2019) <<https://theconversation.com/why-sudan-wont-hand-over-former-president-al-bashir-to-the-international-criminal-court-117810>>.

Amnesty International, "'Like A Prison Convoy': Russia's Unlawful Transfer And Abuse of Civilians In Ukraine During 'Filtration'" (2022) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur50/6136/2022/en/>>.

Anderson JH, 'ICC Arrest Warrants Against Putin: What Do Experts Say?' (*JusticeInfo.Net*, 21 March 2023) <<https://www.justiceinfo.net/en/114136-icc-arrest-warrants-against-putin-what-do-experts-say.html>>.

Bushuev M, 'Evidence Mounting of Russian Troops in Ukraine' *DW* (4 March 2015) <<https://www.dw.com/en/evidence-mounting-of-russian-troops-in-ukraine/a-18294255>>.

Coralli AS and Gabriele C, "'Failure to Act" of Mr Putin: Liability by Omission' (*EJIL:Talk!*, 10 May 2023) <<https://www.ejiltalk.org/failure-to-act-of-mr-putin-liability-by-omission/>>.

'Crimean Parliament Formally Applies to Join Russia' *BBC* (17 March 2014) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-26609667>>.

Czuperski M and others, *Hiding in Plain Sight - Putin's War in Ukraine* (Atlantic Council 2015) <<https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/hiding-in-plain-sight/>>.

'Donetsk and Lugansk Keen to Join Russia' *EADaily* (10 June 2015) <<https://eadaaily.com/en/news/2015/06/10/donetsk-and-lugansk-keen-to-join-russia>>.

Du Plessis M and Coutsooudis A, 'The Putin-South Africa Arrest Warrant Saga: A Tale of the Shrinking World of an Accused War Criminal' (*EJIL:Talk!*, 18 August 2023) <<https://www.ejiltalk.org/the-putin-south-africa-arrest-warrant-saga-a-tale-of-the-shrinking-world-of-an-accused-war-criminal/>>.

European Commission on Democracy Through Law, 'Opinion on Whether the Decision Taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to Organise a Referendum on Becoming a Constituent Territory of the Russian Federation or Restoring Crimea's 1992 Constitution Is Compatible with Constitutional Principles' (2014) CDL-AD(2014)002 <<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=762&year=all>>.

Furlong R, 'The Changing Story of Russia's "Little Green Men" Invasion' *RFE/RL* (25 February 2015) <<https://www.rferl.org/a/russia-ukraine-crimea/29790037.html>>.

'Güney Afrika'da Muhalefet Vladimir Putin'in Tutuklanması İçin Mahkemeye Başvurdu' *Euronews* (30 May 2023) <<https://tr.euro>

news.com/2023/05/30/guney-afrikada-muhalefet-vladimir-putinin-tutuklanmasi-icin-mahkemeye-basvurdu>.

Hamilton R, 'The ICC Goes Straight to the Top: Arrest Warrant Issued for Putin' (*Just Security*, 17 March 2023) <<https://www.justsecurity.org/85529/the-icc-goes-straight-to-the-top-arrest-warrant-issued-for-putin/>>.

Haque AA, 'Head of State Immunity Is Too Important for the International Court of Justice' (*Just Security*, 24 February 2020) <<https://www.justsecurity.org/68801/head-of-state-immunity-is-too-important-for-the-international-court-of-justice/>>.

HRW, "'We Had No Choice" - "Filtration" and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia' (2022) <<https://www.hrw.org/report/2022/09/01/we-had-no-choice/filtration-and-crime-forcibly-transferring-ukrainian-civilians>>.

ICC, 'Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3' (4 March 2009) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-3>>.

—, 'Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09-94' (12 July 2010) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-94>> accessed 20 October 2023.

—, 'Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-13' (27 June 2011) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/11-13>>.

—, 'Ukraine Accepts ICC Jurisdiction over Alleged Crimes Committed between 21 November 2013 and 22 February 2014' (17 April 2014) <<https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-between-21-november-2013-and-22>>.

—, 'The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Opens a Preliminary Examination in Ukraine' (25 April 2014) <<https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-inter>>.

- national-criminal-court-fatou-bensouda-opens-preliminary-examination-ukraine>.
- —, 'Ukraine Accepts ICC Jurisdiction over Alleged Crimes Committed since 20 February 2014' (8 September 2015) <<https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-20-february-2014>>.
- —, 'ICC Prosecutor Extends Preliminary Examination of the Situation in Ukraine Following Second Article 12(3) Declaration' (29 September 2015) <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-extends-preliminary-examination-situation-ukraine-following-second-article-123>>.
- —, 'Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Preliminary Examination in the Situation in Ukraine Image' (11 December 2020) <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>>.
- —, 'Report on Preliminary Examination Activities - 2020' (14 December 2020) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/items/Documents/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>>.
- —, 'Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I Have Decided to Proceed with Opening an Investigation."' (28 February 2022) <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>>.
- —, 'Ukraine' <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>>.
- 'Jailed Tymoshenko Urges Ukrainians to Rally over Decision on EU' *Reuters* (22 November 2013) <<https://www.reuters.com/article/ukraine-eu-tymoshenko-idUKL5N0J72A120131122>>.
- Malik S and Gani A, 'Ukraine Crisis: Deal Signed in Effort to End Kiev Standoff' *The Guardian* (21 February 2014) <<https://www.theguardian.com/world/2014/feb/21/ukraine-crisis-president-claims-deal-with-opposition-after-77-killed-in-kiev>>.

- McKenzie D, 'Putin Will Not Attend BRICS Summit in South Africa, as ICC Arrest Warrant Overshadows Key Talks' *CNN* (20 July 2023) <<https://edition.cnn.com/2023/07/19/world/putin-brics-summit-south-africa-intl/index.html>>.
- OSCE, 'Protocol on the Results of Consultations of the Trilateral Contact Group, Signed in Minsk, 5 September 2014' (5 September 2014) <<https://www.osce.org/home/123257>>.
- , 'Package of Measures for the Implementation of the Minsk Agreements' (12 February 2015) <<https://www.osce.org/cio/140156>>.
- OSCE Moscow Mechanism's Mission of Experts, 'Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022)' (2022) <<https://www.osce.org/odihr/522616>>.
- Popova M, 'Was Yanukovich's Removal Constitutional?' (*PONARS Eurasia*, 20 March 2014) <<https://www.ponarseurasia.org/was-yanukovich-s-removal-constitutional/>>.
- President of Russia, 'Vladimir Putin Answered Journalists' Questions on the Situation in Ukraine' (4 March 2014) <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20366>>.
- , 'Agreement on the Accession of the Republic of Crimea to the Russian Federation Signed' (18 March 2014) <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20604>>.
- , 'Address by the President of the Russian Federation - 21 February 2022' <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>>.
- , 'Address by the President of the Russian Federation - 24 February 2022' <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843/videos>>.
- 'Putin Reveals Secrets of Russia's Crimea Takeover Plot' *BBC* (9 March 2015) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-31796226>>.
- 'Relations with Ukraine' (*NATO*, 4 April 2023) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_37750.htm>.

'Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine (Advance Unedited Version)' (2023) A/78/540 <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iic/hr-ukraine/index>>.

'Russian President Putin Arrives in Kyrgyzstan on a Rare Trip Abroad' *AP News* (12 October 2023) <<https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-putin-kyrgyzstan-icc-warrant-212da3248f3098ce3acaf70045465d2e>>.

Siddique H, McCarthy T and Yuhas A, 'Crimean Parliament Seizure Inflames Russian-Ukrainian Tensions – Live' *The Guardian* (27 February 2014) <<https://www.theguardian.com/world/2014/feb/27/ukraine-pro-russian-gunmen-seize-crimea-parliament-live-updates>>.

Sindelar D, 'Was Yanukovich's Ouster Constitutional?' *RFE/RL* (23 February 2014) <<https://www.rferl.org/a/was-yanukovichs-ouster-constitutional/25274346.html>>.

'Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova' (ICC, 17 March 2023) <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>>.

'Ukraine: Council Adopts EU-Ukraine Association Agreement' (*European Council*, 11 July 2017) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/>>.

UN Doc A/RES/68/262.

Walker N, 'Conflict in Ukraine: A Timeline (2014 - Present)' (The Commons Library 2023) CBP 9476 <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9476/CBP-9476.pdf>>.

Watts SA and Foakes J, 'Heads of State' [2010] MPEPIL <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1418>>.

İlgili Uluslararası Antlaşmalar ve Kararlar

Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium) Judgment of 14 February 2002 ICJ Reports 2002, 3 (ICJ).

Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal ICC-02/05–01/09 OA2, 6 May 2019 Appeals Chamber (ICC).

Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal (1946) 22 IMT 203.

The Prosecutor v Jean Kambanda, Judgement and Sentence [1998] Trial Chamber ICTR 97-23-S.

Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)1 UNTS XVI (UN Charter).

Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court (ICC) Doc. EX.CL/710(XX), Assembly/AU/Dec.397(XVIII).

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31 (Geneva Convention I).

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85 (Geneva Convention II).

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287 (Geneva Convention IV).

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135 (Geneva Convention III).

ICC Resolution ICC-ASP/16/Res. 5, Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression (14 December 2017).

Memorandum on Security Assurances in connection with the Republic of Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (5 December 1994).

Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute).

The Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, Helsinki 1975 (Helsinki Final Act).

Treaty on Friendship, Cooperation, and Partnership between Ukraine and the Russia Federation (signed on 31 May 1997, entered into force 1 April 1999).

United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 397 (UNCLOS).

* Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir.

* Dieser Artikel wurde vom Begutachter nicht überprüft.

Osmanlı Yargı Sisteminde Gayrimüslim Ruhanî Liderlerin Uyuşmazlık Çözüm Yetkisi ve Günümüz Arabuluculuk Kurumuyla Mukayesesi

Die Befugnis nicht-muslimischer geistlicher Führer zur Beilegung von Streitigkeiten im osmanischen Rechtssystem sowie deren Vergleich zur Mediation

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU*

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES**

Öz

Osmanlı İmparatorluğu, farklı coğrafyalarda, farklı kültür ve inanışları içeren toplulukları yüzyıllar boyunca yönetmiş bir devlettir. Bu yönetim tarzı kendi hukuk sistemini de üretmiş ve geliştirmiştir. Osmanlı Devleti'nde, özellikle Müslümanlar dışındaki diğer din mensuplarına ve kurumlarına çok geniş bir hukukî otonomi verildiği, kendi hukuklarını uyguladıkları şeklinde abartılı ve yanlış bir bilgi de mevcuttur. Bu da çok hukukluluk olarak ifade edilmektedir. Oysa Osmanlı Devleti kendi hukukunu önemli ölçüde Ülkenin her yerinde ve her kesiminde uygulayan yeknesak bir yapıya ve kurumlara sahipti. Devlet egemenliğinin mutlak oluşu, mülkîlik ve kanunların genelliği prensibi burada önem taşımaktadır. Asıl yargısal yetki (kaza), devletin

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. E-Posta: m.kenanoglu@tau.edu.tr / ORCID: 0000-0001-9859-4895.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: mozekes@yahoo.com.tr / ORCID: 0000-0003-9689-1693.



farklı kademelerdeki yargı organlarına aitti. Sadece gayrimüslim ruhanî kurum ve liderlere belirli ve sınırlı özel hukuk alanlarında (esasen aile ve kişiler hukuku) uyuşmazlıkların çözümü yetkisi tanınmıştı. İlgili belgeler incelendiğinde, bu uyuşmazlık yetkisinin aslında gerçek bir yargısal bir yetki olmadığı, bunun uyuşmazlıkları sulh yoluyla çözme yetkisi olduğu görülmektedir. Nitekim bu kişilerin atanması sırasında kendilerine verilen yetki belgelerinde de (ferman ve beratlarda) bu açıkça görülmektedir. Bu yetkinin bugünkü anlamda aslında kurumsal ve resmî arabuluculuğa yakın olduğu söylenebilir. Bu çalışmada, gayrimüslim ruhanî liderlere tanınan uyuşmazlık çözüm yetkisinin kapsamı, günümüzle ve arabuluculuk kurumuyla karşılaştırması yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Osmanlı yargı sistemi, gayrimüslim ruhani liderlerin yargı yetkisi, arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlık çözümü*

Dispute Resolution Authority of Non-Muslim Religious Leaders in the Ottoman Judicial System and A Comparison with Mediation in Turkish Legal System

ABSTRACT

The Ottoman Empire was a country that included different cultures and beliefs in a wide geography and governed these communities for centuries. This style of government has produced and developed a legal system that can manage differences peacefully. In the literature on the subject, it is frequently and commonly but exaggeratedly and falsely expressed that non-Muslim religious groups were given a wide range of legal autonomy in the Ottoman Empire, and they were able to develop their own laws.

This is also referred to as legal pluralism. Namely, it is claimed that every non-muslim religious communities has a right to practice their own laws and religious rules without restriction. However, the Ottoman Empire had a uniform structure and institutions that applied

its own law to a significant extent in every part of the country and on every religious community. The absoluteness of state sovereignty, the principle of territoriality and the principle of generality of laws were the basic and indispensable principles of the Ottoman legal system.

The actual judicial authority belonged to the judicial bodies at different levels of the state. Only non-Muslim spiritual institutions and leaders were granted the authority to resolve disputes in certain and limited areas of private law (marriage and divorce proceedings). When the relevant documents are examined, it is seen that this dispute resolution authority is not a real judicial authority, but rather the authority to resolve disputes amicably.

As a matter of fact, this is clearly seen in the authorization documents (edicts and charters) given to non-Muslim community leaders (patriarchs and bishops) during their appointment. It can be said that this authority is actually close to institutional and official mediation in today's sense. In this study, the scope of the dispute resolution authority granted to non-Muslim spiritual leaders is compared with today's mediation institution.

Key Words: *Ottoman judicial system, jurisdiction of non-Muslim religious leaders, mediation, alternative dispute resolution, dispute resolution*

Giriş

Bir devlette farklı din, dil ve etnisitiye sahip olanların yönetim biçimine ilişkin hukukî modeller günümüzde de büyük ilgi ve tartışma konusudur. Bu yönetim tarzı çok farklı uygulamalarla yürütülse de baskıdan ziyade sulh yolu ile adım atanların, katı ve baskıcı yönetimlere nazaran farklı kimliklerin toplumsal uyumunu sağlamada daha başarılı olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada farklı din mensuplarını uzun süre yönetmiş olan Osmanlı Devleti'nde uygulanan yönetim modelinin hukukî esasları dikkate alınarak teknik bir konu olan ve hukuk usûlünde önemli bir yer teşkil eden sulh-arabuluculuk kurumu bakımından karşılaştırmasının yapılmasına çalışılacaktır. Türk hukukunda farklı hukuk disiplinlerinin

ortak çalışma yapma kültürü gelişmediği gibi Türklerin tarihi süreçte uyguladıkları hukukî sistemlerin günümüz Türk hukuku ile mukayesesine yönelik çalışmalar da yok denecek seviyededir. Bu durumu dikkate alarak günümüz Türk hukukunda son on yılda gittikçe yaygınlaşan arabuluculuk kurumu ile Osmanlı Devleti'nde farklı dini cemaat liderlerine (patrik-piskopos vb.) tanınan sulh yetkisinin bir mukayesesi yapılmaya çalışılacaktır.

Osmanlı Devleti (Devleti Aliyye) içinde gayrimüslimlere bir hukukî otonomi verildiğine ilişkin abartılı izahlar, bilimsel araştırmalara dayanmaktan ziyade yanlış bilgilerin sürekli tekrarı ile olmayan bir modelin varmış gibi gösterilmesine yol açmıştır. Buradaki görüş farklılıklarında, hukuk birliğinden ziyade çok hukukluluk varsayımının etkili olduğu görülmektedir. Ancak çok sık söylenenin aksine, yakın zamandaki çalışmalar da göstermektedir ki, aslında Osmanlı Devleti temelde çok hukuklu bir yapıya değil, kendi hukukunu Ülkenin her yerinde uygulayan yeknesak bir yapıya sahiptir. Şüphesiz bu noktada yargı erkinin (kazâ) durumu, bu erkin kullanımı, gayrimüslimlerin bu çerçevede tâbi oldukları statü önemlidir. Öte yandan İslam-Osmanlı hukuk sisteminin temel prensipleri olan mülkîlik ilkesi, kanunların genelliği prensibi ve egemenlik kavramının algılanış biçimi yönüyle hâkimiyet sembollerinin kullanımında tercih edilen yöntem nedeniyle, çok hukukluluk fikrinin isabetsizliği kolayca ortaya konulabilecek bir husustur. Bu çalışmada, Osmanlı Devleti içinde yer almış gayrimüslimlerin tüm hukukî ya da yargısal konumları ele alınmayacak; sadece gayrimüslimlerin ruhanî kurum ve liderlerinin uyuşmazlık çözümü konusundaki yetkilerinin mahiyetini ve bunun günümüzdeki anlamını ortaya koymaya çalışacağız.

İlgili belgelere, özellikle gayrimüslimlerin ruhanî liderlerinin (patrik, metropolit, hahambaşı vs.) seçim ve atanmalarına ilişkin berat ve fermanlara bakıldığında, bunların içerisinde, onlara tarafların kendi rızasıyla (rıza-yı tarafeyn) cemaat liderlerine başvurmaları halinde uyuşmazlıklarının sulh yoluyla çözülmesine (ıslah-ı nefis ya da ıslah-ı zat' il beyn) izin verildiği görülmektedir. Bu çalışmanın konusu, ruhanî kurum ve liderlere verilen bu ıslah yetkisinin anlamı ve bugünkü hukukumuz bakımından karşılığının ne olacağıdır. Çalışmada, her ne

kadar Tanzimat dönemi sonrasına da kısmen değinilecekse de, asıl olarak bu dönem öncesi dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Bu çalışmada konunun anlaşılabilmesi için önce Osmanlı yargı sistemi ve bu yargı sistemi içerisinde gayrimüslimlerin (zımmî) durumu genel olarak ele alınacaktır. Daha sonra gayrimüslim ruhanî kurum ve liderlerine tanınan, ruhsat verilen uyuşmazlık çözüm yetkisinin ne anlama geldiği incelenecek ve değerlendirilecektir. Son olarak da bu uyuşmazlık çözüm yetkisinin günümüz bakımından anlamı üzerinde durularak değerlendirilecektir. Çalışmada varılan sonuçlar bir bütün olarak ele alınarak çalışma tamamlanacaktır.

A. OSMANLI YARGI SİSTEMİNDE GAYRİMÜSLİMLERİN YERİ

1. Osmanlı Yargı Sistemine Genel Bakış

İslâm dininin hayatın bütün yönlerini düzenleyen bir yapıya sahip olmasından dolayı, İslamiyeti kabul eden milletler de, aynı zamanda bu dinin hukukunu da benimsemişlerdir. Bu çerçevede Osmanlı Devleti'nde, İslam hukukunu esas alan bir hukuk sisteminden ve buna uygun olarak yargısal bir yapıdan (kazâ yetkisi) bahsetmek mümkündür¹. Ancak bu noktada klasik olarak ikili bir ayırım yapıldığını söylemek gerekir. Birincisi, devletin müdahalesi dışında var olan, oluşan *şer'i hukuk*; ikincisi de, devlet otoritesinin ve o otoriteyi temsil edip gücünü kullanan padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan ve gelişen *örfi hukuk*. Osmanlı hukuku esasen bu iki kaynaktan beslenmektedir. Şer'i hukukun kaynağı bakımından, klasik İslâm hukuku kaynakları, yani başta kitap, sünnet, icmâ ve kıyas olmak üzere diğer kaynaklar söz konusu iken; örfî hukukun temellerinin, eski Türk-Moğol anlayışında töreye dayandığı da söylenebilir. Bu noktada şer'i hukukla örfî hukukun çatışmamasına özen gösterildiği, örfî hukukun esasen şer'i hukukun izin verdiği alanlarda ve yetki çerçevesinde düzenleme yaptığı görülmektedir. Burada yargı bakımından dikkati çeken husus, şer'i ve örfî hukuk için ayrı mahkemeler/yargı mercileri söz konusu olmaması,

¹ İslâm hukukunda yargı/kazâ kavramı ve diğer kavramlarla ilişkisi hakkında bkz. Atar, Fahrettin; İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 21 vd.

aynı mahkeme içinde bunların birlikte ve bir bütünlük içinde uygulanmaya çalışılmasıdır. Ancak zaman zaman bu ikisi arasındaki uyumun bozulduğu, özellikle örfî hukuk temsilci ve uygulayıcılarının (*ehl-i örf*), şer'î hukuk temsilcileri (*ehl-i şer'*) ile çatıştığı da rastlanan bir durumdur².

Genel çerçevesi çizilen bu yapı içinde, yargı teşkilâtı ve yargı mekanizması da gelişmiş bulunmaktadır. Osmanlı adliye teşkilâtı, Tanzimat dönemine kadar, çok uzun zaman diliminde uygulanan, her türlü uyuşmazlığın çözülüp yargılamanın yapıldığı şer'iyeye mahkemeleri esası üzerine kurulmuştur. Bu yapı uzun yüzyıllar bazı küçük değişikliklerle uygulanmış, ancak 19. yüzyıl ile birlikte bu yapıda değişiklikler olmuştur. 19. yüzyılda siyasî, sosyal, iktisadî sebeplerle, dış siyasetin etkisi, Dünya'daki gelişmeler çerçevesinde hukukta ve bunun devamı olarak adlî yapıda da değişikliklere gidilmiş, yeni bir hukuk düzeni ve yargı teşkilâtı oluşmuştur³.

Şer'iyeye mahkemelerinin uygulandığı döneme bakıldığında, kadılıklar üzerinden bir sistemin kurulduğu söylenebilir. Kadılıklar kural olarak tek hâkimli mahkemeler olsa da, toplu mahkeme şeklinde de çalışmaya bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca mahkemenin görüşünden veya bilgisinden yararlandığı müftü gibi kişiler de, doğrudan yargısal yetki anlamında olmasa da, yargı fonksiyonu içinde belirli ölçüde yer almaktadır. Kadılar, bulunduğu yerin büyüklüğüne göre, belirli yardımcılardan da yararlanabilirdi. Yargı, her zaman yürütmeden bağımsız düşünölmüş, kadılar idarenin temsilcilerinden bağımsız hareket etmişlerdir. Kadıların yargı görevleri yanında, ayrıca idarî görevleri de mevcut bulunuyordu. Kadılıklar dışında, ilk derece yargılaması da yapmakla birlikte, bugünkü anlamda tam temyiz olmasa da bir üst yargı mercii sıfatıyla görev yapan Dîvân-ı Hümayûn, Veziriâzam, Cuma, Çarşamba Divanları, Kazasker Divanları, Beylerbeyi (Eyalet) Divanları şeklinde bir yapılanma da mevcuttu. Bu genel yapı içinde kadılar, görev yaptıkları yer ve süre itibarıyla karar vermeye

² Aydın, M. Âkif; Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, İstanbul 2021, s. 66-78; Atar, s. 17 vd.

³ Aydın, M. Âkif; Osmanlı Hukuku (Devlet-i Aliyye'nin Temeli), Ankara 2020, s. 89 vd.

yetkiliydiler. Askerî konularda ve sefer halinde görev yapan kadılar ya da belirli uzmanlık gerektiren konularda uzmanlık mahkemesi niteliğindeki kadılar bulunsa da, kadılar hem hukuk hem de ceza davaları bakımından yetkiliydiler. Tanzimat dönemine kadar, aşağıda açıklanacak olan gayrimüslimlere ve onların ruhanî liderlerine tanınan bazı istisnâî yetkiler dışında, mülkîlik prensibi çerçevesinde tek hukuk sistemi esasına dayalı, devletin hükümranlık alanı içinde görev yapan şer'î mahkemeler, kural olarak herkes için ve her konuda yetkili mahkemelerdi. Bazı konu ve kişi sınırlamalarının söz konusu olduğu davalarda ya da yargılamanın daha emin şekilde görülmesi amacıyla, kadılar yerine Divân-ı Hümayûn'a yargılama yetkisi verildiği veya yargılamanın buraya aktarıldığı da görülmektedir. Bu, bazen bir hukukî gereklilikten bazen de kadıların bu yargılamalardan kaçınmalarından kaynaklanabilmekteydi⁴.

2. Gayrimüslimlerin Osmanlı Yargı Sistemi İçindeki Durumu

Bir yer İslâm devleti hâkimiyetine girdiğinde, bu yerde yaşayan gayrimüslimler ya kendilerine sunulan zimmet anlaşmasını kabul etmeyip Müslümanların hâkimiyetine geçen o yeri terketme ya da zimmet anlaşmasını kabul edip cizye ödemek ve İslâm devletinin egemenliğini kabul ederek, artık İslâm toprağı haline gelen bu *yerde* yaşamaya devam etme hakkına sahiptir. Şayet o yerde yaşamaya devam edeceklerse, kendileriyle bir anlaşma yapılır ve kararlaştırılan şartlar çerçevesinde hayatlarını sürdürürler. *Zimmet antlaşması* olarak adlandırılan bu sözleşme gayrimüslimlerle hukukî ilişkinin temelini oluşturur. Bu anlaşmanın kabul edilmesiyle artık bu kişiler devletin tebaası (vatandaşı) olup "*zimmî*" olarak adlandırılırlar. Zimmet, kelimesi lügatte ahd ve eman anlamına gelir. İslâm hukuku ıstılahı olarak ise zimmet kavramı, İslâm'ın hakimiyetini tanımak şartıyla müslüman toplumun diğer semavî din mensuplarına sağladığı koruma ve süresiz olarak yürürlükte kalan bir sözleşmeyi ifade eder. Zimmet sözleşmesi ile gayrimüslimler İslâm devletinin koruması ve vatandaşlığını kazanır. Zimmîlerin can ve mal güvenliği emniyet altında alınır, din ve vicdan

⁴ Atar, s. 109 vd.; Aydın, Hukuk Tarihi s. 78-87; Aydın, Osmanlı Hukuku, s.152 vd., 215-221 vd.;

hürriyetleri, bunlara bağlı haklar garanti edilir⁵. Devletin tebaası ve vatandaşı olan zimmîler dışında, teba olmayan, geçici bir süre izinli olarak İslâm toprağında bulunan yabancılar ise müste'menler (geçici korumaya sahip olanlar) olarak ifade edilmektedir. Bunların zimmîlere benzer yönleri olsa da, zimmîlerle aynı hukukî statüye sahip değildiler⁶.

Genel çerçevesi bu şekilde çizilebilecek olan zimmîlerin, hukukî ve yargı sistemi içindeki durumlarına da bakmakta yarar vardır. Burada çift taraflı yanlış anlaşılabilir bir durumu da tespit etmek gerekir. Zimmîler İslâm devleti içinde kendi hukuklarına, birtakım yargısal ayrıcalıklara mı sahiptir, yoksa zimmîlere de tamamen Müslümanlara uygulanan hukuk mu uygulanır? Bir üçüncü soru olarak da, zimmîler yargısal anlamda hak arama özgürlüğü bakımından bir sınırlandırma ve ötekileştirmeye tâbi tutulurlar mı?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İslâm hukukunda (bu çerçevede Osmanlı Devleti'nde de), hukuk uygulaması bakımından temel prensip mülkîliktir. Bunun anlamı, İslâm devletinin egemenliği altında yaşayan herkes, kural olarak İslâm hukukuna tâbidir. Bunun sonucu olarak, gayrimüslim zimmîler de İslâm hukukuna tâbi olurlar⁷. Yani, zaman zaman ifade edildiği gibi, burada çok hukuklu bir anlayış kural olarak yoktur. Çünkü, yargı yetkisi asıl olarak devletin, yani İslâm devletinin inhisarındadır. Bu yetki de yukarıda açıklandığı üzere başta kadılar olmak üzere ilgili yargı mercileri aracılığı ile kullanılır. İslâm hukukunda "gayrimüslim müslüman üzerine hâkim olamaz" anlayışının bir yansıması olarak, gayrimüslimlerin müslümanlar üzerinde bir yargılama yetkisi olmadığı gibi, bir zimmînin diğer zimmî üzerinde de yargılama yetkisi bulunmamaktadır.

Temel kural ve anlayış bu olmakla birlikte, bazı sınırlı konularda gayrimüslim cemaat reislerine bazı ihtilaflarda taraflar arasında, bir hakem niteliğinde olmak üzere ıslah yetkisi (tarafı sulh yoluyla barıştırma yetkisi) tanınmış, cemaat reislerinin manevî otoritesinden

⁵ Kenanoğlu, M. Macit; Osmanlı Millet Sistemi - Mit ve Gerçek, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 33.

⁶ Aydın, Hukuk Tarihi s. 153 vd.

⁷ Kenanoğlu, s. 39.

yararlanarak, daha çok dinî niteliği ağır basan bazı hukukî işlemlerde zorunlu yargı yetkisi anlamına gelmemek üzere ihtiyarî nitelikte uyuşmazlık çözmelerine müsaade edilmiştir. Ancak bu, yargı teklifiğini ortadan kaldırmamakta, devletin yargı yetkisini sınırlandırmamaktadır. Örneğin, gayrimüslimlere evlenme, boşanma merasimlerini icrada kendi dinî usûllerini takip etme-uygulama izni verilmiştir. Bu ruhsat, esasen medenî hukuk alanına ve daha özeldede ahval-i şahsiyenin bir kısmına taalluk etmektedir. Bunun dışında diğer alanlarda, bilhassa ceza ve kamusal konularda tümüyle tek bir hukuk uygulaması mevcuttur. Özel izin verilen alanlarda ise rızâ olması şartıyla gayrimüslimlere tanınmış bir imkândan söz edilebilir; yoksa gayrimüslimlerin kendi aralarındaki bir hukukî sorunu cemaat mekanizması içerisinde, tamamen devletin yargı yetkisi dışına çıkartarak ve kendi yargı yetkilerini kullanarak çözmeleri söz konusu değildir. Gayrimüslimler ağırlıklı olarak arabuluculuk niteliğindeki bu ihtiyarî çözüm yoluna müracaat etmeyi tercih etmeyerek yargısal anlamda ihtilafı çözmek isterse müracaat edilebilecek tek yargısal merci olarak kadılar, mevcut hukuk düzenine göre bu sorunu karara bağlamak durumundadır. Kısaca söylemek gerekirse, aslında zaman zaman yanlış ifade edildiği üzere, gayrimüslimlerin kendi hukukunu uygulaması veya kendi yargı sistemini oluşturması gibi bir prensip ve uygulama söz konusu değildir.

Yine Osmanlı Devleti'nde örfî hukuk kapsamında yapılan düzenlemeler ve çıkartılan kanunnamelerin kanunların genelliği ilkesine uygun biçimde tanzim edildiği, ülkede tek kanun koyucu vasfının devlete ait olduğu, başka hiçbir merci veya makama bu yetkinin tanınmadığı, bu yetkinin kullanımı bakımından ne kanun koyuculuk vasfı itibarıyla ne de kanunların cebrî uygulaması bakımından müslüman ve gayrimüslim ayrımının olduğu görülmez. Belirli durumlarda gayrimüslimler için özel kanunnameler çıkarılmış olsa da, bu tamamen devletin kendi yetkisini kullanarak toplumsal alanda düzenleme yapmasından başka bir anlam içermez; yer ve kişilere özgü bazı kanunnameler var ise de, bu genel çerçeveyi ortadan

kaldırmamaktadır. Keza gayrimüslimlere ve onların oluşturdukları topluluklara, bu anlamda geniş bir hukukî otonomi de tanınmamıştır⁸.

Bu konuyla bağlantı içerisinde ele alınan ve Osmanlı millet sistemi olarak da ifade edilen kendine özgü sistem çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalara burada yer vermeyeceğiz⁹. Burada millet kelimesi, aslında bugünkü anlamından bağımsız olarak (bir ırka, tümüyle otonomiye sahip bir ulus, nasyonalliteye değil), İslâm dini dışında gayrimüslim dinî gruplara yani İslâm hukukuna göre ehl-i kitap sayılan topluluklara işaret etmektedir. Bu sebeple gayrimüslimlere ve onların liderlerine tanınan bazı sınırlı sulh/arabuluculuk şeklindeki ihtiyarî uyuşmazlık çözüm yetkilerini, zorunlu olarak başvurulması gereken ve cebrî icra gücüne sahip bir yetkinin varlığı şeklinde değerlendirmek de doğru olmayacaktır. Ruhanî liderlere sınırlı şekilde özellikle ruhanî konularda ve dinî meselelerde bazı yetkiler tanınmış olduğu gibi, cemaati içerisinde medenî ve özel hukuk konularında uyuşmazlıkları, ancak iki tarafın rızaî olarak başvurmaları halinde barışçıl yöntemlerle çözüme yetkisi verilmiştir. Bu yetkilerin berat ve fermanlarla verildiği görülmektedir. Bu belgelerde geçen *sulh*, *ıslah*, “*rızâ-yı tarafeyn ile ıslah*”, “*ıslah-ı nefis*”, “*ıslah-ı zati'l-beyn*”, “*iki zımmi mabeynlerin rızalarıyla ıslah*” gibi kavramlar, bu duruma açıkça işaret etmektedir¹⁰.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, Osmanlı hukuk sisteminde asıl olan mülkîliktir. Yani din ve mezhepleri ne olursa olsun Osmanlı ülkesinde yaşayan herkese Osmanlı hukuku uygulanmaktadır. Nitekim berat ve fermanlarla cemaat liderlerine verilen (bahşedilen) bu yetkilerin icraî nitelik taşımayıp cemaatlerin ve cemaat liderlerinin bu yetkileri otonom yargılama yetkisi anlamına gelmediğinin en iyi göstergesi,

⁸ *Kenanoğlu*'nun burada sıkça atıf yapılan çalışmasının tamamında bu anlayış ortaya konulmuştur. Hem bu çalışmanın değerlendirilmesi hem de genel yaklaşım açısından ayrıca bkz. Aydın, Osmanlı Hukuku, s. 306.

⁹ Bu konuda *Kenanoğlu*, Osmanlı Millet Sistemi adlı eserinde ayrıntılı açıklamalar ve tartışmalar yapmış ve görüşleri değerlendirmiştir. O sebeple o çalışmaya atıf yapmakla yetiniyoruz. Özellikle bkz. *Kenanoğlu*, s. 53 vd.

¹⁰ BOA, C.ADL, No: 3580, T. 1251; Külliyyat-ı Kavanin, C. 5, No: 2617, T. 1260.

gayrimüslimlerin kendi cemaat liderlerine karşı dahi karar çıkarmak için Osmanlı mahkemelerine başvurabilmeleridir¹¹.

Asıl konumuzla da bağlantılı olarak gayrimüslimlerin cemaat kurumlarına ve özellikle cemaat liderlerine tanınan bazı spesifik yetkiler üzerinde durulmalıdır. Gayrimüslimler içinde öncelikle Rum, Ermeni ve Yahudiler Osmanlı millet sistemi olarak da ifade edilen sistem içinde yer almaktadırlar. Bu toplulukların dinî liderleri, Devletin ferman ve beratlarıyla, ayrıca malî ve idarî bazı gerekleri yerine getirerek göreve başladıklarında, kendi topluluklarının temsilcisi olma ve sorumluluğunu almak durumundaydılar¹². O sebeple bu konudaki kaynaklarda ve bizim bu çalışmamızda ruhanî reisler veya liderler ifadesi kullanılmaktadır. Ruhanî liderlerin atanması için gerekli şartların sağlanması, ayrıca bu atama için de belirli bir meblağın ödenmesi gerekmektedir. Bu ödeme, ruhanî liderin kendi dinlerinin gereği olarak topladıkları paralar üzerinden atanması sırasındaki belirli bir meblağı ve daha sonra her yıl ödemesi gereken bir meblağı içermektedir. Ruhanî liderin kendisine tanınan dinî, idarî, malî ve adlî yetkileri kullanabilmesi için bu meblağı ödemesi şarttır¹³.

Ruhanî liderlere tanınan yetkileri kullanabilmeleri için berat ve fermanlarla çerçeve çizilmesi yanında, bu iltizam sistemi de önemlidir. Kendi cemaati ve grubu içinde mültezim sıfatıyla hareket eden ruhanî lider, aynı zamanda devlet otoritesi altında ve devletle işbirliği içinde hareket etmek durumundadır. Ruhanî liderler berat ve fermanlarla belirtilen şekilde, kendi ruhanî alanlarında idarî, malî, yine ruhanî alanı kapsamında, özellikle din adamlarıyla ilgili olarak disiplin mahiyetinde cezaî bazı yetkileri haizdi. Dikkat edilirse, sınırları detaylı olarak açık biçimde çizilen bu yetkiler temelde ruhanî işlerle ilgilidir. Onun dışında ruhanî liderin, örneğin cemaatin üzerinde genel bir yargı yetkisi ya da daha somut olarak cezaî yetkisi söz konusu değildir. Devlet, din adamlarına ve dinî kurumlara saygının bir tezahürü ve onların otoritesini korumak için, bu yetkileri vermiş, imtiyazlar tanımıştır. Nitekim üst düzey ruhban sınıfının yargılanması da ilk derece şer'î

¹¹ Kenanoğlu, s. 77; Aydın, Osmanlı Hukuku, s. 307 vd.

¹² Aydın, Hukuk Tarihi, s. 152.

¹³ Kenanoğlu, s. 82-83.

mahkemede olmayıp onlara bir teminat sağlamak, saygınlıklarını muhafaza etmek için Divan'da görülmesi kabul edilmiştir¹⁴. Tüm bunlara rağmen, Devlet, yargı alanındaki münhasır yetki ve otoritesini onlara terk etmemiş ve onlara tam bir otonomi anlamına gelecek imkân da tanımamıştır. Bunların bir cemaat liderinden çok kendisine çizilen alanda, gayrimüslimlerle ilgili bir devlet organı olarak bu yetkileri kullandıklarını söylemek yanlış değildir.

Konumuz bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri, ruhanî liderlerin özel hukuk alanındaki yetkilerinin çerçevesidir. Genel anlamda kaynaklarda, özel hukukun özellikle ahvâl-i şahsiye ile ilgili kısmında gayrimüslimlerin kendi hukuklarına tâbi olduğu belirtilmektedir¹⁵. Ancak *Kenanoğlu*, bu ön kabulün tam olarak doğru olmadığını belirterek, belgelerin bunu tam doğrulamadığı, ruhanî liderlerin bu konuda özellikle ihtiyarî diyebileceğimiz, tarafların rızası ile başvurmaları halinde yetkilerinin bulunduğu, bunun dışında bu alanın cemaatlere ve ruhanî liderlere terkedilmediğini ifade etmektedir. Konumuzla bağlantı içerisinde özel hukuk alanında tanınan bu yetkinin taraf rızalarına dayanan bir uyuşmazlık çözme meselesi olduğu görülmektedir. Bunun ne anlama geldiği ise aşağıda açıklanacaktır.

B. GAYRİMÜSLİM RUHANÎ LİDERLERE TANINAN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YETKİSİ

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gayrimüslimler evlenme ve boşanma ile sınırlı olarak özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarını yargı makamı olarak değil bir arabulucu olarak kendi aralarında çözme veya ruhanî liderin tavsiye ve uzlaştırması için ruhanî kurumlara ve liderlerine müracaat imkânına sahiptirler. Tekrar belirtmek gerekir ki, gayrimüslimler kural olarak şer'î mahkemelerin yargılama alanı içindeydiler. Özellikle ceza işleri ile özel hukuk kaynaklı olsa dahi, bir müslümanla yaşadıkları uyuşmazlıklarında, keza her iki taraf gayrimüslim olsa da biri dahi uyuşmazlığı kadı huzuruna getirirse

¹⁴ Kenanoğlu, s. 276 vd.

¹⁵ Örneğin, Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 146. Bu konudaki açıklama ve değerlendirme için bkz. Kenanoğlu, s. 307.

yargılama kadı huzurunda görülmek durumunda, hatta zorundaydı¹⁶. Pratikte de gayrimüslimlerin, hatta ruhbanların ihtiyarî olarak yetkili oldukları durumlarda dahi sıklıkla şer'î mahkemelere müracaat ettikleri kayıtlardan anlaşılmaktadır¹⁷.

Yukarıda belirtilen zorunlu durumlar dışında, yani mutlaka şer'î mahkemelerde çözülmesi gereken gayrimüslimlerin taraf oldukları uyuşmazlıklar hakkında, dinî kurumların ve ruhanî liderlerin uyuşmazlık çözme yetkisinin sınırlarını da belirlemek gerekmektedir. Bu noktada temel prensip şudur: Şeriatın kabulü dikkate alındığında, kilise yetkililerine başvurmak ve orada uyuşmazlıkları kendi içlerinde cemaat reislerinin manevî otoritelerine dayalı olarak çözmek ihtiyarîdir, yani ancak her iki taraf rızaî olarak başvurursa, iradeleri bu yöndeysen mümkündür. Ruhânî kurumların bazı idarî düzenleme ve yetkileri ile uyuşmazlık çözme yetkilerini de birbirine karıştırmamak gerekir. Cemaat içi ilişkiler, idarî konular ve bunlarla ilgili sorunların çözümü, teknik anlamda yargısal bir fonksiyon ya da uyuşmazlık çözümü değildir. Ruhânî kurumlarda, zaman zaman bu tür meseleler için bazı heyetler vs. oluşturulsa da, bunlar uyuşmazlık çözümünden çok idarî bir işleyiş ya da sorun için kurulmuştur.

Burada hem verilen yetkinin kapsamını hem de uyuşmazlık çözümünün anlamını ortaya koymak gerekir. Bu konuda gayrimüslim cemaat mensupları arasında uyuşmazlıkların çözümü için verilen yetkilendirmede kullanılan ifadelerle bakmakta yarar vardır. Burada "rıza-yı tarafeyn", "ıslah-ı zat'il beyn", "ıslah-ı nefis" ya da sadece "ıslah" ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Ferman ve beratlarında, hemen hemen benzer ifadeler kullanılarak "... münâziünfih olan iki zimmî mabeynlerin rızaları ve Patrik (veya metropolit yahut hahambaşı) ma'rifetiyle

¹⁶ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 150; Kenanoğlu, s. 236-237. Şüphesiz bu tür yargılamalarda tarafların özel durumu da dikkate alınmaktaydı. Örneğin, içki içen zimmîye Hanefî mezhebince buna izin verilmesinden dolayı, kamu düzenini ihlâl etmedikçe ceza verilmemesi veya diğer kendi inançları gereğince ortaya çıkan farklılıklar söz konusudur. Her ne kadar kadı huzurunda yargılama yapılsa da bu hususlara da dikkat edilmektedir (Aydın, Hukuk Tarihi, s. 153).

¹⁷ Kenanoğlu, s. 229 vd.

ıslah olunmak ...” şeklinde formülasyonla ruhanî liderlere böyle bir yetki verilmektedir¹⁸. Örneğin,

“... yahudiyandan ... münazaa eden iki yahudi mabeynlerin rızayı tarafeyn ile ayinleri üzere hahambaşı-i mümaileyh veyahut tarafından tayin edeceği vekilleri karışıp ıslah-ı zati’l beyn ve tahkik-i madde zımında iktizası vechile”¹⁹.

“... iki zimmi beyninde vukubulan davayı rıza-yı tarafeyn ile mersum rü’yet ederek dava edenlerin beyinlerini ıslah eylemesine...”²⁰.

“... ve sair hususda dahi munazaa eden iki zimmi mabeynlerin rıza-yı tarafeyn ile ayinleri üzere patrik-i merkum veyahut tarafından tayin edeceği vekilleri karışıp ıslah-ı zati’l beyn ve tahkik-i madde zımında iktizası ...”²¹

Bu ifadeler dikkate alındığında “*rıza-yı tarafeyn*”, yani iki tarafın rızası özellikle vurgulanmaktadır. Yani gayrimüslimlerden uyuşmazlık halinde olan iki taraf da rıza gösterir ve isterse, ancak o zaman ruhanî liderleri bir uyuşmazlığa dahil olarak çözümüne yardımcı olmaktadır. Ruhanî liderlerin bu uyuşmazlıkta çözüm yetkileri ise “*ıslah*” kavramıyla ifade edilmektedir. Oysa kadılar bakımından davaların çözümü için kullanılan terminoloji “*davanın halli ve faslı*”dır²². Ruhanî reislerin görüş ve kararları, tarafların kendi rızaları ile verilen karara uymaları ile hayata geçerken, kadıların hükümlerinde tarafların rızasının hiçbir etkisi yoktur, bu kararlar cebrî icra gücüne ve devlet desteğine sahiptir.

Bu açıklamalardan sonra şunu belirtmek gerekir ki, ruhanî liderlere uyuşmazlıkların çözümünde, öncelikle berat ve fermanlarda bir

¹⁸ Kenanoğlu, s. 237.

¹⁹ Külliyyât-ı Kavanin, C. 7, No: 3051, T. Evail-i Zilhicce 1270.

²⁰ Külliyyât-ı Kavanin, C. 3, No: 2949, T. 21 Receb 1246.

²¹ Külliyyât-ı Kavanin, C. 4, No: 2950, T. 25 Muharrem 1250.

²² Kenanoğlu, s. 238.

yetki ve ruhsat verilmektedir. Bu yetki ve ruhsat verilirken, bir yargı görevlisi, şer'î mahkemelerdeki kadı gibi davayı çözmesi, hükme bağlamasından çok, ruhanî sıfatlarıyla ve bu konudaki konumlarının da manevî etkisiyle tarafların anlaşmaları, ıslah olmalarını sağlaması karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu belgelerin ileri kısımlarında, yemin verdirme (kilisede) ya da duruma göre aforos etme gibi ıslah-ı nefis yöntemlerinden de söz edilmektedir²³.

Tüm bunlar birlikte incelenip irdelendiğinde, ruhanî liderlerin gerçek anlamda bir yargısal yetki kullanmak şeklinde değil, sınırlı uyuşmazlıklar bakımından, ancak tarafların rıza ve iradeleriyle başvuracakları, daha çok sulh sağlayan üçüncü kişi konumunda, etkin bir uzlaştırmacı ve arabulucu olduğu söylenebilir.

Bu söylenenlerden çıkan ara sonucu şu şekilde ana başlıklarda toplamak mümkündür:

- Öncelikle Osmanlı devletinde tek yetkili yargı organları ve mahkemeler, şer'î mahkemelerdir. Mahkeme sıfatıyla veya bu anlamda bir cemaate tanınmış hiçbir yetki yoktur. Gayrimüslimlere bazı konularda kendi uyuşmazlıklarını sulh (ihtiyarî arabuluculuk) yoluyla çözüme yetkisi, imkânı tanınmıştır. Burada sonuç alamadıklarında başvurabilecekleri mahkemeler yine şer'î mahkemelerdir.
- Uyuşmazlığın tarafı bir müslüman veya kendi cemaatinden olmayan biri ise gayrimüslim bakımından yine uyuşmazlığın kadı önünde çözümü zorunlu bulunmaktadır.
- Yukarıda belirtilen zorunluluklar ve sınırlamalar dışında, ancak ihtiyarî konularda gayrimüslimler kendi ruhanî kurum ve liderleri önünde uyuşmazlıkların çözümü yoluna başvurabilirler.
- Bunun için de berat ve fermanlarda ruhanî liderlere bu konuda yetki verilmiş olması gerekmektedir.

²³ Bkz. yuk. 19, 20, 21 nolu dipnotlarda yer verilen belgeler.

- Ruhanî liderlere tanınan bu yetki, sınırlı alanlarda, tarafların rızası ile başvurulmuş ve bir davadaki hükümden ziyade, ıslah etme, sulh etme, uyuşmazlığı rızayla bir arabulucu sıfatıyla çözüme kavuşturma yoludur. Bunun için ruhanî liderlerin manevî otoritelerinden de yararlanılmaktadır.

Sonuç olarak ruhanî liderlere tanınan yetki bir yargı yetkisi olmayıp kamusal alanın dışında, irade özgürlüğünün söz konusu olduğu (özel hukuk alanında) belirli durumlarda, taraf rızalarına dayanan, ihtiyarî bir uyuşmazlık çözüm yetkisidir. Bunun günümüzde ne anlama geldiği ise aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır.

C. GÜNÜMÜZLE KARŞILAŞTIRMA

1. Genel Bilgi

Osmanlı Devleti döneminde gayrimüslimlerin ve onların ruhanî liderlerinin uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin günümüz bakımından değerlendirilebilmesi için bugün geçerli olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kısaca bakmakta yarar vardır.

Günümüzde hukuk alanında uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden söz edildiğinde, temelde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Birincisi, daha çatışmacı, mücadelecî, zorlayıcı bir yöntem olarak yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümüdür; ikincisi ise, yargılama yapılmadan daha barışçı ve uzlaşmacı uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Yargılama yapıldığında, bunun devlet yargısı (mahkeme-hâkim) şeklinde olması yanında, taraf iradelerinin geçerli olduğu alanlarda, tahkim yargısı (tahkim-hakem) da söz konusu olabilmektedir. Yargılama ile uyuşmazlık çözüm yöntemi, aslında klasik çözüm yöntemi olup devletin vazgeçilmez temel üç erkenden biridir²⁴.

Yargılama dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ise, genel ve üst başlık olarak *“alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ya da yolları”* denilmektedir. Burada taraf iradelerinin ağırlık kazandığı, kural olarak

²⁴ Uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku (Ders Kitabı), 10 Bası, İstanbul 2022, s. 1-2. Ayrıca Pekcanitez, Hakan; Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 8 vd.

ihthiyarî olarak başvuru, mahkeme veya tahkimdeki gibi bir yargılama ve sonucunda hüküm yoluyla değil, tarafların müzakeresi temelli, uzlaşmaya dayanan bir çözümün arandığı yol ve yöntem anlaşılmaktadır. İfadedeki alternatiften, esasen devlet yargısına mutlak bir alternatif olmayı değil, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak alternatif olmayı anlamak gerekir. Çünkü, AY m. 36'ya göre, herkesin hak arama ve adil yargılanma hakkı mevcut olup bu yollara ister önce ister sonra başvurulsun, yargı yoluna başvurma hakkı kapatılamaz, ortadan kaldırılamaz²⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, iradî/gönüllü olma ve müzakere temelli uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Taraflar doğrudan görüşme (müzakere) yoluyla uyuşmazlığı çözebilecekleri, doğrudan sulh olabilecekleri gibi; kendileri doğrudan görüşme konusunda bazı sorunlar yaşıyorlarsa, bir üçüncü kişinin yardım ve katkısıyla da bu müzakereyi yürütebilir, uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilirler. Ancak buradaki üçüncü kişi, mahkeme ve tahkimdeki gibi yargılama yapıp hüküm veren kişi konumunda olmayıp taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için zemini koruyan ve bu çözümde onlara yardımcı olup uyuşmazlığı çözmelerine yardımcı olan kişidir. Bu kişi “arabulucu” veya “uzlaştırıcı” olarak ifade edilmektedir. Bu kişiler, birer hâkim veya hakem konumunda, yürütülen faaliyet de bir yargılama değildir.

Bugün Ülkemizde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) kabulünden sonra, özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sulh, arabuluculuk gibi (yargısal yollar dışındaki) uyuşmazlık çözüm yöntemleri de teşvik edilmiş, hatta bu konuda düzenlemeler yapılmıştır (HMK m. 137, 140). Ayrıca özellikle arabuluculuk ayrı bir düzenlemeye kavuşmuş, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) kabul edilmiştir. Bu Kanun'un 1. maddesinde “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil*

²⁵ Bu konuda bkz. Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 1 vd. Ayrıca Tanrıver, Süha; Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 27 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 632 vd.; Kekeç, Elif Kismet; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 5 vd.

olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.” denilmektedir²⁶. Yine bu Kanunda yer verilen arabuluculuğun temel ilkelerine göre, arabuluculuk *iradîdir, gönüllülük* esasına dayanır (HUAK m. 3/1). Yani taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ve vazgeçmek konusunda serbesttirler. Sadece zorunlu arabuluculuk (dava şartı olan arabuluculuk, HUAK m. 18A) konusundaki özel düzenlemeler saklıdır²⁷. Arabuluculuğun ikinci önemli ilkesi eşitliktir (HUAK m. 3/2). Yani, taraflar bu süreçte eşittir ve süreç boyunca bu eşitliğin gözetilmesi gerekir. Başka bir temel ilke ise gizlilik ilkesidir (HUAK m. 4). Yani, yargılamadaki aleniyet burada söz konusu değildir, taraflar aksini kararlaştırmadıkça faaliyet gizli yürütülür²⁸.

Üzerindeki farklı tartışmalara rağmen, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre arabuluculuk son yıllarda Dünya’da ve Ülkemiz’de önemli bir aşama kaydetmiştir²⁹. Hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi denildiğinde ilk akla gelen arabuluculuktur. Arabuluculuk farklı şekillerde tasnif edilmekte, niteliğine, yürütülen faaliyetin türüne veya arabulucunun konumu ve sayısına göre bazı ayrımlar yapılabilmektedir. Bu çerçevede tarafların kendi istekleriyle herhangi bir güvendikleri kişiye başvurarak, uyuşmazlığın çözümünde katkı sağlamasını istemeleri mümkündür ki,

²⁶ Arabulucunun tanımı hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 59; Tanrıver, s. 39 vd.; Kekeç, s. 23 vd. Ayrıca Taşpolat Tuğsavul, Melis; Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 21 vd. Arabuluculuğun uygulama alanı ve arabuluculuğa elverişli alanlar için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 48 vd.; Tanrıver, s. 51 vd.

²⁷ Zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 37 vd.125 vd.; Tanrıver, s. 129 vd.

²⁸ Arabuluculuk ilkeleri hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 27 vd.; Tanrıver, s. 56 vd.; Kekeç, s. 57 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 125 vd.

²⁹ Dünya’da ve Ülkemiz’de bu konudaki gelişmeler için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven; s. 37 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 32 vd. Arabuluculuğun genel yaklaşımı ve zihni arka planı için bkz. Bush, Robert A./Folger, Joseph P. (Çev. Sart, Gamze); Arabuluculuk ve Getirileri, Ankara 2013, s. 7 vd.

bu günlük hayatımız içinde de aslında başvurduğumuz bir yöntemdir. Ancak bir de belirli şartları ve eğitimleri yerine getirerek bu konuda yetkilendirilmiş arabulucular yardımıyla uyuşmazlık çözümü söz konusudur ki, hukuk uyuşmazlıklarında daha profesyonelce gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti budur. Birincisi *adi* arabuluculuk, ikincisi ise *nitelikli* veya duruma göre *resmî* arabuluculuktur. Arabuluculuk, sadece tarafların uyuşmazlık çözüm zeminini koruyan, onların iletişimini sağlayıp kolaylaştıran, yardımcı olan “*kolaylaştırıcı*” arabuluculuk olabilir. Bunun yanında, süreci daha etkin ve kontrollü yöneten, süreç içindeki zayıf ve güçlü konumlara dikkat çeken, ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgi verip duruma göre öneride bulunan “*değerlendirici*” arabuluculuk da karşımıza çıkabilir. Ayrıca tarafların bu süreçte bir bilinç içinde kendilerini de geliştirip karşı tarafla da tam bir empati kurabilecekleri “*dönüştürücü*” arabuluculuk da olabilir. Yine arabuluculuk tekil *bireysel* ve o olaya özgü *ad hoc* arabuluculuk olabileceği gibi; kurumsal bir yapıya müracaatla yürütülen *kurumsal* bir arabuluculuk şeklinde de gerçekleşebilir³⁰.

Arabuluculuk faaliyeti belirli süreçler ve aşamaları, teknik bazı yöntemleri de içinde barındırmaktadır. Ancak, bunlar genel sistematik teknikler olsa da, bu teknikler sadece uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak amacını taşımaktadır. Bu sebeple arabuluculuk süreci ve faaliyeti, yargılamadaki katılık ve kurallarla yürütülmez, esnek bir yapıya sahiptir; arabulucu ve taraflar bu konuda geniş bir yetkiye serbestiye sahiptirler (HUAK m. 15/2)³¹. Arabulucuya başvurmakta olduğu gibi, görüşmelerin sonunda bir anlaşmaya varıp varmamakta da taraflar serbesttirler. Taraflar bir anlaşmaya varırlarsa bunu bir belgeye bağlayıp bağlamamakta ya da içeriğini tespitinde de serbestiyetleri bulunmaktadır (HUAK m. 17/2). Şayet taraflar vardıkları anlaşmanın hukuk aleminde güçlü şekilde icrasını isterlerse, belirli şartlarda bu

³⁰ Arabuluculuk türleri hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 63 vd.; Tanrıver, s. 43 vd.

³¹ Arabuluculuk faaliyet ve süreci hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 75 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 639 vd.; Tanrıver, s. 111 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd. Özellikle bkz. Kekeç, s. 128 vd.

belgeye ilâm niteliğinde belge gücü verilmesi ve ilâmlı icranın konusu olması da mümkündür (HUAK m. 18)³².

2. Gayrimüslim Ruhanî Liderlerin Uyuşmazlık Çözüm Yetkilerinin Günümüz Bakımından Değerlendirilmesi

Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin yargı sistemi karşısındaki durumu ve onların ruhanî liderlerine tanınan uyuşmazlık çözüm yetkisi, günümüz uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile karşılaştırıldığında, bunun yargısal bir yetki olmaktan çok, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yetkisi olduğu söylenebilir. Çünkü, öncelikle bu kişilere ve kurumlara tanınan yetki, hiçbir şekilde devletin yargı yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Bu anlamda mutlak bir istisna, muafiyet veya imtiyaz olmadığı gibi, devlet yargısına, yargısal anlamda da bir alternatif değildir. Gayrimüslimler kendi rıza ve iradeleriyle kendi ruhanî liderlerine uyuşmazlık çözümü için başvurmak zorunda değildirler, kadılar ve şer'î yargıya her zaman başvurma imkânları mevcuttur. Hatta kendi ruhanî liderleri huzurunda uyuşmazlık çözülmüş olsa dahi, farklı sebeplerle bu çözüme uyulmazsa yine de kadıya başvuru yolu açıktır. Bu açıdan bakıldığında bugün AY m. 36'nın sağladığı imkân ve çerçeveye mukayese edilebilecek bir devlet yargısı, adalete erişimin kapısının açık olduğu söylenebilir.

Yine ruhanî liderlerin uyuşmazlıkları çözmesi ancak tarafların rızası ve anlaşması ile mümkündür. Taraflardan biri dahi bu konuda razı olmazsa, yani rıza-yı tarafeyn gerçekleşmezse, ruhanî liderlerin uyuşmazlığı çözmeleri söz konusu olamayacaktır³³. Bu açıdan bakıldığında da iradî olma, gönüllü olma unsuru karşımıza çıkmaktadır. Yine taraflar arasındaki eşitlik ve dengenin gözetilmesi, tarafların kayırılmaması da hususuna dikkat edilmelidir. Tarafların bu süreçte

³² Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi ve arabuluculuk belgesi hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 103 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 642 vd.; Tanrıver, s. 119 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 181 vd.

³³ Bu noktada önceden izin alınarak bazı istisnaî durumlarda gayrimüslimlerin ruhanî kurumlarına başvuru yapıldığı görülmektedir. Ancak bunun için de mutlaka Devletten önceden izin alınması gerekmektedir ki, bu da sadece özel durumlar ve izinle mümkündür (Kenanoğlu, s. 242).

ıslah-ı nefis veya ıslah-ı zat'ıl beyn olmaları, yani aralarındaki kırıngınlığı kaldırıp barışmaları, barıştırılmaları, uzlaştırılmaları esastır. Bu şekilde bir uyuşmazlığın çözümü ise, yargısal hükümle değil, ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculukla karşımıza çıkmaktadır. Burada ruhanî kurum ve liderlere tanınan yetki, verilen iznin tahkim olmadığını da söylemek gerekir. Çünkü, tahkimde iradî ve özel bir yargılama yapılmakta, sonunda mahkeme kararları gibi etkiye sahip bir hüküm verilmektedir³⁴. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere ruhanî liderlere bu şekilde bir yetki ve yargılama imkânı tanınmamış, sadece uyuşmazlığı rıza ile sonuca bağlama, uzlaştırma imkânı, ruhsatı verilmiştir.

Ruhanî liderlerin yürüttükleri faaliyete bakınca, buradaki arabuluculuğun, arabuluculuk türleri içinde kurumsal, resmî ve değerlendirici arabuluculuk olduğu da söylenebilir. Arabuluculuk faaliyeti şüphesiz somut olarak arabuluculuğu yürütecek kişi üzerinden gerçekleştirilse de, belirli kurumların bu konuda uzmanlaşması, içerisinde arabuluculuk yapacak kişileri istihdam etmesi ya da listelemesi mümkündür. Günümüzde tahkim ve arabuluculuk faaliyetlerinde kurumsal tahkim veya arabuluculuk oldukça yaygındır. Örneğin, İstanbul Tahkim Merkezi, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi, ticaret odalarının tahkim ve arabuluculuk merkezleri, bu tür bir faaliyeti yürüten kurumsal yapılardır. Osmanlı dönemine bakıldığında da, müslümanlar veya gayrimüslimlerin uyuşmazlıklarını gönüllü olarak aralarında çözmeleri mümkün olduğu gibi, bir üçüncü kişiden yardım almalarına engel bir durum da yoktur. Daha sonra, sorun çıkmadıkça ve uyuşmazlık çözümüne taraflar uydukça yargıya veya başka bir yere intikali de söz konusu olmaz. Ancak taraflar daha kurumsal ve güvenilir bir yolla bu uyuşmazlığı çözmek isteyebilirler. Böyle bir durumda dava açılabilceği gibi, gayrimüslimler bakımından belirli şartlar altında ve belirli uyuşmazlıklar için, bağlı oldukları ruhanî kurum ve liderlerle de uyuşmazlığın çözümü sağlanabilir. Bu açıdan bakıldığında, ruhanî liderlerin uyuşmazlık çözümü kurumsal bir arabuluculuk faaliyetidir. Burada, mutlaka o dinî kurumun ve cemaatin lideri uyuşmazlığı çözmek zorunda değildir, yukarıda aktarılan

³⁴ İslâm hukukunda tahkim hakkında bkz. Atar, s. 283 vd.

metinlerde de zikredildiği üzere, aynı kurumsal çatı altında atayacakları temsilciler de bu faaliyeti gerçekleştirebilir.

Ruhanî liderlerin arabuluculuk faaliyeti, günümüzdeki resmî arabuluculuk faaliyetine benzemektedir. Çünkü, berat ve fermanlarla bir yetki verilmeden resmî olarak bu faaliyette bulunulamamaktadır. Bugün resmî arabulucuların da ancak belirli şartları sağlayıp arabuluculuk siciline kaydı gerekmektedir (HUAK m. 19 vd.). Çünkü, resmî arabulucu unvanı, ancak sicile kayıtlı mümkündür (HUAK m. 2/1-a, m. 6). Şüphesiz taraflar kabul ettikçe, kendilerine serbesti tanınan alanlarda herhangi bir kişinin uyuşmazlığı çözümüne katkısını alabilirler, onun aracılığıyla da uyuşmazlık çözebilirler. Örneğin, güvendikleri bir arkadaşları veya komşuları bu konuda yardımcı olabilir. Ancak bunun resmî bir anlamı yoktur, kurumsal nitelikte de değildir. Bu olsa olsa üçüncü kişinin yardımı olan bir müzakere ve sulh niteliğindedir. Oysa resmî arabuluculukta, bu konuda yetkilendirilmiş kişilerin belirli usûllerle uyguladıkları bir yöntemden söz edebiliriz. Ruhânî liderler de, önceden verilen ruhsatla bu konuda yetkilendirilmiş resmî kişilerdir.

Buradaki arabuluculuk kolaylaştırıcı arabuluculuktan çok, değerlendirici arabuluculuk mahiyetindedir. Taraflar her ne kadar kendi rızaları ile bu mercilere başvursa da, verilen yetki ve yürütülen faaliyetten anlaşılan, ruhanî liderlerin sıradan bir ara bulma, görüşmeyi kolaylaştırma işi dışında, durumu değerlendiren, taraflara telkinde bulunan, hatta uyuşmazlığın çözümü babından özellikle manevî bir etki de kullanarak belirli yönlendirmelere de başvuran bir fonksiyon üstlenmektedirler.

Gerek dönem belgelerinden gerekse özellikle Tanzimat sonrası tartışmalardan anladığımız kadarıyla, ruhanî liderlerin uyuşmazlıkları çözmeleri durumunda varılan anlaşmanın gerçek anlamda yargısal ve icraî gücü de bulunmamaktadır. Yani ruhanî liderlerin yardımıyla sağlanan anlaşma, bugünkü anlamda bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge gücünü haiz değildir. Çünkü, Tanzimat döneminde dahi, örneğin Patrikhanelerce verilen kararların, itiraz edilmeden doğrudan icra edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuştur³⁵. Tanzimat sonrasında daha

³⁵ Kenanoğlu, s. 272 vd.

fazla hak ve yetkilere sahip olan gayrimüslim kurumsal yapılarının, bu dönemde bile verdikleri kararların icra gücü ciddî itiraz konusu iken, daha önceki dönemde düzenledikleri belgelerin ilâm kuvvetinde olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla ruhanî liderlerin tarafların rızasıyla gerçekleştirdikleri anlaşma ve uzlaşma, yine taraflar bunları gönüllü olarak yerine getirir ve uygularlarsa anlamı olacak, bunun dışında bir icrâi sonucu da olmayacaktır. Bu sebeple taraflar vardıkları anlaşmaya rağmen, bu konuda bir uyuşmazlığa düşerlerse bu durumda da başvurulacak yol mahkemeye, yani kadiya müracaattır³⁶.

Sonuç olarak, gayrimüslim ruhanî liderlerinin yaptıkları iş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ancak bu, devletin yargı organlarına ikame veya onu dışlayan değil, ancak izinle yapılabilecek bir faaliyettir. Bu faaliyetin ihtiyarî bir arabuluculuk niteliği ağır basmaktadır. Yine resmî ve kurumsal bir arabuluculuk karakteri mevcuttur. Mutlaka uzlaştırma veya bir karara varma da söz konusu değildir. Keza bir anlaşmaya varılsa dahi, bu anlaşmanın mahkeme kararı gibi teknik anlamda icrâi bir gücü de bulunmamaktadır. Bu anlaşmaya rağmen, tekrar yargıya, kadılıklara başvuru mümkündür.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında konumuzla ilgili olarak sırasıyla şu sonuçları ortaya koyabiliriz:

1. Öncelikle buradaki tespitlerimizin esasen Tanzimat dönemine kadar olan devreyi kapsadığı belirtilmelidir. Her ne kadar daha sonra da kısmen benzer bir hukukî durum mevcutsa da, belirli noktalarda ayrışmalar ve farklı hukukî statü de ortaya çıkmış, en azından tartışmalar olmuştur.
2. Zaman zaman söylenenin aksine Osmanlı hukuk sistemi içinde çok başlı bir yapı olmayıp yargı teklifi esas olmuştur ve mülkîlik prensibi geçerlidir. Müslüman ve gayrimüslim teba bakımından asıl yargılama, şer'î yargı organlarında, yani kadılıklar ve duruma göre özel durumlar ya da denetim

³⁶ Bu konudaki örnekler için bkz. Kenanoğlu, s. 242-243.

mercii olarak diğer yargı görevi yapan organlardadır (Divân-ı Hümayun, veziriâzam divanları, kazasker divanları gibi).

3. Şer'i mahkemeler, kural olarak herkes için ve her konuda yetkili mahkemelerdir. Bazı konu ve kişi sınırlamalarının söz konusu olduğu davalarda ya da yargılamanın daha emin şekilde görülmesi amacıyla kadılar yerine diğer yargı organlarına (örneğin Divân-ı Hümayûn) yetki verilmiştir. Özellikle ceza ve kamusal işlerde zımmî statüsündeki gayrimüslimler için neredeyse hiçbir özel durum söz konusu değildir. Özel hukuk bakımından ise, bazı istisnâ hallerde, sınırlı olarak ahval-i şahsiyeye ilişkin belirli uyuşmazlıklarda gayrimüslimlerin ruhanî kurumları ve liderlerinin uyuşmazlık çözmelerine izin verilmiştir. Ancak buna rağmen şer'i yargı yoluna da her zaman başvurulabilir.
4. Yine gayrimüslimler bakımından tarafların birlikte rızasıyla başvurmak şartıyla, özel hukuka ilişkin meselelerde, ruhanî liderlerin uyuşmazlık çözmesi mümkündür. Ancak bunun için şu şartlar gerekmektedir:
 - a. Berat ve fermanlarla bu yetkinin açıkça verilmiş olması gerekir; bu şekilde bir yetki, icazet, ruhsat olmadan ruhanî liderlerin resmî anlamda uyuşmazlık çözmeleri, bu çözüme katkı sağlamaları söz konusu değildir.
 - b. Böyle bir yetki verilmiş olsa dahi, bu mahkemeye başvuru yolunu kapatmamakta, şer'i mahkemelere başvurmalarına engel olmamaktadır. Hatta uyuşmazlığın tarafı bir müslüman veya kendi cemaatinden olmayan biri ise gayrimüslim bakımından yine uyuşmazlığın kadı önünde çözümünü zorunlu bulunmaktadır.
 - c. Ancak özel hukuk konularında ve tarafların iradelerinin söz konusu olduğu durumlarda bu yola başvurmak mümkündür. Bu çerçevede ancak tarafların rızasıyla bu yola başvurulabilir, taraflardan bir dahi istemezse bu uyuşmazlık çözüm yolu işletilemez.

- d. Ruhanî liderlere tanınan bu yetki, davadaki hüküm vermekten ziyade, ıslah etme, sulh etme, uyuşmazlığı rızayla bir çözüme kavuşturma yoludur. Bunun için ruhanî liderlerin manevî otoritelerinden de yararlandıkları söylenebilir.
- e. Tarafların ruhanî liderler nezdinde vardıkları anlaşmanın manevî ve psikolojik yönü dışında, mutlak bir bağlayıcılığı olmayıp yargısal veya icraî karar etkisi bulunmamaktadır. Bu anlaşmaya uyulmazsa yine uyuşmazlığın kadı önüne gelmesi gerekir.
5. Gayrimüslimlere, onların ruhanî kurum ve liderlerine tanınan bu yetkinin bugünkü anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yetkisi ve yöntemi olduğu söylenebilir. Ancak bu bir tahkim değildir. Çünkü, ruhanî liderlerin yargılama yapma ve hüküm verme yetkileri yoktur; varılan anlaşma ve sonuç da bir mahkeme kararının icraî etkisine sahip değildir.
6. Gayrimüslimlere tanınan bu yetki, bugünkü anlamda yargılama dışı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğa benzemektedir. Bu arabuluculuk, taraf iradeleriyle başvurulduğu ve taraflar için zorlayıcı bir yönü de olmadığı için, ihtiyarî bir arabuluculuktur. Bu arabuluculuk faaliyeti ancak Devletin verdiği izin ve ruhsatla yapıldığı için resmî arabuluculuk mahiyetindedir. Keza, bu arabuluculuk, ruhanî liderlere alelusûl tanınmış bir yetki olmayıp buldukları kurum ve makam sebebiyle izinle yaptıkları bir faaliyet olduğundan, kurumsal arabuluculuk şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu arabuluculukta, ruhanî liderlerin manevî otoritelerinden yararlanmak ve uyuşmazlığı çözerken bu anlamda etkide bulunmak da söz konusu olduğu için, salt pasif bir kolaylaştırıcı arabuluculuktan çok, değerlendirici, kısmen de dönüştürücü arabuluculuk olduğu söylenebilir.
7. Burada taraflar bir anlaşmaya zorlanamaz, anlaşmaya varıp varmamakta serbesttirler. Bir anlaşmaya varsalar da, bu anlaşmanın gereğini yerine getirmek bakımından sadece

manevî etki ve yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir, lakin bir mahkeme kararı gibi icraî sonucu olmayacaktır. Bu sebeple ruhanî liderler önünde anlaşmaya varılsa dahi, daha sonra uyuşmazlığın mahkeme, kadı önüne getirilmesine de bir engel yoktur.

Hakem Değerlendirmesi: Hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Not peer reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Kein Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Osmanische Reich war ein Staat, der jahrhundertlang Gesellschaften mit unterschiedlichen Kulturen und Glaubensrichtungen in verschiedenen Regionen regierte. Diese Regierungsform hat auch ihr eigenes Rechtssystem hervorgebracht und entwickelt. Eine übertriebene und falsche Information ist auch, dass im Osmanischen Reich Angehörige anderer Religionen als der Muslime und ihrer Institutionen eine sehr weitgehende rechtliche Autonomie hatten und ihre eigenen Gesetze anwenden konnten. Dies wird als Multijurisdiktionalität bezeichnet. Das Osmanische Reich verfügte jedoch über eine einheitliche Struktur und Institutionen, die in allen Teilen und Segmenten des Landes in erheblichem Maße ihr eigenes Recht anwendeten. Wichtig sind hier die absolute Natur der staatlichen Souveränität, das Territorialprinzip und die Allgemeinheit der Gesetze. Die judikative Gewalt (kaza) gehörte den Justizorganen des Staates auf verschiedenen Ebenen. Nur nicht-muslimische geistliche Institutionen und Führer waren befugt, Streitigkeiten in bestimmten und begrenzten Bereichen des Privatrechts (hauptsächlich Familien- und Personenrecht) zu schlichten. Eine Analyse der einschlägigen Dokumente zeigt, dass es sich bei dieser Streitgerichtsbarkeit nicht um eine echte gerichtliche Zuständigkeit handelt, sondern vielmehr um eine Zuständigkeit für die Beilegung von Streitigkeiten durch Schlichtung. Dies geht aus den Genehmigungsdokumenten (im Falle von Erlassen und Bescheinigungen) hervor, die diesen Personen zum Zeitpunkt ihrer Ernennung erteilt wurden. Diese Genehmigung kommt einer institutionellen und formellen Vermittlung im heutigen Sinne gleich. In dieser Studie wird der Umfang der Streitbeilegungsbefugnis, die nicht-muslimischen geistlichen Führern eingeräumt wurde, analysiert und mit der heutigen Zeit und der Institution der Mediation verglichen.

KAYNAKÇA

- ATAR, Fahretin; İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- AYDIN, M. Âkif; Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, İstanbul 2021. (Hukuk Tarihi)
- AYDIN, M. Âkif; Osmanlı Hukuku (Devlet-i Aliyye'nin Temeli), Ankara 2020. (Osmanlı Hukuku)
- BUSH, Robert A./Folger, Joseph P. (Çev. Sart, Gamze); Arabuluculuk ve Getirileri, Ankara 2013.
- EKMEKÇİ, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- KEKEÇ, Elif Kısmet; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- KENANOĞLU, M. Macit; Osmanlı Millet Sistemi – Mit ve Gerçek, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- KÜLLİYÂT-I KAVANİN, C. III, IV, V, VII.
- PEKCANITEZ, Hakan; Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku (Ders Kitabı), 10 Bası, İstanbul 2022.
- TANRIVER, Süha; Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Sportstrafrecht – Ein analytischer Blick auf spezielle Straftatbestände im deutschen Strafrecht zum Schutz der „Integrität des Sports“

Spor Ceza Hukuku - Alman Ceza Hukukunda "Sporun Bütünlüğünün" Korunmasına Yönelik Suç Tiplerine Analitik Bir Bakış

Ass. Prof. Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

Spor, hukukun ve tabii olarak ceza hukukunun konusudur. Öncelikle, spor müsabakalarını manipülasyonlardan ve dopingden korunması amaçlanmaktadır. 2017 yılında Alman Ceza Kanunu'na iki özel ceza normu ihdas edilmiştir: StGB 265c maddesi = spor bahisleri dolandırıcılığı ve StGB 265d maddesi = profesyonel spor müsabakalarının manipülasyonu. Bu düzenlemelerde korunan hukuksal değer ne olduğuna ilişkin büyük bir tartışma bulunmaktadır. Yasa koyucu korunan hukuksal değeri „Spor bahisleri dolandırıcılığı ve profesyonel spor müsabakalarının manipülasyonları, sporun bütünlüğünü zedeler ve başkalarının malvarlığı üzerinde hileli hareketlerle zarara neden olur. Spor müsabakalarının güvenilirliğini, özgünlüğünü ve bu suretle bir toplumsal ve ekonomik anlamda sporu zedeler.“ şeklinde açıklamaktadır. Alman ceza hukuku öğretisinde korunan hukuksal değer ne olduğu yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Yasa koyucu hâlihazırda 2015 yılında Dopingle Mücadele Kanunu'nu

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X.



düzenlemiştir. Doping, vücut geliştirmedeki dopingden devlet tarafından yönetilen doping sistemine kadar uzanmaktadır. Bu düzenlemede de sporun bütünlüğü korunması gereken değer olarak görülmektedir. Ve bu düzenlemenin de meşruiyeti tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca „Sporun Bütünlüğü“ nün ceza hukukuyla korunması gerekirken, diğer görüş uyarınca tartışmalıdır. Bu ise „Sporun Bütünlüğü“nün korunmasının Alman ceza düzenlemelerindeki tartışmalı meşruiyetinin bugüne kadar devam ettiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Spor hukuku, doping, dopingle mücadele, spor bahisleri dolandırıcılığı, spor müsabakalarının manipülasyonu.

Sports Criminal Law - An Analytical Look at Specific Criminal Offences in German Criminal Law to Protect the “Integrity of Sport”

ABSTRACT

Sport is the subject of law and therefore also of criminal law. It is primarily a matter of protection against manipulation of sporting competition and doping. In 2017, two specific criminal provisions were introduced into the StGB: § Section 265c StGB = sports betting fraud and Section 265d StGB = manipulation of professional sports competitions. There is a fierce dispute as to what the protected legal interests are. The legislator says: “Sports betting fraud and manipulation of professional sports competitions impair the integrity of sports and fraudulently damage the assets of others. They undermine the credibility and authenticity of the sporting contest and thereby jeopardize the social and economic importance of sport.” In criminal law literature in Germany, the question of protected legal interests is hotly debated. Back in 2015, the legislature enacted the Anti-Doping Act. Doping ranges from a state-organized doping system to doping in the body image scene. Here, too, the integrity of sport appears as a protective purpose. Here, too, there are doubts about its legitimacy. The integrity of sport - some believe in it, others doubt its protection by criminal law. This proves to this day the dubious legitimacy of the

German criminal provisions for the protection of the "integrity of sport".

Keywords: *Sports law, doping, anti-doping, sports betting fraud, manipulation of sports competitions.*

Gliederung

- I. Erste Worte
- II. Die Normen des spezifischen Sportstrafrechts
- III. Sportwettbetrug (§ 265c StGB) und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB)
 1. Warum gibt es die §§ 265c und § 265d StGB?
 - 2.. Streit um das geschützte oder um die geschützten Rechtsgüter
 3. Korruptionscharakter: Unrechtsvereinbarung
 - 4.. Organisierter Sport oder berufssportlicher Wettbewerb?
 - 5.. Sportwettbetrug nach § 265c StGB
 - 6.. Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben nach § 265d StGB
- IV. Strafbarkeit des Doping
 1. Warum gibt es das Anti-Doping-Gesetz?
 2. Schutzzweck des Anti-Doping-Gesetzes
 - 3.. Fremddoping = § 2 AntiDopingG
 - 4.. Selbstdoping = § 3 AntiDopingG
 5. Stichwort: Freiverantwortliche Selbstgefährdung
- V. Worte zum Schluss
 - I. **Erste Worte**

Sport – Profisport und Amateursport, Leistungssport und Freizeitsport, Beruf und sportlicher Wettbewerb und Spaß und Freizeit und Vergnügen. Ob und in welchem Umfang Sport in der Gesellschaft und im Recht geschützt werden soll und muss, darauf muss jede

Gesellschaft und jede Rechtsordnung eine eigene Antwort finden und geben. An erster Stelle steht die rechtspolitische Frage, ob der Sport autonom durch seine Verbände vor Manipulation und Doping geschützt wird = nationale und internationale Verbandsautonomie des Sports mit eigenständiger und unabhängiger Gerichtsbarkeit. Oder ob zum Schutz des Sports ergänzend der staatliche Schutz durch das Strafrecht erforderlich ist. Der deutsche Gesetzgeber ist den zweiten Weg gegangen. Sport ist zum Gegenstand besonderer Strafvorschriften im StGB und im sog. Nebenstrafrecht = AntiDopingGesetz geworden und Gegenstand der staatlichen Strafrechtspflege.

Aus der Süddeutschen Zeitung am 2.7.2022: Schatten über dem Tour-Start

Die Pressekonferenz, auf der sich die Radsport-Equipe Bahrain-Victorious am Donnerstag den Fragen der Reporter stellte, wie jede Auswahl vor dem Start der Tour de France, geriet zu einem, nun ja, ulkigen Schauspiel. Die Journalisten hatten zwar brav jede Menge Fragen mitgebracht, vor allem rund um die Polizeivisiten, die dem Team in den vergangenen Tagen wieder zuteil geworden waren. Doch weil Fahrer und Betreuer zu all dem nichts sagen konnten oder mochten, war die Fragerunde schnell vorbei. Dafür stellten die Ermittler aus Frankreich und die Behörde Europol am Freitag ein wenig mehr Erhellendes parat. Sie sprachen von einer Operation, die auf "verbotene Substanzen im Radsport" ziele. Man habe zwischen dem 27. und 30. Juni rund 14 Anwesen in Italien, Spanien, Belgien, Polen, Slowenien, Kroatien und Dänemark durchsucht; außerdem das Teamhotel der Mannschaft in Kopenhagen, wo am Freitagabend die erste Etappe der diesjährigen Tour anbrach. Im Fokus der Untersuchungen standen demnach der Sportchef, drei Fahrer - der Italiener Damiano Caruso überführte sich selbst als Betroffener -, dazu ein Osteopath, ein Teamarzt sowie der Sitz des Teameigentümers in Italien. Die Ermittler beschlagnahmten "elektronisches Material (Handys, Computer, Festplatten)" sowie, und da wird es nun interessant, "Medikamente", die laut Behörden "verschreibungspflichtig oder unbekanntem Ursprungs sind". Man werde alle beschlagnahmten Beweisstücke forensisch untersuchen.

II. Die Normen den spezifischen Sportstrafrechts

Themen meines Beitrags sind die speziellen Strafvorschriften im deutschen Strafrecht, die unmittelbar dem Schutz der Integrität des Sports dienen: die §§ 265c und 265d StGB und die Vorschriften des AntiDopingGesetzes. Themen meines Beitrags sind nicht allgemeine Strafvorschriften, die einen zufälligen Bezug zum Sport haben können. Daher werde ich mich insbesondere nicht mit dem Betrug nach § 263 StGB befassen. Vor Einführung des § 265c StGB im Jahr 2017 wurde versucht, Fälle der Spielmanipulation im Zusammenhang mit Sportwetten als Betrug nach § 263 StGB zu erfassen¹. Stichwort: Der Fall des Schiedsrichter Hoyzer. Das soll und kann nicht Gegenstand meines Beitrags sein. Und es soll und kann auch nicht Gegenstand meines Beitrags sein, ob sich ein Sportler oder eine Sportlerin durch die gedopte Teilnahme an einem sportlichen Wettbewerb wegen Betrug strafbar macht - zum Nachteil des Veranstalters des sportlichen Wettbewerbs, zum Nachteils des Preisspenders, zum Nachteil der sportlichen Konkurrenten, zum Nachteil des Sponsors oder gar zum Nachteil der zahlenden Zuschauer².

III. Sportwettbetrug (§ 265c StGB) und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB)

Der Deutschlandfunk berichtete am 18.01.2016: Wettskandal im Tennis: Spiel, Satz, Betrug?

Ein möglicher Wettskandal hat den Auftakt der Australian Open überschattet. Noch bevor im Melbourne Park die ersten Ballwechsel gespielt wurden, sorgen Medienberichte über angebliche Spielabsprachen unter Beteiligung von Top-50-Profis für helle Aufregung. Hat die Wettmafia dank manipulierter Tennisspiele abkassiert? Das Herrenfinale von Wimbledon 2015 – Novak Djokovic verwandelt den entscheidenden Matchball. Dieses Spiel steht nicht unter

¹ Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 220 ff.

² Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 125 ff.; Ruppert, *Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport*, CH Beck, München, SpuRt 2020, 106 (109).

Zweifel, wohl aber drei andere Partien in Wimbledon. Sie liegen allerdings wie die meisten anderen Fälle rund zehn Jahre zurück. Wimbledon-Sieger Novak Djokovic bestreitet denn auch, dass die Tenniswelt an der Spitze von Wettmanipulationen betroffen sei. Er selbst berichtete allerdings kürzlich, dass ihm zu Beginn seiner Karriere 110.000 Pfund angeboten wurden, wenn er ein Match absichtlich verliere.

„Die Beweislage damals war sehr stark, berichtet jetzt der Wettanalyst Mark Philipps. Der Internationale Tennisverband habe aber damals faktisch nichts aufgrund ihrer Ermittlungen unternommen, was sehr frustrierend gewesen sei. Im Fokus bei uns standen sechs bis zehn Spieler. Wir haben neun Monate lang untersucht. Kein Spieler ist aber disziplinarisch bestraft worden von der TIU.“

Die TIU ist die Tennis Integrity Unit – die Untersuchungsbehörde wurde eigens im September 2008 vom Welttennisverband ATP ins Leben gerufen, um den Beschuldigungen nachzugehen. Die Wettanalysten übergaben der TIU die Analysen von 27.000 Tennisspielen. 16 Spieler aus den Top 50 der Weltrangliste gehörten zu den Beschuldigten. Wer sie sind, ob sie bestraft wurden – darüber gibt es keine öffentlichen Informationen. Es sollen lediglich nachrangige Spieler gesperrt worden sein. Etliche der Top 16 aber sollen heute noch aktiv und jetzt sogar bei den laufenden Australian Open in Melbourne mit dabei sein.

„Wir unterdrücken keine Beweise, beteuert dagegen der Präsident des Welttennisverbands, ATP, Chris Kermode. Die TIU erhielt damals alle Informationen und Auswertungen. Aber es waren keine Beweise, das ist ein großer Unterschied.“

Der BBC und dem US-Medienportal BuzzFeed wurden allerdings Daten zugespielt, wonach die Wettmafia hunderttausende von Dollar dank manipulierter Tennisspiele abkassiert hat. Beteiligt seien Wett syndikate aus Russland und Italien. Gewettet werde auf alles: wer ein Spiel gewinnt, einen Satz oder auch nur den ersten Aufschlag. Namen von belasteten Tennissportlern werden allerdings nicht genannt. Im Moment steht Aussage gegen Aussage: Der Tennisverband und die Spitzen halten den Sport für sauber, Kritiker und Insider nicht.

Im Jahr 2017 wurden die beiden spezifischen Straftatbestände des Sportstrafrechts in das StGB eingeführt: § 265c und § 265d StGB.

Hier sind - auszugsweise - die beiden deutschen Strafvorschriften in ihrem Wortlaut:

Der § 265c StGB - Sportwettbetrug:

1) Wer als Sportler oder Trainer einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er den Verlauf oder das Ergebnis eines Wettbewerbs des organisierten Sports zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse und infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werde, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Sportler oder Trainer einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er den Verlauf oder das Ergebnis eines Wettbewerbs des organisierten Sports zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse und infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werde.

(5) Ein Wettbewerb des organisierten Sports im Sinne dieser Vorschrift ist jede Sportveranstaltung im Inland oder im Ausland,

1. die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird und

2. bei der Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen verabschiedet wurden.

Der § 265d StGB - Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben:

(1) Wer als Sportler oder Trainer einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er den Verlauf oder das Ergebnis eines berufssportlichen

Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Sportler oder Trainer einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er den Verlauf oder das Ergebnis eines berufssportlichen Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse.

(5) Ein berufssportlicher Wettbewerb im Sinne dieser Vorschrift ist jede Sportveranstaltung im Inland oder im Ausland,

1. die von einem Sportbundesverband oder einer internationalen Sportorganisation veranstaltet oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird,

2. bei der Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen verabschiedet wurden, und

3. an der überwiegend Sportler teilnehmen, die durch ihre sportliche Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen.

Die jeweiligen Absätze 3, 4 und 6 enthalten entsprechende Regelungen für Schiedsrichter und eine Legaldefinition für Trainer.

§ 265e StGB bildet ein Regelbeispiel für die beiden Straftatbestände. Das ist wichtig für § 100a Abs. 2 Nr. 1 p) StPO = Überwachung der Telekommunikation als eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme.

1. Warum gibt es die §§ 265c und § 265d StGB?

Der Gesetzgeber gibt eine klare Antwort: Strafbarkeitslücken sollen geschlossen werden.

„Eine strafrechtliche Verfolgung von Sportwettbetrug ist nach geltendem Recht nur unzureichend möglich. Der allein auf den Schutz fremder Vermögensinteressen ausgerichtete Betrugstatbestand (§ 263 des Strafgesetzbuches – StGB) bildet den Unrechtsgehalt des Wettbetrugs im Sport

und dessen Gefahren für den Sport nicht ausreichend ab. Er hat zudem die Strafverfolgungspraxis vor Anwendungs- und Nachweisschwierigkeiten gestellt, die eine effektive Strafverfolgung erschweren. Auf die Manipulation sportlicher Wettbewerbe ohne Bezug zu Sportwetten ist der Betrugstatbestand grundsätzlich nicht anwendbar. Auch der Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) greift bei korruptiver Beeinflussung von sportlichen Wettbewerben grundsätzlich nicht. Damit bestehen bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Sportwettbetrug und Manipulationen von berufssportlichen Wettbewerben Lücken, die durch den vorliegenden Gesetzentwurf geschlossen werden solle n.“³

2. Streit um das geschützte oder um die geschützten Rechtsgüter

Gestritten wird in den beiden noch immer jungen Strafvorschriften über die großen und über die kleinsten Rechtsprobleme. Beginnend mit: Was sind die geschützten Rechtsgüter? Was ist überhaupt Sport? Endend mit: Welchen normativen Aussagegehalt hat das kleine Wort „infolgedessen“ in Bezug auf den rechtswidrigen Vermögensvorteil in § 265c Abs. 1 StGB? Oder was ist ein erheblicher Umfang in § 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB?

Also, was ist oder was sind die geschützten Rechtsgüter der beiden Strafvorschriften?

Das sagt der Gesetzgeber⁴: *„Sportwettbetrug und Manipulationen von berufssportlichen Wettbewerben beeinträchtigen die Integrität des Sports und schädigen in betrügerischer Weise das Vermögen anderer. Sie untergraben die Glaubwürdigkeit und Authentizität des sportlichen Kräftemessens und gefährden dadurch den Sport in seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung.“*

Sport hat in der Bundesrepublik Deutschland eine herausragende gesellschaftliche Bedeutung. Er ist Träger von positiven Werten, wie Leistungsbereitschaft, Fairness, Toleranz und Teamgeist. Sportliche Wettbewerbe vermitteln diese Werte. Sie schaffen Vorbilder für junge Menschen

³ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2018, 1.

⁴ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2018, 10.

und lehren, sich über Siege zu freuen und Niederlagen zu ertragen. Darüber hinaus ist der Sport nicht zuletzt infolge der Professionalisierung, Medialisierung und Kommerzialisierung im Bereich des Spitzen- und Leistungssports zu einem herausragenden wirtschaftlichen Faktor geworden. Große Sportveranstaltungen wie Weltmeisterschaften und Olympische Spiele sowie nationale und internationale Ligen generieren erhebliche Umsätze und Gewinne (...).

Die Integrität des Sports beruht wesentlich auf der Unverfälschtheit und Authentizität sportlicher Wettbewerbe, bei denen sich die Teilnehmer unter Einhaltung der sportartspezifischen Regeln und unter Beachtung des Gebotes der Fairness untereinander messen und bei denen derjenige gewinnt, der die besten Leistungen erbringt. Das Ergebnis und der Verlauf sportlicher Wettbewerbe sind ihrem Wesen nach unvorhersehbar und darin liegt für Sportler wie Zuschauer ihre besondere Attraktivität. Wird die Unvorhersehbarkeit des Ausgangs eines Wettkampfs durch Manipulationen konterkariert, verliert der Sport seine Glaubwürdigkeit (...). Wettbewerbe, deren Authentizität in Frage steht, können die Faszination und Werte des Sports wie Leistungsbereitschaft, Fairness und Teamgeist nicht mehr vermitteln, so dass die Gefahr besteht, dass der Sport das Interesse einer breiten Öffentlichkeit verliert und damit seine gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung einbüßt.

Von Sportwettbetrug und Manipulationen von berufssportlichen Wettbewerben geht außerdem eine erhebliche Gefahr für das Vermögen anderer aus. Neben den Anbietern von Sportwetten und Wettteilnehmern, die durch manipulierte Sportwettbewerbe und darauf gezielt gesetzte Wetten finanziell geschädigt werden, können vor allem bei hochklassigen Wettbewerben mit berufssportlichem Charakter auch die am Wettbewerb beteiligten ehrlichen Sportler sowie Sportvereine, Veranstalter und Sponsoren Vermögensschäden erleiden.

Die herausragende gesellschaftliche Rolle des Sports sowie seine große wirtschaftliche Bedeutung machen es erforderlich, den Gefahren, die von Sportwettbetrug und Manipulationen berufssportlicher Wettbewerbe für die Integrität des Sports und das Vermögen anderer ausgehen, auch mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten.“

Die Integrität des Sports und die mit dem Sport verbundenen legitimen Vermögensinteressen sollen durch die beiden neuen Strafvorschriften geschützt werden. Überzeugt das? Die Antwort im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum ist weitgehend eine skeptische Antwort⁵.

Die beiden Delikte sind abstrakte Gefährdungsdelikte⁶. Zu deren Vollendung bedarf es weder des Abschlusses der Unrechtsvereinbarung noch der tatsächlichen Vornahme der Manipulation des sportlichen Wettbewerbs noch des Abschlusses der Sportwette oder deren Auszahlung⁷. Bereits mit dem einseitigen Fordern bzw. dem einseitigen Anbieten im Sinne der Strafvorschriften sind die Delikte vollendet. Das führt zu einer sehr weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit. Eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit bedarf einer besonderen Legitimation. Die im Vordergrund stehende Integrität des Sports genügt nicht. Integrität bedeutet die Unverletzlichkeit jener Regeln, die eine Institution konstituieren. In diesem Sinn sei deren Schutz eine staatliche Aufgabe⁸. Aber: Integrität ist ein ethischer und moralischer Wert. Im Vergleich zur Integrität der öffentlichen Verwaltung (§§ 331 ff. StGB)

⁵ Lackner/Kühl/Heger, StGB, CH Beck, München, 29. Aufl., 2019, § 265c Rn. 1; Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21; Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265c Rn. 1 ff. § 265d Rn. 1 ff.; Pfister, *Die geplanten Straftatbestände „zur Bekämpfung der Korruption im Sport“*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, StraFo 2016, 441; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl., 2019, § 265c Rn. 6 ff., § 265d Rn. 8; Swoboda, Sabine/Bohn, Andre, *Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben: Neue Straftatbestände zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe*, CH Beck, München, JuS 2016, 686.

⁶ Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c - 265c StGB) - gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (810 f).

⁷ Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c - 265c StGB) - gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (810 f).

⁸ Kubiciel, *Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität*, CH Beck, München, ZRP 2019, 200 (202).

und zur Integrität des gewerblichen Wettbewerbs (§§ 299 ff. StGB) als Korruptionsdelikte verliert sich die Integrität des Sports in gesellschaftlichen und ethischen und moralischen Werten. Trotz aller angeführten charakterfördernden Eigenschaften durch sportliche Wettkämpfe bleibt deren tatsächliche Bedeutung für die Gesellschaft als Gesamtheit doch fraglich⁹. Leistungsbereitschaft, Fairness und Toleranz markieren primär und ausschließlich moralische Werte, die nicht ohne Weiteres in das Strafrecht übertragen werden können¹⁰. Das zeigt gerade die Diffusität von Begriffen wie Fairness, Toleranz oder Teamgeist, wie sie der Gesetzgeber aufzählt. Wer hier für einen umstandslosen Import dieser Werte in das Strafrecht eintritt, unterläuft die für ein rechtsstaatliches, am Bestimmtheitsgrundsatz ausgerichtetes Strafrecht schlechthin konstitutive Trennung von Strafrecht und Moral¹¹. Die Integrität des Sports mag in Politik und Gesellschaft erstrebenswert sein. Für das geordnete Zusammenleben der Menschen in einer freiheitlichen Gesellschaft ist dessen Bestand nicht erforderlich¹². Das gilt insbesondere, weil der Sport in Gesellschaft und Politik immer noch überwiegend als ein aktives und passives Freizeitvergnügen im Breitensport und als populäre Massenunterhaltung im Spitzensport wahrgenommen wird. Bei der Integrität handelt es um einen moralischen Maßstab¹³. Vage Allgemeininteressen gehören nicht zu dem Kern der strafrechtlich zu schützenden Interessen. Der Begriff diene letztlich der moralischen Aufwertung des Wettbewerbs- und Vermögensschutzes¹⁴. Der Begriff der Integrität des Sports lässt sich mit

⁹ Pfister, *Die geplanten Straftatbestände „zur Bekämpfung der Korruption im Sport“*, CH Beck, München, StraFo 2016, 441.

¹⁰ Stellungnahme BRAK Nr. 8/2016 zum Referentenentwurf, 4.

¹¹ Stellungnahme BRAK Nr. 8/2016 zum Referentenentwurf, 4.

¹² Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265c Rn. 2; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl., 2019, § 265c Rn. 6.

¹³ Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (26); Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, CH Beck, München, 4. Aufl., 2019, § 265c Rn. 6.

¹⁴ Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (26).

beliebig vielen Wert- und Wunschvorstellungen füllen. So geschieht es ja auch beim Gesetzgeber. Und wenn die Integrität des Sports ein von Strafrecht zu schützendes Rechtsgut sein soll, warum dann nicht auch die Integrität der Wissenschaft oder die der Kunst? Die Integrität des Sports ist daher als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut nicht anzuerkennen. Die Integrität des Sports ist eher ein politischer Programmsatz¹⁵. Und so verengt sich der strafrechtliche Schutz auf andere Rechtsgüter. Unter Beachtung des Umstandes, dass im Bereich des Sports innerhalb der letzten Jahrzehnte eine erhebliche Kommerzialisierung erfolgt ist, wird erkennbar, dass mit der Einführung der §§ 265c, 265d StGB tatsächlich vorrangig die mit dem Sport verbundenen – teils erheblichen – Vermögensinteressen von Wettanbietern, Mitwettenden und auch sonstiger Beteiligten wie der Sportverbände oder der einzelnen Sportler besonders geschützt werden sollen¹⁶. Zu erwähnen ist auch die staatliche Sportförderung des Bundes und der Bundesländer. Diese Vermögensinteressen können gewiss durch die Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gefährdet und geschädigt werden. Das sind aber nur mittelbare, im Vorfeld nur schwer bezifferbare Folgen. Ergebnis: Für § 265d StGB = Manipulationstatbestand lässt sich kein Rechtsgut benennen, das die Norm legitimiert¹⁷. Das von § 265c StGB = Sportwettbetrug geschützte Rechtsgut ist das *Vermögen* der Sportwettanbieter und der anderen Wettteilnehmer, das bereits einen Schutz im Vorfeld der Verletzung erfährt¹⁸. Diese Legitimation passt nicht zu § 265d StGB. Übrigens: Wenn es die eine Ansicht gibt, die entgegen den Motiven des Gesetzgebers in §

¹⁵ Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, Carls Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl., 2019, § 265c Rn. 6.

¹⁶ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265d Rn. 4; Swoboda, Sabine/Bohn, Andre, *Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben: Neue Straftatbestände zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe*, CH Beck, München, JuS 2016, 686 (689).

¹⁷ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265d Rn. 1.

¹⁸ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265c Rn. 1; kritisch Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl., 2019, § 265c Rn. 7.

265d StGB kein geschütztes Rechtsgut entdeckt, gibt es auch eine entgegengesetzte Auffassung, die im Ergebnis sogar drei Rechtsgüter durch das Delikt geschützt ansieht: die Integrität des Sports, das Vermögen und den wirtschaftlichen Wettbewerb¹⁹. Bei der Diskussion um die geschützten Rechtsgüter einer Strafvorschrift – teleologische Auslegung – lassen sich für jeden Diskutanten Argumente in jede Richtung finden. Oder: Mit einer logischen Argumentation lässt sich fast jedes Ergebnis vertreten – jeder kann das teleologische Ergebnis in die Norm hineinlesen, das er oder sie erreichen will.

Und: Der Gesetzgeber will mit den beiden Vorschriften maßgebliche Gesetzeslücken schließen. Die PKS 2021 weist für das Jahr 2021 zwei Verdachtsfälle des Sportwettbetrugs und einen Fall der Manipulation eines berufssportlichen Wettbewerbs auf. Da stellt sich die berechnete Frage, wo diese vom Gesetzgeber behaupteten Gesetzeslücken sind.

3. Korruptionscharakter: Unrechtsvereinbarung

Die Struktur der beiden Straftatbestände Sportwettbetrug nach § 265c StGB und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben nach § 265d StGB ist identisch. Sie haben beide die Rechtsnatur eines Korruptionsdeliktes wie die §§ 299 ff. und 331 ff. StGB²⁰. Mit den beiden Vorschriften wird erstmals korruptives Handeln, das sich auf die Manipulation von Sportwettbewerben richtet, unter Strafe gestellt. Der Unrechtskern ist eine einseitig angestrebte oder sogar gemeinsam eingegangene Unrechtsvereinbarung zwischen einem Sportler oder einer Sportlerin - andere Tätergruppen sind nicht Gegenstand meines Beitrags - als Nehmer oder Nehmerin eines Vorteils und einer anderen Person als Vorteilsgeber. Der Gegenstand der Unrechtsvereinbarung in § 265c und § 265d StGB unterscheidet sich erheblich. Ein solche Unrechtsvereinbarung liegt vor, wenn zwischen Vorteilsnehmer/in = Sportler/in und Vorteilsgeber/in eine Übereinkunft angestrebt wird oder

¹⁹ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 10.

²⁰ Cherkeh/Momsen/Orth/Momsen, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 170.

sogar eingegangen wird, dass zwischen Vorteil und der vom Vorteilsnehmer/in = Sportler/in zu erbringenden Leistung eine inhaltliche Verknüpfung besteht. Kollusives Handeln zwischen beiden Seiten ist erforderlich bzw. wird angestrebt. Inhalt der Unrechtsvereinbarung nach § 265c StGB ist, dass der Sportler oder die Sportlerin als Vorteilsnehmer/in den Wettbewerb des organisierten Sports zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse und infolgedessen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werde. Inhalt der Unrechtsvereinbarung nach § 265d StGB ist, dass der Sportler oder die Sportlerin als Vorteilsnehmer/in den Wettbewerb eines berufssportlichen Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse. Beide Strafvorschriften enthalten in ihrem Absatz 5 je eine sprachlich und rechtlich komplizierte Legaldefinition für den Wettbewerb des organisierten Sports bzw. für den berufssportlichen Wettbewerb. Bereits der Wortlaut beider Vorschriften zeigt unabhängig von den vielfachen Auslegungsproblemen im Einzelnen einen wesentlichen Unterschied. Der Straftatbestand des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) betrifft in einem weiten Sinn den Wettbewerb des organisierten Sports. Der Straftatbestand der Sportmanipulation (§ 265d StGB) bezieht sich in einem engeren Sinn auf berufssportliche Wettbewerbe. Die tatbestandliche Weite des § 265c StGB wird dadurch eingeschränkt, dass die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine auf den manipulierten Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette Teil der Unrechtsvereinbarung ist.

4. Organisierter Sport oder berufssportlicher Wettbewerb?

Die Definitionen in den jeweiligen Absätzen 5 sind umfassend und in ihren Einzelheiten auslegungsbedürftig²¹. Aber diese Wertung gilt für die gesamte Rechtsordnung und im Strafrecht wegen Art. 103 Abs. 2 GG besonders. Bereits die gesetzliche Formulierung der

²¹ Dazu Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c - 265d StGB) - gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (812).

Täterseite „wer als Sportler“ weist auf eine grundlegende Problematik der beiden Strafvorschriften hin.

Was ist Sport?

Der Gesetzgeber²²: *„Der Kreis der vom Tatbestand erfassten Sportorganisationen soll sich am allgemeinen Verständnis des Sportbegriffs orientieren. Allerdings handelt es sich bei dem Begriff „Sport“ um einen umgangssprachlichen, weltweit gebrauchten Begriff, der keine eindeutige begriffliche Abgrenzung zulässt (...). Alle Sportarten sind Teil des gesellschaftlichen Lebens und damit historischen, sozialen, politischen und wirtschaftlichen Veränderungen unterworfen. Das Selbstverständnis der Organisation oder ihre eigene Bezeichnung als „Sportart“ oder „Sportorganisation“ kann dabei nicht konstituierend wirken. Maßgeblich werden vielmehr die jeweils herrschenden Anschauungen innerhalb der Gesellschaft zum Verständnis des Sportbegriffs sein. Die Anerkennung durch einen nationalen oder internationalen disziplinübergreifenden Sportverband kann dabei ein Anhaltspunkt für die Reichweite des aktuellen Sportverständnisses sein. Danach dürften z. B. mindestens die vom Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) anerkannten Sportverbände eine Sportart vertreten, die jeweils unter das im Inland aktuell herrschende gesellschaftliche Verständnis von Sport fällt.“* Der Gesetzgeber selbst erkennt, dass eine eindeutige Bestimmung des Sports als Basis der beiden Straftatbestände nicht möglich ist. Das weckt verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der rechtsstaatlichen Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG im Strafrecht. Wann wird aus Spiel und Zeitvertreib und Spaß strafrechtlich geschützter Sport? Einige sehen den Leistungsgedanken als begriffsbildend an²³. Für viele ist eine im Kern körperliche Betätigung kennzeichnend. Kennzeichnend ist ein gewisser Grad körperlicher Aktivität²⁴. Diese ist sportspezifisch zu betrachten, wenn Sport von Boxsport bis zum Schießsport reicht. Das zeigt sich insbesondere in der

²² Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 19.

²³ Cherkeh/Momsen/Orth/Momsen, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck München 2021, 4. Kapitel Rn. 177.

²⁴ Cherkeh/Momsen/Orth/Orth, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck München 2021, 2. Kapitel Rn. 4; Ruppert, *Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport*, SpuRt 2020, 106 (108).

speziellen Frage, ob Schach ein Sport ist. Sagen die einen wegen der mangelnden körperlichen – motorischen Tätigkeit „nein“²⁵, sagen andere „ja“ – anerkannt durch den Deutschen Olympischen Sportbund = DOSB²⁶. In einem formellen Sinn sollen Sportarten, sobald sie einen gewissen Organisationsgrad erreicht haben und insbesondere in die fach- und /oder überfachlichen nationalen Sportverbände aufgenommen worden sind, für das Sportstrafrecht unzweifelhaft zum Sport gehören²⁷. Es zeigt sich, dass die Definition von Sport in seinem Anwendungsbereich als Ganzes schwierig ist. Und dann tauchen auch Unstimmigkeiten im Kleinen auf. Im Strafrecht weckt das stets Bedenken an der rechtsstaatlichen Bestimmtheit des Art. 103 Abs. 2 GG. Strafrechtler und Strafrechtlerinnen mögen keine Unbestimmtheit – weder in der Strafrechtswissenschaft noch in der Strafrechtspraxis. Es war und ist die Kernaufgabe des Gesetzgebers, den tatbestandlichen Anwendungsbereich „Sport“ zu bestimmen. Der Unterschied zwischen dem organisierten Sport und dem berufssportlichen Wettbewerb ist der Amateursport. Er ist Teil des organisierten Sports²⁸. Nicht aber gehört er zu dem berufssportlichen Wettbewerb²⁹. Es ist auch bezeichnend, dass der Gesetzentwurf den Begriff „e-sport“ gar nicht erwähnt. Aus diesem Schweigen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass der Gesetzgeber e-sport nicht als Sport im Sinne des Gesetzes erfasst sieht – historische Auslegung. Ob der gesellschaftlich und organisatorisch und finanziell wachsende Markt des e-sport als Sport zu verstehen, ist heftig

²⁵ Schönke/Schröder/Perron, CH Beck, München, StGB 30. Aufl., 2019, § 265c Rn. 5; Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 4 Rn. 55.

²⁶ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 55.

²⁷ Cherkeh/Momsen/Orth/Orth, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 2. Kapitel Rn. 4.

²⁸ Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 197.

²⁹ Cherkeh/Momsen/Orth, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 224; Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265d Rn. 14

umstritten³⁰. Das gilt für das StGB und folgend auch für das AntiDopingGesetz. Es gibt Argumente dafür³¹ und dagegen – mangels körperlicher Aktivität³². Wegen der in der Regel noch verbandsunabhängigen Veranstaltungen lassen sich e-sport-Wettbewerbe regelmäßig nicht unter die §§ 265c Abs. 5 StGB oder § 265d Abs. 5 StGB subsumieren³³. Das ist ein Mangel aus der fehlenden Definition des Begriffs „Sport“ im Gesetz und durch den Gesetzgeber selbst. Rechtsprechung im Strafrecht dazu gibt ersichtlich noch nicht. Letztendlich wird der Gesetzgeber reagieren müssen.

5. Sportwettbetrug nach § 265c StGB

Der Gesetzgeber³⁴: *„Mit der Regelung soll den Gefahren begegnet werden, die von Sportwettbetrug für die Integrität des Sports und damit für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung des Sports ausgehen. Der Straftatbestand schützt zugleich das Vermögen von Wettanbietern und redlichen Wettteilnehmern sowie das Vermögen von in sonstiger Weise durch die Manipulation sportlicher Wettbewerbe Betroffenen.“*

Die - objektive - Unrechtsvereinbarung im Sinn des § 265c StGB enthält drei Elemente: (1) zur Manipulation des sportlichen Wettbewerbs, (2) infolge derer ein rechtswidriger Vermögensvorteil

³⁰ Dazu Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben* (§§ 265c - 265c StGB) - *gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, S. 809 (811); Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265c Rn. 24; Ruppert, *Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport*, CH Beck, München, SpuRt 2020, 106.

³¹ Kubicel, *Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität*, CH Beck, München, ZRP 2019, S. 200 (202); Ruppert, *Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport*, CH Beck, München, SpuRt 2020, 106 (108).

³² Erbs/Kohlhaas/Wußler, *Strafrechtliche Nebengesetze*, CH Beck, München, 240. EL April 2022, § 2 AntiDopingG Rn. 6; Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265c Rn. 24.

³³ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265c Rn. 53.8.; anders Ruppert, *Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport*, CH Beck, München, SpuRt 2020, 106 (109).

³⁴ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 15.

erstrebt wird, und zwar (3) mittels einer Wette auf den manipulierten sportlichen Wettbewerb³⁵. Darin liegt der spezifische Unrechtsgehalt des Sportwettbetrugs. Auf diese drei Elemente muss sich auch der subjektive Tatbestand beziehen.

Der Gesetzgeber³⁶ zählt beispielhaft Verhaltensweisen auf, die tatbestandsmäßig sein können: *„Darüber hinaus erfasst der Tatbestand nur solche Unrechtsvereinbarungen, die eine Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses des Wettbewerbs zugunsten des Wettbewerbsgegners beinhalten. Eine Beeinflussung des Wettbewerbs erfasst alle Verhaltensweisen vor einem Wettbewerb oder während desselben, die darauf gerichtet sind, den Verlauf des Wettbewerbs zu manipulieren und die auf eine Aufhebung oder Einschränkung der Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbsgeschehens zielen. Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung kann beispielsweise ein bestimmter Spielstand zum Ende oder zur Halbzeit des Wettbewerbs sein, den der Sportler durch ein bewusstes Zurückbleiben hinter seinen Leistungsgrenzen oder durch ein bewusstes Vergeben von Gewinnchancen erreichen soll. Neben dem Ausgang des Wettbewerbs können auch bestimmte Wettbewerbsverläufe Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung sein. Erforderlich ist, dass die Ereignisse einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem sportlichen Wettbewerb aufweisen. Die Unrechtsvereinbarung muss mithin auf eine sportspezifische Beeinflussung durch den Vorteilsnehmer abzielen. Tatbestandsmäßig können danach neben dem sportlichen Verlauf einzelner Wettbewerbsabschnitte (etwa die Abfolge der gewonnenen Spiele innerhalb eines Satzes bei einem Tennisspiel) beispielsweise provozierte Einwürfe oder ein bestimmter Spielzug sein.“*

Das beinhaltet wesentliche, gar unlösbare Beweisschwierigkeiten für die Strafrechtspraxis. Wo liegen die Leistungsgrenzen eines Sportlers oder einer Sportlerin? Wann ist das Vergeben einer Torchance in einem Fußballspiel eine absichtliche Manipulation und wann einfach so ungeschickt, dass sie in jeder Rückschau auf die Saison gezeigt wird? Im

³⁵ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265c Rn. 43; Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 199 f.; Stellungnahme BRAK Nr. 8/2016 zum Referentenentwurf, S. 8.

³⁶ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 16.

Übrigen muss die Beeinflussung nicht sportregelwidrig sein³⁷. Sie kann auch in einem sportregelkonformen Verhalten liegen. Ein Beispiel ist das absichtliche Verschießen eines Elfmeters.

Die angestrebte bzw. vorgenommene Manipulation durch den Sportler oder die Sportlerin im Wettbewerb des organisierten Sports muss einen Wettbezug haben. Aber: Die Strafbarkeit des § 265c StGB ist weit vorverlagert. Es ist unbeachtlich, ob es zur Ausführung der vereinbarten Manipulation kommt oder ob diese den Verlauf oder das Ergebnis des Wettbewerbs beeinflusst. Die Vollendung des Tatbestandes verlangt keinen wirklich getätigten Wetteinsatz und keine Auszahlung eines Wettgewinns. Nach dem Willen des Gesetzgebers³⁸ ist es unbeachtlich, ob es sich um eine genehmigte oder jedenfalls genehmigungsfähige Sportwette handelt und ob der Sportwettenanbieter seinen Sitz im Inland oder Ausland hat. Eine Beschränkung des Tatbestands auf formell erlaubte oder jedenfalls genehmigungsfähige Sportwetten würde ca. 80 Prozent bis 90 Prozent des tatsächlichen Sportwettaufkommens von vornherein aus dem Tatbestand ausschließen (...) und zu einem lückenhaften Schutz der Integrität des Sports führen. Voraussetzung und Inhalt von Sportwetten regelt unter anderem das RennWettG und der Glücksspielstaatsvertrag 2021. Die Sportwetten werden dort im Einzelnen in dessen § 21 geregelt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind sowohl legale als auch illegale Sportwetten in Inland und Ausland vom Schutzbereich des Sportwettbetrugs erfasst. Der Gesetzgeber will einen umfassenden Schutz der Integrität des Sports. Er schützt dadurch aber auch das Vermögen von illegalen Wettanbietern im Inland und vor allem im Ausland. Und das geschieht, obgleich der Sportwettmarkt einen engen Berührungspunkt von Sport und organisierter Kriminalität aufweist,

³⁷ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265c Rn. 59; Swoboda, Sabine, Bohn, Andre, *Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben: Neue Straftatbestände zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe*, CH Beck, München, JuS 2016, 686 (687).

³⁸ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 17.

wie der Gesetzgeber³⁹ selbst erkennt. Diese Weite des strafrechtlichen Vermögensschutzes weckt verfassungsrechtliche Bedenken. Das Vermögen illegaler Wettanbieter ist nicht schutzwürdig, wird dagegen eingewandt⁴⁰.

Der Vorteilsnehmer = die Sportlerin oder der Sportler muss zumindest damit rechnen und es billigend in Kauf nehmen, dass ihre oder seine Manipulation des organisierten Sports für eine betrügerische Wettsetzung genutzt wird. Diese Betrugsnähe wird auch deutlich, wenn die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils durch die Wette Gegenstand der Unrechtsvereinbarung sein muss. Der Gesetzgeber⁴¹: *„Ein rechtswidriger Vermögensvorteil ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Wettteilnehmer selbst oder durch seine Vermittler bei der Abgabe einer Wette gegenüber dem Wettanbieter konkludent der Wahrheit zuwider erklärt hat, dass der Verlauf oder der Ausgang der gewetteten Spiele von ihnen nicht beeinflusst werden soll. Die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes gehört zur Geschäftsgrundlage der Wette. Beide Parteien sichern sich daher stillschweigend zu, auf das gewettete Spiel keinen Einfluss genommen zu haben. Dadurch wird bei den Wettanbietern – jedenfalls in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins – ein entsprechender Irrtum erregt (...)... Ein rechtswidriger Vermögensvorteil liegt demnach auch dann vor, wenn die Wette von einem Hintermann in Kenntnis der Manipulation gesetzt wird und sich dieser eines undolos handelnden Tatmittlers bedient. Dagegen ist es für die Tatbestandserfüllung nicht ausreichend, wenn es der Täter lediglich für möglich hält, dass auf den von ihm zu manipulierenden Wettbewerb von unbeteiligten, arglosen Dritten Wetten platziert und infolge seiner Manipulationshandlung Zufallsgewinne erzielt werden.“* Die Rechtswidrigkeit des Wettvorteils und dessen tatbestandliche Verknüpfung mit der Wettbewerbsmanipulation - „infolgedessen“ - in §

³⁹ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 11.

⁴⁰ Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben* (§§ 265c - 265c StGB) - *gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (814).

⁴¹ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 17.

265c StGB ist besonders umstritten⁴². Wenn nach dem Willen des Gesetzgebers die Legalität der Sportwette selbst irrelevant ist, kann die Frage der rechtlichen Erlaubtheit oder der rechtlichen Unerlaubtheit der Sportwette selbst keinen Einfluss auf die Rechtswidrigkeit des Wettvorteils haben. Die Rechtswidrigkeit des Wettvorteils muss in einem normativen Zusammenhang mit der Manipulation des organisierten Wettbewerbs stehen = „infolgedessen“. Der Sportwettbetrug nach § 265c StGB steht systematisch in der Nähe des Betrugs und bildet die Vorfeldkriminalität eines möglichen Wettbetrugs nach § 263 StGB. Diese weite Vorverlagerung - § 265c StGB erfordert keinen Eintritt eines Vermögensschadens – steht unter heftiger Kritik⁴³. Eine betrugsnahe Auslegung liegt nahe. Und so ist für die Rechtswidrigkeit des Wettvorteils erforderlich, dass der Wettanbieter nach dem nationalen Recht auf Grund der Manipulation das Recht hat, die Auszahlung des Wettvorteils rechtlich zu verweigern⁴⁴. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils kann demnach nur bejaht werden, wenn diese konkludente Täuschung dem Wettanbieter de jure ein Leistungsverweigerungsrecht einräumen würde.

Diese Anmerkungen zeigen den komplizierten normativen Hybridcharakter der Norm. Diese enthält Elemente der Korruptionsdelikte und des Betrugs. Die Anforderungen an die subjektive Tatseite der an der Manipulation Beteiligten werden in der Praxis nur schwer nachweisbar sein⁴⁵. Es drohen kaum widerlegbare Schutzbehauptungen, dass ihnen eine Wettbewerbsbeeinflussung nicht einmal in groben Umrissen bzw. ein konkretisierbarer Wettvertragsabschluss als Grund für die Vorteilsgewährung überhaupt nicht bekannt gewesen ist. Die Strafrechtspflege benötigt daher sowohl beweisverwertbare Nachweise zu dem konkreten Inhalt der

⁴² BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265c Rn. 72 ff.

⁴³ Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, 4. Aufl. 2019, Carl Heymanns Verlag, Köln, § 265c Rn. 7.

⁴⁴ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265c Rn. 73.

⁴⁵ Stellungnahme BRAK Nr. 8/2016 zum Referentenentwurf, 8.

Unrechtsvereinbarung als auch beweisverwertbare Nachweise zu den Wissensständen bei den manipulationsverdächtigen Sportlern. Und daher wird in der deutschen Strafprozessordnung die Vorschrift zur Überwachung der Telekommunikation um eine weitere Variante erweitert: Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben unter den in § 265e Satz 2 StGB genannten Voraussetzungen. Mit dem Einsatz des staatlichen Strafrechts wird auch der Einsatz der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse eröffnet. Und darin liegt meines Erachtens ein wesentlicher kriminalpolitischer Grund für die neuen §§ 265c und 265d StGB. Die staatlichen Strafverfolgungsbefugnisse von Durchsuchung bis zur heimlichen Überwachung der Telekommunikation stehen den sportinternen Ermittlungsorganen gerade nicht zu.

6. Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben nach § 265d StGB

Der Straftatbestand des § 265d StGB stellt pauschal wettbewerbswidrige Manipulationen zugunsten eines Wettbewerbsgegners unter Strafe. Ein Wettbezug oder eine sonstige außersportliche Intention sind nicht erforderlich. Tatbestandseinschränkend ist der Bezug auf berufssportliche Wettbewerbe im Sinne des § 265d Abs. 5 StGB. Der Gesetzgeber⁴⁶: *„Derartige Wettbewerbe sind besonders öffentlichkeitswirksam, so dass bei Manipulationen die Integrität und Glaubwürdigkeit des Sports in besonders hohem Maße Schaden nimmt. Darüber hinaus haben hochklassige Wettbewerbe mit berufssportlichem Charakter häufig erhebliche finanzielle Auswirkungen für die beteiligten Akteure, insbesondere für Sportler und Vereine. Mit seinen wirtschaftlichen Auswirkungen rückt der sportliche Wettbewerb in diesen Konstellationen zudem in die Nähe des von § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) geschützten gewerblichen Wettbewerbs und es erscheint sachgerecht, ihn ebenfalls unter strafrechtlichen Schutz zu stellen (...). Der Straftatbestand des § 265d StGB-E zielt außer auf den Schutz der Integrität des Sports und insbesondere seiner Bedeutung als wichtiger*

⁴⁶ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 20.

Wirtschaftsfaktor auf den Schutz des Vermögens der mit berufssportlichen Wettbewerben verbundenen Vermögensinteressen.“

Da ist erneut die Einheit von Integrität des Sports und dem Schutz von Vermögensinteressen als prägendes Argument des Gesetzgebers. Da ist erneut die obige Frage nach dem geschützten oder den geschützten Rechtsgütern. In § 265d StGB gipfelt dieser Streit in dem teilweise vertretenen Ergebnis, dass sich für diese Strafvorschrift kein Rechtsgut finden lässt⁴⁷.

Der tatbestandliche Anwendungsbereich des § 265d StGB ist enger als der des § 265c StGB. Warum? Erfasst ist nur der berufssportliche Wettbewerb, der in Absatz 5 eine rechtlich und tatsächlich komplizierte Legaldefinition erfährt. Das zeigt beispielhaft, dass gesetzliche Legaldefinitionen nur selten zu gesetzlicher Klarheit führen, im Gegenteil. Der berufssportliche Wettbewerb ist eine besondere Form eines Wettbewerbs des organisierten Sports. Dieser enthält drei spezielle Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen. An die Grenzen der rechtsstaatlichen Bestimmtheit des Art. 103 Abs. 2 GG kommt man gewiss in § 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB: *„an der überwiegend Sportler teilnehmen, die durch ihre sportliche Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichen Umfang erzielen.“* Die Auslegungsprobleme zeigen sich in den umfassenden Anmerkungen in den Kommentierungen zu diesem Merkmal⁴⁸. Was zum Beispiel sind Einnahmen von erheblichem Umfang? Die Leistungen müssen deutlich über Kostenerstattungen hinausgehen. Aber ansonsten herrscht eher eine Art gesetzesorientierte Raterei im Schrifttum. Ein greifbarer Anhaltspunkt für die Beurteilung, ob Einnahmen in erheblichem Umfang vorliegen, sollen die Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO sein, unterhalb derer ein erheblicher Umfang keinesfalls angenommen

⁴⁷ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, § 265d Rn. 1 ff; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl. 2019, § 265d Rn. 8.

⁴⁸ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 25 ff.; Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH BECK, MÜNCHEN, 4. Aufl. 2022, § 265d Rn. 14 ff.

werden kann⁴⁹. Allerdings verbiete sich auch ein generalisierender Rückschluss auf die Erheblichkeiten bei Einnahmen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen. Ein anderer - absoluter - Maßstab besagt, von erheblichem Umfang seien sportbedingte Einnahmen von im Jahr mindestens 25.000 EUR, sofern sie zugleich – relativ - mindestens ein Viertel der Gesamteinnahmen des jeweils zu berücksichtigenden Sportlers ausmachen⁵⁰. Und geradezu absurd wird die Auslegung des § 265d StGB, wenn es um das Rechtsproblem geht, ob auch Ersatzspieler oder Ersatzspielerinnen ohne einen tatsächlichen Einsatz mitzuzählen sind – „ja“⁵¹ – „nein“⁵². Vielleicht ist es auch diese verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit, die die äußerst geringe Anwendung des § 265d StGB in der Strafrechtspraxis erklärt.

Auslegungsprobleme ergeben sich, wenn eine wettbewerbswidrige Manipulation von einem wettbewerbsimmanenten Vorteil abzugrenzen ist. Als deutscher Autor fällt einem sogleich als ein mögliches Fallbeispiel die „Schande von Gijon“ ein. Prägendes Tatbestandsmerkmal in § 265d StGB ist, dass die Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses eines berufssportlichen Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners erfolgt. Wettbewerbswidrigkeit in diesem Sinne liegt jedenfalls bei einem Verstoß gegen die im jeweiligen Wettbewerb geltenden, von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation aufgestellten Regeln vor⁵³. Eine Manipulation ist wettkampfwidrig, wenn sie auf Aufhebung oder Einschränkung der Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbsgeschehens abzielt. Bei Handlungen zugunsten des Wettbewerbsgegners soll das nach dem Willen des Gesetzgebers in aller

⁴⁹ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, § 265d Rn. 18.

⁵⁰ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 41.

⁵¹ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 45.

⁵² Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, § 265d Rn. 17.

⁵³ Münchener Kommentar StGB/Schreiner, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, § 265d Rn. 19.

Regel gegeben sein. Wie in § 265c StGB muss das Handeln kein Verstoß gegen die Sportregeln sein⁵⁴. Der Gesetzgeber⁵⁵: „Die Wettbewerbswidrigkeit entfällt insbesondere, wenn die Absprache zwar eine Beeinflussung zugunsten des Wettbewerbsgegners vorsieht, der dafür vom Wettbewerbsgegner zugewendete Vorteil jedoch wettbewerbsimmanent ist und die eigene Situation im (Gesamt-) Wettbewerb wiederum verbessern soll. Die Vereinbarung eines Unentschiedens zwischen zwei Mannschaften, das für beide im weiteren Turnierverlauf vorteilhaft ist, erfüllt demnach nicht den Tatbestand, obschon in der wechselseitigen Zusage, nicht „auf Sieg“ zu spielen, jeweils das Versprechen eines Vorteils für die gegnerische Mannschaft zu sehen ist.“ Beide Strafvorschriften verlangen eine Beeinflussung zugunsten des Wettbewerbsgegners. Dieser ist im einhelligen Verständnis der beiden Normen nur der unmittelbare und direkte Gegner des Wettbewerbs⁵⁶ - die gegnerische Fußballmannschaft, die auf dem Tennisplatz gegenüber stehende Tennisgegnerin. Tatbestandlich nicht gemeint ist der in Gesamtwettbewerben mittelbar vom manipulierten Wettbewerb betroffene Gegner - der Gruppengegner einer WM-Gruppe, der vom dem Ergebnis mitbetroffen ist. Fälle wie der zwischen den Mannschaften von Deutschland und Österreich bei der Fußball-WM 1982 konkludent beschlossene Nichtangriffspakt nach einem Spielstand von 1:0, der beiden Mannschaften das Weiterkommen in die Zwischenrunde erlaubte („Schande von Gijón“), bleiben daher straflos⁵⁷. Die Absprache erfolgte zu Lasten von Algerien, die als Gruppendritter ausschieden. Und das, obgleich auch in diesem Fall die

⁵⁴ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 50.

⁵⁵ Deutscher Bundestag Drs. 18/8831 v. 20.06.2016, 21.

⁵⁶ Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben* (§§ 265c - 265c StGB) - *gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (813); Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl., 2019, CH Beck, München, § 265c Rn. 16.

⁵⁷ Perron, *Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben* (§§ 265c - 265c StGB) - *gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?*, CH Beck, München, JuS 2020, 809 (813); Pfister, *Die geplanten Straftatbestände „zur Bekämpfung der Korruption im Sport“*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, StraFo 2016, 441 (448).

Integrität des Sports bis heute beeinträchtigt ist. Wettbewerbswidrig sind daher Manipulationen, wenn sie nur dem Gegner und nicht zugleich dem eigenen wettbewerbsimmanenten Vorteil dienen⁵⁸. Aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich sollen damit Verhaltensweisen ausgeschlossen werden, die zwar auf Manipulationsabsprachen beruhen bzw. diese anstreben und damit dem sportlichen Ziel des fairen Wettkampfs widersprechen, als taktische Maßnahmen aber weit verbreitet sind - Einsatz schwächerer Spieler im letzten Gruppenspiel, um die stärkeren Spieler für wichtigere Aufgaben zu schonen - und vom Gesetzgeber als weniger gefährlich und nicht strafwürdig angesehen werden. Wie an vielen anderen Tatbestandsmerkmalen der beiden Vorschriften werden auch an diesem Tatbestandsmerkmal Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) erhoben, da der Begriff nicht hinreichend klar und bestimmbar ist⁵⁹. Letztendlich geht es um die im Strafrecht in der Theorie und in der Strafrechtspraxis allgemeine und normativ nie einfache Abgrenzung von einem noch sozialadäquaten und daher straflosen Verhalten zu einem sozialschädlichen und strafbaren Verhalten. Wann schafft das Handeln der Beteiligten eine rechtlich missbilligte Gefahr für das geschützte Rechtsgut und wann liegt das täterschaftliche Handeln noch im Bereich des von der Rechtsordnung geduldeten Risikos? Und auch an dieser Stelle zeigt sich die problematische Ausgangsfrage nach dem oder den durch die neuen Strafvorschriften geschützten Rechtsgüter.

⁵⁸ Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl., 2019, CH Beck, München, § 265c Rn. 8.

⁵⁹ BeckOK StGB/Bittmann/Großmann/Rübenstahl, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022, § 265d Rn. 53.

IV. Strafbarkeit des Doping

Spiegel-online am 13.7.2022

Bei der Leichtathletik-WM in den USA gibt es den ersten Dopingfall. Nijel Amos aus Botswana ist positiv getestet worden und darf bei den Titelnkämpfen in Eugene, Oregon, die am Freitag beginnen, nicht über 800 Meter antreten. Bei dem Olympiazweiten von 2012 wurde in einer Dopingprobe von einer Trainingskontrolle am 4. Juni eine verbotene Substanz nachgewiesen. Es handelt sich nach Angaben der unabhängigen Integritätskommission AIU des Leichtathletik-Weltverbandes World Athletics um ein Mittel, dass die Fettverbrennung im Körper verändert und ein Gesundheitsrisiko darstellt.

1. Warum gibt es das AntiDopingG?

Der Gesetzgeber⁶⁰: *„Die vorgesehene Stärkung der staatlichen Dopingbekämpfung insbesondere mit strafrechtlichen Mitteln soll die Arbeit der Sportverbände und der NADA beim Kampf gegen das Doping nicht ersetzen oder beeinträchtigen. Das Dopingkontrollsystem und die verbandsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei Dopingverstößen stellen wesentliche Elemente zur Eindämmung des Dopingproblems dar. Das soll auch so bleiben. Beide Sanktionsregime schließen einander nicht aus, sie stehen vielmehr nebeneinander und ergänzen einander. So ist auf verbandsrechtlicher Ebene auch weiterhin die Möglichkeit verdachtsunabhängiger Kontrollen gegeben. Im Verbandsrecht gilt der Grundsatz der „strict liability“, der auf das Strafrecht nicht übertragbar ist. Schließlich sind die in Verbandsverfahren ausgesprochenen Wettkampfsperren für die betroffenen Sportlerinnen und Sportler häufig besonders einschneidend und können bei einigen aus diesem Grund eine Präventivwirkung entfalten. Eine Sperre kann für sie eine schärfere Sanktion darstellen als jedes denkbare Ergebnis eines Strafverfahrens. Die abschreckende Wirkung einer Sperre kann im Hinblick auf die beschränkte Zeitspanne für eine optimale Leistungserbringung im Einzelfall aber auch beschränkt sein, wenn die Leistungssportlerin oder der Leistungssportler versucht ist, mit allen Mitteln – auch mit Hilfe des Dopings – das natürliche Zeitfenster für Höchstleistungen optimal zu nutzen bzw. künstlich*

⁶⁰ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs 18/4898, 19.

offenzuhalten. Hier müssen ergänzend strafrechtliche Maßnahmen zum Einsatz kommen, auch um das System des organisierten Sports funktionsfähig zu halten. Die Strafbewehrung durch den Tatbestand des Selbstdopings (§ 3 AntiDopingG) führt dabei nicht dazu, dass die Sportlerin oder der Sportler im sportinternen Dopingkontrollsystem die Abgabe der Dopingprobe verweigern darf. Der Verwertung der Dopingprobe im Strafprozess steht der Nemo-tenetur-Grundsatz, nach dem niemand verpflichtet ist, sich im Strafverfahren selbst zu belasten, nicht entgegen. Denn durch die zusätzliche Sanktionierungsmöglichkeit mit den Mitteln des Strafrechts wird eine weitere Hürde aufgebaut, die Sportlerinnen und Sportler davon abhalten soll, mit Doping die Ergebnisse von sportlichen Wettbewerben zu verfälschen und damit die Zukunft des Sports zu gefährden. Mit der strafrechtlichen Sanktionierung kann das Bewusstsein für die besondere Sozialschädlichkeit des Dopings weiter gesteigert werden. Sie ermöglicht bei Vorliegen eines entsprechenden Tatverdachts strafprozessuale Maßnahmen, wie etwa die Durchsuchung, die zur Aufklärung des begangenen Unrechts wesentlich beitragen werden. Bei diesen Maßnahmen besteht auch die Wahrscheinlichkeit, an wertvolle Informationen zu den Hintermännern dieser Delikte und zu den kriminellen Netzwerken zu gelangen, was mit den verbandsrechtlichen Mitteln allein nicht möglich ist.“

Die Maßnahmen der autonomen Sportverbände werden als nicht ausreichend zur Bekämpfung des Doping angesehen. Daher bedarf es einer Ergänzung durch das staatliche Strafrecht. Das ist eine rechtspolitische Entscheidung. Dieses Nebeneinander oder besser dieses Miteinander zweier Rechtssysteme zur Bekämpfung von Doping verursacht natürlich Abgrenzungsprobleme. In der Gesetzesbegründung ist eine wichtige Frage angedeutet. Darf die Dopingprobe aus dem sportinternen Dopingkontrollsystem im staatlichen Strafverfahren verwertet werden? So einfach, wie es der Gesetzgeber behauptet, lässt sich diese Frage nicht beantworten⁶¹. Der –

⁶¹ Euskens, *Selbstbezeichnung des gedopten Athleten?*, CH Beck, München, SpuRt 2016, 245; Jahn, *Ein neuer Straftatbestand gegen eigenverantwortliches Doping? Anmerkungen aus strafprozessualer Sicht*, CH Beck, München, SpuRt 2005, 141; Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 4 Rn. 130.

faktische – Zwang zur Mitwirkung im sportinternen Dopingverfahren führt zu einem Konflikt mit dem verfassungsrechtlich – Menschenwürde und Rechtsstaat - abgesicherten Grundsatz des „nemo tenetur se ipsum accusare“. Ein beschuldigter Sportler oder eine beschuldigte Sportlerin muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er oder sie im staatlichen Strafverfahren mitwirkt. Daher kann und darf eine Dopingprobe aus dem sportinternen Dopingkontrollsystem im staatlichen Strafverfahren nur verwertet werden, wenn der Sportler oder die Sportlerin nicht widerspricht oder nach Belehrung der Verwendung der Dopingprobe zustimmt⁶².

Welchen Weg zur Bekämpfung des Doping im Sport geht die Türkei?

2. Schutzzweck des Anti-Doping-Gesetzes

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport aus dem Jahr 2015 wurden Regelungen aus dem ArzneimittelG in ein neues Anti-Doping-Gesetz überführt und reformiert. Erstmals wurde insbesondere mit § 3 ein strafbewehrtes Verbot des Selbstdoping geschaffen, mit dem erstmalig dopende Leistungssportler erfasst werden, die beabsichtigen, sich durch Doping Vorteile bei Wettbewerben des organisierten Sports zu verschaffen.

§ 1 Anti-Doping-Gesetz (= AntiDopingG): *„Dieses Gesetz dient der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen.“*

Das ist sie schon wieder, die Integrität des Sports als umstrittener Schutzzweck der sportstrafrechtlichen Vorschrift.

⁶² Cherkeh/Momsen/Orth/Momsen/Orth, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 5. Kapitel Rn. 6 ff.; Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 4 Rn. 131; Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (24).

Der Gesetzgeber⁶³: *„Zweck des Gesetzes ist zum einen der Schutz der Gesundheit von Sportlerinnen und Sportlern. Die gesundheitlichen Gefahren für die betroffenen Sportlerinnen und Sportler durch die Anwendung von Dopingmitteln oder Dopingmethoden, insbesondere bei systematischem Doping, sind lange Zeit unterschätzt worden. Die Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden zum Zwecke des Dopings beruht auf keiner medizinischen Indikation und führt daher zu einem aus medizinischer Sicht nicht angezeigten Eingriff in den Körper, der erhebliche Risiken mit sich bringen kann. So wird etwa durch die typischen Dopingmittel der anabolen Steroide der Hormonhaushalt im Körper erheblich gestört, was lebensgefährliche Nebenwirkungen haben kann. Das Herzinfarktrisiko erhöht sich, die Leber verändert sich, der Fettstoffwechsel wird gestört, in vielen Fällen kommt es zu unnatürlichem Brustwachstum bei Männern und Vermännlichung bei Frauen. Diese Folgen konnten bereits bei vielen – ehemaligen – Leistungssportlerinnen und Leistungssportlern beobachtet werden. Auch verbotene Dopingmethoden können zu erheblichen Spätfolgen führen. Gerade im Bereich des Blutdopings führen z. B. die in diesem Fall typischen unsachgemäßen Lagerungen zu Veränderungen des später zugeführten Blutes mit der Folge einer signifikanten Erhöhung des Risikos einer Thrombose oder Embolie.“*

Neben dem Schutz der Gesundheit der betroffenen Sportlerinnen und Sportler dient das Gesetz zum anderen auch dem Schutz der Integrität des organisierten Sports, die durch Doping in erheblichem Umfang bedroht ist. Denn Doping erschüttert die Grundlagen der Integrität, die maßgeblich auf Fairness und Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb beruhen. Doping greift tief in die ethisch-moralischen Werte des Sports ein, raubt dem Sport seine Glaubwürdigkeit und Vorbildfunktion.“

Wenn es im Sportstrafrecht als ein strafrechtliches Rechtsgebiet unter dem Aspekt des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzips bedenklich ist, dass der Gesetzgeber den Begriff „Sport“ in seinem Anwendungsbereich nicht selbst definiert, ist beim Doping zu bemängeln, dass ein einheitlicher Begriff des Doping ebenfalls nicht besteht. Hier ein Versuch der Definition: *„Dopingmittel dürften demnach sämtliche Stoffe (Mittel) sein, die zur unnatürlichen Leistungssteigerung im*

⁶³ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 22.

Sport (Doping) eingesetzt werden. Als Dopingmethoden bezeichnet man demgegenüber sämtliche chemischen, physikalischen bzw. sonstigen Verfahren (Methode) zur unnatürlichen Leistungssteigerung ohne notwendigen Stoffbezug.⁶⁴ Oder: „Doping ist die Verabreichung oder der Gebrauch körperfremder Substanzen in jeder Form und physiologischer Substanzen in abnormaler Form oder auf abnormalem Weg an gesunden Personen mit dem einzigen Ziel der künstlichen und unfairen Steigerung der Leistung für den Wettkampf. Außerdem müssen verschiedene psychologische Maßnahmen zur Leistungssteigerung des Sportlers als Doping angesehen werden.“ So formuliert es der Europarat 1963⁶⁵. Heute ist von besonderer Bedeutung die Definition der Welt Anti-Doping Agentur = WADA.

Insgesamt achtmal erwähnt der Gesetzentwurf zum AntiDopingG⁶⁶ als Schutzgut die Integrität des organisierten Sports und seine ethisch-moralischen Grundwerte. Also geht es doch um Moral? Erneut ist dagegen der Vorwurf einer strafrechtlichen Unbestimmtheit zu erheben⁶⁷. Dem § 1 AntiDopingG liegt ein kumulatives Schutzgutkonzept zugrunde. Die Argumente der Fairness und Chancengleichheit sowie die Vorbildfunktion des Sports könnten insbesondere dazu dienen, ein Dopingverbot im Leistungssport zu begründen⁶⁸. Demgegenüber diene die Gefahr von Gesundheitsschäden und daraus abgeleitet gesundheitspolitische und volkswirtschaftliche Erwägungen dazu, ein Dopingverbot im Breitensport zu rechtfertigen. Jedoch eine Vielzahl von Schutzgütern macht Anwendung und Auslegung einer Strafnorm unbestimmt. Es ist die Rede von einem

⁶⁴ Lehner/Nolte/Putzke/Nolte, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 1 Rn. 29; auch Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings- Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159.

⁶⁵ Aus website der Deutschen Sporthochschule Köln.

⁶⁶ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898.

⁶⁷ Cherkeh/Momsen/Orth/Momsen/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 9; Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (22).

⁶⁸ Lehner/Nolte/Putzke/Striegel, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 2 Rn. 11.

konturenlosen Rechtsgüterpluralismus⁶⁹. Insbesondere der wiederholt anklingende Gedanke der sog. Volksgesundheit als Schutzzweck überzeugt nicht. Geschützt werde nicht nur die individuelle Gesundheit eines Sportlers, sondern die Volksgesundheit⁷⁰. Die Begrifflichkeit weckt in Deutschland historische Assoziationen – Volksgesundheit, Volksempfinden, die mit der freiheitlichen Werteordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar sind. Die Gesundheit der gesamten Bevölkerung ist die Zusammensetzung der Gesundheit aller freiheitlichen Individuen, um deren Schutz durch das Strafrecht es nur gehen kann. Der einzelne Bürger und die einzelne Bürgerin sind nicht für die Gesamtgesundheit der Bevölkerung verantwortlich. Soweit die einzelnen Sportler und Sportlerinnen freiverantwortlich disponieren, ist der Gesundheitsschutz im angeblichen Interesse des gesamten Volkes ein illegitimerweise aufgezwungener Schutz⁷¹. Demgegenüber wird eine Funktionsstörung des sportlichen Wettbewerbs betont⁷². Da der Wettbewerb genauso wenig wie das Vertrauen in das Funktionieren desselben um seiner selbst in allen Erscheinungsformen geschützt sei, bedürfe es der Eingrenzung des Schutzbereiches auf den sportlichen Wettbewerb, soweit dieser geeignet sei, strafrechtlich geschützte Interessen Dritter zu tangieren, im Falle der Aushebelung des Wettbewerbs zu verletzen⁷³. Gefragt sei in erster Linie eine Vermögensrelevanz. Geschütztes Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping könne nur der sportliche Wettbewerb als durch die

⁶⁹ Jahn, *Noch mehr Risiken als Nebenwirkungen – der Anti-Doping-Gesetzentwurf der Bundesregierung aus Sicht des Strafrechts*, CH Beck, München, Spurt 2015, 149 (150).

⁷⁰ Erbs/Kohlhaas/Wußler, *Strafrechtliche Nebengesetze*, CH Beck, München, 240. EL April 2022, § 1 AntiDopingG Rn. 3.

⁷¹ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 18.

⁷² Cherkeh/Momsen/Orth/Momsen/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 11.

⁷³ Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (23).

Wettkampffregeln konstituierte Institution sein⁷⁴. Wenn einerseits der geregelte Sport wesentliche Funktionen für die Gesellschaft erbringt, andererseits aber erst die Wettkampffregeln dessen Kern ausmachen, erscheint eine Qualifizierung des sportlichen Wettkampfes als institutionelles Rechtsgut nahe liegend⁷⁵. Es geht um den Schutz der freiheitsrechtlichen Möglichkeit der anderen Sportler, an einem dopingfreien Wettbewerb teilnehmen zu können⁷⁶. Dabei handele es sich mitnichten um Fragen des Sportethos, der Fairness oder der Moral, sondern betroffen sei ein wichtiger Ausschnitt der allgemeinen Handlungsfreiheit als geradezu klassisches Individualrechtsgut.

Und unabhängig von der Frage nach dem geschützten Rechtsgut muss ein Staat die rechtspolitische Frage beantworten, ob und inwieweit die Bekämpfung von Doping im Sport eine Aufgabe der staatlichen Strafrechtspflege ist oder allein den nationalen und internationalen Sportverbänden in ihrer Autonomie zusteht. Der deutsche Gesetzgeber hat die Frage mit den in diesem Beitrag besprochenen Gesetzen beantwortet. Welche Antwort gibt die türkische Rechtsordnung? Aber: Die Fairness des Sports, seine Integrität wird vorrangig durch die Sportverbände gewahrt. Da es sich dabei um eine Existenzgrundlage des sportlichen Wettbewerbs handelt, ist das sinnvoll, zugleich aber auch genügend⁷⁷. Und so ist es nach § 4 der Satzung des Deutschen Fußball Bundes = DFB dessen Aufgabe: „j) die Integrität des sportlichen Wettbewerbs zu gewährleisten und hierzu alle notwendigen wettbewerbssichernden Maßnahmen zu treffen und k) das Dopingverbot zu beachten und durchzusetzen, um Spieler vor Gesundheitsschäden zu bewahren und Fairness im sportlichen Wettbewerb und Glaubwürdigkeit im Fußballsport zu erhalten. Der DFB stellt sicher, dass zu diesem Zweck Dopingkontrollen

⁷⁴ Heger, *Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping*, CH Beck, München, SpuRt 2007, 153 (154).

⁷⁵ Heger, *Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping*, CH Beck, München, SpuRt 2007, 153 (154).

⁷⁶ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl., 2022, §§ 1 – 4a AntiDopinG Rn. 62.

⁷⁷ Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings - Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159 (162).

durchgeführt werden.“ Wir lernen und lehren bereits im ersten Semester des Studiums der Rechtswissenschaft sowohl in Deutschland als auch in der Türkei und überall, dass das Strafrecht nur zum Schutz wichtiger Rechtsgüter eingesetzt werden darf und auch das nur als „ultima ratio“. Beide Voraussetzungen sind im Bereich des Sportdopings wohl nicht erfüllt: Es gibt kein überzeugendes schutzwürdiges Rechtsgut – siehe zuvor die anderen Ansichten - und das, was geschützt wird, fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der sportverbandsinternen Reglementierung⁷⁸. Sportstrafrechtliche Normen wie das AntiDopingG haben keinen Mehrwert. Oder haben sportstrafrechtliche Normen doch einen solchen Mehrwert? Der Gesetzgeber⁷⁹: „Denn durch die zusätzliche Sanktionierungsmöglichkeit mit den Mitteln des Strafrechts wird eine weitere Hürde aufgebaut, die Sportlerinnen und Sportler davon abhalten soll, mit Doping die Ergebnisse von sportlichen Wettbewerben zu verfälschen und damit die Zukunft des Sports zu gefährden. Mit der strafrechtlichen Sanktionierung kann das Bewusstsein für die besondere Sozialschädlichkeit des Dopings weiter gesteigert werden. Sie ermöglicht bei Vorliegen eines entsprechenden Tatverdachts strafprozessuale Maßnahmen, wie etwa die Durchsuchung, die zur Aufklärung des begangenen Unrechts wesentlich beitragen werden. Bei diesen Maßnahmen besteht auch die Wahrscheinlichkeit, an wertvolle Informationen zu den Hintermännern dieser Delikte und zu den kriminellen Netzwerken zu gelangen, was mit den verbandsrechtlichen Mitteln allein nicht möglich ist.“ Der Staat darf zur Strafverfolgung auf die Zwangsmittel der StPO zugreifen. Rechtsstaatliche Voraussetzung ist ein Anfangsverdacht. Beachte daher auch § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO mit § 4 Abs. 4 Nr. 2 b) AntiDopingG als Katalogtat. Die autonome Verbandsjustiz der Sportverbände darf das nicht. Im Einsatz des staatlichen Ermittlungsapparates liegt der rechtspolitisch gewünschte Mehrwert des AntiDopingG.

3. Fremddoping = § 2 AntiDopingG

Die Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden zu Dopingzwecken beruht begriffsbedingt regelmäßig auf keiner oder

⁷⁸ Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings- Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159 (168).

⁷⁹ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 19 f.

allenfalls einer vorgeschobenen medizinischen Indikation und führt daher zu einem *aus medizinischer Sicht nicht angezeigten Eingriff* in den Körper, der erhebliche Risiken mit sich bringen kann. Doping steht in einem umfassenden Interessenkonflikt: Integrität des Sports – der sportliche Wettbewerb – die freiverantwortliche Selbstgefährdung bzw. Selbstverletzung - Vermögensinteressen.

§ 2 AntiDopingG regelt in seinem Absatz 1 den unerlaubten Umgang mit Dopingmitteln und in seinem Absatz 2 die unerlaubte Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden bei einer anderen Person zum Zwecke des Doping. § 2 Abs. 3 AntiDopingG bestimmt zudem ein Besitzverbot. Nach dem Willen des Gesetzgebers dienen diese Regelungen in erster Linie dem Gesundheitsschutz⁸⁰. Die Verbotstatbestände richten sich an die „Abgabeseite“. Sie sind dem Betäubungsmittelrecht vergleichbar. Das gilt im Einzelnen für Anwendung und Auslegung der Tathandlungsvarianten⁸¹. So ist es beispielsweise nach § 2 Abs. 1 AntiDopingG verboten, ein Dopingmittel, das ein in der Anlage I des Internationalen Übereinkommens vom 19. Oktober 2005 gegen Doping im Sport (BGBl. 2007 II S. 354, 355) in der vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat jeweils im Bundesgesetzblatt Teil II bekannt gemachten Fassung (Internationales Übereinkommen gegen Doping) aufgeführter Stoff ist oder einen solchen enthält, zum Zwecke des Dopings beim Menschen im Sport herzustellen (Nr. 1) oder mit ihm Handel zu treiben (Nr. 2). Die unerlaubte Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden verbietet § 2 Abs. 2 AntiDopingG.

Und außerdem § 2 Abs. 3 AntiDopingG: *„Es ist verboten, ein Dopingmittel, das ein in der Anlage zu diesem Gesetz aufgeführter Stoff ist oder einen solchen enthält, in nicht geringer Menge zum Zwecke des Dopings beim Menschen im Sport zu erwerben, zu besitzen oder in oder durch den Geltungsbereich dieses Gesetzes zu verbringen.“* Die in Abs. 3 erfassten Handlungen stellen erfahrungsgemäß Vorstufen für einen Handel mit den entsprechenden Mitteln dar. Weil diese Mittel bei Anwendung zu

⁸⁰ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 23.

⁸¹ Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, Handbuch des Sportstrafrechts, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 105 für das Handelstreiben.

Dopingzwecken die Gesundheit von Sportlerinnen und Sportlern in besonderem Maße beeinträchtigen, soll bereits die Gefahr der Weitergabe effektiv verhindert werden. Deshalb werden bereits Handlungen, die typischerweise nur der Vorbereitung für die Weitergabe dienen, verboten. In § 2 Abs. 3 AntiDopingG ergeben sich die erfassten gesundheitsgefährdenden Dopingmittel aus einer Anlage zum Gesetz.

Achtung: Fremddoping (§ 2 AntiDopingG) und Selbstdoping (§ 3 AntiDopingG) haben einen unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereich. Wie stets im Strafrecht gilt es, die Normen genau zu lesen – Art. 103 Abs. 2 GG. Fremddoping ist zum Zwecke des Doping beim Menschen im Sport verboten. Und auch hier ist zu fragen, was Sport ist. Selbstdoping muss einen sachlichen Bezug zu einem Wettbewerb des organisierten Sports haben. Daher ist beim Fremddoping nicht nur der Leistungssport, sondern auch der Freizeitsport und der Breitensport erfasst. An dieser Stelle besteht Korrekturbedarf in Anwendung und Auslegung der Norm – teleologische Auslegung des § 2 AntiDopingG – siehe in den folgenden Ausführungen.

Fall aus der Praxis:

BGH⁸²: „Der Angeklagte betreibt seit seiner Jugend Kraftsport, ohne jedoch an Wettkämpfen teilzunehmen. Zur Verbesserung seines Muskelaufbaus setzte er auch Dopingmittel, insbesondere Testosteronpräparate, ein. Diese bestellte er zuletzt gemeinsam mit jeweils etwa sechs bis acht Bekannten aus der Kraftsportszene über Internetforen im Ausland. Am 22.6.2016 fand bei dem Angeklagten eine Wohnungsdurchsuchung statt, wobei verschiedene Dopingpräparate mit folgenden Wirkstoffmengen aufgefunden und sichergestellt wurden: 24 mg Anastrozol, 248 mg Dehydrochlormethyltestosteron, 1,35 g Stanozolol, 1,55 g Testosteron in Depotzubereitungen und 373 mg Trenbolon. Diese Substanzen verwahrte der Angeklagte zum Zwecke des Selbstdopings. In der Kraftsportszene des Angeklagten war es jedoch üblich, Bekannten bei Bedarf kleinere Mengen Dopingmittel zum Selbstkostenpreis oder gar umsonst zu überlassen – in der

⁸² BGH v. 5.12.2017 - 4 StR 389/17, NStZ 2018, 475.

Erwartung, der Gefallen werde gelegentlich erwidert. Der Angeklagte wusste dies und war ebenfalls zur Weitergabe von Präparaten in dieser Form bereit. Das LG hat den Angeklagten wegen des unerlaubten Besitzes von Dopingmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.“

Der BGH: „Nach diesen Feststellungen besaß der Angeklagte die sichergestellten Dopingmittel zum Zwecke des Dopings beim Menschen im Sport im Sinne von § 2 Abs. 3 AntiDopG. Sport im Sinne des AntiDopG ist nicht nur der Leistungssport, sondern auch der nicht mit Wettkampfteilnahmen verbundene Breiten- und Freizeitsport (...). Dem Begriff des Sports unterfällt auch der gezielte, mit körperlichen Anstrengungen verbundene Muskelaufbau im Rahmen von Kraftsport (...). Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der bei Einführung des „Gesetzes zur Bekämpfung des Dopings im Sport“ (Anti-Doping-Gesetz) vom 10.12.2015 insbesondere den „Bodybuilding- und Kraftsportbereich“ im Blick hatte (vgl. BT-Dr. 18/4898, S. 2 und 17) und mit der neuen Regelung die früher geltende Gesetzes- und Rechtslage lediglich fortschrieb.“

Hier zeigt sich der bedenkliche unterschiedliche Wortlaut in § 2 und § 3 AntiDopingG. Und dieser ist nach dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG für das Strafrecht maßgebend. Und auch der vom Gesetzgeber bezweckte Schutzzweck des § 2 AntiDopingG bestätigt sich - Gesundheitsschutz: *„Der illegale Handel mit Dopingmitteln hat inzwischen eine alarmierende Dimension erreicht. Es gibt organisierte Vertriebswege und Händlerstrukturen, die denen im organisierten Rauschgifthandel vergleichbar sind. Die Händler verschaffen sich Dopingmittel aus dem Ausland oder von Untergrundlaboren und veräußern diese mit enormen Gewinnspannen im Internet. Vor allem im Bodybuilding- und Kraftsportbereich werden ohne ärztliche Kontrolle und mit hohen gesundheitlichen Risiken Dopingmittel eingenommen. Auch minderjährige Sportlerinnen und Sportler gelangen an Dopingmittel und gebrauchen diese trotz der besonderen Gesundheitsgefahren, die die Anwendung dieser Mittel gerade bei jungen Menschen birgt.“*⁸³

⁸³ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 17.

Ein möglicher Einwand gegen die Strafbarkeit des Angeklagten in diesem Fall aus der Praxis kann sich aus dem speziellen Vorrang des § 3 Abs. 4 AntiDopingG ergeben - Besitz zum Selbstdoping. Der Besitz zum Zwecke des Selbstdopings ist in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 4 AntiDopingG pönalisiert und zwar mit einer gegenüber § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopingG milderer Strafdrohung. Daher ist fraglich, ob sich ein Dopingmittel besitzender Spitzensportler aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopingG strafbar machen kann. Und es ist vor allem fraglich, ob sich ein Breiten- bzw. Freizeitsportler wegen Eigenbesitz nach § 2 Abs. 3 AntiDopG strafbar machen kann, da doch der Besitz zum Eigendoping unter § 3 Abs. 4 AntiDopingG fällt – strafbar nur für Spitzensportler (§ 4 Abs. 7 AntiDopingG). Dem widerspricht der BGH: *„Der Gesetzgeber hat durch § 2 Abs. 3 AntiDopingG den Besitz nicht geringer Mengen von Dopingmitteln deshalb verboten, weil solche Besitzmengen erfahrungsgemäß Vorstufen für einen Handel mit Dopingmitteln darstellen. Es soll mit dieser Regelung bereits der Gefahr der Weitergabe effektiv begegnet und Handlungen, die typischerweise nur der Vorbereitung für die Weitergabe dienen, begegnet werden. Schutzgut der Verbotsnorm ist die Gesundheit der Allgemeinheit, die vor der Inverkehrgabe der Mittel zu Dopingzwecken schon im Vorfeld bewahrt werden soll.“* Und daher soll § 2 Abs. 3 AntiDopingG auch den Besitz zum Eigendoping erfassen.

Man kann die §§ 2 Abs. 3 und § 3 Abs. 4 AntiDopingG auf diese normative Art und Weise anwenden und auslegen. Zwingend ist dieses Ergebnis nicht⁸⁴. Möglich ist auch eine systematische Auslegung, in der § 3 Abs. 4 AntiDopingG eine abschließende Regelung für die Besitzvariante des Selbstdoping bildet. Ohne einen Wettkampfbezug erfasst der Besitz von Dopingmitteln nach § 2 Abs. 3 AntiDopingG zum Eigendoping vor allem das Verbot einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Deren verfassungsrechtliche Legitimation ist sehr zweifelhaft. Der Schutz des sportlichen Wettbewerbs legitimiert einerseits Strafnormen gegen Selbst-Doping, setzt ihnen zugleich aber

⁸⁴ Putzke Anmerkungen zu BGH NStZ 2018, 475, CH Beck, München, NStZ 2018, 476.

inhaltlich Grenzen⁸⁵. Auch mit Blick auf das geschützte Rechtsgut lässt sich am Ergebnis zweifeln. Während es für die strafrechtliche Beurteilung von Doping mit Wettkampfbezug nicht darauf ankommen könne, ob die Einnahme der Dopingsubstanz vor oder während des Wettkampfes erfolge, soweit sie nur zu einer Manipulation der Leistungsfähigkeit im Wettkampf führe, sollte Selbst-Doping außerhalb eines Wettkampfbezuges etwa in Bodybuildingstudios mangels Rechtsgutsbezugs nicht strafbar sein. Doping außerhalb des sportlichen Wettbewerbs im *Freizeitsport ist Privatsache*. Ohne *Wettkampfbezug* gibt es auch *keinen ausreichend legitimierbaren Schutz* in Bezug auf abstrakte Gesundheitsgefahren für nicht freiverantwortlich Handelnde⁸⁶. Es genügen die Körperverletzungsdelikte der §§ 223 ff. StGB zum Schutz der nicht freiverantwortlich Handelnden. Das kommt im Wortlaut des § 2 AntiDopingG und unter Berücksichtigung des systematischen Verhältnisses zu § 3 AntiDopingG, der einen klaren Wettkampfbezug voraussetzt, nicht zum Ausdruck. Es ist dagegen angemessen = verhältnismäßig, den zu weit geratenen Wortlaut des § 2 *AntiDopingG teleologisch zu reduzieren*⁸⁷. Das lässt sich mit einem *ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal* des wenigstens entfernten Wettkampfbezugs im Doping zum Sport eines Menschen erreichen⁸⁸. § 2 und § 3 AntiDopingG werden tatbestandlich harmonisiert. Die vom Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Integrität des Sports ist allein bei Sport mit Wettkampfbezug schutzbedürftig, nicht im privaten Freizeit- und Breitensport. Diese tatbestandliche Einschränkung wirkt sich auch

⁸⁵ Heger, *Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping*, CH Beck, München, SpuRt 2007, 153 (156).

⁸⁶ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 23.

⁸⁷ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 23.

⁸⁸ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 23; beschränkt auf die §§ 2 Abs. 1 und 2 AntiDopG Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck München, 1. Aufl. 2017, § 4 Rn. 54.

auf die Strafbarkeit nach § 4 AntiDopG aus⁸⁹. Demnach liegt kein relevantes Doping vor, wenn sich ein nicht an sportlichen Wettkämpfen teilnehmender Besucher eines Fitnessstudios nur zu seinem Privatvergnügen in freiverantwortlicher Entscheidung doppt. Und mit der parallelen tatbestandlichen Reduktion des § 2 AntiDopG liegt eben auch keine tatbestandliche Abgabe eines Dopingmittels vor, wenn es nicht zum Sport von Menschen mit Wettkampfbezug abgegeben wird. Anders verhält es sich nur, wenn ein Wettkampfbezug gegeben ist⁹⁰. Nur dann gehe es darum, die *unrechtsrelevante Täuschungs- bzw. Drucksituation* für andere zu vermeiden und so deren allgemeine Dispositionsfreiheit bzw. deren Gesundheit oder Vermögen durch eine strafbewehrte Verhaltensnorm zu schützen - § 2 und § 3 AntiDopingG. Sportler und Sportlerinnen haben ein Recht auf einen dopingfreien sportlichen Wettkampf. Durch Doping wird in wettbewerbsverzerrender Weise in dieses Recht eingegriffen. Das gilt für Fremd- und Selbstdoping gleichermaßen. Im Freizeit- und Breitensport dagegen ist die freiheitliche Autonomie der – erwachsenen - Sportlerinnen und Sportler zu achten. Das gilt für Fremd- und Selbstdoping gleichermaßen.

Die PKS 2021 zeigt einen wesentlichen Unterschied in den Verdachtszahlen. Insgesamt nennt die PKS 2021 1.764 Verdachtsfälle nach dem AntiDopingG. Davon sind nur 55 Fälle nach § 3, dagegen 1.709 Fälle nach § 2 AntiDopingG. Und der absolute Schwerpunkt liegt mit 1.394 Fällen in § 2 Abs. 3 AntiDopingG. Bleiben 315 Fälle nach § 2 Abs. 1 und 2 AntiDopingG.

Das Ergebnis bestätigt eine Evaluation⁹¹: Zum einen dominierten unter den Personen, die eines Verstoßes gegen die Normen des § 2 AntiDopingG verdächtig seien, Amateursportler aus der

⁸⁹ Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 4 Rn. 54.; Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 68.

⁹⁰ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 47.

⁹¹ Hoven/Kubicel, *Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis*, CH Beck, München, SpuRT 2021, 186 (190).

Fitnessstudioszene. Zum anderen sei die Anzahl der Verfahren, die wegen Verstößen gegen § 2 AntiDopingG geführt würden, deutlich größer als jene, bei denen ein Verdacht des Selbstdopings bestehe. Folglich fließt, so heißt es weiter, ein Großteil der Ermittlungsressourcen in die Verfolgung von Bodybuildern, die Dopingmittel besitzen, ohne an Wettkämpfen teilzunehmen. Sie schädigten also weder die Integrität des Sports noch die Gesundheit anderer. Zudem besäßen sie die Mittel oft auch nicht, um diese weiterzugeben oder damit Handel zu treiben. Vielmehr habe die Evaluierung ergeben, dass Selbstnutzer den Großteil der Beschuldigten ausmachten. Gemeint sind damit Personen, die Dopingmittel zum Eigengebrauch erwerben, besitzen oder in den Geltungsbereich des Gesetzes verbringen. Demgegenüber seien Beschuldigte, die Dopingmittel an Dritte abgeben, diese herstellen oder mit ihnen Handel treiben, deutlich unterrepräsentiert. Dieses Spektrum wird durch den obigen Fall aus der Praxis bestätigt. Das ergibt eine Überkriminalisierung von Breitensportlern, die gerade nicht an Wettbewerben teilnehmen. Die vom Gesetzgeber viel beschworene Integrität des Sports ist nicht tangiert. Und hier wirkt dann die vorgeschlagene Lösung einer teleologischen Reduktion des § 2 AntiDopingG parallel zu § 3 – Sport mit Wettkampfbezug.

§ 4 AntiDopingG ist die Strafvorschrift:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 2 Absatz 1, auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 6 Absatz 2, ein Dopingmittel herstellt, mit ihm Handel treibt, es, ohne mit ihm Handel zu treiben, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt oder verschreibt,

2. entgegen § 2 Absatz 2, auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 6 Absatz 2, ein Dopingmittel oder eine Dopingmethode bei einer anderen Person anwendet,

3. entgegen § 2 Absatz 3 in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, jeweils auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 6 Absatz 1 Satz 1

Nummer 2 oder Satz 2, ein Dopingmittel erwirbt, besitzt oder verbringt,

Strafbar nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 AntiDopingG: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar - § 4 Abs. 3 AntiDopingG. § 4 enthält einige Qualifikationstatbestände für das Fremddoping. Übrigens ist auch fahrlässiges Fremddoping strafbar - § 4 Abs. 6 AntiDopingG. Dessen Streichung wird gefordert⁹². 2021 wurde mit § 4a AntiDopingG eine sog. Kronzeugenregelung in das Gesetz aufgenommen.

Es handelt sich um typisches Nebenstrafrecht. Nebenstrafrecht ist normales Strafrecht. Das StGB wird herkömmlich als Kernstrafrecht bezeichnet. Nebenstrafrecht wie das AntiDopingG oder das BetäubungsmittelG oder das Aufenthaltsg und viele andere Gesetze mehr bezieht sich in der Regel auf verwaltungsrechtliche, gesundheitsrechtliche oder sportrechtliche oder andere außerstrafrechtliche Vorschriften, um regelmäßig in einem Abschnitt am Ende des jeweiligen Gesetzes die Straf- und Bußgeldvorschriften zu regeln. Dabei wird als Binnenverweis tatbestandlich auf eine Verhaltensnorm des jeweiligen außerstrafrechtlichen Gesetzes verwiesen, eben auf die §§ 2 und 3 AntiDopingG. Dadurch wird gleichsam der Besondere Teil des Strafrechts erweitert. Wenn es keine besondere Regelungen in den nebenstrafrechtlichen Vorschriften gibt, gilt der Allgemeine Teil des StGB.

4. Selbstdoping = § 3 AntiDopG

Die Süddeutsche Zeitung am 19.6.2016

Rio de Janeiro (dpa) - Russlands Leichtathletik-Erfolge bei den Olympischen Spielen in Peking 2008 sind durch drei weitere überführte Dopingsünder noch mehr in Frage gestellt worden. Das Internationale Olympische Komitee disqualifizierte die Athleten und strich deren Ergebnisse aus den Listen. Die 4x400-Meter-Staffel verlor ihre Silbermedaille. Bei der 36-jährigen Läuferin Anastasija Kapatschinskaja

⁹² Hoven/Kubicel, Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis, CH Beck, München, SpuRt 2021, 186 (193).

wurden die Anabolika Turinabol und Stanozolol nachgewiesen. Sie war zudem Fünfte auf der Einzelstrecke geworden. Nach der Disqualifizierung der Russen ging Silber an Jamaika und Bronze an Weissrussland. Die deutsche Staffel verbesserte sich von Rang acht auf Platz sieben. Ebenfalls überführt wurden laut IOC Zehnkämpfer Alexander Pogorelow (36), der den vierten Platz erreicht hatte, und Kugelstoßer Iwan Juschkow (35), der Zehnter geworden war. Beide hatten nach den Angaben ebenfalls Turinabol genutzt. Zuvor hatte Russland schon die Goldmedaillen der 4x100-Meter-Staffel der Frauen in Peking wegen Dopings verloren. In diesem Fall war Julia Tschermoschanskaja bei Nachttests positiv auf Anabolika getestet worden. Das IOC hatte von den Sommerspielen in Peking und London 2012 insgesamt 1243 Proben nachgetestet. Insgesamt waren bislang 98 Proben nachträglich positiv.

§ 3 AntiDopingG:

1) Es ist verboten,

1. ein Dopingmittel, das ein in der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping aufgeführter Stoff ist oder einen solchen enthält, sofern dieser Stoff nach der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping nicht nur in bestimmten Sportarten verboten ist, oder

2. eine Dopingmethode, die in der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping aufgeführt ist,

ohne medizinische Indikation bei sich in der Absicht, sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen, anzuwenden oder anwenden zu lassen. Das Verbot nach Satz 1 gilt nicht, wenn das Dopingmittel außerhalb eines Wettbewerbs des organisierten Sports angewendet wird und das Dopingmittel ein Stoff ist oder einen solchen enthält, der nach der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping nur im Wettbewerb verboten ist.

(2) Ebenso ist es verboten, an einem Wettbewerb des organisierten Sports unter Anwendung eines Dopingmittels nach

Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder einer Dopingmethode nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 teilzunehmen, wenn diese Anwendung ohne medizinische Indikation und in der Absicht erfolgt, sich in dem Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen.

(3) Ein Wettbewerb des organisierten Sports im Sinne dieser Vorschrift ist jede Sportveranstaltung, die

1. von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird und

2. bei der Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen verabschiedet wurden.

(4) Es ist verboten, ein Dopingmittel nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 zu erwerben oder zu besitzen, um es ohne medizinische Indikation bei sich anzuwenden oder anwenden zu lassen und um sich dadurch in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

Dazu der Gesetzgeber⁹³: *„Die Vorschrift enthält einen neuen Tatbestand, der die Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden am eigenen Körper ohne medizinische Indikation verbietet, sofern die Anwendung in der Absicht erfolgt, sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen. Die Verbotsnorm erfasst damit erstmals das unlautere Verhalten der dopernden Sportlerinnen und Sportler selbst in einem speziellen Tatbestand. Die Norm dient dem Schutz der Integrität des Sports. Sie stellt damit den Kern der Neuausrichtung in der strafrechtlichen Dopingbekämpfung dar.“*

Erneut erscheint der Interessenkonflikt des Doping zwischen Gesundheitsschutz, freiverantwortlicher Selbstgefährdung, Integrität des Sports, Schutz des sportlichen Wettbewerbs. Bei freiverantwortlichem Selbstdoping kann es nicht um den Gesundheitsschutz der dopernden Sportler als Schutzzweck gehen. Das sieht auch der Gesetzgeber. In diesem Zusammenhang betont er

⁹³ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 26.

einerseits die Integrität des Sports, um andererseits auch die wirtschaftlichen Faktoren des organisierten Sports zu erwähnen. Selbstdoping kann und darf nur deshalb strafbar sein, weil und soweit es sich eine Angriffsmodalität auf eine strafrechtlich geschützte Erscheinungsform des sportlichen Wettbewerbs handelt. Erforderlich sei also die Rückbindung auf individuelle Rechtsgüter, die durch die Funktionsstörung des Wettbewerbs beeinträchtigt werden könnten. In der Regel das Vermögen⁹⁴. Ein *sportrechtliches Dopingverbot* lässt sich unabhängig von irgendwelchen Gesundheitsgefahren legitimieren. Das wird nunmehr durch das AntiDopingGesetz auch vom staatlichen Gesetzgeber im Wesentlichen zutreffend in § 3 AntiDopingG bestätigt: Die anderen Sportler und Sportlerinnen haben ein Recht auf einen dopingfreien sportlichen Wettkampf⁹⁵.

§ 3 Abs. 1 AntiDopingG enthält die Kernvorschrift für das Verbot des Selbstdoping. Tathandlung ist die Anwendung oder ein Bei-sich-Anwendenlassen von Dopingmitteln oder Dopingmethoden ohne medizinische Indikation. Bedeutsam und unrechtsbegründend ist der subjektive Tatbestand. Der Gesetzgeber⁹⁶: *„Subjektiv setzt das Verbot voraus, dass die Sportlerin oder der Sportler in der Absicht handelt, sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen. Es ist damit nicht erforderlich, dass die Anwendung der Dopingmittel oder Dopingmethoden im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit einem sportlichen Wettbewerb steht. Verboten ist auch das Selbstdoping in Ruhe- oder Trainingsphasen, soweit es erfolgt, um eine leistungssteigernde Wirkung für einen bestimmten sportlichen Wettbewerb zu erreichen. Dabei geht es nicht um beliebige sportliche Wettbewerbe; es soll nicht jedes private Turnier erfasst werden. Es ist nicht die Aufgabe des Staates, alle privaten Turniere, etwa das Beachvolleyballmatch am Wochenende mit Freunden oder Familie, vor Doping zu schützen und hier mittels strafbewehrter Verbote einzugreifen. Schutzgut für die Verbotsnorm sind die Integrität des organisierten Sports und seine*

⁹⁴ Momsen, *Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?*, KriPoZ 2018, 21 (24).

⁹⁵ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 47.

⁹⁶ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015, Drs. 18/4998, 27.

ethisch-moralischen Grundwerte. Daher erfasst das Verbot nur ein Verhalten, das darauf gerichtet ist, sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen. Es handelt sich dabei um eine sachliche Beschränkung des Selbstdopingverbotes vor dem Hintergrund des Schutzguts der Norm und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit. Vorteil meint die mittels Doping erfolgende unlautere Besserstellung der Sportlerin oder des Sportlers im sportlichen Wettbewerb, insbesondere durch bessere sportliche Ergebnisse aufgrund erhöhter Leistungsfähigkeit.“ Ein sportrechtlich legitimes Dopingverbot lässt sich allein bei einem Wettkampfbezug des Sports begründen. Der Wortlaut in § 3 AntiDopingG ist eindeutig. Das Gesetz verlangt die Absicht, sich in einem sportlichen Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen. Das verlangt rechtsdogmatisch den *dolus directus* 1. Grades = zielgerichtetes Wollen⁹⁷. Dogmatische Versuche, die Absicht erweiternd auch auf den *dolus directus* 2. Grades = sicheres Wissen auszulegen⁹⁸, verstoßen gegen den Wortlaut der Norm – Art. 103 Abs. 2 GG.

Den Begriff des Wettbewerbs des organisierten Sports kennen wir bereits aus § 265c StGB.

Nur ein kleines Beispiel: Fällt der alljährliche Berlin-Marathon unter den Anwendungsbereich der Norm? An diesem nehmen nicht nur Profiläufer und Profiläuferinnen teil, sondern jedes Jahr auch tausende von Freizeitläufern und Freizeitläuferinnen, vor einigen Jahren auch der Autor dieses Beitrags. Sind auch diese Normadressat? „Ja“ ist die Antwort⁹⁹. Der Gesetzgeber¹⁰⁰: *„Zu den erfassten Wettbewerben zählen in erster Linie Sportwettbewerbe des Spitzen- und Leistungssports, wie Olympische und Paralympische Spiele oder Jugendspiele, Weltspiele (World-Games), nationale oder internationale Meisterschaften, Spiele oder Wettkampfbetriebe einer nationalen oder internationalen Liga, nationale oder*

⁹⁷ Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 46.

⁹⁸ Lehner/Nolte/Putzke/Putzke, *AntiDopingGesetz*, CH Beck, München, 1. Aufl., 2017, § 3 Rn. 16.

⁹⁹ Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 43.

¹⁰⁰ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 28.

internationale Pokalwettbewerbe oder internationale Freundschaftsspiele. Erfasst sind aber auch größere Laufveranstaltungen (z. B. Marathon) und regionale Ligen, Sportfeste und Sportveranstaltungen privater Veranstalter, wenn und soweit diese von den jeweils zuständigen (nationalen oder internationalen) Sportorganisationen im Vorfeld anerkannt worden sind.“

Ergänzt wird das Verbot des Selbstdoping um ein Verbot der Teilnahme an einem Wettbewerb des organisierten Sports unter dem Einfluss von Dopingmitteln oder Dopingmethoden in § 3 Abs. 3 AntiDopingG. Diese Tatvariante fand während des Gesetzgebungsverfahrens Eingang in das Gesetz, um Fälle zu erfassen, in denen der Sportler oder die Sportlerin im Ausland gedopt haben und unter dem Einfluss des Doping im Inland - also in Deutschland als Tatort - an einem Wettkampf teilnehmen.

Ergänzt wird das Verbot des Selbstdoping um ein Verbot von Erwerb und Besitz von Dopingmitteln zum Zwecke des Selbstdoping in § 3 Abs. 4 AntiDopingG - bitte lesen Sie immer die genannten Paragraphen. Der Gesetzgeber¹⁰¹: *„Mit diesem Verbot wird bereits eine Handlung verboten, die der Vorbereitung der nach Absatz 1 verbotenen Handlung dient. Diese Vorverlagerung ist gerechtfertigt, weil bereits mit dem Erwerb und dem Besitz der Dopingmittel eine erhebliche Schutzgutgefährdung eintritt. Nur mit beiden Maßnahmen, Verbot des Selbstdopings sowie Verbot von Erwerb und Besitz von Dopingmitteln als Vorbereitung zum Selbstdoping, ist es möglich, effektiv gegen Dopingsünder vorzugehen und damit die Integrität des organisierten Sports zu schützen. Der Eingriff ist verhältnismäßig und deshalb von den missbräuchlich agierenden Sportlerinnen und Sportlern auch hinzunehmen. Das Verbot erfasst nur die Fälle, in denen die Sportlerin oder der Sportler beabsichtigt, das Dopingmittel ohne medizinische Indikation bei sich anzuwenden oder anwenden zu lassen, um sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen. Schutzgüter sind – wie bei Absatz 1 – die Integrität des organisierten Sports und seine ethisch-moralischen Grundwerte wie Fairness und Chancengleichheit.“* Und Achtung: Das Erwerbs- und Besitzverbot nach Absatz 4 ist mengenmäßig nicht beschränkt - anders in § 2 Abs. 3

¹⁰¹ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 28.

AntiDopingG. Die erforderliche Absicht, um sich dadurch in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen, wird in der Strafrechtspraxis schwer zu führen sein. Das verlangt die Herstellung eines zeitlichen Zusammenhangs zu einem bestimmten Wettbewerb¹⁰².

Welche Dopingmittel und welche Dopingmethoden sind von § 3 AntiDopingG erfasst? Das und der gesamte Regelungskomplex ist kompliziert und durch Verweisungstechnik mit Regel und Ausnahme äußerst unübersichtlich normiert. Die genaue Lektüre des § 3 Abs. 1 AntiDopingG zeigt: Es gibt allgemein und in jeder Situation verbotene Dopingmittel. Es gibt Dopingmittel, die nur in bestimmten Sportarten verboten sind. Diese sind von der Norm nicht erfasst. Und es gibt Dopingmittel, die nur im Wettbewerb verboten sind. Einen schnellen Überblick finden wir auf der website der NADA = Nationale Anti-Doping Agentur.

Strafbar nach § 4 AntiDopingG:

...

4. entgegen § 3 Absatz 1 Satz 1 ein Dopingmittel oder eine Dopingmethode bei sich anwendet oder anwenden lässt oder

5. entgegen § 3 Absatz 2 an einem Wettbewerb des organisierten Sports teilnimmt.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 3 Absatz 4 ein Dopingmittel erwirbt oder besitzt.

Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 und ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 AntiDopingG werden nach § 4 Abs. 1 AntiDopingG sanktioniert: bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar (Abs. 3). Dagegen wird das Besitzverbot nach § 3 Abs. 4 AntiDopingG nach § 4 Abs. 2 AntiDopingG milder sanktioniert: Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre oder Geldstrafe. Zum Besitzverbot enthält das Gesetz eine

¹⁰² Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 47.

Regelung zur tätigen Reue in Abs. 8. Es handelt sich um Vorsatzdelikte. Warum? Wegen § 15 StGB. Es gilt der Allgemeine Teil des StGB. Und Achtung: Eingeschränkte Täterqualität nach § 4 Abs. 7 AntiDopingG für alle Varianten des Selbstdoping. Täter des Eigendoping können nur Spitzensportler des organisierten Sports im Sinne der beiden Varianten in § 4 Abs. 7 AntiDopingG sein. Der Gesetzgeber¹⁰³: *„Die Integrität des organisierten Sports ist insbesondere durch das Verhalten der in der Öffentlichkeit wahrgenommenen Leistungssportlerinnen und Leistungssportler bedroht. Reine Freizeitsportler sollen daher, selbst wenn sie an Wettkämpfen des organisierten Sports teilnehmen (z. B. größere Laufveranstaltung), nicht von der Strafnorm erfasst werden. Unrecht, das auch strafwürdig ist, wird in diesem Rahmen lediglich von den Sportlerinnen und Sportlern verwirklicht, die ihren Sport leistungs- und wettkampforientiert auf hohem Niveau betreiben bzw. erhebliche Einnahmen aus der sportlichen Tätigkeit ziehen. Diese Sportlerinnen und Sportler stehen für den organisierten Sport, sie stellen Vorbilder dar und nehmen das Vertrauen in Anspruch, ihre sportlichen Erfolge mit lauterem Mitteln erlangt zu haben.“* Das ist eine erhebliche Einschränkung der möglichen Täterschaft. Freizeitsportler wie Sie, Du und ich, die zusammen mit Spitzensportlern an Wettkämpfen des organisierten Sports wie den großen Marathonläufen in Berlin oder Istanbul oder an Citybikerennen teilnehmen, haben diese Täterqualität nicht. Diese Differenzierung wird teilweise kritisiert¹⁰⁴. Die Strafverteidigung ist froh über jedes die Strafbarkeit einschränkende Tatbestandsmerkmal. Die erwähnte Evaluation zeigt, dass die geringen Fallzahlen im Selbstdoping auf die Täterbeschränkung nach § 4 Abs. 7 AntiDopG zurückzuführen sind¹⁰⁵. Und eine Formulierung wie in Nr. 2 - identisch wie oben § 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB bei der Definition des berufssportlichen Wettbewerbs - stößt natürlich auf

¹⁰³ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 31.

¹⁰⁴ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1- 4a AntiDopingG Rn. 112.

¹⁰⁵ Hoven/Kubicel, *Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis*, CH Beck, München, SpuRT 2021, 186 (189).

verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit¹⁰⁶. Insbesondere ist es in der Strafrechtspraxis nicht einfach zu bestimmen, wann die erfassten Einnahmen erheblich sind. Die Gesetzesbegründung¹⁰⁷ ist denkbar nichtssagend: „*Es muss sich um maßgebliche Leistungen handeln, die deutlich über eine bloße Kostenerstattung hinausgehen.*“ Die Regelung des § 4 Abs. 7 AntiDopingG wird teilweise für willkürlich gehalten¹⁰⁸. Ihre Aufhebung wird gefordert¹⁰⁹. Aus dieser Einschränkung der Täterqualität beim Selbstdoping nach § 3 AntiDopingG ergeben sich Auslegungsprobleme im Verhältnis zur Täterschaft und Teilnahme in Bezug auf das Fremddoping nach § 2 AntiDopingG¹¹⁰. Beispiel: Ein Sportler bittet den Mannschaftsarzt um ein verbotenes Dopingmittel. Der Arzt verschreibt dieses = § 2 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopingG. Der Sportler ist kein Spitzensportler im Sinne des § 4 Abs. 7 AntiDopingG, so dass er sich nicht nach § 4 Abs. 2 iVm § 3 Abs. 4 AntiDopingG strafbar macht. Aber was ist mit einer Anstiftung (§ 26 StGB) des Arztes zu § 4 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 AntiDopingG durch den Sportler? Formal betrachtet lautet die Antwort „ja“. Aber die privilegierende Beschränkung des § 4 Abs. 7 AntiDopingG darf nicht durch eine Teilnahme des Freizeitsportlers an § 2 AntiDopingG unterlaufen werden¹¹¹. Der „Empfänger“ der in § 2 AntiDopingG kriminalisierten „Geberseite“ ist als sog. notwendiger Teilnehmer straffrei. Für ihn gilt § 3 AntiDopingG – und hier wird wiederum die Täterschaft auf Spitzensportler gemäß § 4 Abs. 7 AntiDopingG beschränkt. Sie sehen, wir geraten in diesem Überblicksaufsatz schnell

¹⁰⁶ Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings - Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159 (166); Cherkeh/Momsen/Orth/Vaudlet, *Handbuch des Sportstrafrechts*, CH Beck, München, 2021, 4. Kapitel Rn. 26.

¹⁰⁷ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 32.

¹⁰⁸ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022, §§ 1- 4a AntiDopingG Rn. 112.

¹⁰⁹ Hoven/Kubicel, *Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis*, CH Beck, München, SpuRT 2021, 186 (193).

¹¹⁰ Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings - Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159 (164).

¹¹¹ Bott/Mitsch, *Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings - Eine Analyse*, KriPoZ 2016, 159 (164).

in dogmatische Feinheiten des Allgemeinen Teils und der Täterschaft und Teilnahme.

Fall aus der Praxis¹¹²:

Nach einem WM-Titelkampf in Oberhausen am 20. 2. 2016 wurde Adnan Catic – alias Felix Sturm – bei dem obligatorischen Dopingtest positiv auf das verbotene Steroid Hydroxystanozolol getestet. Hierbei wies sowohl die A-, als auch die B-Probe des viermaligen Boxweltmeisters im Mittel- und Supermittelgewicht den anabolen Stoff auf. Daraufhin zeigte die nationale Anti-Doping-Agentur NADA den Leverkusener bei der Staatsanwaltschaft in Köln an. Diese leitete ein Ermittlungsverfahren ein, unter anderem wegen Verstößen gegen das AntiDopG und gefährlicher Körperverletzung nach § 224 StGB an seinem Gegner Fjodor Tschudinow. Der Angeschuldigte hatte die vorsätzliche Einnahme von Stanozolol stets bestritten.

Im Vordergrund stehen die §§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AntiDopingG, strafbar nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 AntiDopingG. Als Profiboxer fällt der Angeklagte unter die Tätervariante des § 4 Abs. 7 AntiDopingG. Es geht in den vorliegenden Entscheidungen weniger um die Auslegung der entsprechenden Paragraphen. Es geht um die Beweiswürdigung hinsichtlich einer Entscheidung nach § 203 StPO.

Das OLG Köln¹¹³: *„Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand besteht gegen den Angeklagten jedenfalls der hinreichende Tatverdacht der dahingehenden Verstöße gegen das AntiDopingG. Der Angeklagte war – zumindest bis zu dem Weltmeisterschaftskampf am 20. 2. 2016 – Berufsboxer und erzielte zum Tatzeitpunkt monatliche Einkünfte in Höhe von etwa 55.000,- Euro. [...] . Der Angeklagte gab auf Aufforderung der WBA am 21. 2. 2016 nach 01:15 Uhr im Beisein des Zeugen M.H. eine Urinprobe ab, die anschließend im Beisein des Angeklagten sowie der Zeugen H. H., B. und Dr. T. abgefüllt, verschlossen und versiegelt wurde. Das Prozedere der Dopingkontrolle beginnend bei der Probenentnahme nach dem Wettkampf über*

¹¹² LG Köln v. 10.01.2019 – 108 KLS 17/18, SpuRt 2019, 83 und OLG Köln v. 4.04.2019 – 2 Ws 122/19, CH Beck, München, SpuRt 2019, 134.

¹¹³ OLG Köln v. 4.04.2019 – 2 Ws 122/19, SpuRt 2019, 134.

die Verwahrung bis hin zur Eröffnung und Untersuchung beider Proben ist nach dem Stand der Ermittlungen regelkonform abgelaufen. [...]

Ausweislich des Analyseberichtes des Institutes für Biochemie der Sporthochschule Köln [...] ergab die Analyse der A-Probe mit insgesamt drei Durchgängen den Nachweis von 30 Mikrogramm des Stanozolol-Methaboliten 3'-Hydroxystanozolol Glucuronid. Die Analyse der B-Probe hat dieses Ergebnis der A-Probe bestätigt [...]. Bei Stanozolol handelt es sich um ein exogen anaboles Steroid, welches den Aufbau von Muskelmasse mit dem Ziel eines Zuwachses an Maximal- und Schnellkraft begünstigt, sofern es über eine gewisse Dauer, etwa im Zuge der Wettkampfvorbereitung, eingenommen wird [...]. Der Wirkstoff ist in Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping aufgeführt; sein Einsatz als Gebrauch eines Dopingmittels ist verboten, ohne dass es einer Grenzwertüberschreitung bedarf [...]. Der Nachweis des Wirkstoffes erfolgt über die Feststellung seiner Stoffwechselprodukte, unter anderem von 3'-Hydroxystanozolol Glucuronid, im Urin [...]. Die vorgefundene Konzentration von 30 pg/mL 3'-Hydroxystanozolol Glucuronid kann nach den Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. S. und Dr. G. – neben Alternativhergängen – auf eine regelmäßige orale Einnahme von Stanozolol 5 mg – 50 mg über mehrere Wochen und Tage oder die einfache oder mehrfache Injektion einer dopingrelevanten Menge in der Vorbereitungsphase, sowie dem Absetzen Tage oder Wochen vor dem Wettkampf zurückzuführen sein [...].

In die erforderliche Gesamtschau ist weiter einzustellen, dass es sich bei Stanozolol nach Angaben der nationalen Dopingagentur NADA um eines der „beliebtesten Wettkampfsteroid“ handelt, welches „typischerweise im Boxsport“ eingesetzt wird, weil es zum Aufbau sog. „harter“ Muskulatur von „solider und hochwertiger Natur“ beiträgt [...]. Hinzu kommt, dass eine Verbesserung der Analysetechnik in jüngster Zeit vor dem Wettkampf zu einer deutlichen Verschärfung der Nachweisgrenze geführt hat, sodass der Stanozolol-Methabolit 3'-Hydroxystanozolol Glucuronid bei 20 pg/mL und bei Abwendung zusätzlicher Reinigungsschritte für die Bestätigungsanalyse bei 0,5 pg/mL [...] nachgewiesen werden kann. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Karriereumstände des Angeklagten zum Zeitpunkt des Kampfes Anhaltspunkte für ein Motiv für die Anwendung von Stanozolol im Sinne § 3 Abs. 1 und 2 AntiDopingG bieten. So war der zum Zeitpunkt des Kampfes

bereits 37 Jahre alte Angeklagte, der nach eigener Einlassung seit seiner Jugend boxte und seit Anfang der 2000er Jahre als professioneller Boxer tätig war, in den drei Jahren vor diesem Kampf sieglos geblieben. Unter anderem hatte er nur knapp acht Monate zuvor, am 9. 5. 2015, bereits einen Kampf um die WBA-Weltmeisterschaft im Supermittelgewicht gegen den acht Jahre jüngeren Chudinov verloren. Den bevorstehenden Kampf bezeichnete der Angeklagte selbst als seinen letzten [...].

Insgesamt bestehen bei der gebotenen vorläufigen Gesamtbetrachtung dieser Umstände auf Grundlage des bisherigen Ermittlungsergebnisses damit zureichende Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte den Wirkstoff Stanazolol in der Absicht, sich einen Vorteil daraus zu verschaffen, entgegen § 3 Abs. 1 und 2 AntiDopingG in der Vorbereitung auf den Weltmeisterschaftskampf am 20. 2. 2016 anwendet hat oder hat anwenden lassen und diesen Kampf unter Anwendung dieses Wirkstoffes bestritten hat.“

5. Stichwort: Freiverantwortliche Selbstgefährdung

Ein wesentlicher Einwand gegen das AntiDopingG als Gesamtwerk ergibt sich aus dem Gedanken der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Die Körperverletzungsdelikte erlauben eine straflose Selbstverletzung und daher eben auch eine straflose Selbstgefährdung der körperlichen Unversehrtheit und der körperlichen Gesundheit. Daher ist die Teilnahme an einer eigenverantwortlichen und bewussten Selbstgefährdung nach den Körperverletzungsdelikten eine straflose Teilnahme. Oder: Wenn ein Sportler oder eine Sportlerin eigenverantwortlich Dopingmittel nimmt und seine oder ihre Gesundheit bewusst eigenverantwortlich gefährdet, ist die Teilnahme anderer Personen daran unter den Delikten der §§ 223 ff. StGB straflos. Der strafrechtliche Gesundheitsschutz durch die §§ 223 ff. StGB schützt nicht vor eigenverantwortlichen Selbstverletzungen und Selbstgefährdungen. Wer den dispositionsbefugten Rechtgutsinhaber bei seinem selbstgefährdenden oder selbstschädigenden Tun unterstützt, verstößt gegen keine Verhaltensnorm, die den Schutz der Körperintegrität als legitimen Zweck verfolgt. Beachtet man die in Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte und verbürgte Grundrechtsposition der allgemeinen Handlungsfreiheit, ergibt sich, dass selbstgefährdende und selbstverletzende Verhaltensweisen eines

freiverantwortlich handelnden Menschen, der die Tragweite seiner Entscheidung überblickt, als solche nicht verboten oder gar strafrechtlich geahndet werden dürfen¹¹⁴. Der strafrechtliche Schutz endet dort, wo der eigene Verantwortungsbereich des Individuums beginnt – freiheitliches Autonomieprinzip. Dem Konsum des *freiverantwortlich handelnden Athleten* kommt im Hinblick auf das allgemeine Freiheitsrecht strafrechtlich keine Bedeutung zu. Daher gibt es auch keine strafbare Teilnahme durch Ärzte oder andere Personen. Die heute in § 2 AntiDopingG hauptsächlich verbotene Ermöglichung des Eigendopings ist nichts anderes als eine Beihilfehandlung zum später geplanten oder vollzogenen Doping des Athleten selbst¹¹⁵. Bei freiverantwortlicher Entscheidung steht aber der Schutz der eigenen *Körperintegrität* zur *Disposition des Sportlers*. Entsprechendes gilt für die vom Sportler konsentiertere Anwendung von Dopingmitteln und Dopingmethoden etwa durch einen Arzt. Anders ist das bei Personen, die nicht freiverantwortlich handeln. Kinder, minderjährige Sportler oder Sportler, die unwissend oder nicht aufgeklärt Dopingmittel verabreicht bekommen. Zu deren Schutz sind die §§ 223 ff. StGB ausreichend.

Beim Selbstdoping nach § 3 AntiDopingG werden die Sportlerin und der Sportler als Täter gegen sich selbst bestraft. Unter dem Aspekt der freiverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. Selbstverletzung der eigenen Gesundheit ist das widersinnig. Diesen Gedanken der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung muss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch die Anwendung und Auslegung des AntiDopinggesetzes beachten. Das geschieht vor allem bei der Strafbarkeit des bloßen Besitzes von Dopingmitteln. Das erkennt der Gesetzgeber selbst, wenn er bezogen auf das Verbot nach § 2 Abs. 3 AntiDopingG sagt¹¹⁶: „*Da es Sinn und Zweck der Norm ist, aus Gründen des Gesundheitsschutzes eine Weitergabe zu verhindern, setzen die Verbote voraus,*

¹¹⁴ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022 §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 16 f.

¹¹⁵ Münchener Kommentar StGB/Freund, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022 §§ 1 – 4a AntiDopingG Rn. 16 f.

¹¹⁶ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 25.

dass die gefährlichen Dopingmittel nicht nur in geringer Menge erworben, besessen oder in den Geltungsbereich des Gesetzes verbracht werden. Diese Voraussetzung wird aus dem AMG übernommen. Wird die Schwelle der nicht geringen Menge nicht erreicht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Dopingmittel lediglich zum Eigengebrauch verwendet werden soll und eine Weitergabe gerade nicht beabsichtigt ist. Nur die Gefahr der Weitergabe rechtfertigt jedoch hier ein entsprechendes Verbot. Schutzgut der Verbotsnorm ist die Gesundheit der Allgemeinheit, die vor der Inverkehrgabe dieser Mittel zu Dopingzwecken schon im Vorfeld bewahrt werden soll. Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, wenn lediglich die Verfügungsgewalt über eine geringe Menge zum Eigengebrauch ausgeübt wird. Die Gesundheit der Sportlerinnen oder Sportler kann nur dann als mit den Mitteln einer strafbewehrten Verbotsnorm geschütztes Rechtsgut anerkannt werden, soweit diese sich nicht eigenverantwortlich selbst gefährden. Wendet die Sportlerin oder der Sportler ein Dopingmittel oder eine Dopingmethode in vollem Bewusstsein hinsichtlich der Umstände und auch der damit verbundenen gesundheitlichen Risiken an, so hat diese Person sich freiwillig ihres Rechtsgüterschutzes begeben. Vor diesem Hintergrund kann weder die Eigenanwendung eines Dopingmittels noch die bloße Verfügungsgewalt als Vorstufe für die Anwendung bei sich selbst unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes verboten werden. Sofern hierdurch aber die Integrität des organisierten Sports beeinträchtigt wird, kann die gesonderte Verbotsnorm von § 3 einschlägig sein, die in § 3 Absatz 3¹¹⁷ auch ein Verbot von Erwerb und Besitz von Dopingmitteln zum Zwecke des Selbstdopings vorsieht und eine mengenmäßige Beschränkung nicht enthält.“

Und trotzdem bleiben rechtliche Bedenken gegen das Gesamtwerk der §§ 2 und 3 AntiDopingG unter dem Aspekt des vom Gesetzgeber verfolgten Gesundheitsschutzes. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH unterfällt die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert¹¹⁸. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder

¹¹⁷ Daraus wurde im Gesetzgebungsverfahren § 3 Abs. 4 AntiDopG.

¹¹⁸ BGH v. 14.02.1984 - 1 StR 808/83, BGHSt. 32, 262.

Tötungsdelikts verurteilt werden. Er nimmt an einem Geschehen teil, welches - soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist. Wer Dopingmittel an andere – erwachsene - Personen veräußert, abgibt usw., der ermöglicht dadurch deren eigenverantwortliche Anwendung beim Empfänger - § 2 AntiDopingG. Diese Anwendung erfolgt im Regelfall bei erwachsenen Sportlern bewusst und eigenverantwortlich. Die Teilnahme an einer bewusst eigenverantwortlichen Selbstverletzung oder Selbstgefährdung ist jedoch unter dem Regime der Körperverletzungsdelikte ein strafloses Verhalten. Jeder Sportler und jede Sportlerin haben grundsätzlich die Freiheit, mit sich selbst zu machen, was ihnen beliebt, solange er oder sie nicht die Freiheitsausübung anderer tangiert¹¹⁹. Oder: Jeder darf straffrei eigenverantwortlich seine Gesundheit gefährden und schädigen – auch mit Dopingmitteln. Und auch die Hilfe dazu ist straflos mangels Haupttat. Das heißt nicht, dass er oder sie im freiverantwortlich geschaffenen Zustand des Dopings an einem Wettkampf teilnehmen dürfe, dessen Regeln die Teilnahme gedopter Sportler ausschließen. Allein die im Doping zu Zwecken der körperlichen Leistungssteigerung liegende Selbstverletzung ist als solche keine taugliche Grundlage einer legitimierbaren Strafnorm. Das unterläuft § 2 AntiDopingG in seinem – zu – weiten Wortlaut. Das unterläuft prinzipiell auch § 3 AntiDopingG als Selbstdoping. Warum soll es Sportlerinnen und Sportlern strafrechtlich verboten sein, bewusst eigenverantwortlich ihre körperliche Unversehrtheit oder ihre Gesundheit zu gefährden? Und warum dürfen andere Personen wie Ärzte oder Betreuer ihnen bei dieser eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht helfen? Weil Doping den sportlichen Wettbewerb beeinträchtigt? Weil Doping die Integrität des Sports verletzt? Weil Doping Vermögensinteressen der Veranstalter, der Sponsoren, der sportlichen Konkurrenten, der staatlichen Sportförderung gefährdet und verletzt? Weil das Publikum in seiner Erwartungshaltung enttäuscht ist? Da sind wir wieder bei den von den sportstrafrechtlichen Vorschriften und dem AntiDopingGesetz

¹¹⁹ Heger, *Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping*, CH Beck, München, SpuRt 2007, 153.

geschützten Rechtsgütern, deren Legitimation zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft umstritten ist. Also, alles wieder auf Anfang; Was sind die geschützten Rechtsgüter?

V. Worte zum Schluss

„Das AntiDopG entfaltet im Bereich des Leistungssports nur eine äußerst geringe repressive Wirkung“ – so heißt es in der Evaluation zum AntidopingG¹²⁰. Eine Überkriminalisierung betreffe hingegen einen Teil des Breitensports, die Fitness- und Bodybuilderszene. Dieses Ergebnis und die geringen Fallzahlen zu den §§ 265c und § 265d StGB wecken weiterhin kriminal- und rechtspolitische Bedenken an den Strafvorschriften. Beide Gesetzentwürfe begründen die neuen Strafvorschriften mit angeblichen Strafbarkeitslücken, die durch den jeweiligen Gesetzentwurf geschlossen werden sollen. Der Gesetzgeber¹²¹: *„Die dopingspezifischen Strafvorschriften weisen Schutzlücken auf und erfassen vielfach nicht die dopenden Sportlerinnen und Sportler“*. Eine Kriminalisierung des reinen Amateursports sei nicht vorgesehen. Die Ergebnisse in der Strafrechtspraxis sehen anders aus. Das lässt an der Legitimation des Strafrechts zum Schutz sportlicher Rechtsgüter zweifeln. Wenn es überhaupt um die Integrität des Sports geht, kann und darf es sich nur um Sport mit einem Wettkampfbezug handeln. Fälle wie „Ben Johnson und die 100m bei Olympia 1988 in Seoul“ oder „Lance Armstrong und die sieben (!) aberkannten Siege bei der Tour de France“ oder „Der Fall Jan Ullrich“ oder das Staatsdoping in Russland – diese Dopingereignisse beeinträchtigen die Integrität des Sports in Gesellschaft und Politik und Medien. Dadurch verliert der Sport an Glaubwürdigkeit und Vertrauen und Vorbildfunktion. Die Anwendung und Auslegung der deutschen Strafvorschriften in Theorie und Strafrechtspraxis soll und muss sich restriktiv am Schutz des Profi- und Leistungssports orientieren. Daher ist meiner Meinung nach die Forderung, die Beschränkung des Täterkreises in § 4 Abs. 7 AntidopingG im Selbstdoping aufzuheben, zurückzuweisen.

¹²⁰ Hoven/Kubicel, *Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis*, CH Beck, München, SpuRt 2021, 186 (192)

¹²¹ Deutscher Bundestag v. 13.05.2015 Drs. 18/4898, 2.

Die Integrität des Sports – die einen glauben daran, die andern zweifeln an dessen Schutz durch das Strafrecht. Jeder und jede kann die Integrität des Sports nach eigenen Wünschen normativ auslegen. Das beweist bis heute die zweifelhafte Legitimation der deutschen Strafvorschriften zum Schutz der „Integrität des Strafrechts“. Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft müssen und sollen die Anwendung und Auslegung der entsprechenden Normen kritisch begleiten und stets einen restriktiven Ansatz wählen. Für eine Strafausdehnung ist es noch zu früh. Und ob der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 265c und 265d StGB und dem AntiDopingG eine gesetzgeberische Vorbildlösung für andere Rechtsordnungen und Länder gefunden hat, das möchte ich hier und jetzt klar und deutlich bezweifeln.

Hakem Değerlendirmesi: Hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Not peer reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Kein Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ÖZET

Spor – profesyonel sporlar, amatör sporlar, hobi olarak sporlar. Spor, hukukun ve tabii olarak ceza hukukunun konusudur. Bu kapsamda öncelikle, spor müsabakalarını manipülasyonlardan ve dopingden korunması amaçlanmaktadır. Almanya’da spor iki ayrı yasal düzlemde ile koruma altına alınmıştır. Bağımsız yargı yetkisine haiz ulusal ve uluslararası spor derneklerinin özerkliği bulunmaktadır. Ceza hukuku ise, sporun bütünlüğünü koruyan özel ceza normları vasıtasıyla tamamlayıcı görev görmektedir. İlk olarak, yasa koyucunun sporun korunmasına yönelik iki ayrı kanunda da ne yazık ki “Spor” terimini tanımlamadığı ve terimin uygulamadaki kapsamını belirlemediğini belirtmek gerekmektedir. Bu eksiklik Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen anayasal güvenceye sahip belirlilik ilkesini gündeme getirmektedir. Spor teriminde karakteristik olarak, belirli bir derecede spora özgü fiziksel aktivite gerektiği belirtilmektedir. Bu ise satranç örneğinde ve özellikle yeni e-spor alanlarında tartışma yaratmaktadır.

2017 yılında Alman Ceza Kanunu’na iki özel ceza normu ihdas edilmiştir: StGB 265c maddesi = spor bahisleri dolandırıcılığı ve StGB 265d maddesi = profesyonel spor müsabakalarının manipülasyonu. Bu düzenlemelerde korunan hukuksal değer ne olduğuna ilişkin büyük bir tartışma bulunmaktadır. Yasa koyucunun açıklaması „Spor bahisleri dolandırıcılığı ve profesyonel spor müsabakalarının manipülasyonları, sporun bütünlüğünü zedeler ve başkalarının malvarlığı üzerinde hileli hareketlerle zarara neden olur. Spor müsabakalarının güvenilirliğini, özgünlüğünü ve bu suretle bir toplumsal ve ekonomik anlamda sporu zedeler.“ şeklindedir. Alman ceza hukuku öğretisinde korunan hukuksal değer ne olduğu yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Özellikle, korunan bir hukuksal değer olarak “sporun bütünlüğü” şüpheyle karşılanmaktadır. Bu terim de tanımlanmamış olması ve sporun bütünlüğü sadece soyut bir değer olarak bırakılması, her iki ceza normunun da meşruiyetine dair şüphelere sebep olmaktadır.

Her iki ceza normunda da bir spor müsabakasının gidişatı veya sonucuyla ilgili olarak menfaat elde eden sporcu ile menfaat sağlayan sporcu arasında yapılan manipülasyon anlaşmaları suç haline getirilmiştir. Yolsuzluk suçları temel alınarak ihdas edilen normlar, soyut tehlike suçları olarak

düzenlenmiştir. İki yasal düzenleme arasındaki temel fark StGB'nin 265c maddesi kamuya açık spor bahislerine konu olan spor müsabakalarındaki manipülasyona yönelik iken, StGB'nin 265d maddesinin ise bahis bağlantısı olmasa bile spor müsabakalarında manipülasyona yönelik olmasıdır. StGB'nin 265c maddesinde düzenlenen spor bahisleri dolandırıcılığı StGB'nin 265c maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen organize spor müsabakalarında bahis dolandırıcılığını kapsamaktadır. Profesyonel spor müsabakalarının manipülasyonu ise yalnızca StGB'nin 265d maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen profesyonel spor müsabakalarına yöneliktir. Profesyonel spor müsabakaları normatif olarak daha kısıtlayıcı bir terimdir. StGB'nin 265c maddesinin hareket bakımından kapsayıcılığı bahis ifadesi ile sınırlandırılmaktadır.

Yasa koyucu halihazırda 2015 yılında Doping Mücadele Kanunu'nu düzenlemiştir. Doping, vücut geliştirmedeki dopingden devlet tarafından yönetilen doping sistemine kadar uzanmaktadır. Doping Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlemenin amacı "Bu Kanun, sporcuların sağlığını korumak, spor müsabakalarında adaleti ve fırsat eşitliğini sağlamak ve böylece sporun bütünlüğünün korunmasına katkıda bulunmak amacıyla sporda doping maddelerinin ve doping yöntemlerinin kullanımıyla mücadele etmeye hizmet eder" şeklinde açıklanmıştır. Bu düzenlemede de sporun bütünlüğü korunması gereken değer olarak görülmektedir. Yine, bu düzenlemenin de meşruiyeti tartışmalıdır. Doping kapsamlı bir değerler tartışması içerisinde bulunmaktadır: sporun bütünlüğü, sportif rekabet, kişinin kendini tehlikeye atması ve özellikle yaralaması, maddi çıkarlar. Yasa koyucu, Doping Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde harici dopingi, 3. maddesinde ise sporda doping mücadelesinin özü olarak kendi kendine doping uygulamayı ilk defa düzenlemiştir. Bu norm, yasa koyucunun ceza hukuku kapsamında doping mücadelesinde yeni yönelimin özünü temsil etmektedir. Yasaklanan doping hareketleri Doping Mücadele Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiştir.

Cezalandırılabilir kendi kendine doping durumunda failer çemberinin sınırlı olduğuna dikkat etmek önemlidir. Kendi kendine doping uygulama suçunda failiğin sınırlandırılması önemlidir. Doping Mücadele Kanunu'nun 4. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, yalnızca bu fıkra belirtilen üst düzey sporcular kendi kendine doping uygulama suçunun faili olabilmektedir. Failiğin bu şekilde sınırlandırılması yabancı doping bakımından söz konusu

değildir. Mevcut yasal düzenlemelerin aksine doping kendi kendini tehlikeye atma bakımından istinai niteliktedir. Yetişkinlerin doping kullanması, temelde kişinin kendini tehlikeye atması veya kendine zarar vermesidir. Neden devlet bunu yasaklayabilir veya cezalandırabilir? Sportif rekabeti korumak için. Bu, diğer sporcuların dopingsiz bir rekabete katılabilme özgürlüğünü korumaktır.

Bir görüş uyarınca „Sporun Bütünlüğü“ nün ceza hukukuyla korunması gerekirken, diğer görüş uyarınca tartışmalıdır. Herkes sporun bütünlüğünü normatif olarak kendi isteğine uygun yorumlayabilmektedir. Bu ise “Sporun Bütünlüğü”nü koruyan Alman ceza normlarının tartışmalı meşruiyetinin bugüne kadar devam ettiğini göstermektedir. Ceza hukuku uygulaması ve ceza hukuku öğretisi, ilgili normların uygulanması ve yorumlanmasına eleştirel yaklaşmalı ve her zaman sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemelidir.

LITERATURVERZEICHNIS

- BeckOnline Kommentar StGB, CH Beck, München, 53. Edition, 1.5.2022.
- Bott, Ingo/Mitsch, Wolfgang, Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings - Eine Analyse, KriPoZ 2016. 159.
- BRAK, Stellungnahme Nr. 8/206 April 2016, Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe vom 03.11.2015.
- Cherkeh, Rainer/Momsen, Carsten/Orth,, Jan F., Handbuch des Sportstrafrechts, CH Beck, München, 2021.
- Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, Drucksache 18/8831 v. 20.06.2016.
- Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Doping im Sport, Drucksache 18/4898 v. 13.05.2015.
- Erbs, Georg/Kohlhaaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, CH Beck, München, 240. EL April 2022.
- Euskens, Harald, Selbstbezeichnung des gedopten Athleten?, CH Beck, München, SpuRt 2016, 245.
- Heger, Martin Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping, CH Beck, München, SpuRt 2007, 153.
- Hoven, Elisa/Kubicel, Michael, Das Anti-Doping Gesetz in der Praxis, CH Beck, München, SpuRt 2021, 186.
- Jahn, Matthias, Noch mehr Risiken als Nebenwirkungen – der Anti-Doping-Gesetzentwurf der Bundesregierung aus Sicht des Strafverfassungsrechts, CH Beck, München, SpuRt 2015, 149.

- Jahn, Matthias, Ein neuer Straftatbestand gegen eigenverantwortliches Doping? Anmerkungen aus strafprozessualer Sicht, CH Beck, München, SpuRt 2005, 141.
- Kubicel, Michael, Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität, CH Beck, München, ZRP 2019, 200.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, StGB, CH Beck, München 29. Aufl. 2019.
- Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke, Holm, Anti-Doping-Gesetz, CH Beck, München, 1. Aufl. 2017.
- Momsen, Carsten, Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?, KriPoZ 2018, 21.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, CH Beck, München, 4. Aufl. 2022.
- Perron, Walter, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, CH Beck, München, JuS 2020, 809.
- Pfister, Andreas, Die geplanten Straftatbestände „zur Bekämpfung der Korruption im Sport“, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, StraFo 2016, 441.
- Putzke, Holm, Anmerkung zu BGH v. 5.12.2017 - 4 StR 389/17, CH Beck, München, NStZ 2018, 475, in: NStZ 2018, 476.
- Ruppert, Felix, Drei Tage wach? – Zur Strafbarkeit von Doping im esport, CH Beck, München, SpuRt 2020, 106.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch, Kommentar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Aufl. 2019.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Kommentar zum StGB, CH Beck Verlag, München, 30. Aufl., 2019.
- Swoboda, Sabine/Bohn, Andre, Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben: Neue Straftatbestände zum Sportwettbetrug und zur Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe, CH Beck, München, JuS 2016, 686.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

(Birinci ve İkinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun

Gesetz zum Schutze der Republik - (Republikschutzgesetz)

Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Erdi YETKİN*

Çeviri Hakkında Açıklama¹

Weimar Cumhuriyeti, döneminde yaşanan kimi gelişmeler ve Naziler tarafından ortadan kaldırılmış olması nedeniyle kamu

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, e-posta: erdiyetskinn@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5618-6009.

¹ Çeviri konusu kanun formundaki iki hukuk metni olduğundan, mümkün mertebe bire bir çevirinin yapılmasına gayret edilmiştir. Ceza hukukunda suç tipinin hangi kelimelerle oluşturulduğu bir hayli önemli olduğundan, yer yer kimi kelimelerin neden çevirimizdeki gibi karşılandığına dair izahata ve özgün metindeki kimi Almanca kelimelere parantez içerisinde yer verilmiştir. Çalışmamızda, çeviride tercih ettiğimiz Türkçe karşılıkları ifade etmek için ya da bazı Almanca kavramları açıklamak üzere dipnotlara başvurulmuştur.

Esasen, Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun, kanun formunun altında da çeşitli alt normatif düzenlemelerle ilgilidir ve fakat biz çevirimizi yalnızca kanun formundaki iki düzenlemeye hasrettik. Çeviri konusu olan hukuk metinleri şu şekildedir: (Birinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun, 23 Temmuz 1922 tarihli ve 52 numaralı İmparatorluk Resmi Gazetesi'nde (Reichsgesetzblatt) I numaralı kısmında 585 ila 590. sayfalarında yayımlanmıştır. Bkz. <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1922&size=45&page=683>; (İkinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun, 28 Mart 1930 tarihli ve 9 numaralı İmparatorluk Resmi Gazetesi'nde I numaralı kısmında 91 ila 93. sayfalarında yayımlanmıştır. Bkz. <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1930&page=161&size=45>.



hukukçularının geniş ölçüde ilgisine mazhar olmuştur. Keza dönemdeki meselelere ya da doğrudan Weimar Cumhuriyeti dönemine veya ardıl dönem olan Nazi iktidarı altında geçen yıllara dair Kelsen, Schmitt, Fraenkel, Neumann, Loewenstein, Radbruch gibi yazarların çalışmaları hala kamu hukukunda güncelliğini ve önemini korumaktadır. Ekonomik, sosyal, politik pek çok krizin yaşandığı ve bu krizlerin damga vurduğu Weimar Cumhuriyeti bakımından en çok tartışılan konuların başında, Cumhuriyet'in kendisini savunamaması ve en nihayetinde Naziler tarafından alaşağı edilmesi gelmektedir. Tam da bu mesele bağlamında, Cumhuriyet'in bilhassa ceza hukuku vasıtasıyla korunmasına dair (Birinci ve ikinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun (Gesetz zum Schutze der Republik, daha çok anıldığı kısaltılmış adıyla Republikenschutzgesetz) büyük bir önemi haizdir².

(Birinci ve İkinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun, "Militer Demokrasi", "Anayasanın Koruyuculuğu" tartışmaları, cumhuriyet ceza hukuku ile korunması gereken bir hukuki değer midir sorusu başta olmak üzere, temelde cumhuriyetin ne şekilde, kim tarafından ve hangi sınırlar dâhilinde korunacağı sorusuna dair ufuk açıcı, tarihsel bir mukayeseli hukuk kaynağıdır. Cumhuriyetimizin 100. yılında, ancak yaklaşık 15 yıl yaşayabilmiş makûs talihli bir cumhuriyetin kendini koruma refleksi ile ortaya çıkardığı aynı adlı iki kanunun çevirisinin anlamlı olacağını düşünüyoruz. Çeviriden beklediğimiz asıl fayda ise çalışmamızın, Cumhuriyetimizin 100. seneidevriyesinde olduğumuz 2023 yılında, bu anlamlı yıl dönümüne karşın hayli ilginç bir biçimde ihmal edilmiş bir meseleye (cumhuriyetin korunmasına) dair tartışmalara, katkı sunmasıdır.

² Birinci Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun'un altında imzası bulunanlardan birinin de Türkiye'de de hayli tanınan dönemin Adalet Bakanı Gustav Radbruch olması dahi bu öneme dair bir işarettir.

(Birinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun – 21 Temmuz 1922

Reichstag, Reichsrat³ onayı ile birlikte ilan edilen takip eden kanunu kabul etmiştir:

I. Cumhuriyetin Korunmasına Dair Ceza Hükümleri

§ 1

[1] Her kim, amaçları, İmparatorluğun (*Reich*) ya da federe devletlerden (*Land*) birinin cumhuriyetçi hükûmetinin üyelerini ölüm ile bertaraf etmek olan bir yapılanmaya (*Vereinigung*)⁴ ya da anlaşmaya

³ Weimar Cumhuriyeti döneminde Reichstag, seçimle oluşan meclisi, Reichsrat ise federe devlet temsilcilerinden oluşan bir nevi senatoyu ifade etmektedir. Bu kelimeler, özgün halleriyle anlamlıdır ve dolayısıyla çeviride çevrilmeden, aynen kullanılmıştır.

⁴ Cumhuriyeti Koruma Kanunu incelendiğinde, cürmi birleşmeleri karşılamak üzere “*Vereinigung*”, “*Verbindung*” ve “*Verabredung*” terimlerinin kullanıldığını görmekteyiz. “*Verabredung*”, “Anlaşma” karşılığıdır; kavramın Türk hukukundaki karşılığına örnek olarak TCK m. 316 zikredilebilir. “*Vereinigung*” ve “*Verbindung*” bakımından ise çeviride kullanılan terim tercihi daha önemli görünmektedir. Türk hukukunda cezalandırılan yapılanmaya dayalı birleşmeler, TCK m. 78, 220, 314, TMK m. 7/1 hükümlerinden anlaşılacağı üzere örgüt kelimesi ile karşılanmaktadır. Almandada ise cürmi yapılanmaya dayalı birleşmeler için “*Vereinigung*” (Avusturya Ceza Kanunu m. 278b, Alman Ceza Kanunu m. 129, 129a, 129b), “*Verbindung*” (Avusturya Ceza Kanunu m. 247b), “*Organisation*” (Avusturya Ceza Kanunu m. 278a) kelimeleri kullanılabilir. Cumhuriyeti Koruma Kanunu döneminde yürürlükte bulunan 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich) 128. ve 129. maddelerinde cürmi yapılanmaya dayalı birleşmeler cezalandırılmaktaydı ve bu maddelerde “*Verbindung*” kelimesi kullanılmaktaydı. Bu arka plan bilgisi çerçevesinde, Cumhuriyeti Koruma Kanunu bağlamında “*Verbindung*” kelimesinin “Örgüt”, “*Vereinigung*” kelimesinin ise “*Yapılanma*” olarak çevrilmesinin doğru olacağı kanısındayız. Zira Alman İmparatorluk Ceza Kanunu m. 128 ve 129 hükümlerinde “*Verbindung*” kelimesinin kullanılması, o dönem cürmi yapılanmaya dayalı birleşmelerin “*Verbindung*” kelimesi ile karşılandığı çıkarımını yapmamıza imkân vermektedir ve Türk hukukunda da normatif düzlemde, cürmi

(*Verabredung*)⁵ katılırsa (*teilnehmen*)⁶, ömür boyu ya da beş yıldan az olmayacak şekilde zindanda (*Zuchthaus*)⁷ hapis cezası ile cezalandırılır.

yapılanmaya dayalı birleşmeler için “*Örgüt*” kelimesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla “*Verbindung*” kelimesi “*Örgüt*” terimi ile karşılandığı için “*Vereinigung*” kelimesi için grup, gruplaşma, teşekkül, oluşum, organizasyon, çete, yapılanma gibi alternatifler düşünülebilir ki biz “*Yapılanma*” kelimesini tercih ettik. Böylelikle anlaşmadan farklı olarak bu kelime ile cürmi bir yapılanmaya dayalı birleşmeden bahsedildiği anlatılabilir. Keza grup, organizasyon, çete gibi kelimelerin kullanılmaması da doğru olur; zira Almandada bu kelimelerin doğrudan karşılıkları bulunmaktadır (*Die Gruppe, Die Organisation, Die Bande*).

- ⁵ Türkçeye “*Anlaşma*” olarak çevrilebilecek “*Verabredung*” hakkında açıklama için bkz. 4 numaralı dipnot.
- ⁶ Cumhuriyeti Koruma Kanunu incelendiğinde, “*katılmak*” ya da “*iştirak etmek*” olarak çevirebileceğimiz “*an etwas teilnehmen*” ile “*sich beteiligen*” fiillerinin çeşitli maddelerde kullanıldığı görülmektedir. Bu fiillerden ilki, Kanunun, birinci (ilk fıkra), ikinci ve yedinci maddelerinde kullanılmışken ikincisi ise birinci (ikinci fıkra) ve on dokuzuncu maddelerinde kullanılmıştır; keza dördüncü maddede de isim formunda “*Beteiligte*” kelimesine yer verilmiştir. Türk ceza hukuku literatüründe suçun bir özel görünüş biçimi olarak “*İştirak*” yerleşmiş bir tabirdir. Türkçede bir örgütün ya da bir anlaşmanın içinde yer alma, dâhil olma karşılığı olarak ise “*katılmak (örgüte katılmak, anlaşmaya katılmak)*” kullanılmaktadır. *İştirak* kelimesi kökenli isim ve fiillerin, söz gelimi şerik, *iştirak etmek* gibi, kullanılması *iştirak* müessesini akla getirdiğinden bahsettiğimiz Almanca fiilleri, “*katılmak*” fiili ile çeviride karşıladık.
- ⁷ Cumhuriyeti Koruma Kanunu incelendiğinde, günümüzde “*hapis cezası ile cezalandırılır*” ifadesinin karşılığı olarak iki farklı ifadenin kullanıldığı görülmektedir: *mit Zuchthaus bestrafen* ve *mit Gefängnis bestrafen*. Bu maddede kullanılan ise “*mit Zuchthaus bestrafen*” ifadesidir. 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu’nun yaptırım sisteminde ölüm cezası (*Todesstrafe*), zindanda hapis (*Zuchthaus*), cezaevinde hapis (*Gefängnis*), kalebentlik (*Festungshaft*), hapis (*Haft*) ve adli para cezası (*Geldstrafe*) ayrımlarına yer verilmişti ve genel önleme temelli karşılık verme – ödetme teorisinin (*Vergeltungstheorie*) etkisindeki bu sistemde hâkime, fiilin ağırlığına göre adil bir ceza verebilmesinin imkânı oluşturulmaya çalışılmıştı. Bkz. Claus Roxin, Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Vollständig neu bearbeitete

[2] Bu amaçların takibi esnasında bir kasten öldürme gerçekleşmişse ya da bir kasten öldürmeye teşebbüs edilmişse, fiilin işlendiği zaman bu yapılanmaya ya da anlaşmaya katılmış olan ve bunların amaçlarını bilen herkes, ölüm cezası ile ya da ömür boyu zindanda hapis cezası ile cezalandırılır.

§ 2

Her kim, Ceza Kanunu'nun 128. maddesinde belirtilen türde gizli bir örgüte (*Verbindung*)⁸ katılırsa, örgüt, eğer 1. maddenin 1. fıkrasında belirtilen bir amacı takip etmekte ise, zindanda hapis cezası ile cezalandırılır.

Auflage, C.H.Beck, München, 2020, § 4, n. 8. Bu çerçevede “Zuchthaus”, en ağır suçların cezalandırılmasında söz konusu idi, cezaevinde hapse ve daha hafif tutma formlarına göre (yani *Gefängnis*, *Festungshaft* ve *Haft*) daha ağır infaz koşulları söz konusu idi ve siyasi hakların kaybı gibi ek bazı sonuçlar da meydana gelmekteydi. Almanya’da ceza hukuku reformu kapsamında yapılan değişiklikte, “Ceza Hukuku Reformuna İlişkin Birinci Yasa’da (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts - 1. StrRG*)”, “Zuchthaus” ve “Gefängnis” ayırımına yer verilmeyerek yalnızca “*Freiheitsstrafe*” tabirine yer verilmiştir ve bugünkü Alman Ceza Kanunu’nda da özgürlüğü bağlayıcı cezalara dair ayırım, süreli hapis cezası ile müebbet hapis cezası ayırımına dayanmaktadır. Bkz. Roxin, Greco, § 4, n. 25 - 26. Neticede çeviri boyunca “*mit Zuchthaus bestrafen*” ifadesi “zindanda hapis ile cezalandırılır” ile karşılanmışken “*mit Gefängnis bestrafen*” “hapis cezası ile cezalandırılır” ifadesi ile karşılanmıştır. Böylelikle anılan iki hapis cezası türü arasındaki farkı belirtmeye çabaladık. Zindan sözcüğünün yerindeliği tartışılabilir ve kaza örneğin “*mit Zuchthaus bestrafen*” için “ağır hapis cezası” düşünülebilir. Keza 765 sayılı TCK’da “ağır hapis cezası” adında bir hapis cezası türünün yer alması, Türk okuyucu için özdeşim kurmayı kolaylaştırabilir ve daha ağır infaz koşulları da “Zuchthaus” ile “ağır hapis cezası” arasında ortaklıktır. Ancak biz yine de “Zuchthaus” kavramına vurgu yapmak adına “zindanda hapis cezası” tabirini kullanmayı tercih ettik. Zira resosyalizasyon düşüncesine uzak olmakla itham edilen ve kaldırılmasının resosyalizasyona yönelmiş ceza hukuku için önemli bir adım olduğu belirtilen (Roxin, Greco, § 4, n. 25) “Zuchthaus” kavramının özgünlüğünün altını çizmek istedik.

⁸ Türkçeye “Örgüt” olarak çevrilebilecek “*Verbindung*” hakkında açıklama için bkz. 4 numaralı dipnot.

§ 3

Birinci ve ikinci maddelerde belirtilen bir yapılanmanın, anlaşmanın ya da örgütün katılımcısı, eğer yapılanmanın, anlaşmanın ya da örgütün varlığına, tanıdığı üyelerine ve buldukları yerlere ilişkin bilgiyi, yapılanmanın, anlaşmanın ya da örgütün amaçlarının takibi çerçevesinde bir kasten öldürme gerçekleştirilmeden ya da bir kasten öldürmeye teşebbüs edilmeden evvel, resmi makama ya da tehdit altındaki kişiye verirse, cezalandırılmaz.

§ 4

Her kim, yapılanmaya veya örgüte ya da bir anlaşmaya yol göstererek ya da eylemli olarak (*mit Rat oder Tat*)⁹, özellikle de para ile destek verirse, birinci ve ikinci maddelerde belirtilen bir yapılanmanın, anlaşmanın ya da örgütün katılımcısıyla aynı şekilde muamele görür.

§ 5

[1] Her kim, birinci ve ikinci maddelerde anılan yapılanmanın, anlaşmanın veya örgütün varoluşundan ya da birinci maddede anılan kişilerin öldürülmesi planından haberdar olup, yapılanmanın, anlaşmanın veya örgütün mevcudiyeti, onların bilinen üyeleri, yerleri ya

⁹ “*Mit Rat und Tat*”, çok kelimeli bir ifade biçimi olarak sözlükte, sözle, yol göstererek / tavsiyeyle ya da eylemlerle aktif olarak destek olmak ya da gerekli olan herhangi bir biçimde yardımda bulunmak, anlamına gelmektedir. Bkz. *Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache*, mit Rat und Tat, <https://www.dwds.de/wb/mit%20Rat%20und%20Tat>, 27.09.2023. (Birinci) Cumhuriyeti Koruma Kanunu m. 7/1 – b. 4’te de bu ifadeye yer verilmiştir. Biz 7. maddede “*mit Rat und Tat unterstützen*” kalıbını, “*aktif olarak desteklemek*” biçiminde çevirdik. Ancak 4. maddede söz konusu ifade, “*mit Rat und Tat*” olarak değil de “*mit Rat oder Tat*” biçiminde yer almaktadır. Dolayısıyla bu maddede kullanılan ifade biçimi, söz konusu ifadenin özgün hali olan ve “*und*” kullanılan halden farklıdır; zira “*oder*” bağlacı, birlikte olma anlamını değil seçimlik bir hali yani Türkçedeki “*veya, ya da, veyahut*” bağlaçlarını karşılar. Bu nedenle anılan ifade, söz konusu ifadenin bütününe karşılamak üzere “*aktif olarak desteklerse*” biçiminde değil de ifade kalıbındaki her bir kelimeyi karşılar şekilde “*yol göstererek ya da eylemli olarak desteklerse*” biçiminde çevrilmiştir.

da planlanan öldürme eylemi ve failin kimliği hakkında, ilgili makama ya da tehdit altındaki kişiye gecikmeksizin bilgi vermeyi ihmal ederse, zindanda hapis cezasıyla, hafif hallerde üç aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

[2] Bu hüküm, ihbarın bir din görevlisi tarafından dini faaliyetin icrası esnasında kendisine duyulan güvenle verilen bilgilerle ilgili olarak yapılmasının gerekecek olması halinde, uygulanmaz. Üstsoy – altsoy, eşler ve kardeşler, failin suçu işlemesini önlemek için her türlü çabayı göstermişlerse, cezasız kalırlar, meğerki ihbarın ihmali, öldürmeye ya da öldürme teşebbüsü neticesine neden olsun.

§ 6

Her kim, birinci maddenin birinci fıkrasında anılan bir kişiyi, kasten öldüren ya da öldürmeye teşebbüs eden veya böylesi bir fiile iştirak eden bir diğer kişiyi kayırırsa (Ceza Kanunu'nun 257. maddesi) zindanda hapis cezası ile cezalandırılır.

§ 7

[1] Başka bir hükümde daha ağır bir şekilde cezalandırılmadığı müddetçe, aşağıdaki haller 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır:

1. Her kim, İmparatorluğun ya da federe devletlerden birinin cumhuriyetçi hükûmetinin üyelerine karşı, beden ve yaşamları üzerinde bir saldırı gerçekleştirirse (şiddet eylemi - *Gewalttätigkeit*) ya da bu uğurda bir diğeriyle anlaşır ya da böylesi bir şiddet eylemini tahrik ederse,
2. Her kim, alenen ya da bir toplantıda, İmparatorluğun ya da federe devletlerden birinin cumhuriyetçi hükûmetinin üyesi iken kendisine yönelik şiddet eylemi ile öldürülmüş bir kişiye söverse (*beschimpfen*) ya da bu kişiye çamur atarsa (*verleumden*)¹⁰,

¹⁰ Hakarete ilişkin TCK m. 125 hükmünde “*fiil veya olgu isnadında bulunmak*” ve “*sövmek*” seçimlik hareketlerine yer verilmektedir. Bu bent de aynı biçimde oluşturulmuştur. Hâlihazırdaki Alman Ceza Kanunu'nun 187. maddesi “*Verleumdung*” başlığını taşımakta olup bu maddede gerçek dışı bir olgu

3. Her kim, alenen ya da bir toplantıda, birinci maddede belirtilen bir cürmü (*Verbrechen*)¹¹ ya da İmparatorluğun ya da

isnadında bulunulması ya da böylesi bir olgu isnadının yayılması cezalandırılmaktadır. Birisine fiil ya da olgu isnat ederek hakaret etmek, günlük dilde “iftara etmek, iftirada bulunmak” ile karşılanmaktadır. Bununla birlikte birisine fiil ya da olgu isnat ederek onur, şeref ve saygınlığa saldırma, hakaret suçunun bir görünüş biçimi iken iftira ise ceza hukukunda teknik bir anlama sahiptir ve ayrıca cezalandırılan bir başka suçtur. Dolayısıyla bentteki “*verleumden*” fiili, iftira etmek olarak çevrilemezdi. Fiil ya da olgu isnat etmek biçimindeki bir çeviri ise TCK m. 125 hükmünün oluşturulmuş biçimine uygun olurdu. Bununla birlikte Türkçede günlük dilde bu ifadenin kullanım sıklığı hayli düşüktür ve çeviri bakımından da aşırı teknik biçimiyle suni ve en azından kulak tırmalayıcı görünmektedir. Bu çerçevede aynı anlamı ifade etmek için “*kara çalmak*” ya da “*çamur atmak*” kullanılabilir ki biz ikincisini tercih ettik. Keza “*beschimpfen*” kelimesini de “*sövmek*” fiili ile karşıladık. Bazı suç tiplerinde “*sövmek*” yerine “*aşağılamak*” fiilini kullanmak daha yerinde görülebilir ki TCK’daki ifade suçlarında genelde kullanılan fiil “*aşağılamaktır*”; bkz. TCK m. 216, 300, 301 gibi. Ancak özellikle İkinci Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun kapsamındaki bazı suç tiplerini çevirirken “*beschimpfen*” kelimesini “*aşağılamak*” olarak çevirmek, “... *suretiyle aşağılarsa*” kalıbıyla oluşturulmuş suç tiplerini çevirirken soruna neden olacaktı. Alman Ceza Kanunu m. 90a, 130, 166, 192a hükümlerinde “*beschimpfen*” kelimesinin de kullanımını ve bu maddelerde “*böswillig verächtlich machen*” ve “*verleumden*” terimlerine yer verilmesini (ve çeviri konumuz olan hükümlerde de aynı durum söz konusudur) göz önünde bulundurarak “*sövmek*” fiili ile anılan fiili karşıladık.

¹¹ Alman ceza hukukundaki cürüm – cünha ayrımı, (Birinci) Cumhuriyeti Koruma Kanunu’nun yürürlüğe girdiği dönemde, ki bugünkü Alman Ceza Kanunu m. 12 gereğince hala cürüm - cünha ayrımı Alman hukukunda mevcuttur, İmparatorluk Ceza Kanunu m. 1 hükmü çerçevesinde söz konusu idi. Birinci maddenin 01.01.1922 ile 01.03.1923 tarihlerinde yürürlükte olan haline göre, bir hareket, ölüm cezasıyla, zindanda hapis cezasıyla ya da beş yıldan fazla olmak üzere kalebentlikle cezalandırılıyorsa, cürümdür - *Verbrechen*. Buna karşın bir hareket, beş yıla kadar kalebentlik ile veya hapisanede hapis cezası ile (*Gefängnis*) ya da bin beş yüz Mark’tan fazla adli para cezası ile cezalandırılıyorsa, cünha – *Vergehen* hükmündeydi. Bin beş yüz Mark’a kadar adli para cezası ile veya hapis cezası ile (*Haft*)

- federe devletlerden birinin cumhuriyetçi hükûmetinin üyelerine karşı gerçekleştirilmiş şiddet eylemlerini över veya açıkça onaylarsa, her kim böylesi fiilleri ödüllendirirse ya da faili veya şeriki kayırırsa (Ceza Kanununun 257. maddesi),
4. Her kim, İmparatorluğun ya da federe devletlerden birinin anayasaya uygun şekilde tayin edilmiş cumhuriyetçi devlet biçimini zayıflatma (*untergraben*) amacını güden bir gizli ya da devlet düşmanı örgüte (Ceza Kanununun 128. ve 129. maddeleri), katılırsa ya da örgütü veya örgütün amaçlarını gerçekleştiren bir üyeyi aktif olarak (*mit Rat und Tat*), özellikle de para ile desteklerse,
 5. Her kim, örgütün kendisinin ya da üyelerinin yetkisiz biçimde silah bulundurduğu bir gizli ya da devlet düşmanı örgütle (Ceza Kanununun 128. ve 129. maddeleri) irtibatlanırsa (*anschließen*),
 6. Her kim, o ana değin gizlenmiş silah deposunun mülkiyetine ya da zilyetliğine sahipse ve saklama yerine ilişkin bilgiyi gecikmeksizin resmi makama bildirmeyi ihmal ederse; silah deposu ile cephane, top, havan topu ya da alev makinesi, otomatik silah ya da makineli tüfek ya da makineli tabanca aynı muameleyi görür.

[2] Özellikli ağır hallerde ceza, zindan hapsidir.

[3] Hapis cezasının yanında, beş milyon Mark'a kadar para cezası verilir.

§ 8

Aşağıdaki haller, beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır, hapis cezasının yanında bir milyon Mark'a kadar adli para cezasına hükmedilebilir:

1. Her kim, alenen ya da bir toplantıda İmparatorluğun veya bir federe devletin anayasaya uygun şekilde tayin edilmiş cumhuriyetçi devlet biçimine söverse ya da İmparatorluğun

veya bir federe devletin cumhuriyetçi hükûmetinin üyelerini, söverek ya da çamur atarak küçük düşürürse,

2. Her kim, alenen ya da bir toplantıda İmparatorluğun veya federe devletin renklerine söverse,
3. Her kim, o ana değin gizlenmiş bir silah deposunun varlığı hakkında bilgiye sahip olur da bu bilgiyi gecikmeksizin (*unverzüglich*) ilgili makama bildirmeyi ihmal ederse, meğerki bu durum bilgi sahibi olan kişinin üstsoyu – altsoyu veya kardeşleri yahut eşi için cezalandırma tehlikesi meydana getirsin ya da ihbarın, bir din görevlisi, avukat ya da doktor tarafından mesleklerinin icrası esnasında kendilerine duyulan güvenle verilen bilgilerle ilgili olarak yapılması gereksin. Yedinci maddenin altıncı bendinin ikinci cümlesi, kıyasen uygulanır.

§ 9

[1] Vatana ihanetten ya da bir ila altıncı maddelerde belirtilen cürümlerden dolayı her mahkûmiyet hükmünün yanında, para cezasına hükmedilir; para cezasının miktarı sınırsızdır.

[2] Mahkûm edilen kişiye hükümde, beş yıla kadar İmparatorluğun belirli bir yerinde ya da parçasında ikamet etme emri verilebilir; yabancılar ise, İmparatorluk topraklarından sınır dışı edilir. Bu emirleri ihlal eden hareketler, hapis cezası ile cezalandırılır.

§ 10

[1] Vatana ihanetten ya da bir ila yedinci maddelerde belirtilen cezalandırılan hareketlerden dolayı ölüme ya da zindanda hapis cezasına mahkûmiyet, Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde anılan sonuçların haricinde, kamusal seçimlerden doğan hakların kaybı ve memurlar ve asker kişiler için maaş kaybı, bu kişiler görevde değillerse emekli maaşlarının kaybı sonucunu doğurur.

[2] Birinci fıkrada belirtilen cezalandırılabilir hareketlerden ya da sekizinci maddedeki bir cünhadan (*Vergehen*) dolayı hapis cezası ya da kalebentliğe (*Festungshaft*) hükmedilirse, aynı zamanda üstlenilen kamusal görevin kaybına, ihraç edilen asker kişilerde, daimi ya da geçici olarak kamusal görev üstlenmekten ehliyetsizliğe, bütünüyle ya da

kısmen, daimi ya da geçici olarak maaş ya da emeklilik kaybına neden olabilir. Diğer hükümlere göre, kamusal seçimlerden kaynaklanan hakların kaybı gerçekleştiği ölçüde, o hükümlerin uygulanması ile yetinilir.

§ 11

Bir ila sekizinci maddelerde belirtilen suçlar yurt dışında işlenirse, Almanlar ve yabancılar bu fiillerinden dolayı da takip edilebilir.

II. Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesi

§ 12

[1] İmparatorluk Mahkemesi bünyesinde, Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesi (*Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*) kurulacaktır.

[2] Devlet Mahkemesi, dokuz üyenin teşekkülü ile karar verir. Üyelerin üçü, İmparatorluk Mahkemesi üyesidir. Diğer altı üyenin hâkimlik vasfına sahip olmasına gerek bulunmamaktadır. Genel kurul toplantısı haricinde kararlar, en azından biri İmparatorluk Mahkemesi mensubu olmayan üç üyenin teşekkülü ile verilir. Üyeler, İmparatorluk Başkanı tarafından, bu Kanunun geçerliliği süresince atanır. Asil üyeler için yedek üyeler atanır. Gerekli tamamlayıcı hükümler, Reichsrat'ın onayıyla İmparatorluk Adalet Bakanı tarafından kararlaştırılır.

[3] İddia makamı, İmparatorluk Başsavcılığıdır. Mahkeme Teşkilatı Kanunu m. 147/2 ve 153, kıyasen uygulanır. Usul bakımından, Ceza Dairelerindeki usule ilişkin düzenlemeler uygulanır. Reichsrat'ın onayıyla İmparatorluk Adalet Bakanı, özel düzenlemeler vazedebilir. Duruşmanın aleniyetine ve sözlülüğüne, mahkeme personelinin çekinmesine ve reddine, tutuklamaya, savunmaya, yoklukta muhakemeye, delil toplanmasının kapsamına ilişkin yasal kurallar ve Ceza Muhakemesi Kanununun 262. maddesi, sanık aleyhine değiştirilemez. Devlet Mahkemesinin kararlarına karşı, kanun yolu bulunmamaktadır.

§ 13

[1] Devlet Mahkemesi, bu Kanunun bir ila sekizinci maddelerinde belirtilen fiiller için yetkilidir, aynı zamanda, bu Kanuna göre ya da diğer kanunlara göre vatana ihanet ve geçmişteki bir cumhuriyetçi hükûmetin üyelerine karşı işlenmiş öldürme veya öldürme teşebbüsleri bakımından da yetkilidir. Bu suçlar münhasıran, bir federe devletin anayasaya uygun biçimde tayin edilmiş cumhuriyetçi devlet biçimine, bir federe devletin hâlihazırdaki ya da geçmişteki cumhuriyetçi hükûmetinin üyelerine ya da federe devletin renklerine karşı yönelmişse, Devlet Mahkemesinin yetkisi ancak, federe devlet hükûmeti veya mağdur duruşma açılmadan evvel muhakemenin açılmasına ya da devrine dair İmparatorluk Başsavcısına (*Oberreichsanwalt*) müracaat etmişse mevcuttur.

[2] Devlet Mahkemesi ayrıca, birinci fıkraya göre yargı yetkisine dâhil olan hareketlerle fiili bağlantı içerisinde bulunan hareketler bakımından da yetkilidir.

[3] İmparatorluk Başsavcısı, yetkili Başsavcılığa soruşturmayı iletebilir. Devlet Mahkemesi, İmparatorluk Başsavcısının talebi üzerine, önünde derdest hale gelen bir soruşturmayı olağan usule gönderebilir.

[4] Bu hükümler, bu Kanunun yürürlüğünden evvel işlenen suçlar bakımından da uygulanır. Davada hâlihazırda temyiz edilebilir bir hüküm verilmişse, temyiz hakkında kararı, olağan yargıçlar verir.

III. Yasaklı Yapılanmalar

§ 14

[1] Şayet bir ila sekizinci maddelerde belirtilen cezalandırılabilir hareketlerden birinin tipikliğini (*Tatbestand*) oluşturan görüşmelerin vuku bulacağına dair endişeyi haklı çıkartan belirli vakıalar mevcutsa, toplantılar (*Versammlungen*), gösteri yürüyüşleri (*Aufzüge*) ve mitingler (*Kundgebungen*)¹², yasaklanabilir.

¹² Günümüzde Türkçede ve Almancada toplantı hakkına dair terminolojide “toplantı” / “Versammlung” ve “gösteri yürüyüşleri” / “Aufzüge” kelimeleri kullanılmaktadır. Örneğin bkz. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Almanya’da *Gesetz über Versammlungen und Aufzüge* (*Versammlungsgesetz*), Avusturya’da *Versammlungsgesetz*. Sözlükte

[2] Belirtilen biçimde görüşmelerin cereyan ettiği ya da bu biçimde amaçların takip edildiği veya belirli bir kişinin tahta çıkması amacının güdüldüğü dernekler ve yapılanmalar, yasaklanabilir ve feshedilebilir.

[3] Yasak durumunda düzenleyiciye, talebi halinde, gerekçeleri bildiren karar derhal ücretsiz bir şekilde verilecektir.

§ 15

Reichstag, İmparatorluk Başkanı, bir federe devletin veya bir yerel yönetimin veya diğer bir kamu hukuku tüzel kişinin temsilci seçimlerinin icrasına dair seçmen toplantılarında, seçim gününün resmi ilanından oy verme işleminin sona ermesine kadar, on dördüncü maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. İmparatorluk Anayasası ve federe devletlerin anayasaları temelinde, halkın iradesinin tespitine dair, oylamaların ve seçmen kütüğüne kayıtların icrasına ilişkin toplantılar için de aynı hüküm geçerlidir.

§ 16

Bir ila sekizinci maddelere aykırı hareketlerin vuku bulduğu ve bunlara göz yumulduğu toplantılar, 15. maddede belirtilen türdekiler de

“Kundgebung”, “genellikle açık havada gerçekleşen kamusal politik kitlesel toplantı (öffentliche politische Massenversammlung, die meist unter freiem Himmel stattfindet)” anlamı ile karşılanmaktadır. Bkz. Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, Kundgebung, <https://www.dwds.de/wb/Kundgebung>, 28.09.2023. Hemen yukarda adı geçen Alman kanunu incelendiğinde, kanunun ikinci bölümünün “Kapalı Yerlerdeki Kamusal Toplantılar (Öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen)”, üçüncü bölümünün ise “Açık Havadaki Kamusal Toplantılar ve Gösteri Yürüyüşleri (Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge)” hakkında olduğu görülmektedir. Dolayısıyla toplantı karşılığı olarak “Versammlung” kelimesinin geniş bir anlamı ifade ettiği, “Kundgebung” kelimesi ile ise politik tonu yüksek, kamusal kitlesel toplantıların kastedildiği anlaşılmaktadır. Keza Türk politik hayatında da seçim dönemlerinde siyasi partilerin düzenlemiş oldukları açık hava toplantıları, “Miting” olarak adlandırılmaktadır. Tüm bu izahatın neticesinde “Kundgebung” kelimesi çeviride “Miting” kelimesi ile karşılanmıştır.

dâhil olmak üzere, emniyet amiri (*Beauftragte der Polizeibehörde*)¹³ tarafından dağıtılabılır.

§ 17

[1] Federe devletin merkezi makamları (*Landeszentralbehörden*) veya onlar tarafından belirlenecek makamlar, 14. maddeye göre alınacak tedbirler için yetkilidir.

[2] İmparatorluk İçişleri Bakanı, federe devletin merkezi makamlarından böylesi bir tedbire hükmetmelerini talep edebilir. Federe devletin merkezi makamı, böylesi bir talebin uygun olmayacağı kanısına varırsa, gecikmeksizin (*unverzüglich*), telgrafla ya da telefonla ancak en geç İmparatorluk İçişleri Bakanının talebini aldıktan sonra iki gün içerisinde, keyfiyeti bildirir ve aynı zamanda benzer yolla Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesine müracaat eder. Tedbir kararı lehine karar verilirse, federe devletin merkezi makamı, gerekli tedbirleri derhal (*sofort*) alır.

[3] 14. ve 15. maddelere göre bir karara karşı, tebliğden ya da ilandan itibaren iki hafta içerisinde itirazda bulunulabilir, itiraz icrayı durdurucu etkiye sahip değildir. İtiraz, kararına karşı başvuruda bulunulan organa ibraz edilir. Bu makam itirazı, gecikmeksizin federe devletin en yüksek idari makamına gönderir. Federe devletin en yüksek idari makamı, ikinci fıkradaki hal hariç olmak üzere itirazı çözüme kavuşturabilir; aksi halde itirazı gecikmeksizin karar verilmek üzere Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesine gönderir. Federe devletin en yüksek idari makamının itirazı çözüme kavuşturan kararına karşı İmparatorluk İçişleri Bakanı, Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesine başvurabilir.

¹³ Günümüzde Türkiye’de Emniyet Genel Müdürlüğü’nde bir rütbe olarak “*Emniyet Amiri*” bulunmaktadır. Bkz. <https://www.egm.gov.tr/personel/rutbeler>. Çeviride kullandığımız “*Emniyet Amiri*”, bu anılan rütbe karşılığı olmayıp ilgili emniyet yetkilisi ya da emniyet görevlisinin karşılığıdır. Mevzuatımızda genelde “kolluk amiri” tabiri kullanıldığından (bkz. CMK m. 91/4, 119, 127 gibi), “*Beauftragte der Polizeibehörde*” karşılığı olarak bu şekilde bir çeviriyi uygun gördük.

[4] Devlet Mahkemesi önündeki usul, Reichsrat'ın onayıyla İmparatorluk İçişleri Bakanı tarafından düzenlenir. İmparatorluk İçişleri Bakanı, bilhassa, geçici kararlara hükmedilebilmesine ilişkin kurallar vazedebilir.

§ 18

Bir derneğin ya da yapılanmanın dağıtılması durumunda, derneğin ya da yapılanmanın mal varlığına, İmparatorluk lehine el konulabilir ve mal varlığı müsadere edilebilir.

§ 19

[1] Her kim, 14. maddeye göre yasaklı toplantıları, gösteri yürüyüşlerini veya mitingleri düzenlese ya da bunlarda konuşmacı olarak yer alırsa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır, bu cezanın yanında beş yüz bin Mark'a kadar adli para cezasına hükmedilebilir.

[2] Her kim, 14. maddenin ikinci fıkrasına göre feshedilen bir derneğe veya yapılanmaya üye olarak katılırsa ya da bunları başka bir şekilde desteklese, aynı şekilde cezalandırılır. Fiilen eskiyi temsil eden sözde yeni bir dernek, feshedilmiş dernekle aynı durumdadır, aynı hal, yapılanmalar bakımından da geçerlidir.

IV. Basılmış Eserlere El Konulması ve Yayın Yasağı

§ 20

7 Mayıs 1874 tarihli Basın Kanunu'nun (Resmi Gazete, s. 65) basılmış eserlere el konulmasına dair hükümleri (Basın Kanunu'nun 23. maddesi ve takip eden hükümleri), savcılığın, geçici el koyma kararını kaldıran mahkeme kararına karşı, mahkeme kararının icrasını durdurma etkisini haiz acele itiraza yetkili olması koşuluyla, bu Kanunun bir ila sekizinci maddelerinde belirtilen cezalandırılabilir hareketler bakımından da uygulanır.

§ 21

[1] Süreli bir yayının içeriği vasıtasıyla bir ila sekizinci maddelerde belirtilen suçlar işlenirse, süreli yayın günlük gazete ise dört

haftaya kadar, diğer hallerde ise altı aya kadar yasaklanabilir. Yetkiye ve usule ilişkin olarak 17. madde uygulanır.

[2] Yasak, fiilen eskiyi temsil eden, her bir sözde yeni yayını da kapsamaktadır.

§ 22

Her kim, 21. maddeye göre yasaklı basılmış eserleri yayıma hazırlarsa (*herausgeben*)¹⁴, yayımlarsa (*verlegen*), basarsa (*drucken*), ya da dağıtırsa (*verbreiten*), üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır, bu cezanın yanında beş yüz bin Mark'a kadar adli para cezasına hükmedilebilir.

¹⁴ Basım faaliyetiyle ilgili sahip oldukları anlamlar itibariyle “*herausgeben*” ve “*verlegen*” fiilleri hayli yakın anlamlıdır. “*Herausgeben*” fiili, “*bir şeyi yayımlamak (etwas veröffentlichen)*” veya “*bir basılı eseri, sorumluluğunu üstlenerek yayımlamak (die Veröffentlichung eines Druckwerkes verantwortlich übernehmen)*” anlamlarına gelirken “*verlegen*” fiili ise “*bir yayınevinde yayımlamak (in einem Verlag herausgeben)*” anlamına gelmektedir. Bkz. *Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache*, *herausgeben* (anlam 4) ve *verlegen* (anlam 8), <https://www.dwds.de/wb/herausgeben> ve <https://www.dwds.de/wb/verlegen>, 28.09.2023. TDK sözlüğünde ise yayımlamak fiilinin anlamları arasında ilk sıra şu şekildedir: “*Kitap, gazete, dergi vb. şeyleri basmak ve dağıtmak; çıkarmak, neşretmek.*” Yayımlamak fiilinin anlam içeriği gözetildiğinde, Almandadaki çeşitli fiillerin bir bütün halinde Türkçede yayımlamak fiili ile karşılanabildiği görülmektedir. Zira “*basmak*” “*drucken*” ile “*dağıtmak*” “*verbreiten*” ile “*neşretmek*” “*veröffentlichen*” ya da “*verlegen*” ile karşılanabilir. 1931 yılında *Republiksschutzgesetz* hakkında yazılan bir doktora tezinde “*verlegen*” ile “*herausgeben*” arasındaki fark ise şu şekilde ifade edilmiştir: Yayımcı (*verleger*), süreli yayını çoğalttıran ve dağıtımını sağlayan konumunda iken editör (*herausgeber*) ise yayıncının aksine, yayının içeriğini belirlemek biçimindeki editöryal faaliyeti yürütür. Bkz. Helmut Intorf, *Die Straftaten des Republiksschutzgesetzes vom 21. Juli 1922*, Micheels, Kröpelin, 1931, s. 89. Editör ise TDK sözlüğünde “*yayımcı*” ve “*yazıları yeniden düzenleyerek yayıma hazırlayan kimse*” anlamlarını haizdir. Bu çerçevede “*herausgeben*” fiili de eserin taksir ve dağıtım faaliyetinden yani “*verlegen*” fiilinden evvel eserin içeriğinin belirlenmesine dair editörlük faaliyetini ifade etmektedir ve “*yayıma hazırlamak*” ile karşılanmıştır.

V. Geçmişteki Egemen Ailelerin Üyeleri

§ 23

[1] Aksi halde İmparatorluğun refahının tehlikeye düşeceği endişesi haklı ise, Kasım 1918'e kadar eski bir Alman federe devletini yöneten ailelerin üyeleri yurt dışında ikametgâha ya da daimi oturuma sahiplerse, bu kişilerin İmparatorluk topraklarına girmeleri, İmparatorluk Hükûmeti tarafından yasaklanabilir ya da İmparatorluğun belirli kısımlarında veya yerlerinde oturmaları sınırlanabilir. İhlal durumunda ilgili kişi, İmparatorluk Hükûmetinin kararıyla İmparatorluk topraklarından sınır dışı edilebilir.

[2] Bahsedilen kararların her biri, yazılı gerekçelerle yerine getirilir ve ilgiliye tebliğ edilir. İlgili, tebliğden itibaren iki hafta içinde Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesine müracaat edebilir. Reichsrat'ın onayıyla İmparatorluk İçişleri Bakanı, usulü düzenler.

VI. Son Hükümler

§ 24

Bu Kanun bakımından İmparatorluğun ve federe devletlerin cumhuriyetçi hükûmetlerinin üyeleri, İmparatorluk Başkanı (*Reichspräsident*) ve hâlihazırda ya da geçmişte, genel, eşit, doğrudan ve gizli seçimle belirlenen, halkın temsili ile görevli olan bütün hükûmet üyeleridir.

§ 25

Ceza Kanunu, şu şekilde değiştirilmiştir:

1. 49b maddesi, aşağıdaki biçimde düzenlenmiştir:

“Her kim, diğer bir kişiyle cinayet cürmüne anlaşırsa, yalnızca bu anlaşmadan dolayı bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır; eğer bir kişi, kamusal yaşamdaki konumu ile bağlantılı sebepler nedeniyle öldürülmek istenirse, ceza, zindanda hapistir. Özgürlüğü bağlayıcı cezanın yanında beş milyon Mark'a kadar adli para cezasına hükmedilebilir.

Her kim, cinayet işlenmeden ya da cinayete teşebbüs edilmeden evvel, tehdit altındaki kişiye ya da ilgili makama anlaşmaya dair bilgiyi verirse, cezasız kalır.”

2. 111. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesine aşağıdaki ibare eklenmiştir.

“;Tahrik, öldürmeye yönelikse, ceza, üç aydan aşağı olmamak üzere hapis cezasıdır ve bu cezanın yanında, bir milyon Mark’a kadar adli para cezasına hükmedilebilir.”

§ 26

26 ve 29 Haziran 1922 tarihli İmparatorluk Başkanı Kararnameleri (*Verordnungen*) (Resmi Gazete I s. 521, 523 ve 532) uyarınca hükmedilen ve bu Kanun hükümlerine göre de uygun bir tedbir, bu Kanun uyarınca hükmedilmiş gibi geçerlidir.

§ 27

[1] Bu Kanun, yayımlanma ile yürürlüğe girer. Cumhuriyetin Korunmasına Dair Devlet Mahkemesinin kurulacağı tarih, İmparatorluk Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Bu tarihe değin 26 Haziran 1922 tarihli (Resmi Gazete I, s. 521) İmparatorluk Başkanının Kararnamesine dayanılarak kurulan Devlet Mahkemesi varlığını sürdürür; bu mahkemenin yetkisi, bu Kanunun yürürlüğe girmesi ile bu Kanun hükümlerine göre belirlenir. Yeni Devlet Mahkemesinin kurulmasıyla önceki Devlet Mahkemesi tarafından görülmekte olan işler, mevcut halleriyle birlikte yeni Devlet Mahkemesine devredilir. Devir işlerinin ayrıntıları, İmparatorluk Adalet Bakanı tarafından belirlenir.

[2] Kanun, beş yıl sonra yürürlükten kalkar.

Berlin, 21 Temmuz 1922

İmparatorluk Başkanı

Ebert

İmparatorluk İçişleri Bakanı

Köster

İmparatorluk Adalet Bakanı

Dr. Radbruch

(İkinci) Cumhuriyetin Korunmasına Dair Kanun - 25 Mart 1930

Reichstag, Reichsrat onayı ile birlikte ilan edilen takip eden kanunu kabul etmiştir:

§ 1

[1] Her kim, yaşama karşı suçları işlemeyi amaçlayan veya başka amaçlar için araç olarak bu suçları işlemeyi tasarlayan bir örgüte ya da anlaşmaya katılırsa ya da her kim, böylesi bir örgütü desteklerse, üç aydan aşağı olmayacak şekilde hapis cezası ile cezalandırılır.

[2] Her kim, örgütün amaçlarının takibinin ya da yaşama karşı işlenmesi amaçlanan suçta dair anlaşmanın engellenebileceği uygun bir zamanda, resmi makama ya da tehdit altındaki kişiye haber verirse, bu hükümlere göre cezalandırılmaz.

§ 2

[1] Her kim, birinci maddede sayılan örgütün veya anlaşmanın varlığına ya da bir kişiyi öldürme planına veya amacına dair ikna edici bilgi elde eder ve örgütün veya anlaşmanın varlığını, planını veya amacını ve kendisi tarafından bilinen iştirakçilerini ilgili makama veya tehdit altındaki kişiye uygun bir zamanda ihbar etmeyi ihmal ederse, hapis cezası ile cezalandırılır.

[2] Bir din görevlisi, dini faaliyetin icrası esnasında kendisine duyulan güvenle verilen bilgileri, ihbar etme mecburiyetinde değildir.

[3] Her kim, üstsoyu – altsoyu, eşi ve kardeşleri aleyhine yapmak zorunda kalacağı bir ihbarı ihmal ederse, eğer suçun önlenmesi ya da neticeye mani olunması için ciddi biçimde çaba göstermişse, cezalandırılmaz, meğerki ihbarın uygun bir zamanda gerçekleştirilmesinin önleyebileceği bir öldürme veya öldürme teşebbüsü meydana gelmiş olsun. Aynı koşullar altında, mesleki faaliyetin icrası esnasında kendisine duyulan güvenle verilen bilgileri ihbar etmeyen avukat, müdafî veya tabip de cezalandırılmaz.

§ 3

[1] Her kim, İmparatorluk Başkanının ya da İmparatorluk veya federe devlet hükûmetinin bir üyesinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne karşı bir saldırı gerçekleştirirse (şiddet eylemi - *Gewalttätigkeit*), fiil başka bir hükümle daha ağır bir şekilde cezalandırılmadığı müddetçe, üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

[2] Her kim, böylesi bir şiddet eylemine dair bir başkasıyla anlaşır ya da, böylesi bir fiil işlendikten sonra o kişiyi ödüllendirirse, üç yıla kadar, ancak her halde bir aydan az olmamak üzere, hapis cezası ile cezalandırılır.

§ 4

Fiil başka bir hükümle daha ağır bir şekilde cezalandırılmadığı müddetçe, (aşağıdaki haller¹⁵) üç aydan az olmamak üzere cezalandırılır:

1. Her kim, İmparatorluğun veya bir federe devletin anayasaya uygun cumhuriyetçi devlet biçimini zayıflatmaya yönelik amaç güden, gizli ya da devlet düşmanı bir örgüte (Ceza Kanunu m. 128, 129) katılırsa veya böylesi bir örgütü desteklerse,
2. Her kim, kendisinin ya da üyelerinin izinsiz silahlar bulundurduğu gizli ya da devlet düşmanı bir örgütle (Ceza Kanunu m. 128, 129) irtibatlanırsa.

§ 5

[1] Her kim, alenen ya da bir toplantıda,

1. İmparatorluğun veya bir federe devletin anayasaya uygun şekilde tayin edilmiş cumhuriyetçi devlet biçimine söver ya da kötü niyetle ve tasarlayarak aşağılarsa ya da İmparatorluk Başkanını veyahut İmparatorluk veya bir federe devlet hükûmetinin bir üyesini söverek veya çamur atarak küçük düşürürse,

¹⁵ Anlamı daha iyi bir şekilde ifade edebilmek adına parantez içerisindeki kısım, çeviren tarafından eklenmiştir.

2. İmparatorluğun ya da bir federe devletin renklerine veya bayraklarına söverse ya da onları kötü niyetle ve tasarlayarak küçük düşürmeye çalışırsa,
3. Ölmüş bir İmparatorluk Başkanına ya da İmparatorluk veya bir federe devlet hükûmetinin ölmüş bir üyesine, göreviyle bağlantılı biçimde söverse veya çamur atarsa,
4. Politik faaliyeti nedeniyle bir kişiye karşı şiddet eylemlerine ya da üçüncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen şiddet eylemlerine tahrik ederse ya da böylesi bir şiddet eylemini, işlendikten sonra ya da İmparatorluğun veya bir federe devletin anayasaya uygun şekilde tayin edilmiş cumhuriyetçi devlet biçimine ya da İmparatorluğun veya bir federe devletin varlığına karşı işlenmiş bir vatana ihaneti (Ceza Kanunu 81 ila 86. maddeler) överse ya da açıkça onaylarsa,

Üç aydan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır, hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmedilebilir.

[2] Hafifletici hallerin mevcudiyeti durumunda ceza, hapis cezasıdır, hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmedilebilir.

§ 6

[1] Vatana ihanet ya da bu Kanunun birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir cürüm nedeniyle zindanda hapis cezasına mahkûmiyet, Ceza Kanununun 31. maddesinde belirtilen sonuçların haricinde, kamusal seçimlerden doğan hakların kanun gereğince kaybedilmesi sonucunu doğurur.

[2] Vatana ihanet ya da bu Kanunun bir ila beşinci maddelerinde belirtilen hareketler nedeniyle hapis cezasına hükmolunursa, ayrıca kamusal görev üstlenmekten ehliyetsizliğe ya da askerler söz konusu olduğunda, hizmet ilişkisinin ortadan kaldırılmasına hükmedilebilir. Kamusal seçimlerden doğan hakların kaybına dair diğer hükümler uygulanabildikleri ölçüde, onların uygulanması ile yetinilir.

§ 7

Bir ila beşinci maddelerde belirtilen suçlar yurt dışında işlenirse, Almanlar ve yabancılar bu suçlardan dolayı da takip edilebilir.

§ 8

[1] Birinci, üçüncü, dördüncü veya beşinci maddelere aykırı hareketlerin huzuru bozduğu ve bunlara göz yumulduğu toplanmalar, emniyet amiri tarafından dağıtılabilir.

[2] Dağıtmanın nedenlerinin bildirilmesi, itiraz usulü ve kanuna muhalefet teşkil eden hareketlerin cezalandırılması için, İmparatorluk Dernek Kanununun ikinci maddesinin ikinci fıkrası, on dördüncü maddesinin ikinci fıkrası, on altıncı maddesi ve on sekizinci maddesinin 4 numaralı bendi geçerlidir.

§ 9

[1] Bir derneğin amacı, bu Kanunun ceza hükümlerine ya da Ceza Kanununun 81 ila 86. maddelerine aykırı ise, İmparatorluk Dernekler Kanununun ikinci maddesinin birinci fıkrasına göre derneğin feshine, federe devletin en yüksek idari makamı ya da onun belirlediği makam yetkilidir.

[2] İmparatorluk İçişleri Bakanı, federe devletin en yüksek idari makamından feshi talep edebilir. Federe devletin en yüksek idari makamı, böylesi bir talebin uygun olmayacağı kanısına varırsa, gecikmeksizin (*unverzüglich*), telgrafla ya da telefonla ancak en geç İmparatorluk İçişleri Bakanının talebini aldıktan sonra iki gün içerisinde, keyfiyeti bildirir ve aynı zamanda benzer yolla İmparatorluk İdare Mahkemesine (*Reichsverwaltungsgericht*) müracaat eder. Fesih lehine karar verilirse, federe devletin en yüksek idari makamı, gerekli tedbirleri derhal (*sofort*) alır.

[3] Bir derneğin feshi kararına karşı, tebliğ ya da ilan gününden itibaren iki ay içinde itiraz mümkündür; itiraz icrayı durdurucu etkiye sahip değildir. İtiraz, kararına karşı başvuruda bulunulan makama yöneltilecektir. Bu makam itirazı, gecikmeksizin federe devletin en yüksek idari makamına gönderir. Federe devletin en yüksek idari makamı, ikinci fıkradaki hal hariç olmak üzere itirazı çözüme kavuşturabilir; aksi halde itirazı gecikmeksizin karar verilmek üzere İmparatorluk İdare Mahkemesine gönderir. Federe devletin en yüksek idari makamının itirazı çözüme kavuşturan kararına karşı İmparatorluk İçişleri Bakanı, İmparatorluk İdare Mahkemesine başvurabilir.

[4] İmparatorluk İdare Mahkemesi mevcut olmadığı müddetçe onun yerini, iş dağılımına göre belirlenecek İmparatorluk Mahkemesinin bir kurulu alacaktır. İmparatorluk İçişleri Bakanı, İmparatorluk Adalet Bakanının uygun görüşüyle ve Reichsrat'ın onayıyla usule ilişkin hükümleri ihdas eder.

§ 10

[1] Bir dernek, amacının bu Kanunun ceza hükümlerine ya da Ceza Kanununun 81 ila 86 maddelerine aykırı olması sebebiyle kapatılırsa, derneğin mal varlığına federe devlet lehine el konulabilir ve müsadere edilebilir.

[2] Federe devlet, zarara uğramamaları adına, derneğin alacaklılarının hakkını müsadere edilen dernek mal varlığından karşılayabilir.

§ 11

[1] Her kim, bu Kanunun ceza hükümlerinden ya da Ceza Kanununun 81 ila 86 maddelerinden birine aykırı bir amacı gütmesi nedeniyle kapatılmış bir derneğe, üye olarak katılırsa ya da derneği başka bir şekilde desteklese veyahut dernek tarafından meydana getirilmiş organizasyonel birlikteliği devam ettirirse, bir aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

[2] Hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmedilebilir.

§ 12

7 Mayıs 1874 tarihli Basın Kanunu'nun (Resmi Gazete, s. 65) hâkim kararı olmaksızın basılı eserlere el konulmasına dair hükümleri (Kanunun 23. maddesi ve devamı), bu Kanununun bir, dört ve beşinci maddeleri ile Ceza Kanununun 81 ila 86 ve 110. maddelerinde belirtilen suçlar bakımından, savcılığın, geçici el koyma kararını kaldıran mahkeme kararına karşı, mahkeme kararının icrasını durdurma etkisini haiz acele itiraza yetkili olması koşuluyla, uygulanır.

§ 13

[1] Süreli bir yayının içeriği vasıtasıyla bu Kanunun bir, dört ve beşinci maddeleri ile Ceza Kanununun 81 ila 86. maddelerinde belirtilen

hareketler gerçekleştirilmişse, süreli yayın, bir gazete ise dört haftaya kadar, diğer hallerde altı aya kadar yasaklanabilir. Yetki ve usul bakımından Kanunun dokuzunca maddesi hükümleri uygulanır.

[2] Eser yasağı, teknik olarak eskiyi tasvir eden, sözde yeni her eseri de kapsar.

§ 14

[1] Her kim, on üçüncü maddeye göre yasaklı süreli yayınları yayıma hazırlarsa, yayımlarsa, basarsa, ya da dağıtırsa, üç aydan az olmayacak şekilde hapis cezası ile cezalandırılır; hapis cezasının yanında para cezasına da hükmedilebilir

[2]

Böylesi basılmış eserlere el konulmasında, on ikinci madde geçerlidir.

§ 15

Bu Kanun, yayımını takip eden gün, yürürlüğe girer. Kanun, yeni Alman Genel Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte, en geç ise 31 Aralık 1932 tarihinde yürürlükten kalkar.

Berlin, 25 Mart 1930

İmparatorluk Başkanı

von Hindenburg

İmparatorluk İçişleri Bakanı

Severing

İmparatorluk Adalet Bakanı

v. Guérard

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklart/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. **Yazar/Yazarlar:** Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı

kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan

kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların

Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatkı (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in

dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht

wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “

Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923